



Visítanos en ANDRESCUSI.BLOGSPOT.COM

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ

Profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

SEXTA EDICIÓN
ACTUALIZADA Y AUMENTADA



INTRODUCCIÓN AL DERECHO

Teoría general del derecho

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ



ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ

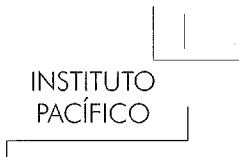
Profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

INTRODUCCIÓN AL DERECHO

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

SEXTA EDICIÓN
ACTUALIZADA Y AUMENTADA



**INTRODUCCIÓN AL DERECHO****Teoría general del derecho****Autor:**

© Anibal Torres Vásquez, 2019

Sexta edición-Octubre 2019

Primera edición-1999

Copyright 2019

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martinez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2019
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3700
E-mail: preprensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 1,000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial

: 31501051901079

ISBN

: 978-612-322-186-7

**Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N.º**

: 2019-14954

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3720

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

La siguiente publicación esta expuesta de fe de erratas

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

PRÓLOGO

Mis primeras palabras han de ser inexcusablemente de gratitud y satisfacción. Gratitud al profesor Aníbal Torres Vásquez por tenerme presente a la hora de pensar en la persona que debía prologar tan magna obra como esta: *Introducción al derecho*. Prologar una obra del rigor y profundidad, de la madurez científica y profunda reflexión jurídica, de la que este libro está dotado, constituye una enorme satisfacción y un alto honor para quien ha de asumir esta tarea, por lo demás, siempre grata, de prologuista. Satisfacción es el segundo de los sentimientos que me embarga, por cuanto mantengo desde tiempo atrás una estrechísima relación de afecto y amistad con el profesor Aníbal Torres Vásquez, a quien conocí siendo decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Decana de América. He podido gozar de su entrañable amistad y constatar sus altas dotes académicas y su decidida vocación universitaria. Creo que es de justicia reconocerle un alto porcentaje del mérito de transformar en un centro realmente modélico (la Facultad de Derecho sanmarquina), superando difíciles etapas pasadas. Su dinamismo, carácter emprendedor y profunda vocación académica tienen mucho que ver con el éxito de su gestión decanal.

Abogado y doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, el Dr. Aníbal Torres Vásquez es profesor principal de Derecho Civil de la propia Universidad Decana de América.

La ingente tarea académica llevada a cabo por el Dr. Torres Vásquez no le ha impedido plasmar sus elevadas dotes investigadoras en una obra ya clásica en Perú, su *Código Civil anotado*, obra que ya revela la precisión y claridad de su pensamiento y su rigor como jurista.

La obra que ahora me toca prologar, en sus diecisiete extensos capítulos, desentraña los ámbitos más recónditos de la ciencia jurídica, desde la norma jurídica hasta la relación entre el ser humano y el derecho, desde la fuente del derecho hasta la relación del derecho con otras formas normativas de vida humana, desde las técnicas

jurídicas y la teoría de la interpretación jurídica hasta las funciones del derecho, sin olvidar los intereses jurídicos contemporáneos, la evolución histórica del pensamiento jurídico o las teorías existentes sobre el derecho. Creo que basta con esta somera enumeración, bien alejada de lo exhaustivo, para que el lector tome de inmediato plena conciencia de que nos hallamos ante una obra quasi-enciclopédica en la que el autor, en plena madurez creativa —madurez que nada tiene que ver ciertamente con la edad del autor— desentraña buena parte del pensamiento jurídico, lo sistematiza con notable claridad expositiva, a la par que procura tomar clara posición personal ante las grandes cuestiones del universo jurídico. Y todo ello con un respaldo bibliográfico realmente abrumador.

La propia concepción del derecho de la que parte el autor es ya suficientemente significativa. El derecho, como bien dice TORRES VÁSQUEZ, no es solo una conducta humana y, es más, no toda conducta humana es derecho en el sentido de que no siempre dicha conducta está regulada por el derecho, pero sí lo está por la religión, la moral, etc. Tampoco el derecho es solamente norma jurídica como un objeto que es producto de la actividad humana. El derecho es el sector de la conducta humana social regulada por normas jurídicas. Por ser conducta humana, el derecho pertenece al mundo de la cultura. Es vida humana social tanto auténtica (vida humana viviente) como objetivada (norma jurídica).

De especial interés me parece el planteamiento que el autor hace de la relación entre derecho y moral. Como el Dr. Torres Vásquez apunta, entre derecho y moral existe una estrecha vinculación, pero aun así median diferencias entre la perspectiva jurídica y la perspectiva moral de la conducta humana. Ambas persiguen lograr el bienestar individual y social del ser humano, bien que la moral incide fundamentalmente en los deberes que tiene el sujeto para consigo mismo, mientras que el derecho satisface el bien común mediante el cumplimiento del deber que se tiene para con los demás, imponiendo y garantizando un orden social y regulando la conducta humana solo en cuanto afecte a ese orden. El derecho, en definitiva, como bien aduce el autor, no puede mandar todas las virtudes ni prohibir todos los vicios, sino únicamente aquellos necesarios para establecer un orden social con paz, seguridad y justicia.

Aborda el autor, en el capítulo cuarto las disciplinas que estudian el derecho, ocupándose no solo de las clásicas (teoría general del derecho, dogmática jurídica, lógica jurídica, derecho comparado, filosofía del derecho, etc.), sino de los más recientes y novedosos ámbitos normativos (sociología jurídica, derecho económico, antropología jurídica, psicología jurídica e informática jurídica). Este repaso a las diversas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico ya es suficientemente revelador de lo avanzado de los planteamientos de esta obra.

Muy sugestivo es igualmente el tratamiento que el autor lleva a cabo de la norma jurídica, a la que está dedicado el quinto capítulo del libro. A partir de la conceptuali-

zación de la norma jurídica como regla de conducta indispensable para hacer posible la convivencia humana en sociedad, en un lugar y momento determinado, contenida en el derecho objetivo que prescribe a los individuos, derechos y estipulaciones, cuya observancia puede ser impuesta coactivamente, el Dr. Torres Vásquez desarrolla con amplitud de miras la teoría de la norma jurídica, reseñando la completísima clasificación que de las normas jurídicas lleva a cabo en la obra.

Al abordar el ordenamiento jurídico, el autor dedica especial atención a la Constitución en cuanto norma fundamental cuya demostrada superioridad, como bien dice TORRES VÁSQUEZ, se ha de manifestar en el establecimiento de un control de la constitucionalidad de las leyes, que, añadiríamos nosotros, con independencia del modelo por el que se opte (concentrado, difuso, mixto o múltiple o dual), ha de ordenarse normativamente con ansias de eficacia y vigencia real y no puramente semántica o nominal.

Destacaríamos de igual forma la amplia exposición doctrinal que el Profesor Aníbal Torres Vásquez realiza en el capítulo octavo, con ocasión de su análisis del derecho subjetivo, que define como la facultad, poder, autorización o situación que el ordenamiento jurídico confiere y garantiza a los sujetos del derecho. No escapa del tratamiento del tema la visión valorativa y la sensibilidad humana del autor, como bien revela la consideración del Dr. Torres Vásquez en el sentido de que en la determinación de la esencia de los derechos subjetivos, no es aceptable la exaltación del individuo con olvido de su dimensión social porque ello ha dado lugar a que se establezcan nuevas formas sofisticadas de esclavitud, como el caso de hacer caer todo el peso de la crisis económica en las grandes mayorías acosadas por el deber de “ajustarse los cinturones”, en tanto que solo unos cuantos tienen derechos patrimoniales absolutos, intocados, obtenidos con el trabajo de los más o mediante el enriquecimiento ilícito. Traeríamos aquí, por nuestra parte, una muy atinada reflexión de FROSINI, para quien el progreso de la civilización humana se mide ante todo por la ayuda dada por el más fuerte al más débil, por la limitación de los poderes naturales de aquél como reconocimiento de las exigencias morales de este, por el aumento del sentido de una fraternidad humana sin la cual los derechos a la libertad se convierten en privilegios egoístas y el principio de igualdad jurídica, en una nivelación basada en el sometimiento al poder del más fuerte. Hoy, añadiríamos personalmente, existe y aún debe existir inexcusablemente una conciencia social, respecto a la ineludibilidad de contribuir al desarrollo integral de todo el ser humano. Y es evidente que ese desarrollo integral exige atender a todos y cada uno de los derechos de que es titular el hombre en las distintas dimensiones que la vida presenta. Como afirmara MARITAIN, el hecho crucial de nuestro tiempo es que la razón humana ha tomado conciencia, no solo de los derechos del hombre en cuanto persona humana y cívica, sino también de sus derechos en cuanto persona social implicada en el proceso económico y social.

La dignidad del ser humano, diríamos finalmente, entendida como la definiera VON WINTRICH, en el sentido de que el hombre, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea, con la consiguiente exigencia de respeto por parte de los demás, lleva consigo unos derechos inviolables que le son inherentes, que dimanan de tal dignidad y sin los que aquel valor superior que es la dignidad, auténtica *Grundnorm* del ordenamiento jurídico, quedaría conculado, y de resultas de ello, deslegitimado el propio ordenamiento jurídico, que ya no se legitima tan solo por atenerse en su elaboración a unos procedimientos formalmente preestablecidos por el constituyente, sino también por responder, respetar y aun potenciar y maximizar un orden material de valores que el constituyente suele proclamar, como, por ejemplo, hiciere el constituyente peruano de 1979.

Completísimos son los tratamientos que el autor hace de las fuentes del derecho y de los hechos y actos jurídicos. Muy adecuada nos parece de igual manera la inserción en el libro de un capítulo dedicado a las técnicas jurídicas.

La importante temática de la interpretación de las normas jurídicas es objeto del undécimo capítulo del libro. Las teorías de la interpretación, materia de no siempre fácil exposición, es expuesta con una perfecta sistemática y con una notable claridad y rigor. Y otro tanto cabe decir acerca de los métodos hermenéuticos y de sus clases de interpretación.

En el capítulo séptimo, el autor se ocupa con cierta exhaustividad de la clásica diferenciación entre el derecho público y el derecho privado, en una exposición que combina el rigor con la pedagogía. Y algo análogo cabe advertir acerca del tratamiento dado a los sistemas jurídicos contemporáneos (capítulo decimoquinto), en donde el autor, tras un amplio repaso del derecho comparado, se centra, mediante una minuciosa y casuística exposición, en la codificación en Perú, y a la evolución histórica del pensamiento jurídico (objeto del capítulo decimosexto).

Bien revelador de la posición que en todo momento asume el Dr. Aníbal Torres Vásquez es el capítulo dedicado a la justicia, consagrada en el constitucionalismo de nuestro tiempo como valor superior del ordenamiento jurídico (como acontece con el art. 10.1 de la Constitución española de 1978) y vinculada estrecha e íntimamente con el orden axiológico jurídico. Como sostiene el autor, la justicia como ideal orientador del derecho es un valor jurídico. No es un valor individual, sino un valor social. Es valor fundante de todos los demás valores jurídicos.

En resumen, estamos en presencia de una obra muy bien sistematizada, que conjuga el rigor expositivo y aun la erudición jurídica, fruto del profundo conocimiento del universo jurídico que el autor nos muestra por doquier, con la fluidez didáctica, de la que van a ser primeros beneficiarios los alumnos del Dr. Torres Vásquez.

Un libro como el que nos ocupa es revelador de una gran inquietud, y de una pasión intelectual, propia de quienes, como el autor, han hecho de su existir una vivencia académica, que se proyecta en el mundo de la docencia y en el de la investigación. Celebramos que libros como este vean la luz editorial, y nos sentimos sumamente complacidos y honrados de haber tenido esta gratísima oportunidad de prologar esta obra que, con la modestia que caracteriza al autor, fruto de su gran calidad humana, se titula *Introducción al derecho*, si bien suponemos que todo lector que lea el índice general se quedará con la clara idea de que el contenido del libro más se acerca a lo enciclopédico que a una mera introducción.

Santiago de Compostela, 12 de marzo de 1997

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO

Profesor de la Universidad de Santiago de Compostela

*Profesor honorario de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

NOTA A LA SEXTA EDICIÓN

La quinta edición de este libro se encuentra agotada. La favorable acogida que ha tenido de parte de mis colegas y especialmente de los estudiantes de Derecho y Ciencia Política de nuestro país nos produce legítima satisfacción porque acredita que la obra ha alcanzado su objetivo.

Mi especial agradecimiento a mis colegas docentes de las facultades de Derecho que han recomendado a sus alumnos la lectura de este libro como una fuente de consulta.

Esta sexta publicación no se separa del espíritu y forma de la primera; nuestra obra sigue siendo un libro de enseñanza de los conceptos jurídicos básicos que todo profesional del derecho debe conocer. Como en toda obra jurídica, cada edición contiene modificaciones o complementos impuestos por las experiencias actuales, las lecturas novedosas, los consejos y las críticas de los lectores, así como las modificaciones que se producen en el Derecho positivo.

Por su importancia para los estudiantes de Derecho, a fin de facilitarles la elaboración de su tesis, en esta nueva edición damos un especial tratamiento a los “métodos de investigación de la ciencia o dogmática jurídica”, en el punto 36 del capítulo 4, p. 181 y siguientes.

En esta obra cada tema es tratado comenzando por una exposición elemental de fácil comprensión para los estudiantes y luego sigue avanzando con una teoría general del Derecho hasta parar donde la filosofía ha de empezar su trabajo.

Persiste la intención de brindar a los estudiantes, desde su entrada en la Facultad de Derecho, el conjunto de nociones jurídicas indispensables para que puedan continuar con éxito y sin dificultades sus estudios profesionales. Es también nuestra

intención proporcionar a los profesionales del derecho una respuesta a sus inquietudes y motivarlos para que investiguen y escriban profundizando las nociones jurídicas elementales que aquí tratamos, para así contribuir a la formación de una sólida cultura jurídica en beneficio de todos los peruanos.

Lima, octubre del 2019

ABREVIATURAS

Relación de abreviaturas y normas citadas en la obra

art. / arts.	Artículo / artículos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemán de 1900)
C de C	Código de Comercio del Perú (1902).
Cas.	Casación
CC	Código Civil del Perú (1984)
CC argentino	Código Civil de Argentina (1869)
CC boliviano	Código Civil de Bolivia (1976)
CC brasileño	Código Civil de Bolivia (1976)
CC chileno	Código Civil de Chile (1855)
CC colombiano	Código Civil de Colombia (1873)
CC cubano	Código Civil de Cuba (1987)
CC ecuatoriano	Código Civil de Ecuador (1858)
CC español	Código Civil de España (1889)
CC etíope	Código Civil de Etiopía (1960)
CC filipino	Código Civil de Filipinas (1889)
CC griego	Código Civil de Grecia (1940)
CC italiano	Código Civil de Italia (1942)
CC libanés	Código Civil de Líbano (1934)

CC mexicano	Código Civil de México (1928)
CC panameño	Código Civil de Panamá (1916)
CC paraguayo	Código Civil de Paraguay (1987)
CC peruano de 1852	Código Civil del Perú de 1852
CC peruano de 1936	Código Civil del Perú de 1936
CC portugués	Código Civil de Portugal (1967)
CC venezolano	Código Civil de Venezuela (1942)
C.N.A.	Código de los Niños y Adolescentes (2000)
<i>Code Napoléon</i>	Código de los Niños y Adolescentes (2000)
<i>Codice</i>	Código Civil de Italia (1942)
Const.	Constitución Política del Perú (1993)
CP	Código penal (1991)
CPC	Código procesal civil (1993)
CT	Texto Único Ordenado del Código tributario (2013)
<i>D. / Dig.</i>	<i>Digesto de Justiniano</i>
D.F.	Disposición final
<i>Esboço de Freitas</i>	Proyecto de Código Civil brasileño elaborado por Augusto Teixeira de Freitas (publicado entre 1860-1865)
<i>Inst.</i>	<i>Institutiones del Corpus iuris civilis</i>
LGS	Ley General de Sociedades (Ley N° 26887, 09-12-1997)
LMV	Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores (D.S. N° 093-2002-EF de 15.06.2002)
LPT	Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497, 15.01.2010)
LTV	Ley de Títulos Valores (Ley N° 27287 de 19.06.2000)
T.P.	Título preliminar

ÍNDICE

<i>Prólogo</i>	5
<i>Nota a la sexta edición</i>	11
<i>Abreviaturas</i>	13

CAPÍTULO 1

SER HUMANO, SOCIEDAD Y DERECHO

1. Introducción.....	33
2. Noción general de objeto.....	35
3. Las regiones del ser que integran el universo	36
3.1. Seres naturales materiales.....	37
3.2. Seres naturales síquicos	37
3.3. Seres ideales o irreales.....	37
3.4. Seres culturales	39
4. Localización ontológica de la vida humana.....	42
5. Derecho y sociedad	58
5.1. La sociedad como sistema.....	65
5.2. El derecho como subsistema social	67
5.3. Derecho y cambio social.....	69
6. Las normas de conducta	74
7. Aproximación al concepto de Derecho	78
8. Localización ontológica del Derecho	85
9. Lenguaje del Derecho.....	89

CAPÍTULO 2

DERECHO Y OTROS ÓRDENES NORMATIVOS

10. Introducción.....	93
11. Derecho y religión	94

12. Derecho y moral	99
12.1. Concepto de moral.....	99
12.2. Conexiones entre Derecho y moral.....	99
12.3. Diferencias entre Derecho y moral	108
13. Derecho y reglas de trato social	120
13.1. Concepto de reglas de trato social.....	120
13.2. Normas morales y reglas de trato social.....	121
13.3. Normas jurídicas y reglas de trato social.....	122

CAPÍTULO 3

DEFINICIÓN DE DERECHO

14. Etimología de la palabra Derecho.....	125
15. Derecho y poder	127
16. Acepciones de la palabra “Derecho”	132
17. Definición de Derecho	134
18. Definición de Derecho positivo	139
19. Una definición de Derecho válida para el mundo capitalista y el socialista	149
20. Definición de Derecho subjetivo.....	150
21. El problema del fundamento del Derecho	151
21.1. Iusnaturalismo.....	151
21.2. El positivismo.....	152

CAPÍTULO 4

LA CIENCIA JURÍDICA

22. Concepto de conocimiento	155
23. Clases de conocimiento	156
24. Concepto de ciencia	161
25. Clasificación de las ciencias.....	163
26. Características de la ciencia.....	165
27. Cuestionamiento a las características de la ciencia.....	166
28. Ciencias de la cultura	168
29. Ciencia jurídica.....	172
30. Cuestionamiento del carácter científico del Derecho.....	177

31. Investigación científica.....	182
32. Clases de investigación científica.....	183
33. El método científico	185
34. El método en las ciencias naturales y formales	189
35. El método en las ciencias sociales.....	193
36. Métodos de investigación de la ciencia o dogmática jurídica.....	195
36.1 Introducción	195
36.2. El Derecho. Interrelación de teoría y práctica.....	197
36.3. ¿Dónde y cómo lo encontramos al Derecho?	199
36.4. La investigación jurídica. Diseño	202
36.5. Investigación teórico-práctica	203
36.6. Métodos de la ciencia o dogmática jurídica.....	205
36.7. Fases o etapas del proyecto de investigación.....	217
37. Disciplinas que estudian el Derecho.....	233
37.1. Dogmática jurídica	235
37.2. Derecho comparado.....	237
37.3. Teoría general del Derecho	238
37.4. Sociología jurídica.....	239
37.5. Derecho económico (iuseconomía)	243
37.6. Derecho y economía o economía del Derecho	246
37.7. Antropología jurídica	248
37.8. Sicología jurídica	248
37.9. Historia del Derecho.....	249
37.10.Lógica jurídica.....	251
37.11.Informática jurídica y Derecho informático.....	254
37.12.Filosofía del derecho.....	256
37.13.Introducción al Derecho	262

CAPÍTULO 5

ESTUDIO DE LA NORMA JURÍDICA

Sección I.- La norma jurídica	269
38. Concepto de norma jurídica.....	269
39. Características de la norma jurídica	273

39.1. Heteronomía	273
39.2. Exterioridad.....	273
39.3. Bilateralidad.....	274
39.4. La imperatividad	274
39.5. Coercibilidad.....	278
39.6. La generalidad y la abstracción.....	282
39.7. Hipotecidad	283
39.8. Finalidad	283
39.9. Espacialidad y temporalidad.....	284
40. Ley y norma jurídica	284
41. La norma jurídica como juicio categórico	285
42. La norma jurídica como juicio hipotético	286
43. La norma jurídica como juicio disyuntivo.....	290
Sección II.- Estructura de la norma jurídica.....	293
44. Introducción.....	293
45. El presupuesto de hecho	296
46. La consecuencia de Derecho	298
47. El nexo jurídico.....	300
48. Diferencia entre ley natural y norma jurídica	301
Sección III.- Clasificación de las normas jurídicas.....	307
49. Introducción.....	307
50. Normas de Derecho público y normas de Derecho privado	307
51. Normas de organización, de conducta y de composición.....	308
52. Normas sustanciales y normas procesales	310
53. Normas de Derecho interno y normas de Derecho externo.....	310
54. Legislativas, consuetudinarias, jurisprudenciales, doctrinales y negociales	311
55. Imperativas y dispositivas.....	313
56. Rígidas y flexibles	316
57. Primarias y secundarias	317
58. Categóricas, hipotéticas y disyuntivas.....	318
59. Generales, abstractas, individuales y concretas	319
60. Normas generales, particulares e individualizadas.....	321
60.1. Normas generales.....	321

60.2. Normas particulares.....	321
60.3. Normas individualizadas.....	322
61. Preceptivas, prohibitivas y permisivas	322
61.1. Normas preceptivas	322
61.2. Normas prohibitivas	322
61.3. Normas permisivas	323
62. Generales y especiales	323
63. Regulares (comunes) y excepcionales (singulares).....	324
64. Constitutivas y declarativas	325
65. Normas jurídicas incompletas: aclaratorias, restrictivas y remisivas o de reenvío	325
65.1. Las normas jurídicas aclaratorias.....	326
65.2. Las normas jurídicas restrictivas	327
65.3. Las normas de reenvío.....	327
66. Normas perfectas, <i>plus quam</i> perfectas, <i>minus quam</i> perfectas e imperfectas	328
67. Normas técnicas instrumentales y normas técnicas finales o directivas	329
68. Normas reguladoras de conducta social y normas de producción jurídica.	329

CAPÍTULO 6

EL DERECHO COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO

69. Noción de ordenamiento jurídico	331
70. Subordenamientos jurídicos.....	335
71. Características del ordenamiento jurídico.....	336
71.1. Es complejo.....	336
71.2. Tiene unidad.....	336
71.3. Es coherente.....	337
71.4. Pretende ser pleno.....	338
71.5. Es sistemático	340
72. Formación histórica del ordenamiento jurídico	345
73. Gradación del ordenamiento jurídico	351
74. Estructura jerárquica del ordenamiento jurídico peruano	356
74.1. Grada superior.....	356

74.2. Grada intermedia	361
74.3. Grada inferior	367
75. Formas de producción de Derecho.....	368
76. La Constitución como norma fundamental	370
77. Antinomias.....	378
77.1 Concepto.....	378
77.2. Clases de antinomias	380
77.3. Principios para solucionar las antinomias.....	380

CAPÍTULO 7

DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

Sección I.- División del Derecho en público y privado	383
78. Introducción.....	383
79. Breve referencia a la evolución de la separación del derecho en público y privado	385
80. Criterios usados como fundamento de la división del derecho en público y privado	386
80.1. Por el objeto materia de la regulación (el ente regulador)	387
80.2. El criterio de la potestad de imperio	388
80.3. El criterio de los intereses en juego	389
80.4. El criterio de la naturaleza de las normas.....	391
81. Análisis crítico	392
82. Concepto de derecho público y de derecho privado	395
83. Derecho mixto de público y privado	395
84. La tesis de un derecho social	396
Sección II.- Ramas del Derecho positivo	399
85. Introducción.....	399
Subsección I.- Ramas del derecho público	399
86. Derecho internacional público.....	399
87. Derecho político	401
88. Derecho constitucional	405
89. Derecho administrativo	406
90. Derecho financiero	406

91. Derecho municipal	407
92. Derecho tributario.....	407
93. Derecho penal	408
94. Derecho procesal	409
Subsección II .- Ramas del derecho privado	411
95. Derecho civil	411
95.1. Concepto e importancia.....	411
95.2. Contenido	412
95.3. Codificación del Derecho civil.....	413
95.4. El Derecho civil en la actualidad	414
95.5. Sistematización del Derecho civil.....	414
95.6. La codificación civil en el Perú	415
96. Derecho comercial.....	416
97. Derecho internacional privado	419
98. Derecho laboral.....	419
99. Derecho minero	419
100. Derecho agrario	420
101. Derecho de marcas	420
102. Derecho de la navegación	420
103. Derecho aeronáutico y espacial.....	421
104. Derecho canónico	422
105. Derecho ambiental.....	424

CAPÍTULO 8

EL DERECHO SUBJETIVO

106. Concepto.....	427
107. Derecho objetivo y derecho subjetivo	430
108. Naturaleza jurídica del derecho subjetivo. Diversas teorías.....	431
108.1. Teoría de la voluntad.....	431
108.2. Teoría del “interés jurídicamente protegido”	433
108.3. Teoría mixta	437
108.4. Teoría que explica la naturaleza del derecho subjetivo sobre la base de “lo que corresponde o pertenece a cada persona como suyo”	438

108.5. Teoría que concibe al derecho subjetivo como situación jurídica....	440
108.6. Nuestra opinión	441
109. Negación del derecho subjetivo	443
110. Crítica de las tesis negativas del derecho subjetivo	446
111. Derecho subjetivo y otros conceptos jurídicos.....	448
111.1. Derecho subjetivo y cualidades jurídicas.....	448
111.2. Derecho subjetivo y posición jurídica.....	449
111.3. Derecho subjetivo y facultad jurídica.....	450
111.4. Derecho subjetivo y pretensión jurídica	451
112. Nacimiento del derecho subjetivo.....	453
113. Adquisición del derecho subjetivo.....	454
114. Prevalencia entre derecho objetivo y derecho subjetivo.....	456
115. Manifestaciones del derecho subjetivo.....	458
116. Clasificación de los derechos subjetivos.....	460
116.1. Derechos subjetivos públicos y privados	460
116.2. Derechos absolutos y relativos	463
116.3. Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales	464
116.4. Por su objetivo	464
116.5. Derechos potestativos	467
116.6. Derechos disponibles e indisponibles	469
117. El deber jurídico.....	469

CAPÍTULO 9

ALGUNOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

Sección I.- El sujeto de Derecho	473
118. Introducción.....	473
119. Concepto.....	475
120. Persona natural	476
121. Capacidad de la persona	480
121.1. Capacidad de goce o jurídica	481
121.2. Capacidad de ejercicio o de obrar.....	486
122. Persona jurídica	489
122.1. Concepto	489

122.2. Teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas.....	491
122.3. Elementos de la persona jurídica.....	494
122.4. Clasificación de las personas jurídicas	494
Sección II.- El objeto del Derecho	495
123. Derecho como objeto	495
124. Objeto del derecho.....	496
Sección III.- Relación, institución y situación jurídicas.....	497
Subsección I.- Relación jurídica	497
125. Concepto.....	497
126. Elementos	499
126.1. Elemento subjetivo.....	499
126.2. Elementos objetivos	501
126.3. Elemento casual	501
126.4. El contenido	502
127. Clases.....	502
Subsección II .– Institución jurídica	504
128. Concepto.....	504
Subsección III.– Situación jurídica	505
129. Concepto.....	505
Sección IV.- Hecho jurídico	506
130. Concepto.....	506
Sección V.- El acto jurídico	507
131. Concepto.....	507
Sección VI.- Responsabilidad	508
132. Concepto.....	508
133. Clases de responsabilidad	509
134. Daños indemnizables	513
134.1. Consideraciones básicas	513
134.2. Clasificación y denominación de los daños.....	516
134.3. Daños a los que hace referencia el Código Civil	517
134.4. Incoherencias del Código Civil.....	519
134.5. Otros daños indemnizables.....	521

CAPÍTULO 10**FUENTES DEL DERECHO**

Sección I.- Concepto y clasificación	527
135. Concepto.....	527
136. Clasificación de las fuentes	528
136.1. Fuentes de producción.....	529
136.2. Fuentes vinculantes y no vinculantes	531
136.3. Fuentes constitucionales y fuentes legales	531
136.4. Fuentes dictadas y fuentes indirectas.....	531
136.5. Fuentes principales y fuentes supletorias.....	531
136.6. Fuentes escritas y fuentes no escritas	531
136.7. Fuentes internacionales y nacionales	531
136.8. Fuentes generales y específicas.....	532
136.9. Fuentes legislativas, particulares e individualizadas.....	532
136.10. Fuentes de conocimiento	532
136.11. Fuentes reconocidas y fuentes delegadas	532
136.12. Fuentes estatales y no estatales	532
136.13. Fuentes materiales.....	536
136.14. Fuentes formales	537
Sección II.- La Constitución	538
Sección III.- La ley	539
137. Introducción.....	539
137.1. Concepto de ley	542
137.2. Caracteres de la ley	543
137.3. Jerarquía de las leyes peruanas.....	544
137.4. Recopilación y codificación de las leyes.....	544
137.5. Límites de la ley en el espacio	546
137.6. Límites de la ley en el tiempo	546
137.7. Conflicto de leyes en el tiempo	547
137.8. La ley en la teoría del derecho y del estado.....	549
Sección IV.- La jurisprudencia	556
138. La jurisprudencia como ciencia del Derecho	556
139. La jurisprudencia como fuente del Derecho.....	556

139.1. Fuentes formales en el derecho romano germánico y en el derecho anglosajón	556
139.2. Definición de jurisprudencia	559
139.3. El precedente judicial en el derecho anglosajón.....	561
139.4. El precedente judicial en el derecho romano germánico	564
139.5. El precedente judicial en el Perú.....	565
139.6. Reforma judicial mediante el precedente judicial.....	573
139.7. Ventajas del precedente vinculante.....	576
139.8. El certiorari	580
Sección V.- La costumbre.....	581
140. Concepto.....	581
141. Elementos	581
142. Carácteres	582
143. Clases.....	583
144. Valor de la costumbre como fuente	584
145. Prueba de la costumbre	589
146. Los usos jurídicos	590
147. Buenas costumbres	591
Sección VI. - Los principios generales del Derecho	594
148. Concepto.....	594
149. Funciones.....	595
149.1. Función creadora (fuentes materiales de derecho).....	595
149.2. Función interpretativa	596
149.3. Función integradora (fuente formal de derecho)	596
150. Origen y fundamento. Diversas teorías	598
Sección VII.- La doctrina.....	606
151. Concepto.....	606
152. La doctrina como fuente del Derecho	606
Sección VIII.- Fuentes negociales	608
153. El acto jurídico como fuente del Derecho.....	608
Sección IX.- Fuentes formales del Derecho civil peruano.....	608
154. Fuentes de producción de nuestro Derecho civil	608
155. Fuentes formales de nuestro Derecho civil	608

156. Epólogo	612
--------------------	-----

CAPÍTULO 11

APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO

Sección I.- Aplicación del derecho	615
157. Introducción	615
158. Concepto de aplicación del Derecho	616
159. Aplicación silogística del Derecho	616
160. Calificación jurídica del hecho	618
161. Elección de la norma o normas aplicables	620
Sección II.- Interpretación del Derecho.....	622
162. Introducción	622
163. Concepto de interpretación del Derecho	626
164. Carácter de la interpretación	629
165. Sujetos de la interpretación.....	630
166. Objeto de la interpretación jurídica.....	631
167. Interpretación e integración	633
168. Interpretación y construcción	633
169. Interpretación y traducción	634
170. Necesidad de la interpretación	635
171. Finalidad de la interpretación.....	640
172. Metas de interpretación	643
173. Clases de interpretación	645
173.1. La interpretación doctrinal	645
173.2. La interpretación judicial.....	646
173.3. Interpretación auténtica.....	657
173.4. Interpretación común	660
173.5. Interpretación declarativa.....	661
173.6. Interpretación modificativa.....	662
174. “Favor legis” y clemencia interpretativa	664
175. Métodos de interpretación.....	665
175.1. Método literal.....	665
175.2. Método lógico	672

175.3. Método sistemático	679
175.4. Método histórico	681
175.5. Método sociológico	687
175.6. Método teleológico.....	688
175.7. Método empírico-dialéctico.....	690
175.8. Método pragmático	690
175.9. Método de interpretación conforme a la Constitución Política	691
175.10. Conclusión sobre los métodos de interpretación	694
176. Interpretación constitucional	698
177. Teorías sobre la interpretación del derecho	704
177.1. Teoría legalista o legislativa	705
177.2. Teoría exegética o de la voluntad del legislador	706
177.3. Teoría de la voluntad objetiva de la ley	708
177.4. Teoría finalista.....	708
177.5. La libre investigación científica.....	709
177.6. Teoría del Derecho libre.....	711
177.7. Jurisprudencia sociológica	711
177.8. Jurisprudencia de intereses.....	713
177.9. El realismo jurídico	714
177.10. Teoría pura del derecho	715
177.11. Opinión de Ascoli	716
177.12. Teoría de la lógica de lo razonable	718
177.13. Opinión de Nino	720
177.14. Teoría egológica.....	723
177.15. La teoría analítica.....	724
Sección III. – Integración del Derecho	725
178. La plenitud del ordenamiento jurídico.....	725
179. Integración del derecho.....	727
180. Las lagunas de la ley.....	728
181. Concepto de analogía	733
182. Naturaleza jurídica de la analogía	736
183. La analogía y su diferencia con la interpretación extensiva	738
184. Fundamento de la analogía.....	741

185. Clases de analogía	742
186. Límites de la analogía	745

CAPÍTULO 12

LOS VALORES JURÍDICOS

Sección I.- La justicia	749
187. Concepto.....	749
188. Doctrinas formuladas a través de la historia.....	752
189. La justicia como virtud.....	762
190. La justicia como ordenamiento jurídico	763
191. La justicia como ideal.....	766
192. La justicia y los otros valores jurídicos	767
193. Clases de justicia	769
Sección II.- El valor libertad.....	773
194. Concepto.....	773
195. Evolución del concepto	776
196. Dimensiones que presenta la libertad.....	783
Sección III.- Otros valores	785
197. El valor igualdad	785
198. El orden.....	788
199. La seguridad jurídica	792
200. El bien común	795

CAPÍTULO 13

FUNCIONES DEL DERECHO

201. Introducción.....	799
202. Concepto objetivista y subjetivista de función	802
203. Aplicación del concepto de función al análisis funcional del derecho	803
203.1. Teoría objetivista	803
203.2. Teoría subjetivista.....	803
204. Las funciones del derecho.....	804
204.1. Función organizativa de la vida social.....	804
204.2. Función organizativa del poder público	806

204.3. Función de legitimación del poder.....	807
204.4. Función de organización de la violencia.....	811
204.5. Función de resolución de conflictos.....	811
204.6. Función represiva y función promocional.....	813
204.7. Función atributiva	815
204.8. Función de cambio social	817
204.9. Función de materialización de los ideales de justicia	818
205. Consecuencias del análisis funcional del derecho	818

CAPÍTULO 14

TÉCNICAS JURÍDICAS

206. Concepto general.....	821
207. Técnica legislativa	823
207.1. Concepto	823
207.2. El Derecho como ciencia, como política y como arte	823
207.3. Técnica de elaboración.....	825
207.4. Procedimientos de la técnica de elaboración	825
207.5. Técnica de sistematización de las normas jurídicas.....	830
208. Técnica jurisdiccional.....	831
209. Técnica forense.....	834
210. Técnica de la investigación jurídica	837
210.1. Planteamiento	837
210.2. Información o erudición (etapa heurística-búsqueda-encuentro)	841
210.3. Construcción (etapa sintética)	845
210.4. Exposición.....	846
211. Ejemplo de un proyecto de investigación jurídica con hipótesis.....	846

CAPÍTULO 15

SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

Sección I: Derecho romano-germánico	855
212. Introducción	855
213. El Derecho romano.....	856
214. El Derecho en la Edad Media	860

215. El Derecho civil en la Edad Moderna	862
216. Los derechos germánicos	863
217. Derecho legislado y codificado	865
218. La codificación en el Perú	878
218.1. El Código Civil de 1852	878
218.2. El Código Civil de 1936	884
218.3. El Código Civil de 1984	886
Sección II: El Derecho angloamericano	889
219. El Derecho inglés	889
219.1. Orígenes del Derecho inglés	889
219.2. El <i>Common Law</i>	892
219.3. Fuentes del Derecho inglés	894
219.4. Los tribunales de justicia	897
219.5. Los abogados (<i>lawyers</i>)	898
Sección III: El Derecho de los Estados Unidos de América	901
220. Idea del Derecho de los Estados Unidos	901
221. La Constitución de los Estados Unidos	910
Sección IV: El Derecho socialista de la ex Unión Soviética (URSS)	917
222. Introducción	917
223. Importancia del derecho en la ex Unión Soviética (URSS)	918
224. Fuentes	919
225. El socialismo y la perestroika	925
Sección V: El Derecho islámico	936
226. Idea del derecho musulmán	936

CAPÍTULO 16

EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO TEORÍAS

227. El Derecho en la antigüedad	947
228. Escuela de los glosadores	952
229. Escuela de los posglosadores	953
230. Escuela jurídica humanista	954
231. Escuela del Derecho natural	955
231.1. El iusnaturalismo grecorromano	957

231.2. El iusnaturalismo panteísta	967
231.3. El iusnaturalismo cristiano.....	969
231.4. La escuela clásica del Derecho natural	976
231.5. Escuela racional o formal del Derecho.....	983
231.6. Crítica al Derecho natural	995
232. Escuela histórica	1000
233. Escuela exegética.....	1002
234. Jurisprudencia analítica	1003
235. Dogmática jurídica. Jurisprudencia de conceptos	1006
236. Teoría general del Derecho	1007
237. Escuela del método comparatista.....	1008
238. Vuelta al formalismo jurídico. La jurisprudencia pragmática	1008
239. Jurisprudencia de intereses.....	1009
240. El pluralismo jurídico.....	1011
241. Jurisprudencia sociológica norteamericana	1011
242. Realismo escandinavo	1016
243. El solidarismo.....	1020
244. Movimiento del Derecho libre	1022
245. La escuela sociológica alemana	1025
246. La escuela neokantiana.....	1029
247. El positivismo jurídico	1035
248. El escepticismo jurídico	1045
249. El pensamiento de Luis Recaséns Siches	1048
250. Estructuralismo y funcionalismo de Bobbio	1051
251. Pluralidad de ciencias jurídicas.....	1053
252. Teoría tridimensional y teoría trialista del Derecho	1054
252.1. Surgimiento.....	1054
252.2. Visión trilateral del derecho	1055
252.3. Teoría tridimensional.....	1055
252.4. Apreciación crítica de la teoría tridimensional	1058
252.5. Teoría trialista	1060
253. Teoría egológica del Derecho	1062
253.1. Origen	1062
253.2. Terminología.....	1063

253.3. El Derecho es conducta.....	1064
253.4. El Derecho es ciencia de experiencia humana	1066
253.5. La nueva sistemática iusfilosófica	1067
253.6. Crítica de Carlos Cossío a la teoría tridimensional de Miguel Reale	1071
254. Teoría de la argumentación jurídica	1072
255. Conclusiones	1078

CAPÍTULO 17

EL ESTADO

256. Concepto de Estado	1083
257. Definición de Estado	1085
258. El nombre del Estado.....	1089
259. Evolución del Estado	1092
259.1. El Estado en Grecia	1092
259.2. El Estado en Roma	1098
259.3. El Estado medioeval	1099
259.4. El Estado liberal moderno	1105
260. El Estado como sistema normativo según Kelsen.....	1144
261. Elementos del Estado	1145
262. La soberanía del Estado.....	1154
263. Formas del Estado.....	1155
263.1. Formas de Estado en la Edad Antigua y en la Edad Media.....	1156
263.2. Formas de Estado en la Edad Moderna: la monarquía y la república	1156
263.3. Estados unitarios y Estados compuestos	1161
263.4. Estado regional	1163
263.5. La regionalización en el Perú	1164
264. Relación entre Estado y Derecho	1170
265. Estado de Derecho	1173
266. Estado Constitucional de Derecho	1176
Bibliografía.....	1185

I

CAPÍTULO

SER HUMANO, SOCIEDAD Y DERECHO

1. Introducción

Para saber qué es el Derecho, necesitamos tener una visión global del mundo y así establecer qué lugar ocupan, en este, el ser humano, la sociedad y el Derecho. No cabe duda de que en el mundo encontramos solamente objetos y sujetos. El universo y todo cuanto en él existe es objeto. El ser humano, desde su concepción hasta su muerte, considerado en forma individual (persona natural) o colectiva (persona jurídica) es el sujeto.

Los objetos no pueden ser sin el ser humano ni este puede ser sin los objetos. Además, el ser humano no puede ser sin la sociedad ni esta puede ser sin el Derecho.

En una primera aproximación, sin pretender abarcar la vasta y compleja realidad jurídica, diremos que con la palabra *derecho* nos referimos tanto a las reglas de conducta (ley, ordenanza, precedente judicial, costumbre, etc.), cuya observancia es impuesta a la colectividad de personas (*norma agendi*), como a las facultades o prerrogativas (derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, a la propiedad, etc.), reconocidas o conferidas por tales reglas a los individuos (*facultas agendi*). Se habla de *derecho* en sentido *objetivo* o *positivo*, en el primer caso, y de *derecho* en sentido *subjetivo*¹, en el segundo.

¹ Con la palabra Derecho escrita con *D* mayúscula nos referimos al Derecho objetivo o positivo y con la palabra *derecho* escrita con *d* minúscula, designamos al *derecho* subjetivo.

Es innegable que el Derecho se resuelve en un conjunto de reglas de conducta o normas (ordenamiento jurídico), pero también es cierto que en él no se agota la experiencia normativa, que en verdad es más extensa, porque la vida de una colectividad humana está disciplinada por diversas reglas que se pueden denominar *normas sociales* o *normas de conducta*, de las cuales solo una parte está constituida por las normas jurídicas. Basta —por ahora— con considerar, de un lado, algunas normas jurídicas, como las que castigan el delito, tutelan la propiedad o regulan los contratos, etc., y, del otro, a las normas de la religión, de la ética, de la moral, del trato social, etc.

El ser humano está inserto en varios grupos sociales, no solo en el Estado, sino también en diversas comunidades existentes en su ámbito (como la familia, la Iglesia, el colegio, la universidad, la fábrica, el cuartel, la asociación con fines políticos, sindicales, culturales o recreativos, y tantos otros mundos posibles), cada uno de los cuales requiere y cuenta con un conjunto ordenado de reglas de conducta para los asociados, reglas sin las cuales no es posible que tales grupos logren la finalidad que pretenden.

El Derecho, a la par de las otras normas sociales, presupone una forma de agregación, de la cual se sigue que él, la sociedad y el ser humano son interdependientes. A la *horda*, entendida como agregación ocasional e inestable, carente de reglas definidas de comportamiento aceptadas por los individuos reunidos, se contrapone la *sociedad civil*, o sea, la colectividad de personas, cuyos componentes, limitando voluntariamente su libertad de acción, concuerdan sobre el respeto de principios reguladores de su conducta, principios que la conciencia social considera esenciales en la vida de relación. El ser humano, al despertar del estupor y de la ferocidad de la barbarie primitiva, ha ido, gradualmente, adquiriendo conciencia de las ventajas de la convivencia en una sociedad civil ordenada mediante normas, en la que la tutela de los intereses depende de las valoraciones hechas por la conciencia social, pues de esta se deriva la disciplina del comportamiento de los asociados en la vida de relación.

La vida de relación genera permanentes conflictos entre los asociados, conflictos que pueden resolverse mediante el acuerdo de los interesados, pero que están destinados a desembocar en violencia cuando no se logre tal acuerdo. El Derecho repugna el uso de la fuerza por los particulares para resolver sus conflictos; la fuerza es, antes que todo, un instrumento para la actuación del Derecho. Este confía el uso de la fuerza a los órganos de la colectividad, institucionalmente investidos de la facultad de usarla (*heterodefensa*); solo en casos excepcionales autoriza a los particulares para que usen la fuerza en defensa de sus propios intereses (*autodefensa*, por ejemplo, la legítima defensa).

Muchos son los estudiosos del Derecho que utilizan el procedimiento de localizarlo dentro de un sector específico del universo como momento previo a su

definición². Como dice RECASÉNS SICHES, para encontrar el Derecho es necesario dar primeramente respuesta a la pregunta: ¿dónde está el Derecho?; urge inquirir en qué zona del universo queda situado eso que todo el mundo llama Derecho³. Tal procedimiento encuentra su base o sustento en la clasificación de los objetos u ontologías regionales (HUSSERL⁴) o estratos del ser en el orden del mundo (HARTMANN⁵). Este estudio está orientado al conocimiento de estas regiones o estructuras y a la ubicación del lugar que corresponde al ser humano, a la sociedad y al Derecho entre los seres del universo.

2. Noción general de objeto

Objeto es todo aquello que el ser humano puede encontrar en el mundo: montañas, ríos, nubes, volcanes, astros, animales, árboles, colores, imágenes, formas geométricas, fórmulas lógicas, números, compañeros, gente extraña (hombres y mujeres), amigos, enemigos, Estados, familias, fundaciones, sociedades comerciales, mercados, alegrías, tristezas, policías, magistrados, normas de conducta, casas, iglesias, vehículos de transporte, satélites espaciales, principios morales, teorías científicas, días, noches, meses, años, versos, música, estatuas, pinturas, verdades, falsedades, etc. Todos estos objetos son de alguna forma, en algún sentido, pero son. Todo lo que es en el mundo externo e interno del sujeto constituye una inmensidad que, cuanto más la conocemos, más inmensa se torna.

Todo lo que está delante del sujeto, esto es, todo lo que podemos ver, oír, pensar, querer, imaginar, representar, percibir, apreciar, intuir y sentir es objeto. El objeto es todo lo que puede servir de materia o asunto de conocimiento, o del ejercicio de las facultades mentales del sujeto.

En una palabra, objeto es todo lo que existe para el conocimiento del sujeto.

No hay objeto sin sujeto, ni este sin objeto. Como ha dicho HEIDEGGER, no se puede separar la existencia humana (sujeto) del mundo (objeto), ni el mundo de la existencia humana; no puede concebirse la humanidad sin mundo (idealismo) ni el

² RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, 1.^a reimp., 2.^a ed., Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997. COSSIO, Carlos, *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, Ciudad de México: Librería Porrúa, 1959.

³ RECASÉNS SICHES, Luis, *Estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed. t. I, *Parte Sistemática*, Ciudad de México: Unión Tipográfica Editorial Hispano América, 1946, p. 159.

⁴ Edmund HUSSERL (1857-1938) es el creador de la *fenomenología* como doctrina filosófica. Escribió *Meditaciones cartesianas* y *De investigaciones lógicas*.

⁵ HARTMANN, Nicolai, *Ontología. La fábrica del mundo real*, trad. de J. Gaos, Ciudad de México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1959.

mundo sin humanidad (realismo). La existencia humana es un constante quehacer con los objetos. El ser humano es a la vez *mutable*, porque se hace constantemente en su relación con los objetos, y *permanente*, porque siempre hay algo que en él no cambia, lo que constituye su identidad personal que permite atribuirle cada uno de sus actos positivos (acciones) o negativos (abstenciones u omisiones) y sus consecuencias.

La infinita variedad de objetos, unos que se dan en la realidad externa del sujeto (astros, ríos, animales, etc.), los que se dan solamente en el sujeto (sueños, deseos, etc.), algunos que no están ni en la realidad externa ni interna del sujeto, pero que son descubiertos por la mente del sujeto (números, valores, etc.), y otros más que son el resultado de la actividad humana (herramientas, normas de conducta, etc.), ha dado lugar para que se elabore una estructuración en la complejidad óntica del universo en diversas regiones del ser.

3. Las regiones del ser que integran el universo

Con los estudios de DILTHEY⁶, HEIDEGGER⁷, HUSSERL⁸, SARTRE⁹, REALE¹⁰, Cossio¹¹, RECASÉNS SICHES¹², FERNÁNDEZ SESSAREGO¹³, entre otros, queda, por ahora,

6 DILTHEY, Wilhelm, *Introducción a las ciencias del espíritu*, trad. de Eugenio Imaz., Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1978.

7 HEIDEGGER, Martín, "El ser y el tiempo", en *Revista de Filosofía y Letras*, n.º 2, Ciudad de México: 1942.

8 HUSSERL, Edmund, "Investigaciones lógicas", en *Revista de Occidente*, trad. de Morente y Gaos, Madrid: 1929; *Idem, Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, Ciudad de México: 1949.

9 SARTRE en su obra *El ser y la nada* divide la realidad en dos regiones: *el ser-en-sí* y *el ser-para sí* (*lo en-sí* y *lo para-sí*). *El ser-para-sí* es *el ser de la persona en tanto que subjetividad* (dotada de *conciencia y libertad*). *El ser-en-sí* es *el ser de los objetos*. "El ser es. El ser es en-sí. El ser es lo que es". El ser es positividad, realidad, actualidad; en *el ser no está presente la nada, ni la diferenciación, ni el movimiento, simplemente es*. La nada es un atributo que nosotros introducimos en la realidad, como cuando decimos que la semilla no es árbol pero puede serlo; en *el ser-en-sí* no hay duplicidad de potencia y acto: solo desde nuestra perspectiva la semilla es árbol en potencia, puesto que nosotros esperamos que así sea, nos representamos el futuro, ponemos la semilla en el futuro y la observamos como árbol; al representárnosla en el futuro como árbol trasladamos esta forma de ser al presente e introducimos esa potencialidad en la realidad actual de la semilla. *El ser-en-sí no es consciente, es increado; no es causa de sí, simplemente es*. Y por ser de este modo, sin justificación, ni sentido alguno, sin poder ser explicado o deducido, está de más; es un puro hecho, sin causa, sin razón, *su existencia es absurda*.

10 REALE, Miguel, *Filosofía do direito*, São Paulo: Saraiva, 1953; *Idem, Introducción al derecho*, 6.^a ed., Madrid: Ediciones Pirámide, 1984.

11 COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires: Kraft, 1945; *Idem, La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, ob. cit.; *Idem, Radiografía de la teoría ecológica del derecho, con una introducción a la fenomenología ecológica*, Buenos Aires: Depalma, 1987.

12 RECASÉNS SICHES, Luis, *Estudios de filosofía del derecho*, Ciudad de México: Utcha, 1946; *Idem, Tratado general de filosofía del derecho*, ob. cit.; *Idem, La experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

13 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho como libertad*, Lima: Studium, 1987.

en claro que el universo es una superposición abigarrada de objetos (denominados también *seres* u *ontologías*) diversos que están básicamente unidos porque todos son, pero no todos son en el mismo sentido, no todos poseen la misma razón de ser. La diversidad de objetos ha dado origen a grandes fragmentaciones, zonas ontológicas regionales, o estratos del ser: 1) seres naturales materiales (llamados también seres reales objetivos), 2) seres naturales síquicos (denominados, asimismo, seres reales subjetivos), 3) seres ideales y 4) seres culturales o humanos.

3.1. Seres naturales materiales

Los objetos de naturaleza material existen en el espacio y en el tiempo (son reales), se accede a ellos mediante los sentidos (están en la experiencia sensible), están concatenados fatalmente por el vínculo de la causalidad, se manifiestan como cuerpos con relaciones físicas, indiferentes al valor y al desvalor, ciegos para toda estimación, o sea, son neutros al valor. Se puede decir que las estrellas son bonitas, pero esta cualidad no es una propiedad de los astros. Sus características son la espacialidad y la temporalidad, por ejemplo, los animales, los mares, las nubes, los planetas.

Los fenómenos de la naturaleza son estudiados por las ciencias naturales: la física, la química, la astronomía, la geología, la biología, la anatomía, etc.

3.2. Seres naturales síquicos

Los objetos de la naturaleza síquica están en el tiempo, pero no en el espacio. Sus características son la temporalidad y la inespacialidad. Por ejemplo, la alegría, el placer, las emociones, los pensamientos, tienen una duración temporal.

Los objetos psíquicos tienen existencia apenas en la propia intimidad del sujeto; son hechos que solamente “son en mí”. Los fenómenos síquicos son estudiados por la sicología. Esta es la ciencia que estudia los mecanismos intelectivos, emocionales y volitivos de la vida interna del sujeto.

Por lo visto, son objetos naturales tanto los que integran la naturaleza material como la naturaleza síquica. La realidad natural, material o síquica, está compuesta por todo aquello que es dado o puesto originalmente por la naturaleza sin participación de los seres humanos en cuanto a su aparición y desenvolvimiento.

3.3. Seres ideales o irreales

Gracias a los trabajos de la filosofía de HUSSERL, conocida como *fenomenología*, se ha llegado a descubrir los objetos ideales, que no existen como cosas en el espacio

ni como procesos en el tiempo, y, sin embargo, son algo que si bien se actualizan en el pensamiento, poseen un especial ser en sí mismo, irreal o ideal.

Los seres ideales no tienen existencia en el tiempo ni en el espacio (son intemporales e inespaciales), no están en la experiencia sensible del sujeto, no son objetos individuales sino generales y abstractos. V. gr., los números, las figuras geométricas, los conceptos, las relaciones entre las cosas (de igualdad, semejanza, de atribución, de causalidad, etc.), las verdades matemáticas, los valores¹⁴, sean estos morales (por ejemplo, lo bueno, lo justo), intelectuales (la verdad, la evidencia), útiles (v. gr., lo apto), etc. No podemos decir que un número existe en tal o cual época o lugar, pues no se accede a él por los sentidos, ni tiene la calidad de bueno o malo. Cuando, por ejemplo, un sujeto dice que el número 7 es malo porque trae mala suerte, esta cualidad que se atribuye al número no es de índole matemática y, por consiguiente, nada tiene que ver con la esencia del número como objeto ideal. Lo ideal se ofrece como algo que está fuera del espacio y del tiempo (desde que se descubrió que el triángulo tiene tres lados es así y así será por siempre), algo intemporal e inespacial, pero es algo que nuestro intelecto encuentra como objeto.

Hay seres ideales, dice RECASÉNS SICHES¹⁵, que pueden ser transvasados a la realidad, tienen la estructura del ser real: por ejemplo, $2 + 2 = 4$ es una relación matemática, pero a la vez una estructura de lo real, porque dos naranjas más dos naranjas son cuatro naranjas. Pero los seres ideales llamados *valores* (v. gr., la verdad, la justicia), no están transvasados necesariamente en el ser real.

No se debe confundir el mundo síquico con el ideal, porque, como afirma RECASÉNS SICHES¹⁶:

el acto síquico, aunque espiritual, es un fenómeno real que se da en el tiempo, mientras que las ideas tienen una vigencia objetiva, no encuadrada ni en el espacio ni en el tiempo... Podríamos decir que lo ideal es el ser irreal, en oposición al ser real. Lo real es aquello que se ha encuadrado, bien en el espacio y en el tiempo –materia–, bien en el tiempo –espíritu–. Pero hay, además, esencias de carácter espectral, que son intemporales, de las cuales predicamos no la existencia real, sino la validez ideal... Las ideas son o pueden ser pensadas por la mente humana, pero hay que distinguir cuidadosamente

¹⁴ Los valores son bidimensionales, bipolares, o sea, positivos o negativos: bien-mal, verdad-falsedad, justicia-injusticia. Los valores son susceptibles de conocimiento riguroso, absoluto, evidente. Una cosa tiene un valor en virtud de una intuición *a priori* del valor que en ella se da. Estimar algo como útil, verdadero, bello, justo, supone una intuición apriori de la utilidad, de la verdad, de la belleza, de la justicia. Hay que distinguir entre aquello que la cosa es realmente y su calidad de valor. Los valores morales se dan solamente en las personas no en las cosas; los jurídicos en una colectividad; los de utilidad solo en las cosas; los vitales solo en los seres vivos. Los valores se dan en una estructura jerárquica, esto es, unos valen más que otros.

¹⁵ DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Uteha, 1946, p. 153. Afirma que “es un error equiparar ser real y realidad. Hay seres reales; pero hay, además, seres irreales o ideales, tan seres y tan objetivos como los reales; y ofrecen a todo arbitrio del sujeto la misma resistencia absoluta que los objetos reales de la percepción y en esa resistencia se manifiesta su ser objetivo. Ese ser objetivo de los objetos ideales consiste en su validez”.

¹⁶ DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 619.

su propia esencia del acto síquico que las concibe –hecho real, temporal–. Una verdad matemática o una norma moral pura pueden ser pensadas por muchas personas, a la vez o sucesivamente. Habremos de distinguir, pues, el acto síquico que las piensa, que es distinto e individualizado en cada sujeto, que es una realidad temporal concreta, con existencia distinta en cada caso; de la idea en sí, que es la misma e idéntica para todas las mentes que la han concebido y la concebirán.

La idea pensada tiene una consistencia independiente del acto pensado. Si pienso el número 5, el acto de pensar lo es un acto distinto del 5 pensado. El 5 no se confunde con la multiplicidad de actos en que aparece pensado. El 5 es algo que está fuera del espacio y del tiempo, con independencia de los actos síquicos que lo piensan, cada uno de los cuales se extiende a lo largo del tiempo en la mente del sujeto. El acto síquico que piensa una idea es distinto e individualizado cada vez que se piensa y en cada sujeto: es una realidad temporal concreta, una existencia distinta en cada caso; en cambio, la idea pensada es una, la misma e idéntica para cualquiera de los actos de pensar en uno o varios sujetos.

3.4. Seres culturales

Se entiende por *cultura* todo aquello que en los planos material y espiritual el ser humano construye sobre la base de la naturaleza, a fin de modificarla o de modificarse a sí mismo. De esta suerte, la realidad cultural está integrada por todo lo “construido” por el ser humano, por ejemplo: una aguja, una ciudad, un aeroplano, una señal de tránsito, un libro, la moral, la religión, el Derecho, una teoría científica, una práctica social.

Como explica RECASÉNS SICHES¹⁷, siguiendo a su maestro ORTEGA Y GASSET, la cultura es: 1) la respuesta a las necesidades vitales e instrumento para la propia vida; 2) los quehaceres humanos que aspiran a realizar valores que perduran con una especie de consistencia; 3) el conjunto de obras humanas pasadas, vida humana cristalizada, cuya estructura es análoga a la de la vida auténtica; 4) la cultura que nace *en, de y en función de* la vida auténtica, está en constante dependencia de ella, de modo que sin vida ni existiría ni se desarrollaría la cultura.

La cultura existe porque el ser humano en su búsqueda de realizar fines que le son propios modifica aquello que le es “dado”, y se modifica a sí mismo. La naturaleza está siempre sobre la base de toda creación cultural. Así, una hacha de sílex, pieza tosca muy cercana de lo natural, tiene una forma que es el resultado del trabajo del ser humano, adecuándolo a sus fines para servirlo como herramienta o arma. Desde

17 RECASÉNS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, ob. cit., pp. 101-104 y 114.

este instante lo dado por la naturaleza se convierte en elemento de cultura. La cultura está vinculada a la naturaleza¹⁸.

El ser humano no vive en el mundo de una manera indiferente, sin rumbo y sin finalidades. Al contrario, la vida humana es búsqueda constante de valores, una permanente toma de posición de acuerdo con determinados valores y con miras a la realización de ciertos fines que pretende alcanzar. De ahí la naturaleza axiológica o teleológica de las leyes culturales. La *axiología* es la teoría de los valores; la *teleología*, teoría de los fines.

Los objetos culturales tienen existencia individual, son reales, y pueden ser valorados positiva o negativamente. Todo aquello donde esté la huella de la conducta humana, por más primitiva que esta sea, es cultural, pero no solo es objeto de cultura todo aquello que es producto de la actividad humana, sino también la propia conducta humana. En otras palabras, son objetos culturales los productos de la actividad humana y esta por sí misma.

Cossío denomina *objetos mundanales* o *vida humana objetivada* a todos aquellos bienes creados por la actividad humana, y *objetos egológicos* a la vida humana viviente en la que se dan y de la que provienen los objetos mundanales.

Los objetos naturales son y los objetos culturales, por ser producto de la cultura humana, son y valen; porque no puede haber conducta humana desprovista de valores¹⁹. Como dice Cossío, toda conducta humana, por el solo hecho de ser, se desarrolla valorando; su existencia es un ser estimativo; si es, elige; si elige, prefiere; y para preferir, valora.

Los objetos culturales tienen sentido por su calidad valiosa; así, el sentido de la economía es el valor: utilidad, del arte es la belleza, de la ciencia es la verdad, y el de la conducta humana son los valores éticos o jurídicos. El valor es una noción de relación; surge de la relación del sujeto apreciante con el objeto; de allí la relatividad del concepto valor: lo que es valioso para unos puede no serlo para otros. El valor no es el que subjetivamente le otorga el autor del producto cultural, sino el que le otorga el sujeto que aprecia ese producto. Por lo referente a los valores jurídicos, por ser valores de conducta bilateral que implica, al decir de Cossío, dos sujetos desarrollando una conducta compartida, el sentido jurídico de una acción se obtiene comprendiéndola como un momento del todo que es la comunidad.

¹⁸ REALE, Miguel, *Introducción al derecho*, 6.^a ed., trad. del portugués por Jaime Brufau Prats, Madrid: Pirámide, 1984, p. 39.

¹⁹ Max SCHELLER hace la siguiente jerarquización de los valores: los valores útiles (ejemplo, adecuado, inadecuado) ocupan el punto más bajo, les siguen los valores vitales (ejemplo, fuerte, débil), los lógicos (verdad, error), estéticos (belleza, fealdad), éticos (justicia, injusticia), y en el ápice figuran los valores religiosos (ejemplo, santo y profano).

Según Max SCHELLER²⁰, el acto de valoración no es de índole racional o intelectual, sino emocional, sentimental, irracional. No compartimos esta teoría, porque si bien es cierto que el infante —aunque ningún concepto tiene todavía del cariño— intuye directamente como algo valioso el sentimiento que le profesa su madre, también es verdad que no en todos los casos se aprehende el sentido valioso de los objetos culturales con base en un acto puramente emocional, sino mediante un acto racional, intelectual. Así, un agricultor ignorante al labrar la tierra encuentra una piedra, la coge y la arroja fuera del surco por considerar que es una piedra cualquiera, un simple objeto natural; luego pasa por allí un arqueólogo, encuentra la misma piedra y descubre que se trata de una herramienta de los preincas de gran valor histórico, o sea, ya no es una simple piedra como la consideró el agricultor, sino además es un objeto cultural. Entonces, la valoración puede ser un acto puramente emocional o también racional, intelectual.

En los objetos culturales existen dos elementos: *un substrato* o soporte material, por ejemplo: un lienzo, un papel, una piedra, un metal, en los que se encarna *un sentido* espiritual valioso, de cuya existencia nos damos cuenta cuando advertimos que es bueno o malo, verdadero o falso, justo o injusto, etc. El soporte material de la conducta humana es el propio ser humano²¹.

La teoría egológica de Cossio asigna a los objetos culturales el método de estudio *empírico-dialéctico*. Lo empírico se debe a que los objetos culturales son reales, están en la experiencia; y lo dialéctico a que el acto de conocimiento no consiste simplemente en inducciones o deducciones, o sea, en ir de lo singular a lo general o viceversa, sino en ir del substrato del objeto hacia su sentido, luego viceversa, y así sucesivamente hasta lograr la comprensión. Solucionado un problema matemático, por más veces que se repita la operación no se hallará nada nuevo (por ejemplo $2 \times 2 = 4$, por más comprobaciones que hagamos sobre esta operación matemática, el resultado siempre será 4). En cambio, al releer un libro, al contemplar de nuevo una obra de arte, al

20 SCHELLER, en RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 177.

21 Cossio, *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, ob. cit., p. 94 y ss. Dice que todo objeto cultural consiste en la unidad de un substrato material y de un sentido espiritual; así, por ejemplo, cuando advertimos un peñasco cumple la función de separar dos heredades, ya no es solo un peñasco, sino además un mojón. Dentro de esta estructura de los objetos culturales (substrato y sentido), cabe distinguir dos especies primarias: aquellos objetos cuyo substrato es un poco de la naturaleza (objetos mundanales) y aquellos cuyo substrato es la propia acción o conducta humana (objetos egológicos). En estos últimos, no ha de tomarse como substrato el desnudo organismo biológico, que también es naturaleza, sino la acción o conducta en cuanto que vida como vida biográfica. Si yo digo que el bloque de mármol es la venus de Milo, digo que ese mármol es la Venus de Milo y, por eso, lo conozco como tal al comprender en él su sentido espiritual. De la misma manera, cuando la teoría egológica dice que la conducta humana es el substrato del Derecho, dice que la conducta es Derecho en tanto que es el objeto cuyo conocimiento formula el jurista al comprenderla en su sentido.

volver a escuchar una melodía, siempre encontraremos nuevos matices que antes no habíamos advertido.

En el conocimiento natural el objeto permanece fuera del sujeto; en cambio, en el conocimiento de la cultura, el sujeto penetra en el objeto para verlo desde dentro. Como decía DILTHEY: “[L]a naturaleza se explica, la vida del espíritu se comprende”.

Las ciencias culturales estudian la actividad o comportamiento del ser humano, como sucede con la Historia, la Economía, la Sociología, la Política, el Derecho, etc.

El objeto de estudio de las llamadas ciencias naturales es la naturaleza, pero como producto de la actividad creadora del ser humano, ellas son objetos culturales, forman parte de la realidad cultural.

Todas las ciencias son bienes culturales, pero no todas pueden ser llamadas *ciencias culturales*. Los científicos de las ciencias naturales tratan de explicar la naturaleza de manera exacta y rigurosa, observando una actitud neutral ante la realidad que estudia; los principios o leyes de la naturaleza explican la realidad tal cual es, sin quitar ni añadir nada. La menor discrepancia entre la ley natural y la realidad destruye o modifica la ley natural. Así, la ley física dice que sometido al calor un metal, este se dilata; si en la realidad existe un metal que sometido al calor no se dilata, entonces la ley se destruye. No sucede esto con las leyes culturales, pues si una persona mata a otra, no por eso se destruye la ley penal que castiga el homicidio. Las leyes culturales se refieren a los valores y adecuan los medios a los fines.

No todas las leyes culturales tienen la misma naturaleza: unas son enunciados de juicios de valor que se basan en la observación (Historia, Sociología, Economía, etc.), no tienen el propósito de regular la conducta colectiva, aunque sus conclusiones pueden influir en ello, son orientadoras del legislador en la elaboración de las normas o del juzgador en la interpretación y aplicación de ellas; asimismo, otras son leyes éticas reguladoras de la conducta humana social (moral, política, religión, Derecho, etc.).

4. Localización ontológica de la vida humana

Si en el universo hay cuatro estratos de ser: 1) ser natural material, 2) ser natural sóquico, 3) ser ideal, y 4) ser cultural. Si el Derecho es producto de la actividad humana o actividad humana regulada, urge preguntarnos: ¿dónde está ubicado el ser humano en el mundo?, ¿a cuál de estos seres pertenecen los hombres y mujeres, considerados tanto individual como socialmente? En suma, ¿en qué consiste la vida humana?

La vida humana es la realidad fundamental que consiste en la esencial coexistencia o copresencia inseparable entre el sujeto y los objetos, en recíproca relación de dependencia, en mutuo condicionamiento, en esencial correlación: la vida o existencia

humana es una rara realidad dual, que consiste en la inseparable y recíproca traba-zón entre el *yo* y el mundo; mi vida no es mi *yo*, ni es tampoco el mundo. Mi vida es correlación entre el *yo* y mi mundo²². La vida humana no solo es “coexistencia”, “mundanidad”, “situación” o “circunstancia”, sino también “reflexión”, “conciencia”, “facticidad”, “decisión”, “actividad”²³. Es la realidad primaria, básica, fundamento y explicación de todo lo demás, pues todo es en la vida humana. Mi vida no soy yo ni tampoco el mundo, sino correlación entre el *yo* y el mundo.

En el ser humano hay dos realidades: una material (compuesta de materia orgánica e inorgánica) y otra espiritual, que se entrecruzan indisolublemente en la unidad de cada hombre o mujer. Es cuerpo y espíritu, como dos elementos de una sola sustancia.

El ser humano es tal desde su concepción hasta su muerte. Sobre el inicio de la vida humana existen diversas opiniones, por ejemplo, el art. 1 del Código Civil prescribe que *la vida humana comienza con la concepción*, pero no dice cuándo se inicia la concepción. Al respecto existen diversas opiniones: a) la vida humana empieza con el abrazo sexual; b) comienza cuando el espermatozoide penetra en el óvulo de la mujer (fecundación); c) se inicia con los primeros movimientos fetales intrauterinos (San Agustín); d) a los 40 días del retraso menstrual (Santo Tomás de Aquino); e) empieza con la anidación de óvulo fecundado en el útero de la mujer²⁴; f) principia con el inicio

22 RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 630.

23 ORTEGA Y GASSET, José, “Lección novena”, en *¿Qué es filosofía?*, Resumenes de El Sol, mayo de 1929, p. 404 y ss., decía: “Mi vida me es dada, mi vida es hallarme en este mundo, ahora en este instante, haciendo lo que estoy haciendo en este pedazo teatral de mi mundo vital; vivir es una realidad que consiste en que yo vea un mundo, lo piense, lo toque, lo ame y deteste, lo transforme y aguante y sufra. No hay vivir sino en un orbe lleno de objetos o criaturas. Todo vivir es convivir con una circunstancia. Al descubrir mi *yo*, el mí mismo, hallo que este consiste en alguien que se ocupa con lo que no es él, con otros algos. La piedra no se siente ni sabe ser piedra, es absolutamente ciega. Vivir, en cambio, es una revelación, un no contentarse con ser, sino comprender o ver que se es. Es el descubrimiento incesante que hacemos de nosotros mismos y del mundo en derredor. Vivir es vivirse, sentirse vivir, saberse existiendo. Sin ese saberse, sin ese darse cuenta, el dolor de muelas no nos dolería. El existir por sí misma, el enterarse de sí o ser transparente ante sí es el primer atributo de esta realidad radical que llamamos “nuestra vida”. Vivir es lo que hacemos y nos pasa —desde pensar o soñar o commovernos hasta jugar a la bolsa o ganar batallas—, pero, bien entendido, nada de lo que hacemos sería nuestra vida si no nos diésemos cuenta de ello. Vivir es constantemente decidir lo que vamos a ser. Nuestra vida es un ser que consiste, más que en lo que es, en lo que va ser; por tanto, en lo que aún no es. Nuestra vida es ante todo toparse con el futuro. No es el presente o el pasado lo primero que vivimos; la vida es una actividad que se ejecuta hacia adelante, y el presente o el pasado se descubre después, en relación con ese futuro. La vida es futurición, es lo que aún no es. La vida en esencia es preocupación. En cada instante tenemos que decidir lo que vamos a hacer en el siguiente, lo que va ocupar nuestra vida. La vida es un ocuparse por anticipado, es preocuparse”.

24 En el campo del Derecho penal, la opinión que sostiene que la vida humana se inicia con la “anidación” del “óvulo fecundado en el útero de la mujer”, permite diferenciar cuándo estamos frente a medios anticonceptivos y cuándo ante medios abortivos. Los medios que impiden la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer son anticonceptivos, pues, todavía no existe vida humana, y los que se utilicen con

de la vida cerebral (entre los 43 y 45 días contados desde la fecundación); también hay opiniones que sostienen que la vida no se inicia, sino simplemente se transmite.

Desde la concepción hasta el nacimiento es una vida dependiente, pues la del feto depende de la vida de la madre. La vida independiente se inicia con el nacimiento.

La vida del ser humano presenta algunas estructuras básicas que la diferencian de la de otros seres vivientes:

Tiene una *estructura biológica* como la tienen las plantas o los animales y como tal está sometido a las leyes de la física, química, biología, etc.

Tiene una *estructura síquica*, que es objeto de estudios y análisis sicológicos.

Su naturaleza síquica le permite al sujeto acordarse de las cosas; saber razonar y dominarse; fijar, prolongar y sostener la atención sobre un tema, sin distracción; pensar con claridad; desarrollar un juicio con método y precisión; resistir las sugerencias e influencias exteriores; vencer las propias impresiones; ser dueño de sus emociones, sensibilidad y sentimientos; tener iniciativa; mantenerse inaccesible a costumbres perjudiciales; proceder con calma, confianza y circunspección; ejecutar lo que ha decidido de acuerdo a unas reglas adoptadas, a pesar de los obstáculos; expresar sus pensamientos; contener los propios impulsos; adaptarse a situaciones nuevas; confiar en sí mismos; ser dueño de sí en presencia de otros.

Gracias a su vida psíquica, el ser humano tiene inteligencia y voluntad, no existe solo de una manera física (como sucede con las plantas y animales), sino además tiene una vida espiritual²⁵ que le otorga independencia y libertad ante el mundo que lo circunda.

La vida humana biológica y la vida humana síquica pertenecen al ámbito de la naturaleza. Como dice HUSSERL: “[E]l ser humano acepta el mundo natural como algo que le es dado, algo existente. En este mundo de cosas existentes por sí mismo, el yo se pierde como un objeto más que es”²⁶.

Tanto las plantas como los animales y el ser humano tienen *instinto* o *inteligencia emocional*²⁷, que no necesita del cerebro, de la cual se sirven en la lucha por la sobre-

posterioridad a la anidación son abortivos. La fecundación *in vitro* y la inseminación artificial, por ser procesos anteriores a la anidación, no están castigadas penalmente.

25 Para PLATON, el ser humano es un compuesto de cuerpo mudable y corruptible y alma inmutable e incorruptible. Según DESCARTES el ser humano expresa sus conocimientos mediante la actividad del pensamiento; en tanto que piensa existe. El fundamento de todo conocimiento es la proposición: pienso, luego existo. La esencia del ser humano es el pensamiento; el ser humano es una sustancia pensante espiritual.

26 COSSIO, *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, ob. cit., p. 33.

27 GOLEMAN, Daniel, *La inteligencia emocional*, 4.^a ed., trad. de David Condales Raga y Fernando Mora, Barcelona: Kairos, 1996. Refiere que la inteligencia emocional es una forma de interactuar con el mundo

vivencia; pero el ser humano cuenta además con *inteligencia racional* que proviene del cerebro²⁸, la cual le permite gozar de capacidad de entender o *intelectiva*, por ello el ser humano tiene *voluntad* que le permite gozar de capacidad de querer o *volitiva*²⁹. A su inteligencia racional y a su voluntad se debe lo bueno, lo malo y lo terrible que ocurre en el mundo. Se orienta en el mundo que lo rodea logrando autonomía e independencia en la medida que su conducta es más transformadora que adaptativa.

La “mente” emocional es mucho más veloz que la mente racional; los sentimientos preceden a los pensamientos; se pone en funcionamiento sin detenerse ni un instante a considerar lo que está haciendo. Su rapidez hace imposible la reflexión analítica deliberada que constituye el rasgo característico de la mente pensante. La mente emocional está ligada a las decisiones fundamentales; entraña una fuerte sensación de certeza. Cuando las cosas vuelven a su lugar nos descubrimos pensando; ¿por qué he hecho esto?, señal de que la mente racional comienza a activarse con una velocidad mucho más lenta que la de la mente emocional. La respuesta emocional, rápida y tosca, tiene lugar incluso antes que sepamos claramente qué está ocurriendo. La mente emocional capta las cosas de una vez, como una totalidad, y reacciona sin tomarse el tiempo necesario para realizar un análisis completo. Funciona como un radar que nos

que tiene muy en cuenta los sentimientos, y engloba habilidades tales como el control de los impulsos, la autoconciencia, la motivación, el entusiasmo, la perseverancia, la empatía, la agilidad mental, etc. Ellas configuran rasgos de carácter como la autodisciplina, la compasión o el atruismo, que resultan indispensables para una buena y creativa adaptación social. Las emociones son las que nos mueven, nos llevan a estar en acción. Esto es claro en los animales y en los niños. Los adultos hemos aprendido a separar la emoción de la acción. La emoción cumple una función natural. Con el miedo, la sangre se retira del rostro y se dirige a los músculos de las piernas para facilitar su reacción de fuga ante el peligro. En la ira, la sangre fluye a las manos, aumenta el ritmo cardíaco y el nivel de adrenalina, generando condiciones para una acción energética. Desde las primitivas emociones de los primeros hombres hasta hoy, las condiciones de vida han cambiado. Mientras en el pasado una ira violenta puede haber supuesto una ventaja crucial para la supervivencia, el hecho de tener acceso a armas automáticas a los trece años la convierte en una reacción desastrosa. La cultura educa nuestras emociones.

28 El encéfalo humano es un órgano de control biológico y la psiquis una estructura mental, que se construye por las estructuras biológicas existentes en el encéfalo: hemisferio cerebral derecho, hemisferio cerebral izquierdo, lóbulo frontal, lóbulo occipital, lóbulo parietal, lóbulo temporal, cerebro, las neuronas de la corteza cerebral; se modula por la química cerebral bajo la influencia de la actividad, la comunicación social, el medio ambiente, la sexualidad, etc. La psiquis es un medio de entender e interactuar con la realidad.

29 La capacidad de querer o volitiva actúa en función y en dependencia de la capacidad intelectual. Significa que el sujeto es apto para determinarse de forma autónoma, resistiéndose a los impulsos. Es la capacidad de dirigir la voluntad conforme a la propia comprensión de las cosas. Se la identifica con el libre arbitrio. Mientras el elemento intelectivo supone que se posee capacidad suficiente para valorar el hecho en orden a su licitud o ilicitud, el elemento volitivo se refiere a la presencia en el sujeto de un poder de la voluntad necesario para adecuar su conducta al mandato normativo. La capacidad cognitiva se refiere a la capacidad de comprensión, o sea, la capacidad de entender lo que se hace; y la capacidad volitiva se refiere a la aptitud del sujeto para obrar en función de su comprensión, o sea, es la capacidad para controlar sus actos. La inteligencia le confiere al sujeto capacidad para valorar un hecho como lícito o ilícito, por la volición el sujeto tiene el poder necesario para adecuar su conducta a la norma, significa que el sujeto es apto para determinarse en forma autónoma resistiéndose a los impulsos.

advierte la existencia de un peligro; ante el cual, si hubiéramos reflexionado, no solo nos habríamos equivocado, sino que podríamos estar muertos. Las emociones más rápidas provienen del corazón, no de la mente; pero hay otras emociones más lentas que se originan en nuestros pensamientos, *hay en ellas un cierto grado de valoración*. Después de realizada una valoración “este taxista me está engañando”, tiene lugar la respuesta emocional apropiada. El hecho de que las personas no puedan elegir entre las emociones que tienen, les permite justificar sus acciones diciendo que se encontraban a merced de la emoción. Las emociones también pueden ser evocadas por el sujeto, v. gr., las lágrimas que llegan luego de que evocamos deliberadamente un recuerdo triste. La mente racional no suele decidir qué emociones debemos tener, sino que, por el contrario, nuestros sentimientos nos asaltan como un hecho consumado. Lo único que la mente racional puede controlar es el curso que siguen estas reacciones. En pocos casos excepcionales podemos decidir cuándo estar alegres, tristes, furiosos, enamorados, etc.³⁰.

Por tener vida espiritual, el ser humano es consciente, libre, valorativo, finalista y trascendente.

El ser humano tiene *conciencia* de su ser y de los demás seres del universo³¹; puede dominar sus impulsos, reprimir sus pasiones, limitar su propia libertad y trazarse un proyecto de vida, a diferencia del animal, que tiene una vida estática, incrustada en la realidad y sometida a las leyes de la causalidad, respecto de las que no puede reaccionar aun cuando estas lo aplasten; los animales actúan, conocen por instinto. Tanto el ser humano primitivo de mentalidad mítica como el civilizado, acomodan su conducta a las expectativas nacidas de una regularidad de comportamiento de las cosas, sin lo cual no podría vivir.

No da un paso adelante si la tierra firme no ofrece resistencia a su pie; al trepar un árbol espera que la rama gruesa lo sostenga y la delgada ceda a su peso; se mantiene en pie antes de sospechar siquiera la ley de la gravitación universal, etc. Conoce por instinto, lo cual es un conocimiento anterior a la iluminación de la conciencia individual, cuyas raíces se hunden en la unidad del cosmos, del que todo ser participa³². Pero su capacidad de entendimiento reflexivo le permite ascender sobre sus propios sentidos para conocer las cosas de un modo inmaterial. Gracias a su voluntad puede actuar racional (haciendo una evaluación costo-beneficio) y razonablemente (con prudencia y diligencia para no causar daño a los demás).

30 GOLEMAN, *La inteligencia emocional*, ob. cit., p. 441 y ss.

31 RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, Ciudad de México: Porrúa, 1970, p. 16. “Vivir es encontrarnos en un mundo de cosas, que nos sirven o que se nos oponen, que nos atraen o que repelemos, que amamos u odiamos, que utilizamos, o modificamos, o destruimos; es encontrarse en un mundo de cosas, preocupándonos de ellas, ocupándonos de ellas y con ellas”.

32 AYALA, Francisco, *Tratado de sociología. Sistema de la sociología*, t. II, Buenos Aires: Losada, 1947, p. 29.

Solo el ser humano puede tener conciencia de encontrarse en compañía de sus semejantes o en completa soledad. Las hormigas y otros seres irracionales no tienen conciencia de vivir en sociedad, simplemente viven; el burro no canta solo en el campo, simplemente rebuzna o emite sonidos estridentes.

El conocimiento coordinado por la *reflexión* es peculiar al género humano. Su capacidad reflexiva lo diferencia de los animales. Como expresa VINOGRADOFF³³:

Un perro siente placer y dolor, llega a experimentar cólera y alegría, se acuerda de los golpes y las caricias recibidos, puede desplegar astucia en la consecución de sus fines, por ejemplo, para abrir una puerta o cazar una pieza. Pero sus nociones, deseos y actos surgen directamente de sus emociones o de la asociación de estos por la memoria. En el hombre, el proceso es diferente. Estamos también sujetos a los impulsos directos de nuestra naturaleza emotiva, pero al lado de este aparato impulsor directo de nuestra mente, tenemos conciencia de un proceso mental enteramente distinto. Las cuerdas de nuestro espíritu reciben el toque directo del exterior por medio de las diversas impresiones producidas por los objetos que encontramos en nuestro camino, así como por los procesos fisiológicos y espirituales de nuestro propio organismo. El proceso de reflexión nos permite volver a ordenar nuestro acopio de impresiones y memorias coordinadas de acuerdo con finalidades conscientes y con arreglo a pautas escogidas de modo deliberado. De este elemento reflexivo deriva el hombre su inmensa superioridad sobre los animales; de ese elemento surgen también el lenguaje, la religión, el arte, la ciencia, la moralidad y el orden político y jurídico.

El salvaje primitivo, gracias a su reflexión rudimentaria, supera infinitamente a los animales. El hombre civilizado se coloca muy por encima del salvaje con ayuda de la especulación científica y filosófica, en vez de encontrar una respuesta ingenua a las necesidades primarias, observa y resume la experiencia de innumerables vidas de trabajo y estudio.

El ser humano es *estructuralmente libre*. Por tener *vida espiritual*, es libre ontológicamente. La libertad es el ser humano mismo, o como dice KIERKEGAARD³⁴: “[L]a libertad no es alcanzar esto o aquello, sino tener en sí mismo la conciencia que él es hoy libertad”. En la Tierra no hay otro ser distinto del humano que sea libre, y tampoco sabemos si en otras partes del universo existe alguno. La libertad crece o decrece con el ser humano, a mayor desarrollo sicobiológico, social y cultural, mayor libertad; a más degradación del ser humano, menos libertad. La libertad le otorga dignidad, porque

³³ VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al derecho*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 10 y ss.

³⁴ KIERKEGAARD, Søren, *El concepto de la angustia*, Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1943, p. 118.

en virtud de ella puede elegir un proyecto de vida que dará sentido a su existencia y reafirmará su identidad personal.

Porque es libre, puede realizar actos voluntarios y asumir las consecuencias de estos, positivas o negativas. Por ser libre *es responsable* de sus malas acciones y también de las buenas, cuando de estas se derivan daños para terceros. Es la libertad la que le permite “llegar a ser aquello que puede y quiere ser”³⁵.

Por ser ontológicamente libre, con una libertad que reside en la estructura de su vida interna, el ser humano puede decidir si acata o viola tanto la ley divina como la humana. Violaron la ley divina, por ejemplo, el apóstol Pedro al cortar la oreja de uno de los soldados que iban a apresar a Cristo y la violaron sus sucesores, lo cual generó —siglos más tarde— el advenimiento del Tribunal de la Santa Inquisición que causó tantas muertes, como las que ejecutó Torquemada, primer inquisidor general, confesor de los Reyes Católicos, que envió a la hoguera, entre 1483 y 1492, a más de ocho mil sentenciados por delitos contra la fe cristiana, vulnerando así la ley divina que dice: “No matar”. Porque el ser humano es libre, las leyes divinas son quebrantadas cotidianamente por los representantes mismos de la Iglesia, y si esto sucede con las leyes divinas, con mayor razón ocurre con las leyes humanas, pues siempre hay homicidios, abortos, lesiones, divorcios, etc., por extremadamente duras que sean las leyes que las repriman. Ni las leyes divinas ni las humanas tienen el poder suficiente para limitar la libertad interna de las personas, libertad que termina con la muerte o con la pérdida de la capacidad natural de discernimiento (por ejemplo, la enfermedad mental).

El ser humano tiene una *libertad interior* (de conciencia, de creencia y de pensamiento) y otra *exterior*. La primera consiste en la vida síquica de la persona que la vive y es desconocida por los demás congéneres que están impedidos de acceder a ella mediante los sentidos o la razón, puede ser limitada apenas por quien la vive, no por los demás, por cuanto estos no pueden limitar ni suprimir lo desconocido. La limitación de la propia libertad interior solo se puede lograr parcialmente. Por ejemplo, alguien, en ejercicio de su libertad, puede decidirse a no pensar en el mal, pero no puede alcanzar este propósito en forma absoluta, porque no tiene el control absoluto de su pensamiento. La *libertad exterior* (que es la misma libertad interior o subjetiva exteriorizada, fenomenalizada, objetivada y como tal conocida, comunicable y perceptible) sí puede ser limitada por los demás (por ejemplo, con el secuestro, la aplicación de la pena privativa de la libertad, la esclavitud). Es más, la libertad exterior nunca es absoluta, porque siempre está limitada por la acción de la propia persona y por la acción de los demás.

35 JASPER, Karl, *La fe filosófica*, Buenos Aires: Losada, 1968, p. 60.

La libertad del ser humano no es abstracta, sino que está adherida en su realidad, porque él es estructuralmente libre, tenga o no conciencia de ello, se distingue y es superior a los demás seres de la naturaleza. Él es una unidad sicofísica, espiritual y libre, capaz de conocerse a sí mismo y de sentirse distinto de los demás a los cuales convierte en objeto de su conocimiento. El animal, por carecer de conciencia, está condenado a decir *sí* a la naturaleza, tanto cuando no la teme como cuando la teme y rehúye. En cambio, el ser humano sabe decirle no a la naturaleza a la cual enfrenta y con frecuencia somete para el logro de sus fines; sabe dominar sus actos, comunicarse con sus semejantes y proveerse de los medios necesarios para tener acceso al progreso material y espiritual.

La vida humana es *estructuralmente estimativa* o valorativa, porque el ser humano es libre, puede amar, odiar, pecar, apreciar lo bueno y lo malo, lo bello y lo feo, lo justo y lo injusto, preocuparse por su seguridad y bienestar, etc.; es decir, es un ser estimativo, experimenta y conoce los valores en cada instante de su vida, está destinado a estimar a cada instante las posibilidades que se le presentan, para que prefiriendo alguna o algunas de ellas, pueda tomar la decisión del instante siguiente y, por ello, el ser humano es *futurizo*, su vida se desarrolla orientándose o proyectándose hacia el futuro, pues el presente y el pasado son captados desde el futuro. A mayor evolución de su libertad descubre nuevos valores por los cuales clama sean protegidos.

La primitiva humanidad, mucho antes de toda organización social, inventó las relaciones de cambio: el contrato. En estas formas primitivas de cambio, de compra-venta, es, como dice NIETZSCHE³⁶, donde se promete, donde se hace una memoria a quien promete:

El deudor, para inspirar confianza en su promesa, para dar una garantía de su seriedad y honradez, para grabar en su propia conciencia la necesidad de pago bajo la forma de deber, de obligación, se compromete, merced a un contrato con el acreedor, a indemnizarle, en caso de insolvencia, con algo que “posee”, por ejemplo, con su cuerpo, con su mujer, con su libertad o con su existencia (y todavía en ciertas religiones, con su eterna salud, con su descanso en la tumba, por ejemplo, en Egipto). El acreedor podía degradar y torturar de todas formas el cuerpo del deudor, y cortar de él aquellas partes que parecieran proporcionales a la importancia de la deuda; fundándose en este modo de ver, hubo desde muy antiguo evaluaciones exactas, terribles en su precisión, tasaciones legales de los diferentes miembros y partes del cuerpo...

En esta esfera es donde se originan los conceptos de “falta”, “conciencia”, “deber”, “santidad del deber”.

Fijar precios, estimar valores, suponer equivalencia, cambiar todo esto preocupa de tal forma al pensamiento primitivo del hombre, que en cierto sentido fue el pensamiento mismo; aquí aprendió a ejercitarse la más antigua especie de sagacidad; aquí surgió el germen primero del orgullo humano, su sentimiento de superioridad sobre los otros animales. Tal vez la palabra alemana *Mensch* (manas) expresa algo de este sentimiento: el hombre designase a sí mismo como ser que estima valores que aprecia y evalúa, como el animal estimador por excelencia.

La naturaleza valorativa de la vida humana determina lo siguiente:

[P]ara decidirse por una de las varias posibilidades que se ofrecen, es preciso elegir; y para elegir es necesario un acto de preferencia a favor de esta posibilidad, sobre todas las demás. Pero una preferencia solo es posible en virtud de una estimación, es decir, en virtud de que se valore esta posibilidad y de que se la estime más que todas las otras. En suma, para decidir es preciso elegir, para elegir es necesario preferir y para preferir es ineludible que sepamos estimar o valorar³⁷.

La estimativa, sostiene RECASÉNS SICHES³⁸, no es una teoría limitada a determinados objetos ideales, como lo entendió la filosofía fenomenológica de los valores, sino que tiene una función mucho más radical, a saber:

El constituir una estructura esencial de la vida humana. La estructura de la vida estimativa. Es decir, que si suprimimos la capacidad de estimar (valorar, preferir, elegir), desaparecería la vida humana, esta no sería posible. El mismo fenómeno de la atención, que condiciona la posibilidad del conocimiento, tiene una estructura estimativa. El hombre que no pudiese elegir (preferir, estimar) no podría pensar, no podría hacer nada, sería pura suspensión, absoluta abstención, en suma, no viviría.

Luego, el ser humano participa del mundo ideal.

La vida humana es *estructuralmente finalista*. Sus actos están orientados a la consecución de algún fin; nadie actúa así porque sí, sin el propósito de lograr algún fin loable o no, lícito o ilícito. El fin es el que determina a la voluntad. Para alcanzar el fin propuesto (económico, cultural, político, recreacional, etc.) tiene que valorar.

37 RECASÉNS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 77.

38 *Ibid.*, p. 78. Este autor en su obra *Los temas de la filosofía del derecho en perspectiva histórica y visión de futuro*, Barcelona: Bosch, 1934, p. 142. Sostuvo que “no puede el hombre tomar determinación alguna que no justifique ante sí mismo. Para actuar, precisa hallar ante sí mismo justificación de sus actos; lo cual implica una estimación, un conjunto de juicios de valor. Parece ser que lo que llamamos justicia, será probablemente una forma especial de justificación de determinados actos; de los actos que afectan la convivencia que precisarán de una justificación que ya no me satisfaga solo a mí, sino también al otro u otros a quienes afecta mi conducta”.

En toda acción humana consciente hay un elemento síquico o interno (la voluntad), un elemento físico o externo (el acto o manifestación de voluntad), una finalidad (el fin que determinó a la persona a realizar ese acto) y una valoración (tanto para la elección del fin como para la selección de acto por medio del cual obtendrá ese fin).

Por ser la persona humana un fin en sí misma, no puede ni debe ser sometida a fines ajenos. PASCAL dijo que “el hombre no es ángel ni demonio, pero cuando pretende ser ángel se convierte en demonio”. No hay peor demonio que el que pretende pensar por los demás. La vida humana consiste en “hacerse a sí misma”, no nos es dada hecha, como algo acabado, sino es tarea, tenemos que hacerla a cada instante por algo (por un motivo que es una urgencia, un afán) y para algo (con una finalidad que es el resultado de la actividad, esto es, la obra); lo que el hombre hace se califica por tener un por qué (motivo) y un para qué (finalidad). Los humanos no somos algo hecho, sino un programa que realizar en una acción permanente que nos conducirá a la conquista de nuestra personalidad, si es que triunfamos, o a perderla, decayendo en nuestra dignidad, si es que sucumbimos ante las potencias inferiores de nuestro ser, ante las cuales perdemos señorío. Debemos estructurar nuestra vida y destino, de acuerdo con principios espirituales, que es lo que corresponde a nuestra esencia, procurando dominar nuestros bajos instintos, nuestra individualidad material.

La actuación del ser humano está orientada a la satisfacción de sus intereses. El fin como resultado de la acción humana está al final de la acción, pero en el campo sicológico se encuentra al inicio de la acción: es el que determina la conducta que se debe realizar. Por ejemplo, si decido vender un bien es con el propósito de obtener una cantidad de dinero; el dinero como resultado de la acción (contrato de venta) está al final, lo obtengo cuando el comprador me paga el precio, pero en mi mundo síquico está al inicio del acto, es el que me determina a tomar la decisión de vender. Para tomar la decisión de vender el bien he preferido esta opción entre otras que se me han presentado, y para preferir he tenido que hacer una valoración de todas esas posibilidades.

La persona humana es *un ser trascendente*, trasciende constante y perpetuamente su realidad actual, es un ser finito e infinito a la vez. Es *finito*, temporal, porque tiene una vida limitada en el tiempo, es decir, es mortal; por eso, necesita prolongar su existencia más allá de su muerte, mediante la sucesión y la creación de organizaciones suprapersonales (familia, Estado, fundaciones, asociaciones, cooperativas, sociedades comerciales, etc.). Es *infinito* porque es capaz de pensar en lo infinito (que no tiene límites), lo eterno (aquellos para lo que no pasa el tiempo), lo absoluto (lo que está libre de todo condicionamiento). Es un cosmos tanto o más complicado que el mundo externo. Su espíritu trasciende a instancias superiores: hacia Dios, hacia lo absoluto. La trascendencia está en la esencia de su ser, es la base de su existencia, está limitado en su ser material, pero es infinito en su ser espiritual, porque es trascendente debe

creer en algo, tener fe en algo o en alguien: en Dios (sea este Zeus, Isis, Inti, Jehová, Jesús, Mahoma, Buda, etc.), o puede no creer en ningún ser superior. El hecho de que Dios exista no lo obliga a creer en él o si Dios no existe, igual puede creer en él. Puede creer o descreer en Dios, pero, eso sí, tiene necesidad de creer en sus semejantes y en él mismo, y que los demás también crean en él. Un ser humano que no cree, que no tenga alguna fe en los demás no puede ser como tal. Los hijos creen en sus padres, los padres en sus hijos; los acreedores en sus deudores y estos en aquellos, etc. La necesidad de creer está en la esencia misma de la humanidad. Esta, con su creencia, con su fe, “mueve montañas”. La búsqueda de la trascendencia es una necesidad natural del ser humano consciente de dejar un legado, unas huellas a seguir, un mundo mejor, tiene la capacidad de construir un porvenir para él mismo y para los demás.

El hombre está abierto al infinito y a todos los seres creados. Con su inteligencia y voluntad se eleva por encima de todo lo creado y de sí mismo, se hace independiente de las criaturas, es libre frente a todas las cosas creadas y se dirige hacia la verdad y el bien absoluto. Está abierto a los demás hombres y al mundo porque solo en cuanto se comprende en referencia a un *tú* puede decir *yo*. Sale de sí, de la conservación egoísta de la propia vida, para entrar en una relación de diálogo y de comunicación con el otro. La persona está abierta a la totalidad del ser, al horizonte ilimitado del ser, tiene en sí la capacidad de trascender los objetos particulares que conoce, gracias a su apertura al ser sin fronteras. El alma humana es un cierto sentido por su dimensión cognoscitiva:

[T]odas las cosas inmateriales gozan de una cierta infinidad, en cuanto abrazan todo, o porque se trata de la esencia de una realidad espiritual que funge de modelo y semejanza de todo, como es el caso de Dios, o bien porque posee la semejanza de toda cosa o en acto como en los Ángeles o en potencia como en las almas (Santo Tomás)³⁹.

El ser humano tiene una *vida auténtica*, real, individual, que es la que desenvuelve a cada instante de su existencia o coexistencia, en sentido propio y plenario:

[T]iene un substrato de realidades sólidas y corporales, pero ella no consiste en esas realidades que la soportan, en las cuales ella se realiza, sino que el ser de sus actos consiste en su sentido, en su intencionalidad, en su por qué o para qué.

V. gr., pensar en algo, producir una obra de arte. La vida auténtica o viviente pertenece al mundo de la cultura.

39 *La persona humana y sus múltiples dimensiones*. Compendio de Doctrina Social de la Iglesia. Pontificio Consejo “Justicia y Paz”. Véase en línea: <goo.gl/M42GP6>.

Tiene también una *vida objetivada*, dada por todo aquello que es producto de su actividad, es el complejo de haceres humanos que una vez realizados perduran como formas de vida o como modificación de la realidad que han llegado a adquirir una cierta consistencia objetiva: utensilios, procedimientos técnicos, teorías científicas, altares, estatuas, pinturas, reglas de conducta, personas jurídicas, códigos, etc. La vida humana es un múltiple quehacer, cuando este quehacer ha pasado ya y se ha convertido en huella; eso que queda es también vida, pero ya no vida humana auténtica, sino vida humana objetivada o cristalizada. La vida humana objetivada pertenece al campo de la cultura o reino histórico. La gestación de las obras culturales pertenece exclusivamente a la vida auténtica; esas obras son elementos de una vida, viven solo en cuanto son revividas por otros seres humanos, la cultura tiene también carácter histórico, es herencia social utilizada, revivida y modificada, constituye el reino de la conducta humana en todos sus aspectos, convirtiéndose de realidad cristalizada en realidad dinámica.

La estructura física y síquica del ser humano pertenece al mundo de la naturaleza; en cambio, su conducta viviente y objetivada pertenece al mundo de la cultura. La actividad misma del ser humano es ya cultura y, con mayor razón, todo lo que produce esa actividad.

El ser humano *es estructuralmente cultural* porque su vida está moldeada culturalmente. Recibe el legado de las generaciones anteriores y lo modifica en alguna medida antes de transmitirlo a las generaciones futuras, dando lugar a que la vida humana sea esencialmente histórica. El ser humano es una realidad cambiante tanto en su naturaleza material como espiritual. Varían sus conocimientos, su capacidad, sentimientos, pensamientos, actitudes, valoraciones, etc.

Como expresa HUSSERL:

[E]l hombre es un ser histórico; su pasado —el suyo personal, el de la comunidad social a la que pertenece, el de la cultura de la que participa— es una parte integrante de su ser actual; como tal tiene poder múltiple sobre el hombre y, cuando este se desliga de él, esto sucede en disputa con él. El pasado no es simplemente pasado y con ello terminado. El ‘mundo histórico’, que el hombre crea en torno suyo y en el cual vive su propia vida, es tanto continuable como variable; se mantiene a través del cambio de los tiempos, de las generaciones y se presenta continuamente nuevo⁴⁰.

El ser humano al nacer es idéntico, en su desnudez completa, a cualquier otro individuo nacido en otro tiempo y lugar de la historia, pero al recién nacido no le es

⁴⁰ HUSSERL, Gerhart, *Recht und Zeit*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955, p. 22; LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 1994, p. 178.

dado vivir sino dentro de una cultura. La cultura es algo que el hombre recibe desde el exterior y que no puede adquirir por sí mismo, en contraste con el animal, pues en el ser de este se encuentran incorporadas instintivamente las reacciones adecuadas al medio dentro del cual ha de desplegar su existencia, pues nace sabiendo cuánto necesita para su vida; en cambio, el ser humano tiene que aprenderlo todo, absolutamente todo, y lo que ha de aprender es algo cuyo contenido está en continua creación y recreación. Pensemos, por ejemplo, en un mamífero, que en cuanto es parido, casi inmediatamente, sin que nadie le haya enseñado, se empina sobre sus propios medios y de la dirección en que se encuentre se da vuelta y camina directamente hacia la ubre de su madre para amamantarse, lo que es imposible que haga un niño recién nacido. La vida humana es aprendizaje inacabable, “pues la experiencia en que la vida consiste recae siempre sobre situaciones nuevas, que en ella y por ella van surgiendo”⁴¹. Todos los seres vivientes están sometidos a situaciones nuevas que reclaman adaptación y adecuada respuesta, pero los animales afrontan las eventualidades con un repertorio de posibles respuestas. Solo el ser humano, amaestrándolos, puede lograr que superen ese repertorio, pero el adiestramiento no puede equipararse con las soluciones creadoras que son propias del ser humano. Así, v. gr., los perros o los caballos actuales son en un todo iguales a los perros o a los caballos de hace milenios, por cuanto carecen de historia, y si una de estas especies ingresa en el campo histórico, lo hace en función de la vida humana y nunca por sí propio. Para el ser humano, las nuevas situaciones son el resultado de su propia iniciativa histórica y aun los accidentes naturales figuran en el campo de sus expectativas, son algo de que ya poseía una idea previa, inclusive anterior a cualquier experiencia de ello, para lo cual tiene respuestas de orden cultural.

El ser humano, por ser histórico, tiene una *vida biográfica*, que es todo aquello que hacemos y nos ocurre, es nuestra propia existencia (la de cada uno), todo lo que hacemos, deseamos, pensamos y nos ocurre pertenece a la realidad cultural.

La vida humana es *estructuralmente social*. El ser humano es una realidad dual. No solamente es “yo”, sino también “mundo”; vive y realiza su destino en un contexto histórico determinado. Cada yo, dice NICÉFORO⁴², está compuesto de un yo *biológico* (hereditario y congénito) por un lado, y de un yo *social* por otro, este último adquirido, basado en el clima ambiental en que el individuo desarrolló su propia infancia y en el que vive, clima que contiene las más altas expresiones de mandamientos morales, además de las reglas normales del vivir de la época. Uno y otro de estos dos yo constituyen un producto derivado, tanto del presente como del pasado. El yo *biológico* conserva y esconde en sus infinitos meandros la herencia orgánica entera del pasado, además de toda suerte de adquisiciones orgánicas efectuadas durante el periodo prenatal y del

⁴¹ AYALA, *Tratado de sociología. Sistema de la sociología*, ob. cit., p. 436.

⁴² NICÉFORO, Alfredo, *El “yo” profundo y sus máscaras. Psicología oscura de los individuos y grupos sociales*, trad. de Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla: Cajica, 1956, pp. 11 y 12.

mismo modo el yo *social*, en cuanto conserva la impresión de siglos ya desaparecidos, tanto en el tiempo como en el espacio, y a pesar de todo siempre presentes.

Las más diversas categorías del imperativo social de cada tiempo, en efecto, son siempre derivaciones, más o menos alteradas, del imperativo social de tiempos que pasaron ya. Los muertos de ayer son, en parte, los mismos vivos de hoy. HEIDEGGER decía que vivir es estar yo, con las cosas, siendo en el mundo y José ORTEGA Y GASSET⁴³ expresaba lo siguiente: "Yo soy yo y mi circunstancia, y si no la salvo a ella no me salvo yo". No hay yo sin el mundo que lo circunda: "El ser humano es a la vez un ser individual (el 'yo') y un ser coexistencial (es 'sociedad', el 'nosotros')"⁴⁴, "es yo y mundo, individuo y sociedad"⁴⁵. Es un ser en permanente relación con sus semejantes. Está destinado a vivir en sociedad; solamente en ella puede realizar los proyectos de vida que se trace. Es un ser necesariamente social, "está penetrado de elementos sociales, aun cuando se recluya en la mayor intimidad de su conciencia"⁴⁶. Nuestras necesidades son tan numerosas y nuestras fuerzas son tan limitadas, que sin cesar nos vemos obligados a recurrir unos a otros. La realidad del mundo y la de mi ser son dos miembros de una común existencia.

Con respecto a la sociedad, los seres humanos son partes del todo y como tal pueden coexistir todos juntos, ordenados, coordinados, subordinados. Es natural e inevitable tanto la vida en sociedad como la tensión que existe entre las personas, y entre estas y la sociedad. Pero el ser humano sabe conciliar esta paradoja, sabe vivir esta tensión, para construir su personalidad y perfeccionar la sociedad. Como dice TOFFLER: "A medida que cambiamos la estructura profunda de la sociedad, modificamos también a las personas"⁴⁷.

43 ORTEGA Y GASSET, José, *Meditaciones del Quijote. Obras completas*, Madrid: Alianza - Revista de Occidente, 1966, t. I, p. 322.

44 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, Lima: Universidad de Lima, 1992, p. 23. "[E]l ser humano es libre, y por ello individual y singular, digno e idéntico a sí mismo, es también, simultánea y estructuralmente, un ser coexistencial. La persona es estructuralmente social: lo social no es, primariamente, algo exterior a ella. No se puede ser persona sino en relación, en comunicación, con los demás seres humanos, con los 'otros'. Se es 'con' ellos, 'por' ellos y 'para' ellos. El 'yo' no puede desligarse del 'nosotros'".

45 "En la partida del 'dar' y el 'tener', perennemente abierta, entre 'cada uno' y 'los demás', es decir, entre 'individuo' y 'sociedad'; el 'dar' de cada uno no resultará nunca equiparado a 'o que tiene de los demás', por lo cual nace para el individuo una *deuda en perenne aumento de contribución a la sociedad*, la naturaleza misma del *interés egoísta humano* reclama del individuo que 'dá' a la sociedad precisamente para 'tener' de ella, como se da a la tierra para tener de la tierra" (BARBERO, Domenico, *Sistema del derecho privado*, t. II, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1967, [Derecho de la personalidad, derecho de familia, derechos reales], p. 224).

46 SOLER, Sebastián, *Ley, historia y libertad*, Buenos Aires: Losada, 1943, p. 155.

47 TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, 8.^a ed., trad. de Adolfo Martín, Barcelona: Plaza & Janes, 1981, p. 368: "El sicoanalista Erich FROMM, que es quizás quien mejor ha escrito acerca del carácter social, lo define como 'esa parte de la estructura de su carácter que es común a la mayoría de los miembros del grupo'. En toda

La sociedad humana es una realidad cultural y no un mero hecho natural. Las sociedades de las hormigas, de las abejas, de los lobos, de los peces, etc. son simples datos de la naturaleza, por cuanto estos animales viven del mismo modo en cómo vivían sus antepasados y así vivirán en el futuro sus descendientes. La sociedad humana, por el contrario, está en continua mutación por el influjo de sucesivas generaciones a través del tiempo y del espacio. La sociedad humana es cultura, pertenece al mundo de la cultura.

El ser humano no solo vive, sino que fundamentalmente convive con sus semejantes, esto es, no solo existe como individuo, sino que coexiste en permanente relación con los demás. Si un recién nacido creciera sin ningún contacto con los demás seres humanos no desarrollaría vida espiritual, quedaría atrapado por las leyes de la naturaleza; es el instinto natural de conservación y de progreso el que lo llevó —en algún momento muy remoto— a asociarse.

La persona humana es individuo, único, digno, idéntico a sí mismo, irrepetible, insustituible, no intercambiable, que por ser libre es corresponsable con la sociedad de su destino. Es posible que con los avances de la ingeniería genética, por el camino de la clonación la persona humana llegue a ser repetible y sustituible, pero esto no lo privará de su naturaleza individual⁴⁸. A un mismo tiempo que individuo, es estructuralmente social; es humano apenas en relación con los demás seres humanos. La vida del ser humano es, a la vez, individual y social. Él y la sociedad donde se desarrolla son corresponsables de su destino. No es el único responsable de su destino, lo es también la sociedad. Por regla que admite excepciones, una sociedad tirana, degradada moralmente, origina seres humanos disminuidos espiritualmente, en cambio, una sociedad donde reina la paz con justicia crea personas fuertes espiritual y moralmente.

cultura —nos dice— existen características ampliamente compartidas que componen el carácter social. A su vez, el carácter social moldea a las personas de tal modo que ‘su comportamiento no es cuestión de decisión consciente respecto a si seguir o no la pauta social, sino de *desear actuar como tienen que actuar y, al mismo tiempo, encontrar gratificación en actuar conforme a las exigencias de la cultura*’.

48 El hombre existe como ser único e irrepetible, existe como un “yo”, capaz de autocomprenderse, autoposarse y autodeterminarse. La persona humana es un ser inteligente y consciente, capaz de reflexionar sobre si mismo y, por tanto, de tener conciencia de si y de sus propios actos. Sin embargo, no son la inteligencia, la conciencia y la libertad las que definen a la persona, sino que es la persona quien está en base de los actos de inteligencia, de conciencia y de libertad. Estos actos pueden faltar, sin que por ello el hombre deje de ser persona. La persona humana debe ser comprendida siempre en su irrepetible e insuprimible singularidad. En efecto, el hombre existe ante todo como subjetividad, como centro de conciencia y de libertad, cuya historia única y distinta de las demás expresa su irreductibilidad ante cualquier intento de circunscribirlo a esquemas de pensamiento o sistemas de poder, ideológicos o no. Esto impone, ante todo, no solo la exigencia del simple respeto por parte de todos, y especialmente de las instituciones políticas y sociales y de sus responsables, en relación a cada hombre de este mundo, sino que además, y en mayor medida, comporta que el primer compromiso de cada uno hacia el otro, y sobre todo de estas mismas instituciones, se debe situar en la promoción del desarrollo integral de la persona (*La persona humana y sus múltiples dimensiones*, cit. Véase en línea: <goo.gl/M42GP6>).

La persona humana es *un ser limitado*, por cuanto sus capacidades no son ilimitadas, por eso, necesita de la ayuda y seguridad que le proporcionan los demás y, por eso, también, frustrado en su búsqueda de la verdad, se conforma con la fe. Por su capacidad limitada, el ser humano está destinado a descubrir verdades desconocidas y a crear otras que no existen. Gracias a sus limitaciones, a su imperfección, a que es uno de los seres más desvalidos de la creación, se ha visto obligado y está obligado a desarrollar constantemente nuevas habilidades para poder sobrevivir y alcanzar un poco de felicidad, pero jamás podrá alcanzar la perfección, porque la imperfección no puede hacer la perfección. La búsqueda de perfecciones totales conduce directamente al totalitarismo de izquierda o de derecha que acaba con la posibilidad de cambio individual y social, y que al eliminar toda posibilidad de disonancia suprime la libertad, convirtiendo a la persona en un simple instrumento o medio al servicio de la tiranía.

Todo ser viviente es imperfecto, los desperfectos que sufre en su reproducción ocasionan en ellos cambios imprevisibles que constituyen la clave de su evolución. Si el mecanismo de reproducción de los seres vivientes funcionara perfectamente, todos serían idénticos a sí mismos, por lo tanto, no habría sobre la faz de la Tierra los microorganismos que surgieron hace más o menos cuatro (4) millones de años, pero es el ser humano el único consciente de sus limitaciones, esto es, de su imperfección, es una gran verdad que “solo Dios y los imbéciles son perfectos”, como reza el adagio popular; y también es consciente de la necesidad que tiene de pedir la colaboración de los demás, es decir, es consciente de su propia indigencia, por ello está destinado a vivir en sociedad, en constante relación con los demás para el logro de su desarrollo físico, intelectual y espiritual, y debido a esto necesita de normas reguladoras de su conducta social, algunas de las cuales son jurídicas. En el seno de la sociedad, de acuerdo a ciertos valores económicos, religiosos, morales, políticos, etc., se forman determinados esquemas o modelos de conducta (tipicidad social), o sea, normas de conducta que son seguidas y respetadas por cada uno de los asociados. Estos no pueden elegir cualquier interés, sino tan solo aquellos intereses que sean conforme a los intereses desarrollados por la sociedad. Estos intereses tipificados socialmente condicionan los intereses de los particulares, y luego son regulados mediante normas jurídicas (tipicidad jurídica). Estas normas le sirven al asociado de amparo, tanto para superar los riesgos que genera la convivencia, como sus límites y finitudes. Es consciente de que para poder realizarse en forma plena necesita de los demás, de los cuales obtiene ayuda y seguridad, pero también el contacto con otras personas puede ser causa de inseguridad y conflicto. De allí, la necesidad del Derecho para superar estas contradicciones.

Lo expuesto hasta aquí hay que entenderlo en su sentido relativo, no absoluto. El ser humano es tal desde su concepción, aunque todavía no esté formado en toda su integridad física y sívica. El concebido, el recién nacido y el demente son seres humanos, vidas humanas, aun cuando carecen de vida sicológica, de estructura reflexiva, valorativa y finalista. Miremos a un demente en la calle y confirmaremos que es un

ser humano que no piensa, no puede intuir, no estima, no sabe quién es, de dónde viene ni a dónde va, ni siquiera siente frío o calor, no tiene vida consciente, pero no por eso es un vegetal o un animal más, sino que es realmente un ser humano, una vida humana. Los seres humanos que por carecer de vida sicológica no piensan, no valoran, y no por eso han perdido su calidad de tales. En el ser humano todo es relativo, nada es absoluto; si en él hubiera algo de absoluto, su conocimiento, de momento, le está vedado y no le queda otra cosa que mirar con veneración a lo desconocido. El pensar en términos absolutos ha llevado a algunos juristas a afirmar, por ejemplo, que no se puede hablar de pena privativa de la libertad, porque la persona que está presa en una cárcel no ha perdido su libertad de pensar, por esta línea de razonamiento podemos llegar a establecer que todo el Derecho es erróneo, porque él, por ser regulador de conducta humana social, no es absoluto. Al jurista le está vedado pensar y actuar como físico, no puede actuar en base a un criterio puramente racional, orientado por el simple cálculo costo-beneficio, sino que tiene que proceder de acuerdo con el criterio de lo razonable.

Como conclusión, podemos decir que el ser humano pertenece tanto al mundo de la naturaleza (material, su estructura corporal, y subjetiva, su estructura síquica) como al mundo de la cultura y participa del mundo ideal, por eso, la expresión de que el ser humano es un microcosmos es acertada. Si centramos la atención en su ser corporal o biológico no trascendemos lo natural, pero si tomamos en cuenta su comportamiento auténtico u objetivado, entramos en la esfera de la cultura.

5. Derecho y sociedad

Siendo una condición innata del ser humano el vivir en sociedad, solo en ella es posible que se desarrolle material y espiritualmente; es también condición esencial que, para posibilitar y garantizar la convivencia social pacífica, existan normas o reglas que pueden ser impuestas, si es necesario coactivamente, a cada uno de los miembros integrantes de la sociedad (Derecho).

Tanto la predisposición innata del ser humano a vivir en sociedad como la necesidad de que la convivencia social esté regulada por un conjunto de normas, están traducidas en el aforismo latino que dice: *Ubi Ius, ibi societas* (donde hay Derecho, hay sociedad), y en el que expresa: *Ubi societas, ibi Ius* (donde hay sociedad, hay Derecho). El iusfilósofo THOMASIUS dijo con toda precisión: “*Extra societatem non est Ius; in omni societate Ius est*” (fuera de la sociedad no hay Derecho; en toda sociedad hay Derecho). Por su parte, HUME ha expuesto lo siguiente: “La naturaleza humana no puede en modo alguno subsistir sin la asociación de individuos, y esa asociación nunca podrá tener lugar sin respetar las leyes de la equidad y la justicia”.

Como no puede haber Derecho sin sociedad, ni sociedad sin Derecho, y existiendo entre Derecho y sociedad una radical interdependencia, es necesario hacer algunas precisiones sobre el concepto y evolución de la sociedad, a fin de establecer qué tipo de sociedad es la que interesa en relación con el Derecho.

La palabra *sociedad*, del latín *societas*, tiene su equivalente en la palabra griega *koinonía*, que significa comunidad (en latín *communitas*). Los griegos no distinguieron entre comunidad y sociedad. La palabra *koinonía*, traducida por comunidad, comprende también el concepto de sociedad. ARISTÓTELES dice que el Derecho tiene su sede en la comunidad de vida o *koinonía*. Hubo dos formas originarias de comunidad: el *oikos* (comunidad doméstica y económica) y la *polis* (comunidad ciudadana y política). El Derecho es inseparable de ambas, por tener un carácter constitutivo en ellas. La *koinonía politiké* es la comunidad de ciudadanos que habitan en la *civitas* o *polis*⁴⁹ (se identifica la *societas civilis* con la *koinonía politiké*). ARISTÓTELES distingue entre la *koinonía politiké* y otras comunidades menores:

Todas las sociedades parecen ser fracciones de la sociedad civil; los hombres, en efecto, se reúnen para satisfacer algún interés y para procurarse lo que es esencial a la vida. La comunidad política se funda, al parecer desde el comienzo, en esta necesidad utilitaria y subsiste gracias a ella; esta es, por otra parte, la meta que se proponen los legisladores, que identifican lo justo con lo que es útil a la comunidad⁵⁰.

La *koinonía politiké* procura el bien común, a diferencia de otras sociedades menores que propenden al bien particular.

La *societas romana* se configura como una asociación de varias personas (*socii*) con un interés común, es el contrato por el cual varias personas se obligan a aportar bienes para la realización de una actividad común a fin de repartirse las utilidades. Existió la *societas omnium bonorum* (sociedad de todos los bienes por muerte del causante) y la *societas alicuius negotiationis* (la sociedad constituida por acuerdo de voluntades).

49 ARISTÓTELES: "Todo Estado es una asociación. La ciudad es una especie de asociación y las asociaciones se forman con miras a algún beneficio. La asociación de aldeas o poblados constituye una ciudad perfecta. La ciudad tiene su origen en la naturaleza, pues ella formó las asociaciones primitivas: la naturaleza es el verdadero fin de todas las cosas. Se ve evidentemente por qué el hombre es animal sociable; aun en mayor grado que abejas y cuanto animal vive reunido. En el orden de la naturaleza, el Estado es antes que la familia y antes que el individuo, pues el todo es antes que su parte. Si se encontrase un individuo al que no le fuese posible vivir en sociedad o que pretendiese no precisar cuidado alguno, no forma parte del Estado: es un bruto o un dios" (*La política*, cap. 1).

50 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1, cap. 9. El estagirita afirma que en toda asociación se halla la justicia y, por consiguiente, la amistad. "La medida de la asociación es la amistad, y también la del Derecho y de lo justo".

El concepto griego de sociedad es ético y político, y el romano es jurídico; la *societas* romana tiene un origen mercantil, contractual.

Por el camino de la filosofía ética griega se llega a establecer que al lado de la *societas civilis* o *koinonía politiké* de cada *civitas* o *polis* existe la *societas* humana referida al género humano. La sociedad civil se regula por el Derecho civil y la sociedad humana por el Derecho de gentes.

Los escolásticos distinguieron varios tipos de sociedades: doméstica, civil o política y sociedad humana (San Agustín); sociedad privada —los hombres se asocian para realizar un negocio privado— y sociedad pública —cuando los hombres de una ciudad se asocian en una república— (Santo Tomás de Aquino). Como consecuencia de la distinción entre sociedad privada y pública, el Derecho se divide también en privado y público.

Según el filósofo inglés HOBBS⁵¹ (1588-1679), entre el Estado de naturaleza o de libertad y el estado de sociedad o de seguridad hay una barrera infranqueable. Para superar esa barrera recurrió a la idea del contrato o pacto como fuente originaria de la sociedad. Este contrato era a la vez un pacto de unión —los individuos se unen para constituir la sociedad— y un pacto de sumisión —se crea un poder político unitario al cual los individuos se someten totalmente—. De este modo se creó el Estado, y se le identificó con la sociedad civil o política.

En el siglo XVIII se separa entre sociedad civil o burguesa (se llamó *burgueses* a los habitantes de la ciudad como única clase social que existió), y sociedad política o Estado. La sociedad civil o burguesa es el conjunto de ciudadanos que habitan en el territorio de un Estado, cuyos intereses pueden coincidir o ser opuestos a los intereses de este. Este concepto de sociedad civil, merced a los teóricos de la Ilustración, se consagró con la Revolución Francesa y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En el siglo XIX se consumó e impuso la distinción entre la sociedad civil y sociedad política o Estado.

El concepto de *sociedad civil* no se concretizó de modo uniforme. Para la doctrina del Estado liberal de Derecho, la sociedad civil es la plataforma desde la cual los ciudadanos ejercen sus *derechos* y legitiman la intervención del Estado dentro de ciertos cauces que afiancen la seguridad del ciudadano, quien se siente amparado por la sociedad que es independiente del Estado, o pueden oponerse a la intervención estatal. Por su parte, HEGEL separó la esfera civil de la esfera política de la vida comunitaria; la sociedad civil

51 En los tiempos de Oliverio CROMWELL, se refugió en París, regresó a su país tras la caída de CROMWELL y la restauración de la monarquía con Carlos II, y publicó en Londres, el año de 1651, el libro titulado: *Leviathan or the matter, form and authority of a common welth ecclesiastical and civil* (HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994).

se constituye por personas privadas que se sienten unidas, no por un contrato, sino por un “sistema de necesidades” como base natural y por “el trabajo” como medio para satisfacerlas; por tanto, las funciones de la sociedad civil son la satisfacción de las necesidades, mediante la regulación y retribución del trabajo, la administración de justicia, la previsión social, la organización corporativa, la salvaguarda de los derechos individuales. MARX advirtió que la sociedad civil ya no se identifica con la sociedad burguesa, que ahora representa a la clase social, dueña del capital y de los instrumentos de trabajo, por lo cual lo denomina *sociedad capitalista*, y frente a esta se halla la sociedad que representa a la masa de asalariados y al proletariado y, de esta manera, la sociedad civil se convierte en una sociedad de clases. Según MARX, cuando la clase productora se adueñe del capital y de los instrumentos de trabajo, se implantará la sociedad sin clases, es decir, la sociedad socialista, y seguidamente la sociedad comunista que asumirá todas las funciones del Estado, desapareciendo este y con él, el Derecho.

La *sociedad civil* o *Estado civil*, en contraposición con el *Estado de naturaleza*, es la organización de la vida humana en la colectividad, para el ejercicio organizado de la libertad individual, con limitaciones y facilitaciones, a fin de que cada uno actúe de acuerdo con sus propios intereses, pero promoviendo el bien de todos (el bien común). La sociedad civil no es el campo de acción de la vida salvaje, donde cada uno, como soberano que es, hace lo que le viene en gana, es decir, no es el espacio social donde se ejerce la libertad salvaje, sino la libertad organizada, situada en un contexto social que es una comunidad total que todos contribuyen a sostener, y todos, sin exclusión de nadie, tienen una participación en los beneficios que ella genera⁵². La sociedad civil la integramos todos los miembros de una determinada comunidad: los agricultores, los mineros, las amas de casa, los profesionales, los empresarios, los estudiantes, los creyentes y los no creyentes, nadie de la comunidad puede quedar fuera de la sociedad civil (comunidad total). La sociedad civil, como organización de la libertad, requiere de un ordenamiento jurídico que regule la conducta social de sus miembros y de un gobierno⁵³ o autoridad que como dice TRAZEGNIES: “[A] la manera de un árbitro, no diga a los jugadores cómo deben jugar su juego sino simplemente imponga el cumplimiento de las reglas de juego”⁵⁴.

52 TRAZEGNIES dice que la sociedad civil es “una comunidad ética, basada en el principio de lograr la máxima libertad individual mediante restricciones y facilitaciones al ejercicio de la libertad” (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial*, Lima: Ara, 1996, p. 15).

53 Como expresa MIRÓ QUESADA, el “gobernar quiere decir mandar, dirigir; por eso quienes gobernan mandan y dirigen tomando un conjunto de decisiones que, por su naturaleza, son de carácter público; es decir, recaen sobre las personas que componen una nación y, en algunos casos, sobre la llamada sociedad internacional (MIRÓ QUESADA RADA, Francisco, *Introducción a la ciencia política. Parte especial*, Lima: Cultural Cuzco, 1997, p. 9).

54 MIRÓ QUESADA, *Introducción a la ciencia política. Parte especial*, ob. cit., p. 18.

Es la sociedad civil (el pueblo) la que crea el Estado, el gobierno, y no estos a la sociedad civil. El Estado no es un fin en sí mismo, sino un medio para que la sociedad civil logre sus objetivos. En las sociedades desarrolladas, la sociedad civil es la protagonista de la historia; en cambio, en sociedades subdesarrolladas ese protagonista es el Estado, es decir, el Estado (gobierno) se apoya en una incipiente sociedad civil para el logro de sus fines, que son los fines de unos cuantos (de los representantes) en perjuicio del pueblo (el representado). Si damos un vistazo a nuestra realidad, no requerimos ningún esfuerzo para comprobar que los que se benefician con los logros de la comunidad son unos cuantos, las élites que detentan el poder político o económico; la clase social pobre o extremadamente pobre está privada de los derechos fundamentales a la educación de calidad⁵⁵, a la salud, a la justicia, a la seguridad social y ciudadana. Ahí los vemos en una choza de escasos metros que llaman casa donde todos duermen juntos, preparan sus alimentos y crían sus cuyes, seres humanos en una pobreza extrema, desnutridos, descalzos, enfermos, despreciados, ignorantes que transmiten su pobreza de generación en generación. La clase política que representa al Estado, sometida a la clase económica, utiliza a esta gente en cada periodo eleccionario a cambio de un mendrugo. La sociedad civil es un instrumento del Estado, es decir, el mundo al revés.

Somos una sociedad donde se cometan los delitos más crueles, no solamente por la delincuencia común, sino los que cometieron los terroristas y el propio Estado. Allí están los secuestros, desapariciones, torturas, degollamientos, descuartizamientos, violaciones, entierros clandestinos realizados por las fuerzas armadas y policiales, por ejemplo, los casos de Mariela Barreto; Leonor la Rosa; el secuestro y asesinato de estudiantes de la Cantuta; el crimen de Barrios Altos; la masacre de Accomarca⁵⁶; etc. En época de paz, la corrupción estatal es espantosa, el Estado es inservible para el logro de los derechos fundamentales de las personas. Ante la ferocidad de estas agresiones

55 No hay país del tercer mundo que haya pasado del tercer mundo al primero, sino a través de la educación de calidad. Muchos de estos países son muy pobres en recursos naturales, pero su mayor riqueza es su niñez y adolescencia. El mayor presupuesto del Estado está dedicado a la educación de calidad. En países muy ricos en recursos naturales como el Perú, la educación y la investigación es un verdadero desastre. Para demostrarlo solo basta una comparación: un niño de tercer año de primaria de Corea del Sur conoce matemáticas y ciencias mucho más que un niño de tercer año de secundaria de Chile. En el último Foro Económico Mundial: *World Economic Forum* (reunido en Davos, Suiza, el 26 de enero del 2013), los países asiáticos han evidenciado su receta: Gran inversión en educación e investigación.

56 La mañana del 14 de agosto de 1985, al inicio del primer gobierno de Alan García, aproximadamente 25 soldados que conformaban la patrulla militar Lince 7 a la orden del subteniente Telmo Ricardo Hurtado Hurtado y del teniente Juan Rivera Rondón llegaron a Llocllapampa, anexo ubicado a tres kilómetros de Accomarca, y reunieron a los pobladores en la plaza del pueblo. Separaron a hombres, mujeres y niños para encerrarlos en tres viviendas a pesar de las súplicas de los comuneros. Luego violaron a todas las mujeres y seguidamente mataron a todos los pobladores: les dispararon, les arrojaron granadas y, por último, prendieron fuego a las casas con todos los ocupantes (*muertos o heridos*) dentro. De las 69 víctimas ejecutadas, 30 eran niños, 27 mujeres y 12 hombres. En las semanas siguientes miembros de las FF. AA. asesinaron a varios testigos del múltiple crimen con el propósito de ocultarlo y sustraer a los responsables de la acción de la justicia.

a los derechos fundamentales del ser humano, el sector “culto” de la sociedad no se inmuta, por el contrario, muchas veces aplaude, porque mientras no sean ellos los afectados, viven felices colgados de la mamadera del Estado. Esto no se ve ni en las propias bestias. Cuando niño, en un viaje por las alturas de la sierra norte de Perú, pude observar que cuando los buitres atacaron a la cría recién nacida de una vaca, esta mugía desesperadamente y defendía con todas sus fuerzas a su becerro y con la concurrencia de los otros vacunos salvaron al recién nacido; esta actitud es ajena a la delicadeza de muchos hombres modernos, cultos y laureados. Contamos con un Estado que no sirve a la sociedad civil, sino que se sirve de ella. Debemos hacer todo lo necesario para revertir esta realidad por la vía del Derecho.

Un sector de nuestra sociedad “piensa” y “actúa” con el estómago y no con el cerebro, defendiendo la quincena o mensualidad que recibe del Estado; en recompensa por haber sido favorecido en un concurso o licitación pública; a fin de que el Estado lo apoye con sumas millonarias para que su empresa no quiebre; o vota en las elecciones por quien le da un mendrugo de pan días antes o el mismo día del acto de la votación. Evidentemente, una sociedad así está lejos de la sociedad civil y muy cerca de la sociedad primitiva, natural y salvaje. Como diría NIETZSCHE⁵⁷, una sociedad así hace insípida y dolorosa la existencia, de modo que el hombre ciertas veces inclínase sobre sí mismo, tapándose las narices, y con el Papa Inocencio III hace el catálogo de sus debilidades y miserias, “procreación impura, nutrición nauseabunda en el seno de su madre, mala cualidad de la sustancia de donde proviene el hombre, mal olor, secreción de saliva, de orina y de excremento”. Pero estas reflexiones no son para transportar agua al molino del pesimismo, sino al contrario, para que todos hagamos todo lo que está a nuestro alcance, con el fin de que la sociedad civil se refuerce y sea realmente un fin en sí misma, lo que redundará en el bien de todos, sin que quede excluido un solo peruano, y no sea una sociedad al servicio del Estado, esto es, en beneficio de unos cuantos.

En el siglo XIX aparece la sociología, inicialmente denominada *física social*, por obra de H. Saint-Simon y Augusto Comte (padre de la sociología), como ciencia particular autónoma, independiente de la economía y de la ciencia política, cuyo objeto de estudio es la “sociedad”, entendida como una realidad con entidad propia, como un sistema social, y no como un ente ficticio. COMTE, nacido en Montpellier en 1798, secretario y colaborador de Saint-Simon, con quien más tarde rompió clamorosamente, luego de superar una violenta crisis cerebral que lo llevó al manicomio, desarrolló entre 1830 a 1842 su *Curso de filosofía positiva* (*Cours de philosophie positive*), en el que por primera vez usa la denominación de “sociología”, palabra que aparece en 1837⁵⁸. A la

⁵⁷ NIETZSCHE, Friedrich, *La génesis de la moral*, trad. de A. Gregori, Buenos Aires: Biblioteca de Ideas, 1945, p. 49.

⁵⁸ COMTE, al llegar a la lección 48 de su *Curso de filosofía positiva*, da entrada al neologismo *sociología*, aclarando en una nota: “Creo deber arriesgar desde ahora este término nuevo, exactamente equivalente

sociología le interesa la sociedad como tal, sin más calificativos, siendo sus elementos la conciencia y la moral colectiva, la tradición cultural, la pertenencia a un mismo espacio vital y la interdependencia de sus miembros. Existe una noción diversificada de sociedad, como la política, económica, orgánica, evolucionista, sicologista, etc.

La sociedad moderna, dice ALZAMORA⁵⁹:

[S]e constituye cuando surge ese estado de conciencia colectiva, en el cual las representaciones de todos sus integrantes se unifican y se dirigen al mismo fin. Ese fin es el bien común, esto es, que interesa, a la vez, a la colectividad y a cada uno.

La sociedad no es un mero agregado de individuos, sino una comunidad de individuos interrelacionados, con conciencia social o modo común de pensar y opinar para regular y ordenar sus propios intereses, con tradición cultural, pertinencia a un territorio, interdependencia de sus miembros, etc.

Existen varios tipos de sociedad⁶⁰: la sociedad formada por un vínculo natural con cierta independencia de la voluntad de sus miembros (familia, pueblo, nación, etc.), la sociedad que tiene su origen en la voluntad de sus miembros (una sociedad comercial, una asociación profesional); la sociedad humana ideal que comprende a todo el género humano de todos los períodos de la Historia; la sociedad humana real que comprende a todos los seres humanos de cierta época histórica (la sociedad primitiva, la feudal, la moderna, la industrial, la capitalista, la socialista, la liberal, etc.); la sociedad civil como entidad subyacente o base

a mi expresión, ya introducida, de física social, a fin de poder designar con un nombre único a esta parte complementaria de la filosofía natural, que se refiere al estudio positivo del conjunto de las leyes fundamentales propias de los fenómenos sociales. La necesidad de tal denominación, para corresponder al destino especial de este volumen, hará, espero, excusar aquí este último ejercicio de un derecho legítimo, del que creo haber usado siempre con toda la circunspección conveniente, y sin cesar de experimentar una profunda repugnancia por toda costumbre de neologismo sistemático" (cit., AYALA, Francisco, *Historia de la sociología*, t. I., Buenos Aires: Losada, 1947, p. 6).

59 ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, 10.^a ed., Lima: Eddili, 1987, p. 25.

60 ROUSSEAU, Juan Jacobo, *Del contrato social o principio del derecho político*, trad. de Constancio Bernardo de Quirós, Ciudad de México y Buenos Aires: Cajica, 1957, p. 252. La morfología social se reduce a dos grandes categorías: la de las comunidades y la de las asociaciones. "En las comunidades que son las unidades sociales originarias, el individuo se encuentra sumergido desde el nacer, y hasta el morir, como el pez en el agua o el pájaro en el aire, es decir, como un medio absolutamente necesario a la vida de la persona física, sin que él haya tenido parte en la elección de aquella a la que pertenece. Por consiguiente, son anteriores al individuo y superiores a él, ya sean estas comunidades de naturaleza consanguínea, como la familia, territorial como la ciudad o la nación, espiritual como la fe religiosa. Al contrario, las asociaciones son creaciones voluntarias humanas, engendros del sentido de sociabilidad de los hombres, y están orientadas, cada subtipo de ellas, a tal o cual función o aspectos de la existencia, tales como los partidos políticos y los sindicatos [...] confrontando una categoría con otra, se oponen lo natural, intuitivo, originario y orgánico, que son notas características de las comunidades, a lo artificial, lo reflexivo, lo contractual y mecánico que, en cambio, califica a las asociaciones".

legitimadora del Estado, pero diferente de este (la sociedad peruana, la inglesa, etc.); la sociedad fundamentada en una relación natural de parentesco (familia, etc.) o de espacio vital (pueblo, comarca, región, etc.); y la sociedad como sistema, a la que atendemos seguidamente.

5.1. La sociedad como sistema

Para comprender el lugar que ocupa el Derecho dentro del contexto social es necesario explicar la noción de sociedad como sistema.

El sistema es un conjunto de elementos que se encuentran en interrelación (esto es, no como un conjunto de elementos que se encuentran estáticos, sino en sentido interactivo y relacional). La sociedad como sistema es una unidad, una globalidad integrada por una serie de elementos (económicos, políticos, jurídicos, religiosos, etc.) interrelacionados, los mismos que dan lugar a distintos subsistemas sociales (el subsistema económico, el político, el jurídico, el religioso, etc.). Los subsistemas son conjuntos de relaciones sociales constituidas por *acciones sociales* establecidas entre sujetos, grupos, etc., que crean expectativas de conductas entre sus miembros. La acción social es una acción humana con sentido racional (v. gr., una operación matemática) o lógico (establece una relación medios-fines) y social (la conducta del sujeto está referida a otro u otros sujetos; la acción que no toma en cuenta la acción o reacción de los demás, no es social). Los sistemas y subsistemas son abiertos porque están en interrelación con otros, tienen contradicciones o tensiones internas y son dinámicos porque evolucionan a través del tiempo.

Distintos son los conceptos de sistema utilizados para explicar la sociedad como una entidad unitaria.

- a) Para el *sistema organicista*, desarrollado por el funcionalismo sociológico, seguido especialmente por PARSONS⁶¹:

[E]l sistema social es un organismo, entendido como una unidad, que al igual que los organismos vivos, tiene distribuidos sus elementos siempre igual, aun bajo condiciones de perturbación, ya que después de dicha perturbación el organismo es capaz de volver a su situación inicial. El sistema social satisface, mediante sus propios recursos, todas las condiciones funcionales esenciales para su existencia prolongada.

Parsons divide al sistema social en cuatro subsistemas interdependientes: el subsistema de la adaptación (la economía), el de la determinación de metas (la polí-

61 PARSONS, Talcott, *The social system*, Illinois: Glencoe, 1951.

tica), el de la integración (los elementos normativos y los factores de control social) y el subsistema de mantenimiento de las pautas o modelos (los valores).

- b) Según la *teoría de sistemas* desarrollada, entre otros, por VON BERTALANFFY⁶²:

[E]l sistema es un conjunto complejo de elementos que interactúan entre sí, de tal modo que el comportamiento de un elemento en una relación es distinto de su comportamiento en otra relación. El sistema está separado de un entorno determinado, pero la relación entre el sistema y el entorno es indispensable para la caracterización y comprensión del sistema.

- c) En opinión de LUHMANN⁶³:

[L]a sociedad es un sistema autorreferente (se define por su diferencia con el entorno) y autopoético (crea su propia estructura y los elementos que lo integran) que se compone, no de seres humanos, sino de comunicaciones entre seres humanos. En el sistema social se encuentran subsistemas sociales, como el Derecho, la política, la economía, la religión, etc., que limitan su entorno. Este autor explica que los sistemas sociales, mediante su sentido, constituyen simultáneamente sus límites y sus posibilidades de atribución de acciones. Esta atribución no necesita ser exclusiva. Un empleado que come su emparedado en el trabajo actúa en el sistema de la administración estatal y también en el sistema de la familia. Pero ambos sistemas se mantienen independientes entre sí, y el mismo acto adquiere diferentes sentidos en los diferentes sistemas. Lo jurídico, lo moral, lo político, se aúnan dentro del sistema social en una interacción productora de sentidos.

Cualquier clase de sociedad está constituida por seres humanos integrados en grupos, instituciones, clases sociales, movimientos, etc., en donde los sujetos, de acuerdo con la posición que ocupen (*status social*), con sus acciones sociales establecen multitud de relaciones. En este sentido se habla de *sistemas* y *subsistemas sociales*⁶⁴. En efecto, la vida en sociedad se desenvuelve a través de una sobreabundante y complicada red de relaciones entre personas particulares o entre estas y el grupo social. El ser humano se asocia por amor en el matrimonio, fundando la familia, considerada como la sociedad natural e institución fundamental o básica de la vida humana; por comunicación de conocimientos, educación, ciencia y cultura se relacionan con centros educativos; por razón de búsqueda de fuentes de riqueza establece relaciones de trabajo, de desarrollo de alguna actividad industrial, comercial o profesional; por razones de salud entra en relación con centros hospitalarios; por necesidad de solución de los conflictos surgidos en sus relaciones con los demás se relaciona con el ente estatal encargado de administrar justicia, etc. La idea del sistema como conjunto de elementos

62 VON BERTALANFFY, Ludwig, *Teoría general de los sistemas*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1981.

63 LUHMANN, Niklas, *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Buenos Aires: Sur, 1973, p. 147.

64 AÑÓN, María José, *Introducción a la teoría del derecho*, 2.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 79 y ss.

interrelacionados describe a la sociedad como un sistema global, donde tienen lugar redes concretas de relaciones que dan lugar a distintos subsistemas sociales.

Para explicar la complejidad y diversidad de las relaciones sociales, WEBER las clasifica en los siguientes modelos: a) *Relaciones de comunidad*, que son similares a las familiares, donde se da una recíproca interdependencia, prima lo colectivo, aquello en que se coincide (por ejemplo, la adhesión a unos valores, ideas, creencias o sentimientos comunes) y el elemento de cohesión es la voluntad, b) *Relaciones societarias o contractuales* establecidas para compensar intereses individuales o unir intereses que reviertan en beneficio de los que participan en ella; hay una adecuación de los medios a los fines perseguidos por el grupo. Son de naturaleza económica y su criterio orientador es la eficacia, c) *Relaciones conflictuales*, que son aquellas en que dos o más personas o grupos ocupan posiciones antagónicas e incompatibles en colisión; una de las partes impone su voluntad ante la resistencia de la otra; d) *Relaciones de dominación*, caracterizadas por la presencia en una de las partes de un poder de dominación que le permite imponer su voluntad a la otra parte, aun contra toda resistencia; el poder permite la fijación de metas y la asignación de recursos. En la realidad social, estos modelos no se dan puros, sino que las relaciones sociales son complejas, por cuanto pueden tener caracteres que responden a uno o varios de estos modelos.

5.2. El derecho como subsistema social

De lo expuesto en el punto precedente queda establecido que la sociedad es un sistema y el Derecho es un subsistema social complejo, cuya comprensión exige atender no solo a las relaciones internas de este subsistema, sino también a las relaciones del Derecho con el sistema social en el cual se circscribe y sus diferentes subsistemas.

Las relaciones sociales requieren de una adecuada ordenación, la cual conduce inevitablemente a una limitación de la libertad y del poder⁶⁵ de cada uno. La ordenación exige que la conducta de los asociados se regule normativamente en forma estable, segura y pacífica, a fin de lograr tanto un orden social justo como la estabilidad y permanencia de la sociedad. Sin este ordenamiento justo, de la convivencia humana no es posible que exista sociedad civilizada. A esta ordenación de la conducta humana social mediante normas jurídicas se le denomina Derecho.

65 BODENHEIMER, Edgard, *Teoría del derecho*, p. 26: Por su propia naturaleza, el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de crear y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrenta el poder del Gobierno. La limitación legal del poder de los particulares o grupos privados se denomina derecho privado. La limitación legal del poder de las autoridades públicas se denomina Derecho público: la función general de ambas ramas del Derecho es esencialmente la misma; consiste en la creación de restricciones al ejercicio arbitrario e ilimitado del poder.

El Derecho es regulador de la conducta humana social mediante prescripciones normativas, las mismas que deben ser producidas por una *sociedad* concreta, por los grupos y fuerzas que operan en ella; por tanto, el Derecho se encuentra interrelacionado con los demás factores sociales (económicos, políticos, demográficos, culturales, morales, etc.). Surge para dar respuesta a una serie de situaciones sociales: conflictos, necesidades, intereses, acuerdos, etc. Esto nos indica que el *Derecho* debe ser entendido en referencia a la sociedad concreta que lo ha creado.

El Derecho no es ni puede ser la creación de la mentalidad privilegiada de cierto o ciertos individuos, sino la creación de una sociedad concreta, de la conciencia social general que es la base legitimadora del Estado. Como dice RODRÍGUEZ⁶⁶, con respecto al Derecho:

[N]o lo es ni mucho menos la voluntad privilegiada o el saber particular de un individuo determinado, por singular o cualificado que él se crea o que se le considere, elevándolo incluso a la categoría de “irrepetible”, lo que sería señal de indigencia para la sociedad que lo produjo, pues solo habría sido capaz de engendrar uno de tal condición; esto convertiría a la sociedad en monocrática, o la llevaría a una autocracia social, otorgando la dirección de la sociedad a una clase selecta, que a la postre conduciría a la implantación del darwinismo social; ni tampoco lo es la voluntad de una mayoría circunstancial, cuál sería la imposición de la voluntad de un partido político mayoritario.

El Derecho emerge a la realidad como un producto de la conciencia social general, de la convicción común, a diferencia de una obra de arte (una pintura, una pieza musical) que es siempre la creación del individuo. El legislador, como representante de la sociedad, debe guiarse por la convicción general y no por sus opiniones particulares, caso en el cual viola el mandato representativo. El Derecho es de la sociedad y para ella esta constituye su substrato o base legitimadora; la sociedad es el sistema, el todo; el Derecho es solo un subsistema, una parte de aquella. El Derecho no regula las acciones del ser humano que no entran en contacto con sus semejantes, sino las acciones sociales. Solamente sirve a los seres humanos que viven en sociedad; para los animales u otros seres con o sin vida, el Derecho no tiene significación. No es concebible un ser humano sin sociedad; tampoco se concibe una sociedad humana civilizada sin Derecho⁶⁷; luego, donde

⁶⁶ RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Introducción a la ciencia del derecho*, 2.^a ed., Salamanca: Librería Cervantes, 1993, p. 55.

⁶⁷ Los filósofos griegos advirtieron la necesidad del hombre de vivir en sociedad y de la pertinencia del Derecho a ella. Un texto del siglo v a. C., de autor anónimo, transmitido por el filósofo neoplatónico JÁMBlico (citado por RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 40) dice: “Puesto que los hombres por naturaleza no están en condiciones de vivir individualmente y para sí, sino que más bien, obedeciendo las leyes de la naturaleza, se han unido unos con otros; y puesto que toda su manera de vivir, y los medios para ella, han sido ideados por ellos bajo estas condiciones; dado además que una vida en común en una situación sin ley es para ellos impensable, pues serían mucho mayores las desventajas que en ese caso les sobreverdrián que las que tendrían en una vida aislada, es forzoso concluir, con base en

existe el ser humano, existe el Derecho: *Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus*⁶⁸.

El Derecho como parte (subsistema social) del todo (el sistema social) obtiene su sentido, analizándolo en referencia con la sociedad concreta que lo ha creado y con los demás factores sociales que en ella se dan, entre los cuales existen mutuas dependencias y subordinaciones. Así, por ejemplo, en la relación del Derecho con la Economía, el primero condiciona, dinamiza o neutraliza los hechos económicos y estos constituyen la base sobre la cual se edifica el Derecho, única forma de que la norma se adecúe a la realidad vital que regula. En la relación entre el subsistema político y el Derecho encontramos, por ejemplo, que la distribución del poder entre los diversos órganos del Estado es posible solamente por medio del Derecho; una de las funciones del Derecho es la limitación del poder político. El subsistema ideológico, entendido como las concepciones o ideas políticas, morales, religiosas, sociales, económicas, etc., compartidas por los miembros del grupo social, influyen en la configuración del Derecho; cuando este refleja la ideología predominante en el grupo social, no tiene necesidad de imponerse siempre por la fuerza, sino que es observado espontáneamente.

5.3. Derecho y cambio social

El Derecho y la realidad social subyacente que lo crea son dos estructuras sociales autónomas, pero existe entre ellas una conexión íntima. Entre realidad social y Derecho existe una tensión permanente, mientras el Derecho tiende a establecer un equilibrio social estable, la realidad social tiende a la mudanza, a la inestabilidad. El Derecho tiende a la estabilidad tratando de dar forma definitiva y expresión perfecta al valor justicia, dando fijeza y seguridad a las relaciones sociales, procurando así el estancamiento de la realidad histórica. Pero siempre llega un momento en que se rompen las represas del Derecho y se produce el inevitable cambio histórico-social. Para que el Derecho conserve su validez, debe adecuarse de continuo al devenir histórico, reajustando las normas a las nuevas realidades, es que el Derecho es vida humana social y la vida nunca se estaciona, porque si se detiene un instante, cede su lugar a la muerte. Luego, si la vida es evolución, progreso, el Derecho también lo es.

Si bien es cierto que el cambio social repercute en el Derecho, que debe renovar sus normas adecuándolas a las cambiantes situaciones sociales para conservar su validez, también es verdad que el Derecho opera sobre la realidad social, ordenando

estas razones, que el Derecho y la ley asentaron su cetro real entre los hombres y que les será imposible substraerse a la soberanía de ambos, pues esta relación ha sido establecida por la misma naturaleza”.

68 DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 422. “La naturaleza humana no puede en modo alguno subsistir sin la asociación de individuos, y esa asociación nunca podrá tener lugar sin respetar las leyes de la equidad y la justicia” (David HUME).

la conducta intersubjetiva mediante prescripciones normativas. Una norma jurídica puede subsumir una enorme variedad de casos singulares, cada uno de los cuales tiene su propio perfil. Los reúne y ordena en un grupo homogéneo con base en ciertos rasgos comunes que presentan. Por ejemplo, dentro de las normas del Código Civil que regulan el matrimonio, entra la inmensa variedad de casos posibles de matrimonio, lo mismo el matrimonio de amor que el de conveniencia, el deseado como el impuesto, el feliz como el desdichado, el fecundo como el estéril, etc. Esta situación jurídica, normativamente configurada, gravita en la conducta de quienes en ella se encuentran, v. gr., forzándolos a hacer vida en común, a no mantener relaciones sexuales fuera del matrimonio, a contribuir al sostenimiento del hogar conyugal, a educar a los hijos, etc., y debilitando las tendencias opuestas; además, el Derecho le añade solemnidad a esta situación social, porque en caso contrario no sería matrimonio, sino concubinato, y, además, establece las consecuencias que se derivarían si los cónyuges incumplen el estatuto jurídico.

Resulta, como expresa AYALA⁶⁹, que:

[E]l Derecho no se limita a revestir la realidad social, sino que reacciona en alguna manera sobre ella; y que esta reacción va en el sentido de prestarle fijeza, endurecer sus contornos, marcar sus perfiles, contener su fluencia, encauzar y frenar sus cambios. O sea: consolidar el orden establecido de las relaciones sociales, montando sobre él normas cuya validez deriva, no del poder que las sustenta, sino de los principios inviolables de la justicia.

El *Derecho*, a la vez que cambia, evoluciona al ritmo de las transformaciones sociales, es decir, es también un factor de cambio y transformación social. Para que él regule efectivamente la vida de relación social, es decir, para que sea eficaz, debe adecuarse a los cambios sociales, debe haber una adecuación entre los efectos previstos en las normas y los efectos que estas realmente despliegan en la realidad. Si la sociedad o ciertos aspectos de ella se transforman (se modifican los modos de conducta establecidos), el Derecho también se transforma, ya en el plano de su creación (mediante la modificación, extinción, o sustitución de unas normas jurídicas por otras) como en el de su aplicación (modificando el sentido de las normas vía interpretación para adecuarlo a la nueva realidad). Las normas jurídicas pueden permanecer inalteradas en su forma, en su texto literal, pero pueden cambiar su función con apoyo en la interpretación y aplicación del Derecho. Por ejemplo, la Constitución estadounidense de 1787 o el Código Civil francés de 1804, que por virtud de la interpretación adquieren aptitud para regular relaciones sociales de épocas distintas, esto que se da con estos y otros monumentos jurídicos, ocurre siempre con toda regulación jurídica que por

69 AYALA, *Historia de la sociología*, ob. cit., t. II, p. 411.

tener que actuar en función de la realidad debe acomodarse espontáneamente. Pero el cambio social también puede producirse porque se da una nueva legislación. El Derecho no sirve apenas para asegurar y consolidar los cambios sociales previos, no es solo un instrumento para dar estabilidad a los sistemas sociales, sino que también promueve la transformación y el cambio social.

La interpretación y aplicación del Derecho puede servir para mantener la estabilidad de los sistemas sociales o constituirse en vehículo de transformación social. Cuando cambian los fines sociales, total o parcialmente, y cuando los antiguos intereses deban conciliarse con los nuevos que emergen, el intérprete puede optar por mantener la certeza y el orden sin olvidar los fines e intereses nuevos, o por mantener la certeza y el orden, sacrificando los nuevos fines y los nuevos intereses, o buscar nuevos caminos que permitan la realización de los nuevos principios y valores con desdén de los antiguos. Pero, aun cuando todavía no ha cambiado el antiguo orden, el juzgador puede interpretar las normas jurídicas, dándoles una nueva significación que promueva el surgimiento de un nuevo orden; de este modo el juzgador contribuye a la creación de nuevas realidades sociales. En todos estos casos estamos ante lo que se denomina Derecho vivo o Derecho en acción.

Hay que advertir que el Derecho no es un elemento natural de la realidad. Es posible concebir una realidad social sin el Derecho, pero sin él, las sociedades no existirían tal y como son; el ser humano volvería a la vida salvaje. Pensemos, por ejemplo, que hoy el Congreso de la República da una ley derogando todas las leyes penales, a partir de su entrada en vigencia termina la civilización y comienza la ley de la selva. El Derecho es apto para obtener los objetivos esenciales en la vida de relación, v. gr., la seguridad, libertad, igualdad, paz, pero en ocasiones sirve para todo lo contrario, para sojuzgar a los individuos, para aplastar a las mayorías, para la utilidad de pocos⁷⁰, para concentrar el poder en dictaduras militares o civiles (dictaduras elegidas), para consolidar la corrupción en la Administración pública.

El ser humano, en sus relaciones con sus semejantes o con el Estado y con sus diversas dependencias, debe ajustar su conducta a las normas jurídicas, porque de no hacerlo se expone a sufrir la sanción señalada por esas normas. El Derecho, a la vez que condiciona nuestra conducta (sujetos pasivos), lo utilizamos (como sujetos soberanos) para la consecución de nuestros fines.

Un ser humano aislado de los demás constituye una concepción ideal, pues siempre requiere la cooperación de otros individuos para su desarrollo y subsistencia, por eso se reúne en agrupaciones familiares, asociaciones, sociedades comerciales, pueblos o naciones, etc. Agrupaciones naturales o pactadas de personas que constituyen una unidad distinta de cada cual de sus integrantes, con el ánimo de cumplir —mediante la

70 AÑÓN, *Introducción a la teoría del derecho*, ob. cit., p. 26.

mutua asistencia— todos o algunos de los propósitos de su vida. La sociedad humana, tal y como es, no sería posible sin un orden, dirección y solidaridad. Estos elementos son aportados por el Derecho. La parte de la realidad social o experiencia de vida social regulada por el Derecho es la realidad jurídica o experiencia jurídica. Solo se puede hablar de experiencia jurídica cuando hay relaciones humanas intersubjetivas reguladas por normas jurídicas de cumplimiento obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto, con miras a la realización de determinados valores.

La necesidad de vivir en sociedad es mayor en los tiempos actuales, en que el ser humano estima imprescindible muchos adelantos de la ciencia y de la técnica, y además es obligado por sus congéneres a cumplir deberes cada vez más complejos y numerosos respecto del resto de la comunidad. En muy corto tiempo, en la sociedad actual se han producido gigantescos cambios económicos, tecnológicos, filosóficos y sociales que han transformado las relaciones sociales existentes y han originado nuevas relaciones que exigen que el Derecho adecúe su contenido y su práctica a estos cambios. Se requiere hacer más permeables las normas jurídicas a las nuevas condiciones del desarrollo económico, social y cultural.

El Derecho tiene que asimilar aceleradamente las nuevas exigencias de la convivencia social, de las relaciones familiares, de los vínculos laborales, de las relaciones comerciales, de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, de las relaciones entre Estados, en fin, de las relaciones entre ciudadanos del mundo.

El Derecho debe ser el instrumento que contribuya a hacer más fáciles y fluidas las relaciones sociales de todo orden. Un Derecho pegado a las formas, que privilegia los procedimientos, antes que los valores es un Derecho caduco destinado a desaparecer lo antes posible.

Vivimos en un mundo que se globaliza en lo económico, en lo social, en lo cultural y también en lo delictivo (por ejemplo, se globalizan los delitos de terrorismo y narcotráfico, los delitos económicos, etc.). Nos estamos convirtiendo en ciudadanos del mundo, llegará el momento en que no se rinda culto a la bandera, no se cante el himno, se terminará con los héroes inventados por la historia, pero se refuerza el civismo entendido como el respeto total a las leyes, a la ética, a las normas de convivencia, la tolerancia, el altruismo y el respeto a la ecología. Hay una creciente interdependencia entre los distintos países en el ámbito mundial, una amplia apertura al contexto externo, una presencia cada vez más activa de un conjunto de agentes transnacionales en la sociedad y en la economía; las transacciones financieras internacionales, el incremento de la inversión extranjera, el reconocimiento pleno de los derechos de la mujer, han adquirido una magnitud y velocidad inesperada; en algunos países ya se aprecia una acelerada incorporación de la mujer, de la juventud y de los vastos sectores sociales marginados a las actividades productivas. Se ha acentuado la protección nacional e internacional de los derechos humanos que constituyen el eje central de todo sistema

de Derecho; ahora se tutelan no solo los derechos de la primera generación, que son derechos individuales de carácter civil y político, y los de la segunda generación, como son los económicos, sociales y culturales, sino también los de la tercera generación, denominados así mismo *derechos de la solidaridad*, entre los cuales figuran el derecho al desarrollo, a la protección del medio ambiente, a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad. En algunos países ya se combaten con eficacia los grandes delitos, aplicando sanciones efectivas a los delincuentes de “cuello blanco”.

El Derecho debe reflejar esas transformaciones y ayudar al manejo de estas nuevas realidades. Afronta el desafío de adecuarse prontamente a las cambiantes realidades económicas, sociales, culturales y de criminalidad. La actualización del ordenamiento jurídico es una necesidad ineludible. Si la realidad económica, social y cultural se internacionaliza, al Derecho no le queda otra alternativa que actualizarse con fundamento en principios regionales y universales, ahora consagrados especialmente en la nueva *lex mercatoria* destinada a regular las relaciones contractuales del mercado mundial⁷¹. El derrotero es la armonización legislativa de los distintos países. El legislador, al elaborar la norma, y el juzgador al aplicarla, tienen que armonizar intereses locales, nacionales, regionales y mundiales. La internacionalización del Derecho conduce a la internacionalización de la justicia. Esto ha de entenderse en sus justos límites porque la globalización no impide que exista una sociedad, una economía, un Derecho, una cultura nacional. En materia de Derecho como en Economía hay que partir de la realidad nacional, pero no hay que omitir el contorno mundial.

La viabilidad, fluidez y estabilidad de las transacciones económicas, el proceso de inversión, la organización rápida de las sociedades civiles y comerciales, la justicia social en las relaciones laborales, la modificación de muchas situaciones sociales y familiares que agravan la pobreza, y la solución de los conflictos y tensiones que surgen entre los distintos agentes implicados en estos procesos, se ven seriamente perjudicados por la vigencia de una institucionalidad y una normatividad jurídica anticuadas.

El Derecho debe facilitar las relaciones sociales que tienen trascendencia para una convivencia humana con justicia y ser el instrumento eficaz para dar solución pacífica y oportuna a los conflictos que surgen en los distintos grupos sociales.

71 La *lex mercatoria* alude al nacimiento de un Derecho universal como lo fue el Derecho de los mercaderes en el Medievo. La antigua *lex mercatoria* precedió al advenimiento de los Estados modernos. Su función consistía en derogar, para las relaciones comerciales, el Derecho civil romano. La *nueva lex mercatoria* opera en una realidad caracterizada por una división política de los mercados en una pluralidad de Estados. En esta *nueva lex mercatoria* se disuelven tanto los particularismos jurídicos de las codificaciones estatales como las diferencias entre el *civil law* y el *common law*. Sus reglas son el producto del comercio internacional, es decir, la repetida y uniforme observancia de particulares prácticas del comercio internacional con la convicción de observar un precepto jurídico. Los usos del comercio internacional son fuente de Derecho objetivo no estatal.

6. Las normas de conducta

Desde que nacemos hasta que morimos, nuestras vidas se desarrollan en medio de un sinfín de normas de conducta que nos enseñan cómo aprender a caminar, hablar, leer y escribir; que nos indican cuáles son nuestras obligaciones para con Dios, para con el prójimo, la familia y el Estado, que regulan las relaciones de amistad, buen trato, corrección, lealtad; que nos conducen a la virtud, a realizar la caridad, que regulan la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios, que crean y regulan los Estados y organismos internacionales y sus relaciones entre ellos, etc. La convivencia social pacífica y la existencia misma de la sociedad, solo es posible sobre la base de la existencia y observancia de tales normas de conducta social.

Como dice Russo⁷², profesor de la Universidad de Buenos Aires: “[E]n términos generales, todo lo que nos dice cómo debemos comportarnos en determinadas circunstancias para producir ciertos efectos y no otros, es una norma”. Por ejemplo, trabajar con eficiencia para que no nos echen del empleo, saludar a nuestro amigo en su cumpleaños para no perder su amistad, pagar la cuota del club para que no nos den de baja, no pegarle un puntapié al grandote de la esquina para evitar la contundencia de sus puños, vestirnos de determinada manera para que nos dejen entrar a la facultad.

Las normas de conducta humana están contenidas tanto en las leyes y costumbres como en las reglas gramaticales, las religiosas, las morales, las fórmulas médicas, las reglas del ajedrez o del fútbol, las reglas de urbanidad, los carteles indicativos de tráfico peatonal o vehicular, etc., todas ellas regulan las acciones humanas, orientándolas en esta o en aquella dirección.

Las normas nos inducen a comportarnos de determinada manera, obligándonos, prohibiéndonos o permitiéndonos hacer o no hacer algo, a fin de que realicemos determinados valores adecuados a la naturaleza del ser humano en su dimensión individual y social. Como expresa BOBBIO (n. en Turín el 18.10.1909)⁷³:

[L]a Historia puede representarse como un gran torrente encauzado: el cauce está determinado por normas de conducta, religiosas, morales, jurídicas, sociales, que han contenido la corriente de las pasiones, de los intereses, de los instintos dentro de ciertos límites, y que han permitido la formación de aquella sociedad estable, con sus instituciones y ordenamientos, que llamamos *civilización*.

A diferencia de las leyes naturales que establecen relaciones de *ser*, las normas de conducta establecen relaciones de *deber ser*.

⁷² Russo, Eduardo Ángel, *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 74.

⁷³ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1992, p. 4.

Las leyes naturales expresan relaciones constantes, invariables y necesarias entre los fenómenos de la naturaleza. Son leyes de causalidad, esto es, ocurrido determinado hecho, la consecuencia se produce indefectiblemente. Las leyes naturales se refieren a lo que *es*, no a lo que *debe ser*. Una ley natural no puede ser violada, por cuanto expresa relaciones necesarias (*de ser*) entre los fenómenos. En cambio, las normas de conducta establecen una relación imputativa de lo que *debe ser*, no de lo que *es* o de lo que *tiene* que acontecer, como sucede con las leyes naturales, sociológicas, económicas, etc. Regulan conducta humana posible, mas no la necesaria o imposible, por lo que siempre envuelven la posibilidad de incumplimiento o violación; las personas en el ejercicio de su libertad pueden comportarse acatando o violando las normas de conducta. Estas establecen relaciones de *deber ser* entre un hecho antecedente, que es una conducta dada y un hecho que puede o no ocurrir como consecuencia (relación imputativa). Lo que la norma de conducta establece como debido no tiene que acontecer forzosa e inevitablemente en el mundo de los hechos.

Entre las principales normas de conducta figuran las que regulan nuestras relaciones con Dios (*normas religiosas*); las que norman la conducta individual del sujeto, el ámbito de su conciencia personal, por lo cual requieren de la plena libertad para su cumplimiento (*normas morales*); las que regulan la conducta de las personas en cuanto entran en contacto con sus semejantes (conducta social) y son impuestas al sujeto desde afuera; de entre estas normas hay algunas que son cumplidas libremente por el sujeto (*normas de trato social*) y otras, que son las más importantes para la vida social, estas son impuestas al sujeto, si es necesario, en forma coercitiva, independientemente de lo que piense (*normas jurídicas*).

Las sociedades primitivas no distinguieron entre normas de conducta jurídicas (por ejemplo, el que roba debe ir a la cárcel), religiosas (por ejemplo, amar a Dios sobre todas las cosas), morales (v. gr., no mentir, no matar, no robar), o de trato social (las normas de cortesía, de lealtad). Les fue imposible distinguir entre Derecho, moral y religión. Todas las normas de conducta se encuentran indiferenciadas, entremezcladas en la primitiva costumbre, que era a un mismo tiempo regla de trato social, norma moral, religiosa y jurídica. La costumbre primitiva engloba la totalidad del comportamiento humano.

El origen del Derecho coincide con la aparición de la regla jurídica que las religiones reveladas remontan hasta el principio de los tiempos.

La distinción entre normas morales y normas jurídicas, así como que estas son impuestas por el Estado a los ciudadanos mediante la coacción sistematizada y organizada, es de reciente data. El Derecho es una realidad mucho más antigua que el Estado. Nuestra civilización jurídica se desarrolló sin el Estado durante 17 de los 20 siglos de su existencia, desde el II siglo d. C., siglo de Ulpiano, el siglo de la primera elaboración sistemática del derecho, hasta la víspera de las codificaciones modernas; incluso hasta el siglo XIX en que en Alemania permaneció en vigor el Derecho ro-

mano como Derecho de la razón, hasta 1899 (el Código Civil alemán —BGB—, cuya redacción comenzó en 1881, entró en vigencia el 1 de enero de 1900).

En la sociedad humana primitiva, vecina a la sociedad animal, en la que el ser humano todavía no había desarrollado el pensamiento, carecía de razón y desconocía el lenguaje, las normas de conducta surgen espontánea e inconscientemente, son enseñadas por vía del ejemplo y aprendidas por imitación sin que nadie advierta su existencia ni utilidad. Pero el grupo sobrevive:

[Ú]nicamente como consecuencia de que sus miembros llegan a desarrollar y transmitir modos de comportamiento que otorgaron a la correspondiente colectividad mayor eficacia, la razón por la cual determinadas cosas deben ser realizadas de cierta manera, no precisa ser conocida por miembro alguno del grupo⁷⁴.

La regla jurídica, como fenómeno jurídico primario, surge en forma lenta, oscura y difícil. El ser humano primitivo, impotente para salir del presente y aprehender el futuro, no podía formular las normas mediante las cuales regulaba, de modo inconsciente, su conducta social, en preceptos generales y abstractos. Las normas generales y abstractas son hijas de la razón, pues solo una mentalidad suficientemente evolucionada, capaz de razonar, puede también generalizar y abstraer. El jefe de la tribu daba órdenes de tipo familiar o militar que debían ejecutarse al instante; esto es, los mandatos, surgidos por necesidad del momento, eran olvidados tan pronto como el momento pasaba. Este fenómeno constituye una primera manifestación de la regla de Derecho creada para cada necesidad concreta; desaparecida esta se extingue también aquella, hasta que en un momento evolucionado del desarrollo intelectual, el individuo advierte que la regla puede comprender varios casos de la misma especie, multiplicando los mandatos del jefe de la tribu, tanto en el tiempo como en el espacio; desde entonces las reglas se perennizan en forma de usos y costumbres que se transmiten de generación en generación, otras veces, la regla de Derecho surge como consecuencia de que el jefe de la tribu o los ancianos jueces tenían que pronunciarse en varios casos que eran idénticos, lo cual motivó que las decisiones se cristalizaran en jurisprudencia, o sea, en costumbre de dar la misma solución a todos los casos semejantes. La aparición de las reglas jurídicas en forma de leyes es de tiempos más recientes. Una conducta empieza a ser jurídica cuando se establece un órgano unipersonal o pluripersonal para declarar si tal conducta es conveniente o no, o si es justa o injusta. Este órgano se llama *juez* o *magistrado*.

En suma, históricamente la norma jurídica nace por necesidad de resolver un caso concreto. Cuando se advierte qué la misma solución se debe dar a todos los casos

74 HAYEK, Friedrich, *Derecho, legislación y libertad*, 2.^a ed., vol. I, trad. de Luis Reig Albiol, Madrid: Unión, 1985, p. 156.

similares, esa norma se va convirtiendo en una costumbre que es adoptada por los tribunales que sientan jurisprudencia y finalmente esa jurisprudencia es traducida en una ley.

La formulación del Derecho como una regulación imperativa, abstracta y general de la conducta humana social, conforme ahora lo conocemos, corresponde a una sociedad ya muy evolucionada. Ahora el Derecho sigue formándose espontáneamente en el seno de la sociedad, pero también esta, si bien no puede ser sustituida, sí puede ser modificada arbitrariamente por el Derecho.

Las normas jurídicas, indispensables para la coexistencia pacífica de los individuos en sociedad, son formuladas e impuestas coercitivamente (en caso de que no sean acatadas en forma espontánea) por los organismos competentes del Estado a los particulares o grupos privados y al Estado mismo con miras a la realización de unos ciertos valores.

Algunas de estas normas jurídicas nos *ordenan* observar determinado comportamiento, otras lo *permiten* y otras lo *prohiben*. El Derecho es normativo, la experiencia jurídica es una experiencia normativa.

Toda sociedad humana (familia, asociación, sociedad comercial, municipio, corporación, Iglesia, pueblo, nación, etc.) para poder existir y cumplir con sus fines establece normas que regulan la conducta de sus miembros. El Estado, como sociedad políticamente organizada sobre cierto territorio y dotada de poder, crea normas jurídicas, las aplica e impone coercitivamente cuando sea preciso. Junto a la ley, creada por los organismos competentes conforme a procedimientos preestablecidos, están las normas que tienen como fuente a los usos, costumbres y principios generales. Pero, en definitiva, es el Estado el que fija los casos, condiciones y límites en que esas normas de origen distinto al de la norma estatal puedan ser creadas, reconocidas, aplicadas e impuestas, cuando sea necesario, haciendo uso de la fuerza de la organización estatal para obligar a que sean obedecidas. En este sentido, podemos afirmar que contemporáneamente no existen normas jurídicas (Derecho) sin Estado, así como no puede existir este sin aquellas.

No hay necesidad de ser abogado, procurador, alcalde, juez, legislador o elector para tener interés por las normas jurídicas y sentirse con alguna responsabilidad en su creación y ejecución: todos los que pagan impuestos y poseen propiedad de cualquier especie, los que intervienen en una relación contractual, sea como acreedores o como deudores, los que defienden sus derechos y chocan con los derechos de los demás, tienen interés en las leyes, se den o no cuenta de ello. El conocimiento de las leyes puede tener utilidad directa cuando se trata de reclamar o defender lo que es de uno, o puede iluminar a un jurado o a un elector en el ejercicio de sus importantes funciones; en cualquier caso, todo miembro de la comunidad participa en la forma-

ción de la opinión pública, que es uno de los factores más poderosos que influyen en la creación y modificación del Derecho⁷⁵.

El Derecho, dice DU PASQUIER⁷⁶, “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! ¡Qué de relaciones jurídicas anudadas en torno a la vivienda que habito, protegida contra el incendio por los bomberos y las compañías de seguros, provista de teléfono y de radio! Hasta el más íntimo de los sentimientos —el amor— se perfila sobre la pantalla del Derecho: esponsales, fidelidad e infidelidad conyugal, investigación de la paternidad.

Las reglas de conducta contenidas en los imperativos legales, jurisprudenciales, consuetudinarios y negociales encierran la esencia del Derecho, no pudiéndose concebir este fuera de aquellas. La generalidad y permanencia de las reglas son garantías de justicia, libertad, solidaridad, igualdad, seguridad, paz, poder y orden, como valores principales que el Derecho trata de salvaguardar.

7. Aproximación al concepto de Derecho

El ser humano para poder subsistir precisa satisfacer múltiples necesidades materiales y espirituales, tales como alimentos, vestidos, vivienda, salud, educación, reproducción, diversión, trabajo, justicia, etc. No es autosuficiente para atender por sí solo todas estas necesidades, sino que para ello es indispensable que esté en permanente relación con los demás, de quienes obtiene bienes, servicios, apoyo moral, etc. Así, para poder subsistir frecuentemente compra alimentos, vestidos; si no tiene vivienda, compra o toma en arrendamiento una casa o contrata los servicios de un ingeniero para que la construya; para atender a su educación, ingresa a algún centro de instrucción, adquiere útiles escolares, libros; si se enferma, contrata los servicios de un médico para que lo cure, compra medicinas; si es víctima de una agresión en su persona o bienes, recurre a los tribunales pidiendo que cese la amenaza de violación o que se restablezca su derecho violado y se sancione al agresor; para trasladarse de un lugar a otro utiliza los medios de transporte (autobús, taxi, tranvía, avión, etc.); para satisfacer ciertas necesidades espirituales adquiere una pintura, concurre al cine, al teatro, a un concierto de música, etc.; para poder contar con una base económica presta sus servicios materiales o intelectuales a quienes lo necesiten; para la satisfacción

75 VINOGRADOFF, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 9.

76 DU PASQUIER, Claude, *Introducción al derecho*, 3.^a ed., trad. de Julio Ayasta González, Lima: Editorial Justo Valenzuela, 1983, p. 8.

decente de las necesidades sexuales, de reproducción, de amor, de apoyo moral, un hombre y una mujer se unen voluntariamente en matrimonio; como miembro de la sociedad en que vive, participa en los asuntos del Estado mediante el acto del sufragio, la función pública, etc.

Estas actividades sociales, económicas, culturales, políticas, nos ponen —advertida o inadvertidamente— en contacto continuo con el Derecho. Ellas hacen que este hunda sus raíces en la naturaleza social humana, de tal modo que cualquier persona tenga una noción de lo que es el Derecho, puesto que todos sabemos que existen leyes, policía, jueces, testamentos, contratos, cárceles, penas, etc. El común de las gentes sabe que existen normas que se les pueden imponer coactivamente y que a la vez las facultan para exigir de otros determinado comportamiento.

Todo comportamiento humano con trascendencia social está regulado por normas jurídicas que son impuestas por igual a todos los miembros componentes de cierta comunidad, de manera coercitiva si es necesario (Derecho positivo).

La norma jurídica (Derecho positivo) unas veces nos prohíbe que los bienes que necesitamos los obtengamos arrebatándolos a los demás, o que los servicios que requerimos los logremos esclavizando a los otros, o que nos hagamos justicia por nuestra propia mano, porque ello nos haría retroceder a tiempos primitivos de la venganza privada, o que un sujeto satisfaga su apetito sexual atentando contra principios morales elementales o violentando al sujeto del sexo contrario, porque así la humanidad se prostituiría y caminaría directamente a su autodestrucción. Otras veces, la norma nos reconoce o confiere poderes, facultades, atribuciones, pretensiones para exigir del otro determinada conducta (*derechos subjetivos*). En este último sentido, en el lenguaje corriente, decimos que tengo derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, a transitar libremente por las calles, a exigir a nuestro deudor que nos devuelva el bien prestado, derecho de contraer matrimonio, de contratar, otorgar testamento, etc. El derecho subjetivo es el *tengo derecho a* o *tengo derecho de*, que es usado a menudo en el lenguaje común.

En unos casos el Derecho nos autoriza a desarrollar cierta conducta, debiendo los demás abstenerse de perturbarla o negarla; en otros nos faculta para exigir de otro el cumplimiento de un deber, haciendo uso para ello, en caso necesario, del poder coercitivo del Derecho; y finalmente, en otros, nos confiere el poder de crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas⁷⁷.

Solo el ser humano, por ser eminentemente social, puede tener deberes y derechos subjetivos: el deber jurídico siempre es el derecho de otro; tener un derecho significa que podemos exigir de los otros una señalada conducta (situación

jurídica). Un hombre totalmente aislado, separado de la sociedad, apenas tendrá obligaciones para consigo mismo y para con Dios, pero no puede tener derechos porque estos se ejercen contra otros.

Un animal ocupante, afirma CARBONIER⁷⁸:

[S]abe delimitar su área y hacer la delimitación oponible a sus rivales, ya sea por procedimientos acústicos, como entre los pájaros; olfativos, como entre los castores; o incluso visuales, como entre los osos, que según observaciones muy serias, rasgan las plantas como para practicar el deslinde de su dominio. Cuando un intruso (de la misma especie, lo que merece ser subrayado) se introduce en la zona así delimitada, desencadena una reacción violenta del derecho-ambiente.

Que sea cierta la relación del animal con una zona (territorio) que defiende contra los competidores de su misma especie, en la cual se aparea y educa a sus crías, no es razón suficiente para conceptualizar un derecho subjetivo de los animales. Este comportamiento, a lo más puede indicarnos que hay que buscar en la profundidad de los instintos la raíz natural de algunos derechos subjetivos, lo cual en modo alguno puede conducirnos a sostener que hay un Derecho que regula la conducta de los animales.

Solamente en el ser humano se combinan cualidades sicobiológicas, sociales y valorativas que son condiciones *sine qua non* para la existencia del individuo en sociedad; aquél se desarrolla en esta; por eso se dice que el hombre nace y la personalidad se hace:

[S]i en la actualidad nos proponemos estudiar a un individuo, *ab initio* sabemos que en él encontramos tal vez más elementos sociales que individuales; que la sociedad ha hecho mucho más de lo que él pueda hacer a la sociedad⁷⁹.

Pues el Derecho solamente existe en la vida en sociedad y para ella. La vida humana de relación social es la base y el centro del Derecho.

Como sostiene LARENZ⁸⁰:

[Q]ue el hombre tenga *derechos* y consiguientemente deberes no es un fenómeno de la naturaleza, sino ético. Algunos animales defienden su territorio contra usurpaciones, y entre los animales hay algo parecido al reconocimiento de la superioridad y del estado posesorio del otro. Pero el animal no sabe nada de *derecho* y menos todavía del deber.

78 CARBONNIER, Jean, *Derecho flexible*, trad. de Luis Diez-Picazo, Madrid: Tecnos, 1974, p. 135.

79 SOLER, *Ley, historia y libertad*, ob. cit., p. 57.

80 LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. Luis Diez-Picazo, Madrid: Civitas, 1985, p. 56.

En caso de conflicto, decide la fuerza física. Solo el hombre afirma que tiene derecho a comportarse así, y que el otro está obligado hacia él a un determinado comportamiento. Porque es persona puede reconocer que el otro puede exigirle a él el mismo respeto. Y por eso solo él es capaz de regular sus relaciones sobre la base del Derecho, en lugar de hacerlo sobre la base de la fuerza, los demás seres del universo están sometidos al dominio inexorable de la causalidad.

Tan solo el ser humano tiene una pretensión jurídica ante sus semejantes y recíprocamente está obligado a respetar a los demás (KANT); un *derecho* al respeto de “lo mío” y una obligación a respetar “lo tuyo”; solo el hombre, por vivir en sociedad, es capaz de establecer relaciones con los demás sobre la base del reconocimiento recíproco de su dignidad y libertad y por ello del Derecho. En este sentido, la producción de la norma jurídica no es arbitraria, sino que es determinada por la realidad social “de la misma forma que la obra del escultor se encuentra determinada por la dureza de la piedra que intenta labrar, el jurista ve su norma condicionada por la realidad política, social y económica que pretende configurar”⁸¹; no sin razón ORTEGA Y GASSET⁸² ha dicho que el Derecho es secreción espontánea de la sociedad y que no puede ser otra cosa, asimismo, SOLER⁸³ afirma lo siguiente:

[E]l Derecho no hace la realidad. No obstante, su naturaleza ideal, no hace ni siquiera una idealidad; es solamente un instrumento que sirve a una realidad material condicionada por otra ideal, de las cuales nace y con las cuales *caduca*.

Si no se acepta que el Derecho hace realidades, no se puede dejar de admitir que sirve, también, de instrumento de modificación⁸⁴ de realidades, por cuanto entre Derecho y realidad social existe una interacción dialéctica permanente en cuyas tensiones frecuentemente la realidad social se impone, pero también —no pocas veces— es

⁸¹ DE COSSIO, Alfonso, *Instituciones de derecho civil*, t. 1, Madrid: Alianza, 1977, p. 13. (*Parte general. Derecho de obligaciones*).

⁸² DU PASQUIER, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 4, y por MARÍN PÉREZ, Pascual, *Introducción a la ciencia del derecho*, Madrid: Tecnos, 1979, p. 26.

⁸³ SOLER, *Ley, historia y libertad*, ob. cit., p. 24.

⁸⁴ Cossio señala lo siguiente: “Jamás ningún legislador crea ‘el’ Derecho, ni puede crearlo: que puede solo modificarlo, es decir, que solo puede crear la modificación, forzosamente parcial, del Derecho, pues haga el legislador lo que hiciere, siempre encuentra, ya, funcionando un Derecho dado con anterioridad en la experiencia. Y esto es así aunque el legislador asuma sus funciones como un legislador originario. La posibilidad del legislador no pasa de la modificación de aquel dato, ni de allí puede pasar; no está en sus posibilidades comenzar sobre un vacío jurídico. Este Derecho que preexiste siempre a toda modificación que en él introdujere un legislador, está, con todo, en alguna parte y es forzoso que en alguna parte esté. Está en la conducta de la gente y es obvio que solo allí puede estarlo. Pero la única plena necesidad que hay para que el Derecho esté en la conducta, es, que el mismo sea esa conducta. La necesidad de que hablamos es, pues, la necesidad ontológica. También allí se radica y allí subsiste, por la misma razón, el Derecho que la legislación hubiere modificado” (Cossio, *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, ob. cit., p. 150).

modificada o transformada por el Derecho, es decir, el Derecho opera también como instrumento de cambio social, de mutación de usos y costumbres, o formas de vida. Así, en épocas de crisis económica es una práctica social que para conservar el valor de adquisición del dinero, con los soles [dinero] que obtenemos como producto de nuestro trabajo compramos dólares (moneda estable) que poco a poco los vamos convirtiendo de nuevo en soles, a medida de los gastos que tengamos que hacer para atender a nuestras necesidades; empero, puede suceder, por ejemplo, que hoy día por la tarde recibimos nuestros sueldos o salarios, vamos a nuestras casas, nos acostamos a dormir con la intención de comprar dólares mañana a primera hora, luego de separar los soles necesarios para los gastos de la semana; al disponernos a salir para comprar la moneda extranjera nos enteramos de la dación de una ley que prohíbe la tenencia de dólares por los particulares, sancionando penalmente las infracciones a esta regla; por tanto, desde entonces, la realidad social en este aspecto queda modificada por la norma jurídica; antes de la entrada en vigencia de esta norma, la nueva realidad no había madurado suficientemente en el seno de la sociedad, es más, ni siquiera había germinado. Esto sucede a menudo desde los albores del Derecho; los antiguos gobernantes, simulando ser hijos de la divinidad para infundir respeto y temor en sus súbditos, daban leyes que, según decían, habían sido reveladas por Dios para evitar la reacción de los gobernados y así poder sustituir una realidad social por otra que ahora todos viven, practican y actúan; los procesos revolucionarios se valen de las normas jurídicas para llevar a cabo las transformaciones sociales que se han propuesto.

El Derecho es conducta humana social regulada y como tal emerge de la realidad, en el sentido de que esta es la fuente inspiradora de la norma, pero también es instrumento o medio para modificar realidades; tan verdad es esto, como que entre ser humano y realidad social existe una profunda interrelación. Es claro que la norma que no emerge como secreción social solo tiene vigencia si verdaderamente logra modificar o transformar la sociedad como consecuencia de que las gentes adoptan los nuevos comportamientos acordes con el mandato legal. A fin de cuentas, podemos decir que todo Derecho viene de la sociedad (es secreción social) o va hacia la sociedad y solo se le tendrá como tal si llega a ella (caso de la norma que viene a modificar o transformar una sociedad), esto es, el Derecho es producido por y para el ser humano que vive en sociedad. Por eso, no podemos separar entre *Derecho* y sociedad, pues sin aquel no puede existir sociedad civilizada, y donde él es sustituido por la fuerza bruta termina la civilización e ingresamos a la sociedad de las bestias, donde impera la fuerza bruta del tirano y de sus incondicionales.

El Derecho no se agota en la norma, como pretenderían algunos sostenedores del positivismo jurídico, pues la organización piramidal de aquél, en cuyo vértice se encuentra la norma hipotética fundamental, no es suficiente para solucionar todos los problemas que nos plantea la vida, sino que el Derecho, además de norma, es también hecho social, valor, tiempo, espacio, cultura, ideología (por reflejar las ideologías que

perviven en grupo social es acatado espontáneamente; por ello no hay necesidad de que siempre sea impuesto por la fuerza, aun cuando cuenta con esa posibilidad). El Derecho es fundamentalmente mentalidad humana; una misma norma jurídica adquiere distintos significados, según sea la formación cultural y convicciones éticas de las distintas personas que la aplican a la solución de casos concretos de la vida real.

Tampoco podemos concebirlo como una expresión más del poder económico de clase y que por lo tanto debe desaparecer, como lo consideraba en su inicio el marxismo. Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que no pocas veces el Derecho es utilizado como instrumento de poder económico o de clase, o al servicio de intereses inicuos y de todo tipo de inmoralidades e injusticias. Realidades como estas deben ser modificadas por medio del Derecho si se quiere que reine la paz con justicia; exigir paz sin justicia es una inmoralidad. Utilizar aquel como un instrumento de protección de nefastos intereses, significa empujar a los ciudadanos a optar por la violencia como medio de solución de sus problemas, por haber dejado de creer en el Derecho.

Apreciamos que el Derecho condiciona, dinamiza o neutraliza la evolución de los hechos sociales, económicos, culturales, morales, etc., y, a su vez, estos hechos tienen influencia decisiva en la configuración del Derecho. Este es un organismo vivo que evoluciona, se modifica frecuentemente en la medida de las transformaciones sociales, o sin modificarse su texto cambia su sentido a través de la interpretación para adecuarse a las nuevas circunstancias sociales (Derecho vivo o Derecho en acción)⁸⁵, pero también es posible que en ciertas condiciones sea un factor de cambio y transformación social o que a veces constituya un obstáculo para el cambio social (Derecho conservador del orden instaurado), frustrando justas expectativas de la comunidad, convirtiéndose en un mero instrumento de fuerza de los detentadores del poder.

El Derecho no está subordinado ni se reduce a otras actividades. No es la manifestación imperativa de la economía, la moral o la política. Estas constituyen solamente un aspecto del Derecho. Este no es solamente una actividad utilitaria (v. gr., una compraventa), y, por tanto, no es solo economía, porque hay actos que no

85 El historiador inglés MAITLAND empleó la metáfora biológica del crecimiento para describir los cambios ocurridos en el Derecho inglés: "Nuestras formas de acción no son simples rúbricas ni categorías muertas; no son el resultado de un proceso de clasificación que se haya aplicado a materiales ya existentes. Son institutos de Derecho; son —lo decimos sin escrúpulos— seres vivos. Cada uno de ellos vive su propia vida, tiene sus propias aventuras, goza de un periodo corto o largo de vigor, utilidad y popularidad, y luego se hunde, acaso en una vejez decrepita y solitaria. Algunos son abortados, otros son estériles, otros viven para ver en altos lugares a sus hijos, y a los hijos de sus hijos. Entre ellos es feroz la lucha por la vida, y solo los más aptos sobreviven" (POLLOCK, Sir Frederick y Frederic William MAITLAND, *The history of english law*, t. II, Cambridge: 1968, p. 561, citado por BERMAN, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 16).

tienen nada de utilitario para el que los realiza, sino, por el contrario, le son gravosos, desagradables o riesgosos, por ejemplo, educar a los hijos, socorrer a una persona que está en peligro de muerte, la obligación del testigo de decir la verdad en un proceso.

Si bien es cierto que la mayoría de leyes son el producto de una decisión política (alcanzar la capacidad plena de ejercicio a los 18 años, antes que a los 21; establecer un régimen económico liberal, mejor que una economía planificada; celebrar un tratado internacional antes que con otro, etc.); sin embargo, política y Derecho no coinciden plenamente. La celebración de un tratado internacional es la expresión de una voluntad política, pero también motivos políticos pueden inducir a su incumplimiento, pero, jurídicamente, el incumplimiento del tratado es un ilícito. Los magistrados pueden dejarse llevar en sus decisiones por motivaciones políticas, pero el Derecho exige imparcialidad de juicio.

El Derecho tiene sus características y fines propios, tiene una forma externa, por ejemplo, una ley que es aprobada por el Congreso, sancionada por el presidente de la República y publicada en el *diario oficial*; tiene una estructura interna que está dada por un supuesto de hecho al cual está vinculado un efecto jurídico, mediante una relación de deber ser; y tiene también un fin, que es el de mantener el orden en la convivencia social.

El conocimiento del Derecho no puede ser cabal si su estudio está limitado a su normatividad (dogmática jurídica), requiere además un profundo conocimiento de la realidad social que en la actualidad evoluciona a pasos agigantados, modificando e incrementando las relaciones entre las personas, lo que conduce a modificar e incrementar también las relaciones jurídicas. Lo que ahora no es Derecho mañana podrá serlo, por exigirlo así la coexistencia pacífica. Por ejemplo, el texto original del art. 333.12 del Código Civil peruano no contemplaba a la separación de hecho de los cónyuges como causal de divorcio, pero dada la gravedad de los conflictos familiares que generaba esta realidad social, por Ley N.^º 27495 del 7 de enero del 2001 se modificó este dispositivo legal disponiendo que es causal de separación de cuerpos: “La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años”⁸⁶. A mayor desarrollo más Derecho, lo cual no siempre implica que los conflictos aumentan también en la misma proporción, porque el Derecho surge precisamente para prevenirlos. El desconocimiento de la realidad social determina muchas veces la existencia de un Derecho *oficial* o estatal y uno *real* o factual (Derecho informal). Como afirma SOLER⁸⁷: “[U]n Derecho que formule sus normas sobre la hipótesis de una realidad mal conocida o mal interpretada lleva el sello de su ineeficacia, pretende gobernar lo inexistente”. El conocimiento del campo de la realidad social es competencia de la sociología y específicamente de la sociología jurídica, de la economía, etc.

86 En Roma el depósito funcionó como un servicio de amistad antes de ser sancionado como Derecho.

87 SOLER, *Ley, historia y libertad*, ob. cit., p. 25.

Toda norma jurídica, antes de ser sancionada como una regla de conducta de aplicación general (ley) o de ser aplicada a la solución de un caso particular concreto supone, en primer lugar, la comprobación de una situación de hecho (realidad social), y luego una finalidad o aspiración pretendida de acuerdo con una particular concepción del mundo y de la vida en lugar y tiempo determinados: "El derecho es conducta y una conducta sin valor no puede ser; la experiencia jurídica no es experiencia de normas porque las normas solo son conceptos con que nos representamos en las acciones humanas"⁸⁸. La estimativa o axiología jurídica que trata de poner de manifiesto la justificación del orden jurídico vigente, que debe estar orientado a la realización de los supremos valores de la personalidad, siempre debe postular un ideal de justicia. La fundamentación y justificación del Derecho corresponde a la filosofía del Derecho.

En la realidad confirmamos la existencia de leyes, decretos, reglamentos, sentencias, contratos, testamentos, gobiernos, etc., a los cuales ubicamos en el ámbito de lo jurídico; al igual que las plantas, las flores, las naranjas, los plátanos, etc., pertenecen al reino vegetal, o las hormigas, los elefantes, los perros, los peces, etc., son animales. En el universo solamente los seres humanos, por ser los únicos que pueden actuar con libertad, necesitan del Derecho, o sea, de normas jurídicas que regulen la conducta intersubjetiva para evitar las confrontaciones o solucionar los conflictos y las incertidumbres. El Derecho, al regular la conducta humana, limita la libertad individual, pero no para anularla, sino para hacer posible la libertad y la convivencia social. Sin embargo, el Derecho no regula toda actividad humana, pues se excluye la actividad interna del individuo, quedando dentro del ámbito jurídico la actividad que desarrolla en relación con los demás; o sea, que el Derecho regula relaciones sociales, pero no toda relación social, sino únicamente las que son básicas para la coexistencia, aquellas que son posibles de generar un conflicto o una incertidumbre.

8. Localización ontológica del Derecho

Con lo expuesto hasta aquí, estamos en condiciones de buscar una respuesta a esta pregunta: ¿dónde está el Derecho?, ¿en qué zona o región del universo está situado o qué es eso que todos llamamos Derecho?, ¿cuál es la ubicación ontológica del Derecho?

En la naturaleza física orgánica o inorgánica no existen vestigios de lo jurídico. En la naturaleza física hay un conjunto de fenómenos concatenados por nexos forzados de causalidad, carentes de todo sentido, ajenos a toda autodirección finalista y ciegos para cualquier tipo de valoración. El Derecho, en cambio, en su carácter de producto humano aparece como una realidad cargada de sentido, pues es algo que los seres humanos producen en su vida social, estimulados por el deseo de satisfacer

88 Cossío, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires: Losada, 1947, p. 233.

determinadas necesidades. El Derecho es regulación de conducta humana social sobre la base de ciertos valores para el logro de ciertos fines, y está estructurado como una relación de *deber ser* que es contrario al *ser* de la naturaleza física. Por consiguiente, el Derecho no está en el reino de la naturaleza material o corporal.

Tampoco se reduce al mundo síquico, dice RECASÉNS SICHES, aunque a menudo sea contenido de funciones síquicas: intelecciones, voliciones, etc. En los meros fenómenos síquicos, que son “fenómenos reales, en su dimensión de realidades efectivas y en sus peculiares relaciones; y en esos objetos sicológicos, como tales objetos sicológicos y nada más que como tales, no aparece lo jurídico”⁸⁹. De hecho, ordinariamente se da una intuición o sentimiento jurídico en la conciencia individual, pero esto no significa que lo jurídico sea un fenómeno síquico, sino que lo jurídico es el contenido de una intuición o de un sentimiento; lo jurídico no es la intuición ni el sentimiento como fenómenos síquicos, el objeto a que se refiere tal intuición o sentimiento es lo jurídico.

El sentimiento de justicia contiene dos momentos o ingredientes: una raíz *de facto*, que es el fenómeno emotivo, y una calificación valorativa. Si la justicia no fuera más que consecuencia de un hecho síquico afectivo y no poseyera una dimensión objetiva e independiente de este, y hemos de aceptar el absurdo de que no tiene validez para los sujetos que carecen de dichos sentimientos éticos, la justicia imperaría solo sobre aquellos que la sienten; si la justicia consiste en un mero afecto, entonces, cuando dos hombres sientan de modo diverso una cuestión ética o jurídica habrá que reconocer que no es posible solucionar la divergencia, o, lo que es lo mismo, que ambos tienen razón.

El sicologismo o relativismo ético o jurídico confunde los principios de la moral y la justicia con el hecho de su conocimiento y de los sentimientos que lo abonan. La conciencia de las normas morales y de los principios de justicia es ciertamente un hecho, situado en el tiempo y circunscrito a cada individuo que las piense; pero las ideas morales y de justicia no son un hecho: son esencias ideales con validez objetiva, independiente de las conciencias que puedan reflejarlas⁹⁰.

El Derecho no es un fenómeno síquico, aunque lo jurídico se pueda presentar como contenido o punto de referencia de actos síquicos. El Derecho no se encuentra ni en la naturaleza material, ni en la naturaleza síquica. No es cuerpo ni es alma; tampoco relaciones físicas, ni relaciones sicológicas⁹¹.

Él pertenece tanto a la zona ontológica de la vida humana auténtica como a la de la vida humana objetivada, y como ambas formas de vida pertenecen al mundo de la cultura,

⁸⁹ RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 151.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 628.

⁹¹ *Ibid.*, p. 151.

el Derecho es un fenómeno social, histórico y, como tal, cultural. En toda norma jurídica encontramos una persistencia del pasado, un presente y una apertura hacia el futuro.

El Derecho tiene que ver con los seres ideales, sobre todo con determinados valores: la dignidad de la persona humana, la libertad, la seguridad, la justicia, el bien común, etc., pero aquel no consiste en ideas puras de valor, estos valores son los criterios ideales en que lo jurídico trata de orientarse, tampoco el Derecho está constituido por esencias ideales de valor, aunque en él se dé una intencionalidad dirigida hacia ella. Ni es la idea pura de la justicia, ni de las demás ideas de valor que él aspira a realizar, ni es puramente esos valores, sino aquello en lo cual se realizan estos; es algo que puede ser justo o injusto; algo que quiere ser justo respecto a determinada realidad social⁹².

Si es el hombre quien debe configurar su conducta de tal modo que en ella se cumplan las exigencias normativas que derivan de ciertos valores (éticos, morales, sociales, económicos, políticos, etc.), entonces, el Derecho se localiza en la realidad de la vida humana.

El Derecho, expresa RECASÉNS SICHES, radica en la vida humana objetivada, es un pedazo de esta:

Una norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada, encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan.

El Derecho pertenece al reino de los objetos culturales, sostiene FERNÁNDEZ SESSAREGO⁹³, mas no de aquellos que tienen como substrato una exterioridad al hombre, sino “conducta humana y, como tal, vida viviente, dinámica, libertad que se fenomenaliza, acciones y omisiones, exteriorización de libertad”.

La teoría egológica sostiene que el Derecho como objeto es conducta humana en interferencia subjetiva. Él es, ontológicamente, conducta humana que puede ser calificada de lícita o ilícita, de justa o injusta, valoraciones que no se pueden proclamar de los objetos naturales. Esto nos indica que él es un objeto de cultura, un objeto cultural, puesto que es cultura todo lo que hace el hombre, de acuerdo con fines valorados. No puede ser objeto del Derecho los productos de la actividad humana (objetos mundanales), sino la propia actividad (objeto egológico). Cuando decimos que una ley es justa no nos referimos al texto escrito, sino a la conducta mentada en dicho texto. El objeto del Derecho no es la regulación de la conducta, sino la conducta regulada⁹⁴.

92 *Ibid.*, p. 158.

93 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Protección jurídica de la persona*, ob. cit., p. 78.

94 Como dicen AFTALIÓN, GARCÍA Y VILANOVA (AFTALIÓN, Enrique; Fernando GARCÍA OLANO y José VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires: El Ateneo, 1940, p. 53): “[E]l Derecho que estudian

Las afirmaciones de RECASÉNS SICHES, para quien el Derecho es vida objetivada, así como de FERNÁNDEZ SESSAREGO y de Cossío, para quienes el Derecho es vida humana viviente, son parciales, no corresponden a la experiencia jurídica. El Derecho no es solamente conducta humana y, además, no toda conducta humana es Derecho en el sentido de que no toda conducta humana está regulada por él (él no regula, por ejemplo, cuántas comidas principales debemos tener al día, cuando podemos invitar a un amigo a un paseo, ni nos dice cómo debemos cumplir con nuestros deberes ante Dios); o sea, que hay conducta humana que no está regulada por el Derecho, pero sí lo está por otras normas, como las religiosas, las morales, los usos de trato social, etc. Tampoco el Derecho es solamente norma jurídica, como un objeto que es producto de la actividad humana, tal como lo es, v. gr., una estatua, una pintura, sino norma jurídica que regula conducta humana social conforme a ciertos valores. Es a la vez conducta y norma. Una ley, un código, una Constitución escrita o consuetudinaria (como en el Derecho inglés) son Derecho, y por provenir de la actividad del ser humano son vida humana objetivada (para Cossío son objetos mundanales). Pero estas normas vigentes en cierto tiempo y lugar regulan vida humana viviente presente y futura, y no la vida de los antepasados. Así encontramos al Derecho en la experiencia jurídica, como un conjunto de normas que existen independientemente del sujeto que las creó, es decir, como vida humana objetivada y como conducta humana viviente regulada por esas normas. El substrato o soporte material de la conducta humana jurídica es el propio ser humano, y su sentido, los valores jurídicos. El soporte material de la norma es el lenguaje hablado o escrito, una tabla de madera o de metal, un papiro, una hoja de papel, etc. En la práctica forense, cuando interpretamos una norma jurídica, consciente o inconscientemente, utilizamos el método empírico-dialéctico, pues vamos del substrato de la norma (su texto) a su sentido, y viceversa, y así, en un ir y venir, en confrontar una y otra vez la norma con la realidad, llegamos a la comprensión del sentido del Derecho. Utilizamos el método de Carlos Cossío, pero no como él sostiene que lo que se interpreta es la conducta humana viviente y no la norma, sino que lo que interpretamos es la realidad y la norma, como dos seres vivientes que son en una comunidad de sentido.

los juristas ni se reduce a las normas o leyes, ni prescinde de ellas: el Derecho no es norma sino conducta normada. En otros términos, las normas no son un complejo de significaciones trascendentales con relación a las conductas humanas, sino que están dentro de esas conductas, a las que configuran o conforman en tanto que significación jurídica de las mismas. El Derecho, como objeto real a estudiar, no es la regulación de la conducta, sino la conducta regulada. Aunque la norma legal es algo ‘jurídico’, es erróneo identificar o superponer el Derecho con la ley: la ley no es toda la experiencia jurídica —puesto que esta es conducta—, sino solo una parte de ella: el ingrediente conceptual o esquema interpretativo con que se ha de conceptualizar, interpretar y comprender el sentido valioso de dicha experiencia”.

En conclusión, el Derecho no es un fenómeno natural ni material ni síquico, ni algo que se tenga que aceptar necesariamente, ni que sea universalmente válido, por el contrario, es un producto social e histórico. Si el ser humano es histórico y el Derecho pertenece al mundo creado por el hombre, entonces el Derecho es un fenómeno histórico, tiene la estructura temporal de la historicidad, se mantiene durante un tiempo en determinado lugar y se encuentra en un proceso continuo de adaptación a las variaciones del tiempo histórico, es decir, del tiempo acuñado por el hombre. Por tanto, para comprender el Derecho del presente en su estado actual se debe contemplar también su devenir histórico, su apertura hacia el futuro, esto es, se debe tener presente la realidad social para la cual fue concebido, la situación social en el momento de su nacimiento y la realidad social actual en la que debe operar⁹⁵.

Él es la regulación de la conducta colectiva por normas jurídicas creadas por el ser humano con miras a obtener algunos fines (justicia, seguridad, igualdad, etc.) y como tal pertenece al mundo de la cultura. Es vida humana social auténtica (vida humana viviente) y objetivada (norma jurídica o, mejor, el conjunto de normas que componen el ordenamiento jurídico de un país). El Derecho es un ser cultural.

9. Lenguaje del Derecho

Toda ciencia tiene su propio lenguaje, susceptible de ser entendido de modo inequívoco en la comunicación entre los especialistas de la respectiva disciplina. Cada científico tiene su propia forma de expresarse. Lo mismo sucede con el Derecho, los juristas tienen su propio lenguaje que, a diferencia de otras ciencias, data de una antigüedad milenaria. El lenguaje es el vehículo lingüístico del Derecho.

Para penetrar en el mundo jurídico y tener la posibilidad de comunicación en el ámbito forense es necesario conocer la terminología jurídica. El profesional del Derecho ejerce su profesión por medio de la palabra hablada o escrita. La palabra clara, precisa y oportuna, técnica o común, pero dicha en la forma en que hay que expresarse dentro del saber jurídico, es el instrumento eficaz de que se sirve el abogado en el ejercicio de su actividad profesional.

Como dice Karl OLIVECRONA⁹⁶ (1897-1980), no puede concebirse un sistema jurídico en vigor prescindiendo del lenguaje, tanto en el Derecho mágico como en el Derecho natural, las palabras son herramientas:

⁹⁵ Vid LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, ob. cit., pp. 178 y 179.

⁹⁶ OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, Barcelona: Labor Universitaria, 1980, p. 229 y ss., expresa lo siguiente: "Según la perspectiva mágica, las palabras poseen una fuerza misteriosa. Se considera que ciertas frases solemnes, pronunciadas en un acto ritual pueden producir efectos; tal fue el origen de los contratos verbales romanos. La sponsio fue originariamente una promesa hecha en conjunción con una

En la concepción mágica, las palabras son el medio para crear, transferir y extinguir derechos, deberes y cualidades jurídicas. Desde el punto de vista del Derecho natural, los ‘efectos jurídicos’ emanan de la voluntad del individuo, y las palabras sirven meramente para hacer que otros conozcan esa voluntad.

La concepción mágica extrae los efectos del poder de palabras y ritos. El Derecho natural supone que los efectos surgen de actos de voluntad. Las palabras sirven como herramientas en las transacciones jurídicas.

Muchos términos corrientes en el lenguaje común adquieren en el ámbito del Derecho un sentido técnico especial, por ejemplo, cuando nos referimos a la “competencia” del juez civil no nos estamos refiriendo a su preparación cultural, sino al poder que tienen los jueces civiles del país para conocer de los conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas, en donde se controvirtan situaciones, relaciones o estados jurídicos de naturaleza civil, comercial, laboral, etc.; en Derecho, “competencia” significa medida o extensión de la jurisdicción. Así, si un cliente le pide a su abogado que remita la demanda al juez X y el abogado contesta que no porque no es competente, a lo cual el cliente replica diciendo que ese juez es el más competente de todos los que existen en el medio, evidentemente, el abogado está utilizando la expresión *competencia* en su significación jurídica, esto es, que no tiene jurisdicción para conocer del caso (por ejemplo, porque no está de turno) y el cliente está usando el término *competencia* en su significación común, o sea, para indicar que ese juez es el más capaz e idóneo del medio. En el lenguaje corriente, en nuestro medio, a los casados se les denomina: *esposo* y *esposa* (palabras que provienen del término *espousales*, que es sinónimo de noviazgo, además de significar el convenio de futuro matrimonio); jurídicamente no son esposos sino marido y mujer.

Una de las finalidades del estudio del Derecho, dice REALE:

[M]ecer y determinar el sentido de los vocablos jurídicos, trazando los contornos de las realidades y de las palabras. A medida que se adquiere el específico vocabulario jurídico manteniendo una constante exigencia de rigor científico —que no excluye, antes, por el contrario, exige los valores de belleza y elegancia— se avanza *pari passu* en el ámbito del conocimiento del Derecho⁹⁷.

Lo expuesto no significa que todas o la mayoría de las palabras tengan que ser propias o exclusivamente de naturaleza jurídica. Se trata de un lenguaje especializado que se apoya en el lenguaje común.

libación: se pedía que cayera la ira de los dioses sobre aquel que rompiera su promesa. Con el paso del tiempo, se prescindió de la libación, y el acto se convirtió en simbólico. Finalmente, solo permaneció la antigua forma de las palabras, mientras que, probablemente, se olvide su significado originario”.

97 REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 24.

MICHEL VILLEY⁹⁸ pone de relieve que “el Derecho no se nos aparece sino bajo la forma de una oración [...] de una oración sujeta a las leyes del lenguaje”. El acierto de los juristas romanos —dice este autor— fue estructurar un lenguaje jurídico que sirviera al fin propio de su arte: determinar la parte de cosas que corresponde a cada persona en una ciudad, especialmente en situaciones litigiosas. El lenguaje jurídico romano, constituido por personas, cosas, acciones, *derechos* (*Iura*, o sea, lo que en las cosas u obligaciones es la parte de cada uno), modos de adquisición o nacimiento de estos *derechos* (ocupación, contratación, delitos, etc.), era un lenguaje realista porque reflejaba el estado de la sociedad romana, vista por un jurista en función de su misión propia. Pero también ese lenguaje ofrece la posibilidad de adaptarse sin dificultad a las exigencias de nuestro tiempo, y así, se puede sustituir la lista romana de las personas (esclavos, libertos, ciudadanos) por la de la sociedad actual (obreros, patrones, personas morales, etc.), y lo mismo puede decirse de las cosas jurídicas (empresas, títulos de bolsa, etc.). Lo permanente del genio romano, es haber conformado un lenguaje apto para el fin del Derecho.

Muchos términos jurídicos pueden conducir, a quienes no se hallen precavidos, a erróneas conclusiones. Al respecto, advierte HAYEK⁹⁹, que muchos errores en que han incurrido los juristas se encuentran profundamente arraigados en el lenguaje. Así, admitir que las normas de comportamiento son una creación deliberada de alguna mente genial, lleva a defender sofismas como el sostener que debe existir siempre una última fuente del poder soberano del que toda norma legislativa provenga. El lenguaje, la moral y el Derecho no han sido inventados por una mente genial, sino que son el resultado final de determinados procesos evolutivos, cuyos efectos nadie previó ni proyectó. Admitir que la razón sea por sí misma capaz de determinar lo que en cada momento procede hacer es una falacia, por ignorar que todo pensamiento participa necesariamente de un cierto grado de abstracción, por lo cual, por sí mismo, nunca puede determinar la acción concreta:

Expresiones de uso tan frecuente como que la sociedad es capaz de “actuar”, “tratar”, “recompensar” o “remunerar” al individuo; que puede “valorar”, “poseer” o “controlar” bienes o servicios; que pueda ser “responsable” o “culpable” de algo; que se mueve a impulsos de una “voluntad” o “propósito”; que es “justa” o “injusta”, o, finalmente, que el proceso económico “distribuye” o “asigna” recursos, sugieren, todas ellas, errónea interpretación de índole intencionalista o constructivista, aun cuando los correspondientes vocablos hayan sido utilizados sin pretenderlo.

⁹⁸ VILLEY, Miguel, “Prefacio al volumen ‘Le langage du droit’”, en *Archives de Philosophie du Droit*, n.º XIX, París: Sirey, 1974, p. 1 (citado por VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p. 286 y ss.).

⁹⁹ HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., p. 60 y ss.

No compartimos plenamente las aseveraciones de HAYEK, porque la sociedad como agrupación organizada de personas actúa, otorga premios o incentivos para orientar las conductas individuales deseadas, establece sanciones para los que no cumplen la norma, etc.; la sociedad y el individuo persiguen fines y la realización de ciertos valores. No hay que olvidar que el ser humano tiene una dimensión individual que lo hace ser único, insustituible e irrepetible, y un aspecto social, ni hay que identificar individuo y sociedad, pues son dos entes distintos. Tampoco hay que olvidar que el paradigma de la economía (HAYEK es economista) es el hombre racional el que actúa fríamente apoyado en una evaluación “costo-beneficio”; en cambio, el paradigma del Derecho es el hombre razonable que cuida de que sus acciones no dañen a los demás. Por tanto, la solución está en que economistas y juristas, juntos, procuren acercar a estos dos paradigmas. Por consiguiente, no todas las expresiones, mencionadas por HAYEK, referidas a la sociedad, son erróneas.

En ocasiones será preciso atribuirle a algunos vocablos un significado neutro, por ejemplo, a la palabra “orden” puede asignársele un significado aplicable a la vez a los órdenes espontáneos y a las “organizaciones” u “ordenaciones”.

No se debe abusar del uso de vocablos latinos, ni es correcto utilizarlos con personas no entendidas en la ciencia del Derecho, a ellas no se les debe hablar en términos jurídicos, sino en el lenguaje común y corriente, pues solo así es posible una comunicación efectiva.

El lenguaje puede tener un uso *descriptivo* o *prescriptivo*. La descripción informa objetivamente sin interferir el curso de los acontecimientos, el lenguaje porta una noticia, una descripción. Por ejemplo, el cielo está nublado; el agua hierve a cien grados. El enunciado descriptivo puede ser calificado de verdadero o de falso. El lenguaje se usa prescriptivamente cuando queremos dirigirnos a otro y otros para que hagan o no hagan algo, se pretende cambiar el curso de los acontecimientos de alguna manera. Por ejemplo, cuando decimos “hace frío” y con ello queremos ordenar a alguien que cierre la puerta o la ventana o que prenda la calefacción, o cuando decimos “debes pagar tus deudas”. El lenguaje prescriptivo no se califica de verdadero o falso, sino de válido o inválido. Para los abogados no tiene sentido decir que una norma del Código Civil es verdadera o falsa, sino que es válida o inválida. El sentido descriptivo o prescriptivo de un enunciado no depende del enunciado mismo, sino de la voluntad del sujeto que produce el enunciado y se deduce del contexto (de las circunstancias) en que se produce la enunciación. Si un asaltante nos dice “quiero tu dinero”, estamos seguros, por el contexto, de que no nos está dando una noticia, sino que nos está ordenando que le entreguemos nuestro dinero; si pasamos la luz roja y el policía de tránsito nos detiene y nos dice “quiero ver sus documentos”, por las circunstancias, sabemos que no nos está dando una información sobre sus deseos, sino que nos está ordenando la entrega de esos objetos. Es obvio que el lenguaje que usan los abogados tiene sentido prescriptivo.

II CAPÍTULO

DERECHO Y OTROS ÓRDENES NORMATIVOS

10. Introducción

Como veíamos en el capítulo anterior, siempre existe una cuestión religiosa, moral o social, que determina que el individuo someta su conducta a una serie de reglas o normas encaminadas a lograr el respeto que deben los creyentes de una fe religiosa a los preceptos dictados por la divinidad (*normas religiosas*), o la observancia de un comportamiento ético orientado hacia la perfección individual (*normas morales*), o el establecimiento de un orden social impuesto imperativamente en vista de la realización de la justicia (*normas jurídicas*), o, simplemente, el cumplimiento de ciertos deberes del decoro, la honestidad u otros sentimientos de un específico círculo social, cultural, profesional, etc. (*reglas del trato social*). Existen también los mandatos de pura fuerza, las reglas técnicas (por ejemplo, las reglas que dicen cómo debemos comportarnos cuando se produce un incendio, un terremoto), etc. En cada una de estas reglas o normas, el sentido es diverso, se realizan unos valores diferentes, se pretenden finalidades distintas. Las morales regulan preferentemente la vida del ser humano consigo mismo, las religiosas con sus relaciones con la divinidad, las jurídicas y las de trato social con sus relaciones con los demás seres humanos. El Derecho es una parte, la más sobresaliente, de nuestra experiencia normativa y esta, a su vez, es solo una parte de la experiencia social.

Por mucho tiempo, tanto las reglas religiosas como las morales y las jurídicas se han encontrado indiferenciadas. En Perú los jueces de paz no letrados administran justicia sobre la base de los usos, costumbres, principios, creencias y prácticas que

constituyen normas en cada zona, sobre todo en la rural o selvática. Muchas de estas normas tienen un origen ancestral, proceden del incanato o de las culturas preincaicas (no seas ladrón, no seas mentiroso, etc.), y en ellas se entremezclan factores morales, religiosos, jurídicos, sociales. Después de un largo desarrollo histórico, en las sociedades modernas, con excepción de la musulmana, en la que la religión desempeña un importante papel, se han acentuado las diferencias entre los distintos tipos de normas que regulan la vida de las personas. Las diferencias conceptuales entre los diversos tipos de normas no impiden que entre ellas existan notables conexiones, debido sobre todo a que tienen contenidos idénticos y su fin es regular la conducta humana. Así, por ejemplo, el “no matar”, además de ser un precepto jurídico, es una norma moral, religiosa, y un uso social.

En los apartados siguientes tratamos sucesivamente los problemas derivados de las relaciones entre Derecho y religión, Derecho y moral, y entre Derecho y normas de trato social.

11. Derecho y religión

La religión es un:

[C]onjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad de sentimientos de veneración y de temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para rendirle culto¹.

En las sociedades teocráticas primitivas y antiguas, las normas religiosas y las jurídicas aparecen confundidas como un todo inseparable; todo el *Derecho* tiene un carácter sagrado. Se considera que toda regla de conducta es impuesta por la divinidad y, por tanto, su violación constituye pecado y la pena tiene carácter expiatorio. Esta situación persistió aún en sociedades avanzadas en las que el monarca primitivo no era legislador, sino jefe militar, religioso y juez supremo. El carácter sagrado del *Derecho* no permite diferenciar entre norma religiosa proveniente de la voluntad de Dios² y norma jurídica dictada por el poder social. Por ejemplo, en el Imperio incaico, el inca era el representante del dios Sol en la Tierra; Manco Cápac y Mama Ocllo, hijos del Sol y la Luna, fueron enviados a la Tierra a fundar la ciudad del Cusco, donde enseñaron

1 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22.^a ed., Madrid: Espasa Calpe, 2001.

2 CARBONNIER, Jean, *Derecho flexible*, Madrid: Tecnos, 1974, p. 82. “En las nomogonías de las religiones reveladas se observa el esfuerzo que se despliega para hacer remontar la ley, la regla, por tanto, hasta el origen de los tiempos o incluso más allá. Veintiséis generaciones parecen separar el Génesis del trueno del Sinaí, y el Talmud hace de la Thora una hipótesis divina consustancial con Dios desde toda la eternidad”.

a los hombres y mujeres todas las artes, y después de haberlos adiestrado y de haber promulgado leyes (“no seas ocioso, mentiroso, ladrón ni pervertido”, eran normas divinas), por las que se regirían, abandonaron la Tierra, y dejaron a sus sucesores para que gobiernen.

En Grecia, la justicia es un principio de moral religiosa, por lo cual las leyes deben conducir al hombre a la virtud, oponiendo a las presiones malsanas una sólida barrera. La dualidad de un Derecho escrito y un Derecho no escrito (costumbre), congénito a la humanidad, fue proclamada por SÓFOCLES (n. en Colona entre 496 y 494-406 a. C.). En un pasaje de su obra *Antígona*, el célebre trágico griego establece un diálogo entre Antígona, que había dado sepultura al cadáver de su hermano, y Kreón:

Kreón.- ¿Tú que inclinas la cabeza hasta el suelo niegas haber sepultado a Polinice?

Antígona.- Lo confieso; no niego haberle dado sepultura.

Kreón.- ¿Conocías el edicto que prohibía hacer eso?

Antígona.- Lo conocía: lo conocen todos.

Kreón.- ¿Y has osado violar las leyes?

Antígona.- Es que Zeus no ha hecho esas leyes ni la justicia que tiene su trono en medio de los dioses inmortales. Yo no creía que tus edictos valiesen más que las leyes no escritas e inmutables de los dioses, puesto que tú eres tan solo un simple mortal. Inmutables son no de hoy ni de ayer. Y enteramente poderosas que nadie sabe a qué pasado remontar. No quiero, por miedo a las órdenes de un solo hombre, merecer el castigo divino. Yo sabía que un día debería morir ¿cómo ignorarlo? aun sin tu voluntad. Y si muero prematuramente, ¡oh! será para mí una gran fortuna. Para los que como yo viven entre miserias innumerables... la muerte es un bien.

Para los cristianos, el Derecho divino se manifiesta en el libro de la revelación, el *Decálogo* dado a Moisés, los evangelios. El Derecho islámico, vigente aún en la actualidad, tiene como fundamento el *Corán*, texto escrito por Mahoma por revelación divina en La Meca y Medina; establece que el profeta está investido de todos los poderes: religiosos, civiles y militares, no pudiéndose distinguir entre lo espiritual y lo temporal, porque la ley representa la voluntad de Dios y debe ser entendida como deber civil y religioso, inseparable el uno del otro. La vida política y religiosa son un todo indisoluble.

En las sociedades teocráticas, la más leve violación a los mandatos de la divinidad era castigada con severidad; en el sistema de la prueba predominaba la idea de que la divinidad interviene para proteger al inocente y herir al culpable. Los juicios de Dios (ordalías) eran experimentos crueles, por ejemplo, la prueba del fuego, la inmersión del brazo en aceite hirviendo o extenderlo sobre un brasero, etc., podían ser resistidas solamente por el inocente con la ayuda de Dios; también en el duelo judicial se presumía que el ganador había gozado del favor de Dios. Estas prácticas

fueron comunes en los pueblos de África, Asia y germánicos. Además del castigo terrenal, la sanción consiste en las promesas o penas en la vida ultraterrena, o sea, el castigo trascendente, de ultratumba. Con la idea del juicio postrero se vino a mantener la antigua creencia egipcia sobre el juicio que seguía a la muerte, en el que el dios Anubis procedía a pesar el alma, así como la creencia bíblica de la resurrección de la carne, como la evoca Ezequiel y la parábola evangélica del juicio final: a los pies de Cristo justiciero, el arcángel San Miguel habrá de pesar los méritos de los hombres, que serán encaminados bien hacia la puerta del cielo, o hacia la del infierno, siendo ángeles y demonios los encargados del reparto.

Los gobernantes de los antiguos imperios, dándose como hijos o enviados de Dios, ofrecían las normas jurídicas como un don de la divinidad porque únicamente así, por el temor de la comunidad a la divinidad, podían tener fuerza suficiente como para imponer un nuevo orden de vida que derogara al anterior.

Solamente después de un largo desarrollo histórico, el Derecho se despoja de sus fines ultraterrenos para convertirse en una institución netamente de regulación de la conducta humana en sociedad, independientemente de los sentimientos religiosos.

El cristianismo es precisamente el dogma religioso que con mayor claridad separa la vida terrenal temporal, de la vida ultraterrena y absoluta: “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios” (San Mateo 22, 21).

En la Edad Media se dio la lucha entre el reino de este mundo (poder temporal) y el reino de Dios (poder espiritual). Santo Tomás de Aquino³ resolvió esta dualidad, estableciendo la hegemonía de Dios. Para Santo Tomás, la ley humana aplica la ley natural (reflejo de la razón divina) a las circunstancias particulares; al conocimiento de la ley natural se llega con la ayuda de la razón, con la idea de su fin, que es lograr el bien común; la obediencia a la autoridad es necesaria porque entre bien común y autoridad hay connaturalidad, pero si las leyes humanas son injustas al extremo de violar los mandamientos de Dios (leyes injustas), se las debe desobedecer. El aquinante asignó al Estado una misión política, jurídica y moral para procurar a los individuos una vida verdaderamente digna, honesta y virtuosa para la felicidad temporal, correspondiendo a la Iglesia indicar las normas de tal vida según los preceptos de Cristo para la salud eterna de las almas, es decir, para el estado absoluto de perfección que se realiza en la vida futura.

El reformismo de Lutero (1483-1546) sustrajo el dominio de la religión al poder del Estado, estableciendo un contacto directo entre Dios y el creyente, sin intervención de ningún organismo eclesiástico.

³ DU PASQUIER, Claude, *Introducción al derecho*, 3.^a ed., traducción por Julio Ayasta González, Lima: Justo Valenzuela, p. 133.

El cristianismo influye grandemente en el desarrollo de la civilización, principalmente en la de Occidente; sus principios de libertad, igualdad y fraternidad alcanzaron su triunfo político y consagración social y jurídica con la Revolución francesa de 1789.

Durante el absolutismo, Maquiavelo (1469-1527), en Italia, sostiene la separación entre el orden humano y el divino, asignando el bienestar de los pueblos a la actividad del príncipe, quien no puede estar ligado a ninguna moral pre establecida. Maquiavelo es refutado por el francés Jean BODIN (1520-1596), quien sostiene que el bien del individuo y el del Estado no son contradictorios; en su obra *La República*, proclama: "El poder absoluto y perpetuo de una república", en que el monarca no está sometido sino únicamente a las leyes fundamentales del reino. Esta concepción absolutista llevó a declarar a Luis XV: "El Estado soy yo".

En 1625, Hugo GROCIOS (1583-1645) publica *De jure belli ac pacis* (*Del derecho de la guerra y de la paz*), donde afirma que el Derecho natural está dado por los principios universales y necesarios para la vida en sociedad, que no pueden ser cambiados ni por Dios. De este modo separa la filosofía jurídica de la teología.

En *El espíritu de las leyes* (1748) MONTESQUIEU (1689-1755) expresa que la justicia es anterior a toda contingencia; el Derecho no es disciplina *a priori*; varía según las circunstancias de la historia, el clima y la religión.

Es interesante la idea de RADBRUCH⁴ acerca del *Derecho y la religión*; por ello a continuación la resumimos. Dice este autor, que la filosofía de los valores distingue lo bueno de lo malo, lo bello de lo feo, lo verdadero de lo falso. Las ciencias naturales son ciegas e indiferentes a la valoración y las culturales interpretan los hechos sobre la base de su contenido valioso. La religión es la superación del valor, está por encima del valor o ausencia de él, es amor que se derrama sobre los justos y pecadores, una paz que está por encima de toda razón y sus problemas. Todo fenómeno puede ser juzgado como valioso o contrario al valor, a tono con la axiología, o considerado como esencial o no esencial en el sentido de la religión; también el Derecho es juzgado como valioso desde el punto de vista profano o como no esencial desde el ámbito religioso. Así, el Sermón de la Montaña, proclama que el padecer injusticia carece de importancia: el golpeado en una mejilla debe ofrecer la otra al agresor; hay en lo religioso una inversión sublime de los valores (doctrina de no resistencia al mal). Desde este punto de vista, ninguna coacción jurídica puede obligar a vivir cristianamente, lo jurídico no decide sobre la bienaventuranza. Para el Sermón de la Montaña, el Derecho carece de todo valor esencial; ni siquiera tiene un valor negativo anticristiano y, por tanto, es indigno que se le ofrezca resistencia. Lutero reconoce que el mundo del Derecho y el Estado se gobiernan por sus propias leyes, independientemente del mundo de la fe

4 RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción por Wenceslao Roces, 1.^a reimpr., 2.^a ed., Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 60 y ss.

religiosa, del amor y la caridad, pero esa autonomía del Derecho es provisional porque la religión puede irrumpir en él a cada momento. El Derecho carece de dignidad propia comparado con la importancia de la religión. Para el catolicismo, en cambio, el Derecho tiene cierta significación esencial, no pertenece al orden de la gracia, pero sí al de la creación, por haber sido instituido también por Dios. El Derecho *natural* no es plenamente cristiano, pero tampoco es anticristiano; “el Derecho positivo refleja el brillo de los valores religiosos, en cuanto responde a las normas del Derecho natural instituido por Dios y cognoscible por la razón. Junto al *ius divinum naturale* aparece el *ius divinum positivum*, o sea, el Derecho instituido para la Iglesia por la revelación”, como sería el Derecho *canónico*. La gracia —concluye RADBRUCH— es una institución jurídica en la que lo religioso emerge súbitamente en el Derecho; algunos autores (Beccaria, Kant) rechazan la gracia por considerar que viola la autonomía del Derecho; otros, como Ihering, atribuyen a la gracia un significado exclusivamente jurídico que tiene la calidad de “válvula de seguridad del Derecho” y sirve para que este prevalezca sobre el valor de la cosa juzgada de un fallo injusto, para que la justicia se abra paso por encima del Derecho positivo. Una forma de la gracia existe todavía hoy en la amnistía y en el indulto.

A manera de conclusión, podemos decir que en las sociedades teocráticas el Derecho no está separado de la teología; las normas jurídicas se confunden con las religiosas; lo que estas imponen o prohíben, abarcan todos los aspectos de la conducta humana. Cuando al Estado se le encomienda regular la conducta de los asociados, las normas jurídicas se separan de las religiosas: estas son dictadas por la divinidad; en cambio, los preceptos jurídicos emanen de la autoridad competente del Estado. Las normas religiosas son comunes a todos los miembros de cierta confesión religiosa, cualquiera sea el país en que se encuentren; en cambio, las jurídicas están circunscritas a determinado país y se aplican a todos los habitantes nacionales o extranjeros, independientemente de la confesión religiosa a la que pertenezcan. Las normas religiosas imponen deberes para con Dios, las jurídicas imponen deberes para con los demás, y la justicia es el bien para los otros (*bonus alterius*); mientras los mandatos divinos son impuestos por Dios al individuo, las normas jurídicas son impuestas por el Estado y cuentan con el apoyo de la coerción para el caso de resistencia al cumplimiento o de violación de ellas. León XIII, en su encíclica *Libertas*, dice: “En la vida pública es lícito apartarse de los mandamientos de Dios y no tenerlos presentes al dictar las leyes”. La norma religiosa tiene carácter divino, sagrado, es absoluta, procura la salvación eterna de las gentes; distintamente, el Derecho es temporal; su fin es regular la conducta de las personas para que puedan coexistir pacíficamente en sociedad. La violación de las normas religiosas constituye pecado, las sanciones estriban en promesas o penas que han de ser cumplidas en la vida ultraterrena, mientras que la sanción jurídica se basa esencialmente en la imposición inexorable de la conducta debida o en la reparación del daño causado con la violación (pena); la ejecución forzada de la conducta debida y la pena son las notas características de la coercibilidad del Derecho.

No obstante, estas diferencias, Derecho y religión tienen esferas comunes; existe interinfluencia entre ambos sectores; la religión también se renueva, aunque con más lentitud que lo jurídico. Lo que el Derecho impone o prohíbe, lo impone o prohíbe también la religión, pero sin que el Derecho pueda llegar a comprender todas las virtudes: *cardinales*: prudencia, justicia, fortaleza, templanza; *teologales*: fe, esperanza y caridad; *moral*: hábito de obrar bien, independientemente de los preceptos de la ley, por la sola bondad de la operación y conformidad con la razón natural. Podemos representar este criterio por dos círculos secantes, es decir, que se cortan mutuamente, teniendo ambos una parte común.

12. Derecho y moral

12.1. Concepto de moral

La moral es una realidad que tiene distintas esferas o ámbitos. HENKEL⁵ distingue tres sectores dentro de la moral: la moral de la conciencia individual, la moral de los sistemas religiosos y la moral social o positiva.

La moral de la conciencia individual parte de la idea del bien que el individuo se forja en su conciencia, de la cual se derivan ciertas normas de conducta. La conciencia es el ámbito genuino de la moral, en ella se originan las normas morales, es la instancia juzgadora sobre el cumplimiento o incumplimiento de esas normas y la instancia sancionadora por medio del remordimiento en caso de violación.

La moral de los sistemas religiosos es el conjunto de doctrinas morales cuyo ámbito de validez se extiende a todos los creyentes de una fe religiosa, y cuyo cumplimiento está a cargo de la instancia juzgadora de su conciencia.

La moral social o positiva es el conjunto de preceptos morales vigentes en una sociedad en un determinado momento. Se expresa mediante los usos sociales.

Estos estratos de la moral están interrelacionados entre sí. La moral social y la religiosa influyen en la formación de la moral de la conciencia, y, a su vez, ambas dependen de esta, por cuanto están supeditadas a que los individuos del grupo religioso o social las acepten en conciencia.

12.2. Conexiones entre Derecho y moral

El problema de la distinción entre Derecho y moral es uno de los más delicados e importantes de la Filosofía del Derecho, por cuanto entre moral —especialmente

⁵ Cit., de FERNÁNDEZ, Encarnación y Ernesto VIDAL, *Introducción a la teoría del derecho*, ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2012, p. 54.

la moral de la conciencia individual— y Derecho hay, a la vez, diferencias claras y conexiones profundas. IHERING dice que es “el Cabo de Hornos de la ciencia jurídica”, el escollo peligroso contra el cual muchos han naufragado; Benedetto CROCE le dio el nombre de “cabo de los naufragios” para señalar la casi imposibilidad de abordarlo. Hay autores que sostienen que ambos conceptos se confunden y otros que dicen que moral y Derecho constituyen dos zonas totalmente independientes. Otros afirman que el Derecho es distinto e independiente de la moral, pero que tienen una zona común.

En efecto, entre moral y Derecho no existe una separación absoluta, delimitada por líneas bien definidas, sino, por el contrario, relaciones muy estrechas y necesarias⁶. Todos los actos humanos orientados, bien sea a su propia perfección, o a sus relaciones con los demás, pueden ser calificados moralmente de buenos o malos. Las obligaciones impuestas y garantizadas por la ley del Estado tienen su fundamento en la aceptación que presta la conciencia de los ciudadanos; sin la protección del Derecho las personas no podrían realizar sus deberes morales. Como expresa RADBRUCH⁷, “la moral es el fundamento sobre el que descansa la validez del *Derecho*, porque el hacer posible la moral constituye una meta de orden jurídico”. Con frecuencia los contenidos del Derecho son explícitamente los mismos de las normas morales, por ejemplo, cuando al principio moral “no matar” el Derecho después le añade una sanción.

Pero no todo lo que es moral es también Derecho:

Solo aquella parte de los deberes morales cuyo cumplimiento la sociedad de un determinado momento histórico considera coactivamente exigibles se constituye como Derecho para quien puede exigir aquel cumplimiento, a lo que se agregan otros deberes exigibles para bien de la convivencia social que no se fundan directa y singularmente en un deber moral⁸.

Así, por ejemplo, cuando la ley permite el uso de métodos artificiales de regulación de la natalidad. Esta medida legal, que encuentra su fundamento en el Derecho

⁶ GENTILE, Giovanni, *Los fundamentos de la filosofía del derecho*, Buenos Aires: Losada, 1944, p. 128 y ss.: “La ley, en su realidad actualizada, es, y no puede no ser moral. El Derecho existe como Derecho, pero no nace como Derecho. La ley —fuente típica del derecho mismo— es en su origen un acto ético, en cuanto no puede tener sino ese fin inmanente que es *unum et idem* con el acto espiritual (cuya actualización es la esencia de la más pura actividad ética). Ética es la acción legislativa, ética es también toda acción que presupone la ley y que en razón de tal presupuesto se dice jurídica: violación u observancia del Derecho, experimento judicial, sentencia, etc. La ley encuentra siempre de sí, a la voluntad pronta a juzgarla moralmente y, por consiguiente, a temperarla, si está en su mano, con la equidad, o a modificarla y reformarla. Tampoco la conciencia moral podría jamás contraponerse a la disposición de la ley y obrar sobre esta, como hace de continuo en su desenvolvimiento, si a la ley que entre en contacto con la voluntad en esa relación espiritual —solo de la cual es posible que obtenga su realidad— no le fuese propia la éticidad que la conciencia moral tiene por misión valorar”.

⁷ RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, ob. cit., p. 56.

⁸ D'ORS, Alvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, 8.^a ed., Madrid: Rialp, 1989, p. 34.

que tienen las familias para decidir libremente el número de hijos que deseen tener y pueden mantener, para la moral religiosa es condenable por cuanto Jesucristo dijo: "He venido al mundo para que tengan vida, y para que la tengan en abundancia", por lo cual, la Iglesia siempre ha rechazado el control artificial de la natalidad, por considerar que despersonaliza e instrumentaliza la sexualidad y atenta contra la dignidad del ser humano por cuanto son métodos cerrados a la vida, que tienen como único fin impedir el embarazo, convirtiendo el don de la vida de un hijo en un mal del que es preciso defenderse. Si el Derecho se detiene ante esta poderosa razón moral, el mundo revienta por falta de espacio vital. Lo fundamental es el bienestar de todo ser humano, y, por tanto, el Derecho se reduce a aquello que la sociedad considera posible y necesario controlar, para lograr ese bienestar.

Es verdad que el Derecho, además de imponer y garantizar un orden social, cumple una función de moralización, pues al imponer obligatoriamente una conducta, está educando y modelando la personalidad de los individuos componentes de una sociedad, sobre la base de ideales determinados; pero no se puede negar que al Derecho le basta el cumplimiento del deber jurídico, independientemente de la adhesión íntima del sujeto. Así, el que no delinque solo por temor de ser descubierto cumple con la norma jurídica, pero moralmente su conducta es reprochable.

El Derecho impone un mínimo de moralidad, sin el cual la vida en sociedad no sería posible; cuando los criterios morales son los mismos entre todos los miembros de una comunidad, como v. gr., el no robar, no matar, la prohibición del incesto, etc., las normas jurídicas se limitan a respaldar la convicción general de los ciudadanos; pero cuando los criterios morales son dispares, por ejemplo, cuando se discute sobre la eutanasia, el divorcio, el control de la natalidad, el aborto, el Derecho impone normas válidas para todos, sean cuales fueren sus opiniones personales⁹.

Los griegos no distinguieron entre lo ético y lo jurídico. En el *nomos* griego se entremezclan preceptos de carácter religioso, moral y jurídico. Las leyes —decía DEMÓSTENES (384-322 a. C.)— deben cumplirse por cuatro razones: porque han sido prescritas por Dios, porque hay una tradición enseñada por los hombres sabios que conocían las antiguas buenas costumbres, porque han sido deducidas de un código moral e inmutable y porque han nacido de convenios entre los hombres, que los atan por el deber moral de cumplir sus promesas¹⁰.

En la filosofía griega, Derecho y moral se identifican: la inteligencia es una virtud, se puede enseñar a ser justo y bueno; se es malo por ignorancia (Sócrates); la justicia es la virtud por excelencia, equilibrio y armonía de las otras virtudes (Platón); la justicia pertenece a la clase de las virtudes morales (Aristóteles). El Derecho es una parte de la

⁹ LATORRE, Ángel, *Introducción al derecho*, Barcelona: Ariel, 1974, p. 27.

¹⁰ DU PASQUIER, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 129.

moral; de aquí que la misión del hombre de Estado y del jurista sea la misma que la del filósofo. Esto explica el anhelo de Platón de que todos los gobernantes sean filósofos.

Los juristas romanos tampoco separaron el *Derecho* de la moral. CELSO definió al Derecho como el *ius est art boni et aequi* (el *Derecho* es el arte de lo bueno y de lo justo), los conceptos bueno y equitativo pertenecen al orden moral. Para ULPIANO, los preceptos del Derecho son los siguientes: vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo que le corresponde (*jurispraecepta sunt hæc: honesta vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*). Sin embargo, “vivir honestamente” pertenece a la moral y no al *Derecho*. La justicia es definida por ULPIANO como la voluntad constante de atribuir a cada uno lo que le corresponde (*justitia est constans perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Empero, hay que anotar que los romanos ya entrevieron la distinción por boca de Paulo: *Non omne quod licet honestum est* (no todo lo que es lícito jurídicamente, es también conforme con la moral).

En la Edad Media la noción del Derecho es incluida dentro de la moral. Para SAN AGUSTÍN (354-430), la moral y el Derecho nacen de la misma fuente divina y tienen por finalidad lograr la plena felicidad humana; SAN AGUSTÍN distingue tres clases de leyes: la *eterna* (es “la razón y la voluntad de Dios que manda guardar el orden natural y prohíbe perturbarlo”; el orden consiste en “la disposición de cosas iguales y desiguales, dando a cada uno el lugar que le corresponde”); la *natural* (es un sector de la ley eterna, “grabada en el corazón del hombre” o “transcrita en el alma racional”, que permite a los hombres distinguir el bien del mal, lo justo de lo injusto; o sea comprende tanto la moral como el *Derecho*) y la *humana o positiva*, que tiene por misión hacer volver al hombre que se había apartado del camino de la ley natural a sus prescripciones; es variable, a diferencia de la natural que es invariable.

Para SANTO TOMÁS DE AQUINO (1225-1274), las raíces de la moral y del *Derecho* están en la *lex naturalis*, conjunto de normas morales y jurídicas de la más alta jerarquía y absoluta validez. El Derecho implica la idea de cierta igualdad, armonía y proporción. El Derecho no es el bien absoluto, la virtud plena y perfecta, sino el bien común de la sociedad política. Derecho y moral son:

[C]omo dos ordenamientos de la actividad humana; los dos racionales, los dos éticos en cuanto enderezados al bien humano, el cual, aunque puede ser también útil y deleitable, debe ser siempre honesto. Los dos son también sociales, pero aquí está la raíz de la divergencia entre los órdenes. El moral ve al hombre colocado en la sociedad universal o espiritual de los seres racionales, cuyo bien común hace concluir toda la perfección interna y externa de los individuos singulares. Esta sociedad, presidida por Dios mismo, se realiza en el interior de los hombres, y es tan íntima y necesaria, que acabamos por no advertirla más, por lo cual a veces se llega a decir que la moral solo atiende a la perfección del individuo, mientras que debiéramos decir que el bien moral del individuo coincide siempre con el bien de la sociedad ética universal. El orden jurídico, en cambio, ve al hombre moverse en la sociedad exterior, cuyo bien común,

a lo menos de modo inmediato y controlable, no se funda sin el efecto de la actividad externa. Por tanto, el orden moral inviste a todo el hombre, promoviéndolo directamente a toda perfección, aun a aquella que el ojo empírico ve como individual e interior; el orden jurídico se limita a regular las acciones externas en cuanto con ellas los hombres mueven sus relaciones de justicia, y en cuanto son regulables con medios sociales¹¹.

Se atribuye al alemán Christian THOMASIUS (1655-1728) ser el primero que en 1705 afrontó directamente el problema de la separación entre moral y *Derecho*. Sostuvo este autor que la moral se refiere solo a lo interno (*forum internum*) y el Derecho versa exclusivamente sobre lo externo (*forum externum*), y de ello colige que la moral no es coercible y, en cambio, sí lo es el Derecho. Según THOMASIUS, las normas de obrar son de tres clases: la *ética*, la *política* y la *jurisprudencia*, con un mismo fin: la felicidad humana. La ética tiene por principio lo *honestum*, cuya máxima es *quod vis, ut alii sibifaciant, tute ti bis facies* (hazte a ti mismo aquello que querías que los demás se hicieran a sí mismos); la política tiene el *decorum* y su máxima: *Quod vis ut alii tibifaciant, ut ipsis facies* (haz a los demás aquello que querías que los demás te hagan a ti); y el principio del Derecho es lo *iustum* y su máxima: *Quod tibi non vis fieri alteri ne feciris* (no hagas a los demás aquello que no querías que te fuese hecho a ti)¹².

Entre los varios seguidores de Thomasius, figura Manuel KANT (1724-1804), quien exteriorizó excesivamente el Derecho, reduciéndolo al aspecto exterior del obrar. Basta que la ley sea cumplida, cualquiera sea el motivo por el que se la obedezca, sin que sea necesario que la obediencia responda al respeto que la norma jurídica nos inspire. Para KANT, los deberes jurídicos son posibles de legislación externa y los deberes de virtud no son posibles de tal legislación. La voluntad moral es autónoma porque tiene en sí misma su ley, a la que KANT denomina *imperativo categórico* de la conciencia, que manda de modo absoluto e incondicionado y se formula así: "Obra de tal manera que la máxima de tus actos puedan valer como principios de una legislación universal". La existencia del deber moral "el deber por el deber" constituye el fundamento de la libertad del hombre y de la inmortalidad del alma. El Derecho regula la coexistencia social de los hombres mediante "el conjunto de las condiciones por las cuales el arbitrio de cada cual pueda coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad". La moral se ordena en torno al móvil de la acción, mientras que el Derecho impone solamente una cierta conducta exterior, desinteresándose de las razones del obrar¹³.

11 GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, traducción por Celina Ana Létora Mendoza, Buenos Aires: Eudeba, 1973, p. 59.

12 KANT, Inmanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires: Americalee, 1943, p. 34 y ss.

13 ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, 10.^a ed., Lima: Eddili, 1987, p. 89.

Según la moral kantiana, los principios morales solo pueden estar dirigidos a seres que sean libres para transgredirlos. El deber moral obliga por sí mismo. El uso práctico de la razón consiste en formular imperativos, esto, es en mostrar cómo se debe actuar. KANT distingue dos tipos de imperativos: los hipotéticos, que ordenan algo como un medio para conseguir un cierto fin, y los categóricos, que ordenan algo como fin absoluto sin condición alguna. Los imperativos hipotéticos pueden ser: hipotético-problemáticos, en los que el fin solo es posible (puede quererse o no), dan lugar a las normas técnicas (ej., las que indican cómo debe hacerse para que funcione un determinado mecanismo o para lograr un fin político); e imperativos hipotéticos-assertóricos, en los que el fin es real (es decir, no puede no quererse) y dan lugar a las reglas de la sagacidad o de la prudencia (ej., las que establecen cómo comportarse para lograr la felicidad). Solo los imperativos categóricos pueden integrar la moral, porque solamente de ellos se puede derivar deberes absolutos, incondicionales. KANT critica al eudomonismo, una forma de utilitarismo, que pretendía basar la ética en imperativos hipotético-assertóricos. Para el eudomonismo, el fin del hombre, la felicidad, está dado en la naturaleza, de manera que la ética sería el conjunto de imperativos que establecen los medios para alcanzar dicho fin. Esto en opinión de, es un falsamiento del problema: al situar la ética en el terreno de la psicología, el eudemonismo muestra, en todo caso, cómo los hombres se determinan realmente en la acción, pero no cómo deberían determinarse. KANT hace formulaciones distintas del imperativo categórico. En una de ellas se enuncia así: “Obra solo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal”; otro dice: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”. En una tercera formulación se plantea la idea de la voluntad de todo ser racional como una voluntad racionalmente legisladora; según este principio, deben rechazarse “todas las máximas que no puedan compadecerse con la propia legislación universal de la voluntad”, es decir, la voluntad solo está sometida a las leyes de las que ella misma pueda considerarse autora. El imperativo categórico recoge tanto el principio de universalidad, como el de dignidad de la persona humana y el de autonomía o libertad de la voluntad.

Así, el imperativo categórico de KANT sería: 1) *Formal*, no prescribe ningún contenido ético, sino que indica meramente las condiciones formales de la moralidad. 2) *A priori*, independientemente de la experiencia: actuar moralmente significa, necesariamente, actuar por el puro respeto al deber, no por motivos empíricos. 3) *Autónomo*, proviene de la propia conciencia del sujeto, no de instancias externas. 4) *Universal*, debe servir para todos los sujetos sin restricción y en cualquier ocasión espacio-temporal. 5) *Unívoco*, debe permitir a cualquier agente racional llegar a las mismas conclusiones respecto a qué normas o actos en concreto son morales. Cuando el imperativo categórico se aplica al campo de las acciones externas del hombre nos encontramos con el Derecho, que KANT define como “el conjunto de condiciones bajo

las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad”¹⁴.

FICHTE¹⁵ (1762-1814), discípulo de Kant, encuentra una contradicción absoluta entre moral y Derecho. El imperativo jurídico puede formularse de este modo:

Tengo que reconocer en todos los casos la naturaleza libre fuera de mí; es decir, tengo que limitar mi libertad ante la idea de la posibilidad de la libertad de los demás, a condición de que los otros hagan lo mismo.

El Derecho permite actos que la moral prohíbe. Moral y Derecho están separados por la razón y, por tanto, son completamente opuestos.

El positivismo jurídico oscila entre una posición radical y otra moderada. HOBES vincula al Derecho con el poder, definiéndolo en términos puramente coactivos: “Derecho es un mandato de aquel o aquellos que tienen el poder soberano, dado a quien o quienes son sus súbditos, declarando pública y claramente qué puede hacer cada uno de ellos y qué tiene que abstenerse de hacer”. Según AUSTÍN, la existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito, otra. Para HART, el Derecho formalmente válido es Derecho, aunque sea injusto o contrario a la moral; sin embargo, HART admite la influencia, por medio de la legislación y del proceso judicial, tanto de la moral social como de ideales morales en el Derecho moderno. KELSEN afirma que el Derecho puede tener cualquier clase de contenido.

Para el iusnaturalismo la justicia es una virtud moral, lo que implica negarle el carácter de jurídica a la ley injusta; el Derecho injusto no existe (San Agustín, Santo Tomás). Dice CATHREIN¹⁶ que la moral es un ingrediente necesario del Derecho; si se quita el carácter moral de este y de los deberes jurídicos, se quita toda su dignidad y toda su nobleza al orden jurídico entero, rebajándolo a una suma de medidas coercitivas, a un sistema policiaco.

No es aceptable una separación absoluta entre moral y Derecho al estilo del positivismo radical, que afirma que debe entenderse por Derecho solamente al conjunto de normas dictadas por el soberano, sin importar que sean o no conformes con la moral que es un concepto metajurídico; por el contrario, la moral constituye el sustento necesario del Derecho; muchas normas morales son también jurídicas; así sucede cuando el Derecho alude unas veces directamente a la moral, otras a la equidad, la buena fe, las buenas costumbres, la fidelidad, la honradez, las sanas intenciones, etc. Tampoco es aceptable el otro extremo representado por la doctrina iusnaturalista, que considera que no puede ser calificado de jurídico el sistema normativo o una norma si contradicen los principios morales o de justicia universalmente válidos y asequibles a la

¹⁴ ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcelona: Barcanova, 1985, pp. 125 y 126.

¹⁵ FICHTE, Johann Gottlieb, *Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

¹⁶ BORDA, Guillermo, *Manual de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, p. 15.

razón humana¹⁷, porque en muchas ocasiones el Derecho no coincide necesariamente con la moral (por ejemplo, la decisión de las mayorías puede constituir una injusticia para las minorías, la prescripción extintiva para el acreedor, etc.). El Derecho admite la injusticia en alguna medida.

Es aceptable la doctrina que considera que entre moral y Derecho existen distinciones y también conexiones. Jorge JELLINEK (1851-1911) considera que el Derecho mira preferentemente a la manifestación externa de la conducta, y la moral preferentemente a las intenciones. Pero ni el Derecho permanece ajeno por entero a las intenciones ni la moral es indiferente a la manifestación externa de la conducta. La moral exige siempre una realización perfecta de la intención ética, y el Derecho se conforma con una realización parcial de esta: “El Derecho es el mínimo ético”. Por ejemplo, el *Derecho* se conformará con que un hombre vigoroso atienda, mientras le sea posible, a la subsistencia de su madre, pobre y anciana, sin poner en peligro su propia subsistencia; en cambio, la moral exige que ese hombre realice en favor de su madre toda clase de esfuerzos sin reparar en sacrificios, por lo mismo que la moral quiere acciones realizadas en conciencia.

Entre el Derecho y la moral —sostiene DEL VECCHIO (1878-1970)¹⁸— existirá distinción, pero no separación y menos antítesis. Admite que el Derecho permite muchas cosas que la moral prohíbe; pero esto no implica contradicción de ninguna clase. *Habría contradicción solo si el Derecho mandase hacer algo que estuviera prohibido por la moral; pero esto no sucede ni puede suceder jamás, por necesidad lógica.* El Derecho, por su naturaleza, admite muchas posibilidades, de las cuales solo una estará conforme con el deber moral. Ser conforme al Derecho implica lo mismo que no implicable, lo cual no supone de por sí conformidad con la ley moral: *Lo que esta prescribe como obligatorio, debe ser permitido siempre por el Derecho, o lo que es lo mismo, jurídicamente lícito [...] debe rechazarse la idea de que el Derecho considere al hombre solo como ser físico, y la moral, como un ente espiritual. Lo verdadero y cierto es que ambas categorías éticas abrazan al hombre en su integridad, que es al mismo tiempo física y espiritual.*

¹⁷ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, p. 251 y ss. Ross, dentro de su concepción realista del Derecho, dice: “Si hay una ley, independiente de nuestras elecciones y arbitrio, que nos ha sido dada como verdad eterna basada en la voluntad de Dios, o mediante una captación a priori de la razón, y que nos dicta el curso de acción correcto, entonces, al obedecer esta ley universal, no somos más que dóciles piezas de un orden cósmico y quedamos liberados de toda responsabilidad. El *Derecho* natural es primera y principalmente una ideología creada por quienes se encuentran en el poder —los estadistas, los juristas, el clero— para legitimar y robustecer su autoridad”.

¹⁸ DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Uteha, 1946, p. 120.

Como sostiene MANS¹⁹, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, la moral se endereza al bien y la economía se funda en el valor. El bien es el *a priori*, el concepto fundamental, el fin supremo de la moral; el valor, lo es de la economía. Pero la justicia no es el *a priori* del Derecho, porque justicia y Derecho están coordinados, aquella está en el contenido de este; porque el Derecho es justo, por eso es Derecho. Él, ciencia de lo justo, no tiene categorías propias, vive de prestado, se ubica entre la moral —que es el ideal de la vida— y la economía —que es la realidad de la vida— y se alimenta de la sustancia de ambas; él tiende a regular la economía sin quebrantar la moral, se orienta hacia el bien común, es decir, a un aspecto del bien, no al bien absoluto del cual la ley jurídica es tan solo una participación. La justicia como cualidad de la ley positiva solo puede proporcionar el bien relativo; de identificarse justicia y bien, el Derecho como ciencia del valor relativo, no podría distribuir el bien a todos.

La moral es la norma autónoma del deber, el Derecho es la norma heterónoma del interés; el Derecho responde a necesidades perentorias, inaplazables, de la vida real, obedece a una razón práctica —condicionada por la finalidad— y no a una razón pura —determinada por la causalidad—; no se funda en conceptos absolutos, en ideas puras, que no puedan ser contradichos por la realidad; el Derecho es un producto real y racional, no sobrenatural e ideal. Muchas veces la ley parte de la ficción que puede basarse en supuestos irreales, ampara la posesión que puede ser ilegítima, admite la presunción que puede no ser cierta, reconoce la prescripción que puede ser inicua, reconoce la necesidad de la defensa social aun cuando pueda resultar desproporcionada y excesiva. El Derecho puede ser extrínseco y formalmente justo, pero no intrínseco y fundamentalmente injusto; a veces, la solución que adopta no podrá ser justa, pero el que esa solución sea prácticamente indispensable, eso basta. Así, un acuerdo adoptado por mayoría es formalmente justo, aunque la decisión sea fundamentalmente injusta para la minoría; es justa la expropiación por causas de seguridad nacional o necesidad pública, aunque en el fondo se cometa una injusticia contra el propietario.

El Derecho “no puede conseguir siempre el bien: a menudo ha de conformarse con el mal menor; el Derecho es la profilaxis o el remedio, pero no es la salud; el Derecho es a la sociología lo que la higiene y la medicina son a la biología. La sociología, como la biología, son ciencias teóricas; el Derecho y la medicina son artes prácticas. El Derecho no puede crear el bienestar, sino que establece las bases para prevenir o reprimir el malestar, al modo como la medicina no crea la salud, sino que prescribe preventivos o remedios para evitar o curar la enfermedad; pero la lucha contra esta, siguiendo las prescripciones médicas, no es menos necesaria e imperiosa que la que

19 MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Los principios generales del derecho*, Barcelona: Bosch, 1979, p. 18 y ss.

tiende a impedir el desarreglo social mediante preceptos jurídicos. Y es que el Derecho obedece a imperativos vitales; el Derecho es necesario para vivir en sociedad”.

Entre moral y *Derecho* existe una estrecha vinculación, pero aun así median diferencias entre la perspectiva jurídica y la perspectiva moral de la conducta humana. Ambas procuran lograr el bienestar individual y social del ser humano. La moral incide fundamentalmente en los deberes que tiene el sujeto para consigo mismo y el Derecho satisface el bien común, mediante el cumplimiento del deber que se tiene para con los demás, impone y garantiza un orden social, regula la conducta humana solamente en cuanto afecte ese orden; los móviles y las intenciones no exteriorizados casi siempre le son indiferentes. La moral se inspira en el carácter intrínseco de los actos, toma en cuenta la vida individual en todos sus aspectos, supone la conciencia de la conducta que se ha de observar; por el contrario, el Derecho considera al individuo en sus relaciones con los demás a fin de que coexistan pacíficamente, no le interesa el destino supremo del individuo, no pretende beatificar personas. No puede mandar todas las virtudes ni prohibir todos los vicios, sino únicamente aquellos necesarios para establecer un orden social con paz, seguridad y justicia; no entran en el Derecho muchos deberes consigo mismo, muchos actos de caridad, etc., así como hay muchas normas jurídicas que son contrarias a la moral. El Derecho no se reduce a una obligación coactiva que desvirtúe el valor moral, ni tampoco la obligatoriedad del Derecho reside exclusivamente en la moral, sino que moral y coacción son dos ingredientes necesarios del Derecho.

12.3. Diferencias entre Derecho y moral

En cuanto a que entre *Derecho* y moral exista una interinfluencia recíproca muy estrecha, no impide que se puedan establecer algunas diferencias entre la norma jurídica y la norma puramente moral, claro está, no con el carácter de absolutas.

Los siguientes son los criterios esgrimidos por la doctrina para distinguir entre *Derecho* y moral:

- a) *La moral es unilateral y el Derecho es bilateral.* Moral y Derecho regulan la conducta humana libre, pero desde perspectivas o puntos de vista diferentes, la moral contempla las acciones humanas atendiendo a su dimensión personal, aspira a la realización del hombre bueno, regula conducta humana individual, o sea, es *unilateral*; en cambio, el Derecho contempla el comportamiento de la persona en sus relaciones con los demás y con la comunidad, regula conducta humana social, o sea, el Derecho es *bilateral*.

El Derecho no considera a la persona en cuanto tal, sino únicamente en su dimensión social, en cuanto se halla en una situación jurídico-social, esto es, como padre, hijo, acreedor, deudor, propietario, contribuyente, mayor o me-

nor de edad, obrero, profesional, etc.; en cambio, la moral considera a la persona en sí misma, en su globalidad, propende a la perfección de la vida de la persona en su integridad. El propósito del Derecho es temporal, pues procura establecer un ordenamiento justo de convivencia humana. La moral trata de ordenar las acciones humanas en relación con su fin último.

La unilateralidad de la moral le ordena al sujeto elegir entre varias posibilidades que él puede realizar, contrapone unos actos frente a otros del mismo sujeto; impone deberes que en su cumplimiento pueden tener efectos para los demás, pero no da normas para estos, es decir, define la conducta del que debe cumplir el deber, pero no determina la conducta de los demás; el deber moral no puede ser exigido por los demás: es puro y simple, no implica un *derecho* correlativo porque no pueden existir *derechos* que la persona los haga valer contra sí misma; no hay sujeto titular de una pretensión ante la conducta del obligado.

A todo deber moral no corresponde un correlativo *derecho*. Así, del deber de no mentir no cabe suponer un *derecho* de información. Si al deber no corresponde un correlativo derecho, no puede haber conflicto social. Sin conflicto no hay litis. Lo que no es posible de entrar en litigio no puede llamarse *derecho*. Donde no hay la posibilidad de que puedan intervenir los jueces, no hay *derecho*. Solamente lo hay donde dos o más conductas se interfieren, surgiendo la posibilidad del conflicto que puede ser sometido a la decisión del juez, que es quien decidirá lo que es derecho (*iudex quién ius dicit*).

La bilateralidad o plurilateralidad o alteralidad del *Derecho* significa que la norma jurídica contrapone las acciones de unos sujetos respecto de otros. Establece a la vez un derecho para un sujeto y un deber para otro sujeto.

El Derecho pone frente a frente a por lo menos dos sujetos: “A todo deber jurídico corresponde un Derecho subjetivo; uno de ellos se halla jurídicamente obligado por el simple hecho de que el otro ostenta una facultad. El deber jurídico implica, además, una obligación”²⁰, tiene el carácter de una deuda a otra persona, no siendo posible que alguien sea deudor de sí mismo.

Como dice Santo Tomás²¹, “lo propio de la justicia entre las demás virtudes, es ordenar al hombre en las cosas relativas a otro”. El deber jurídico es el bien de los demás (*bonum alterius*), y la juridicidad se da solamente entre dos o más personas que viven en sociedad; no así el deber moral, pues no aparece frente a él nadie que pueda reclamar su cumplimiento.

20 RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, ob. cit., p. 53.

21 Citado por VIGO, Rodolfo Luis, *Visión crítica de la filosofía del derecho*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1984, p. 18.

El Derecho, de un lado, impone un deber y de otro concede una facultad, un poder, una atribución: la obligación jurídica es impuesta no en beneficio del obligado, sino del acreedor, esto es, del sujeto pretensor colocado frente al obligado; todo lo que excede a las relaciones interhumanas no puede ingresar al mundo del Derecho. La relación intersubjetiva constituye el contenido de la norma jurídica.

- b) *La interioridad de la moral y la exterioridad del Derecho.* Del carácter diferencial antes mencionado se infiere el dualismo de la mayor “interioridad moral” en comparación con la mayor “exterioridad jurídica”. La moral, sobre todo la moral de la conciencia individual, regula la vida interna del ser humano y tiende a lograr la perfección individual; en cambio, el Derecho regula la vida externa de la persona, esto es, en relación con las demás personas y trata de establecer una sociedad con paz y justicia. No exige para su cumplimiento la adhesión interna del sujeto a sus normas, y admite ser cumplido con cualquier ánimo; mientras que a la moral le interesa la disposición de ánimo, la intención del sujeto que realiza la acción. En la moral hay un deber interno; en cambio, el Derecho queda realizado con la obediencia externa, aunque se disienta interiormente.

Cada cual se considera óptimo juez de sí mismo en cuestiones de moral, y de los demás en problemas de Derecho. El juicio moral supone un punto de vista interior; la apreciación jurídica un punto de vista externo. No se puede juzgar sobre la moralidad de otro sujeto sino colocándose idealmente en la misma conciencia de aquel de quien se trate; y no se puede juzgar sobre el propio Derecho, sino trasladándose en cierta manera fuera de sí mismo, esto es, mirándose a sí mismo objetivamente (*nema gaita i causa propia*)²².

No es que exista actos humanos puramente externos, pues todos emanan de la voluntad del sujeto, pero sí existen actos puramente internos que permanecen en la conciencia del sujeto sin manifestarse. Por tanto, la moral se ocupa de todos los comportamientos humanos, puesto que todos presentan una dimensión interior, en tanto que el Derecho se ocupa solo de los comportamientos humanos que se manifiestan en el exterior, por tanto, el ámbito del Derecho es más reducido que el de la moral. El punto de partida de la regulación jurídica es la dimensión externa de la conducta, mientras que el punto de partida de la regulación moral es su dimensión interna.

Las prescripciones morales están limitadas al campo de la conciencia; es aquí donde se produce un encuentro o interferencia de las diversas posibilidades de obrar, de entre las cuales el sujeto debe elegir una de ellas. La moral parte de la

²² DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 122.

consideración del elemento interno o síquico para valorar a la conducta en sí misma, en su total integridad y significación que tiene para el sujeto. En cambio, el Derecho parte de un punto de vista exterior o físico, valora la conducta en cuanto al alcance que tenga para los demás, regula las acciones y omisiones que pueden ser confirmadas por los demás, trata de establecer un orden objetivo de convivencia humana; es en la realidad exterior y no en el campo de la conciencia donde ocurre el encuentro o interferencia de las conductas de las personas. El orden moral se establece en el campo de la conciencia: en cambio, el orden que procura establecer el Derecho tendrá lugar en las relaciones de convivencia de las personas. El Derecho no puede gobernar nuestros pensamientos, la moral sí puede dominarlos, pues condena, por ejemplo, la simple codicia, el simple deseo.

Para SANTO TOMÁS²³, la justicia puede entenderse como virtud, o sea, como el hábito de dar a cada uno lo suyo con la intención justa, y, además, como mera cualidad objetiva y exterior de una conducta que da al otro lo suyo. Adopta la definición de ULPIANO sobre la justicia: "Constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo". Como virtud necesita la rectitud interior. La diferencia de ella con las demás virtudes morales (templanza, prudencia y fortaleza) reside en que mientras la moral exige que los actos vayan acompañados de buena intención, por el lado de la justicia es posible que se den actos que cuenten con la cualidad o rectitud objetiva —lo justo—, pero que carezcan de intención virtuosa. Por consiguiente, no es lo mismo la justicia como virtud que la justicia como cualidad objetiva y exterior del acto justo. Al moralista le preocupa que haya hábito o virtud de justicia, al jurista le preocupan los actos justos sin averiguar si corresponden o no a un hábito²⁴.

De acuerdo con el modo en que la norma es acogida por su destinatario, KANT sostiene que la norma jurídica es obedecida por las ventajas que de ella se pueden obtener, y como tal el destinatario de ella se contenta con una adhesión exterior, o sea, con una acción conforme al deber, mientras que la norma moral debe ser obedecida por sí misma, esto es, reclama una obediencia interior que no puede ser constreñida, o sea, una acción por el deber.

No es aceptable la tesis que divide a la conducta humana en dos sectores, uno de los cuales corresponde a la moral y el otro al Derecho. Los actos humanos

23 Citado por VIGO, *Visión crítica de la filosofía del Derecho*, ob. cit., pp. 19 y 20.

24 La diferencia entre justicia como virtud y justicia como cualidad objetiva ha hecho que GRANERIS (*Contribución tomista a la filosofía del derecho*, citado por VIGO, *Visión crítica de la filosofía del derecho*, ob. cit., p. 20) hable de "amoralidad de Derecho", señalando que "el Derecho no es la cosa justa en toda su perfección, sino un *instum imperfectum*, en cuanto puede darse independiente de la disposición de ánimo del agente"; el Derecho no exige habitualidad en los actos justos.

no pueden dividirse en puramente internos y externos²⁵ porque, de ser así, los primeros no serían cognoscibles para los demás sujetos y, además, porque el Derecho, a diferencia de la moral, no exige para su cumplimiento la adhesión interna a sus preceptos, no impide en absoluto que en muchos casos el Derecho se cumpla por adhesión interna a sus normas²⁶. La distinción, como dice DEL VECCHIO²⁷, solo está fundada en el punto de partida (el exterior o físico para el derecho y el interior o síquico para la moral) y en la preponderancia de intereses. El Derecho también trasciende la vida interior de la persona y juzga sus intenciones, verbigracia, cuando se refiere al dolo o culpa del sujeto o a su buena o mala fe, o cuando consagra el principio moral de la equidad como regla de interpretación y aplicación de la ley, etc. Además, no toma en cuenta la conducta interior del sujeto valorándola en sí misma, sino únicamente por las consecuencias externas que pueda acarrear. Conforme afirma RADBRUCH²⁸, el Derecho no renuncia a exigir y alentar las intenciones jurídicas, por ejemplo, la ejecución de una pena pretende fines de corrección; o el Estado ordena lo referente a la educación; “ello no responde tan solo al interés de lograr una conducta ajustada al Derecho sino también, evidentemente, al propósito de fomentar en el hombre las intenciones jurídicas”, pero sin duda, las intenciones son consideradas apenas en cuanto tengan una manifestación externa y que sirvan para regir la vida de relación social.

Tampoco la moral se ocupa únicamente de la conducta interna, porque los actos humanos son valorados según su alcance exterior y valor social; en fin de cuentas, la conducta externa no es sino un modo de expresión de la conducta interna. La moral no opone al individuo a la sociedad; por el contrario,

²⁵ MARTÍNEZ PAZ, DE DU PASQUIER, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 153. “No es verdad que para el jurista sea indiferente el elemento interior; se detiene en un análisis y comprensión allí donde ya no es posible penetrar con seguridad; pero no sería posible un acto jurídico separado de la intención del actor, como no podríamos suponer la responsabilidad penal sin contar, a lo menos, con la intención del delinquiente. El acto moral no es tampoco la simple intención de obrar; los teólogos populares suelen repetir con exactitud que el infierno está empedrado de buenas intenciones, para expresar que la moral exige también obras buenas; ni el Derecho vive con independencia de la intención, ni la moral está separada de la acción. No es posible presentar una imagen fragmentada del hombre, que es un compuesto indisoluble de intención y de acción; cualquier doctrina que la desconozca tiene que ser tenida como falsa. El valor práctico de esta distinción es immenso, asegura una concepción unitaria; ya no es posible hablar de separación de un hombre jurídico y de otro moral. El Derecho, ya lo sabemos, toma de la moralidad social su sustancia; cuando se habla del Derecho divorciado de la moralidad, debe entenderse que es un cuerpo muerto, obra de la sutiliza de los juristas, y cuando se dice que está penetrado de moralidad se dice que vuelve a la fuente originaria para fortificarse bajo su influencia”.

²⁶ FERNÁNDEZ y VIDAL, *Introducción a la teoría del derecho*, ob. cit., p. 57.

²⁷ DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 122.

²⁸ RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, ob. cit., p. 55.

lo considera como un ser sociable y lo valora como tal²⁹. No se trata, como sostiene RECASÉNS³⁰, de distinguir entre acciones interiores y acciones exteriores, lo cual es imposible, sino entre aspecto interno y externo de los actos; la regulación moral gravita preponderantemente sobre el primero y el Derecho sobre el segundo; “el punto de partida de la regulación moral es el campo de las intenciones, el ámbito de la conciencia, o sea, la cara interna del obrar; y el momento de arranque del Derecho es el plano externo de la conducta, la dimensión exterior de los actos”.

La moral tiende a establecer el acuerdo entre la conciencia y la conducta exterior, y en caso de divergencia, predomina aquella sobre esta; en cambio, al Derecho le interesa la exterioridad de la acción; las intenciones solo tienen importancia si aparecen explícita o implícitamente en el acto.

La moral y el Derecho —señala GOLDSCHMIDT³¹— consideran a las acciones humanas en su faz interna y externa, pero la forma de consideración del elemento interno por el Derecho difiere esencialmente de la apreciación moral de aquél; cuando el Derecho se refiere a la intención no la considera en la plenitud de sus infinitas posibilidades y modalidades, como sí lo hace la moral; el Derecho, por ejemplo, puede considerar solamente el “afán de lucro” y dejar fuera elementos intencionales (que sí son considerados por la moral) que van unidos a este, como ser el impulso de venganza, de humillación, etc. En el orden moral, el elemento interno, al considerar la intención en su plenitud, reproduce la personalidad moral del agente. Esto se ve con mayor claridad en el ejercicio del Derecho, en que por lo general las intenciones son irrelevantes. Puede así, por ejemplo, el propietario desalojar no por necesidad, sino por complacencia en el mal ajeno, a la viuda y a los huérfanos por el alquiler impago, y esto, que no interesa al Derecho, es de especial significación para la moral.

29 BORDA, *Manual de derecho civil. Parte general*, ob. cit., p. 9.

30 RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 200. Cotta considera inexacto decir que los deberes morales lo son por sí mismos, lo cual significa que tengo deberes que respetar, aunque no esté ante la mirada de los demás o estos no estén en disposición de exigírmelo cierto comportamiento. Por ejemplo, debo ser honesto incluso en una acción secreta que escape al control ajeno, o debo ser misericordioso, aunque no puedan exigírmelo. Pero honestidad, misericordia, etc., no serían deberes, ni tendrían significado, si no existiese la relación con los demás. La misma moral religiosa, la más íntima, presupone la relación con Dios. El deber es general, pero tiene diversas especies: deberes morales, políticos, religiosos, jurídicos, de cortesía, etc., que establecen diversas correspondencias con las exigencias del desarrollo y seguridad propias de la existencia (COTTA, Sergio, *¿Qué es el derecho?*, traducción del italiano por José Joaquín Blanco Madrid: Rialp, 1993, p. 50).

31 GOLDSCHMIDT, James, *Estudios de filosofía jurídica*, traducción, notas y comentarios por Roberto Goldschmidt y Carlos Pizarro Crespo, Buenos Aires: Tea, 1947, pp. 48 y 49.

Esto nos indica que hay actos contrarios a la razón, inmorales, que jurídicamente constituyen el ejercicio de un *derecho*³² tolerado y protegido por la norma jurídica.

- c) *La autonomía de la moral y la heteronomía del Derecho.* Se suele señalar también como criterio distintivo entre Derecho y moral, en íntima conexión con los criterios anteriores, el de la autonomía de la moral y la heteronomía del Derecho.

La moral es autónoma por ser impuesta por el sujeto a sí mismo en ejercicio de su razón y libertad; las normas morales valen por la convicción propia del sujeto que las reconoce, sin importar que se deriven de un proceso racional íntimo o de una fuente externa como la tradición, la religión, la imposición paterna, etc.; la moral está sujeta solamente al fuero interno del sujeto; su origen y fundamento radica en el imperativo categórico de la conciencia.

La heteronomía del Derecho significa que sus mandatos provienen de un poder extraño al del propio sujeto, procede de la decisión de la autoridad investida de poder coactivo; las normas jurídicas son impuestas por el Estado (Constitución, ley, etc.) o por la sociedad (usos y costumbres) y los subordinados deben cumplirlas independientemente de que las estimen buenas o malas; su validez no depende de la aceptación o reconocimiento por parte del sujeto que debe cumplirlas; el Derecho depende de un fuero externo: el organismo o autoridad competentes. Por ejemplo, si un sujeto se ha comportado contrariamente a las exigencias del deber ser, debe ser sancionado con una pena en la medida de su culpa. La culpa tiene un sentido moral y otro jurídico. La diferencia estriba en que la culpa en sentido moral la experimenta el individuo con base en una autoimputación, en un echarse la culpa de algo, mientras que la fijación de ella en sentido jurídico se produce por la vía de la heteroimputación³³.

Frente al sujeto titular de un deber jurídico hay siempre un sujeto titular del *derecho* correlativo a ese deber (sujeto interesado, pretensor o acreedor); el deber moral, en cambio, no es obligación frente a un sujeto pretensor, sino deber para con Dios o para con la humanidad en la propia intimidad, en la propia persona, deber para con la propia conciencia. El deber moral es impuesto por razón del sujeto dispuesto a cumplirlo. En cambio, la norma jurídica se dicta no en consideración a la persona que debe cumplirlo, sino de la persona titular de la pretensión y que, por ello mismo, está autorizada para exigir que el sujeto del deber cumpla con su prestación.

32 DABIN, Jean, *El derecho subjetivo*, traducción por Francisco Javier Osset, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 62.

33 LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, traducción por Luis Diez-Picazo, Madrid: Civitas, 1985, p. 104.

A este criterio de distinción entre moral y Derecho lo han refutado quienes niegan el dualismo, autonomía o heteronomía. Así, LAUN³⁴ disuelve la heteronomía en la autonomía, al sostener que las determinaciones jurídicas no imponen deberes, pues para que ello suceda tienen que ser reconocidas como válidas por el sujeto; las normas jurídicas por sí solas no son sino el ejercicio del poder del más fuerte. Se transforman en deber, cuando los individuos las reconocen como éticamente válidas, esto es, cuando devienen autónomas. Por su parte, RADBRUCH³⁵ afirma que una obligación heterónoma es una contradicción lógica, pues no es la norma externa como tal la que pueda obligarnos, sino solamente la aceptación de ella por nuestra conciencia; la heteronomía del Derecho significa apenas que la conciencia acepta como propias las normas jurídicas, cuya validez no tiene otra justificación que, al haber sido aceptadas, forman parte de nuestra conciencia; por tanto, la validez de la obligatoriedad del *Derecho* descansa, en última instancia, sobre el deber moral del individuo.

Proceso inverso es el que realiza GOLDSCHMIDT³⁶, para quien lo individual se resuelve en lo social, la autonomía en la heteronomía. Las reglas morales y jurídicas nunca son el fruto de una pura decisión personal, sino el resultado de una objetivación social que se impone a los individuos, prescribiéndoles determinada conducta. La regla heterónoma es impuesta desde afuera.

Para el filósofo inglés HOBBES, por cuanto cada individuo se despoja de su originaria determinación y la delega en el poder del Estado, a fin de que prescriba los modos de obrar, resulta que el Derecho y la moral son régimen de coexistencia estructurados por el Estado que es el que determina, mediante órdenes normativas, la juridicidad y moralidad de los actos humanos.

Es verdad que cuando nos comportamos moralmente no obedecemos a nadie distinto de nosotros mismos (autonomía), y cuando actuamos jurídicamente obedecemos las normas que nos son impuestas por otros (heteronomía). Sin embargo, las normas morales pueden fundarse también en la heteronomía. Así, la moral religiosa que se fundamenta en los preceptos de la voluntad de un

³⁴ Citado por GOLDSCHMIDT, *Estudios de filosofía jurídica*, ob. cit., p. 50.

³⁵ RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, ob. cit., pp. 55 y 56: "Ahora bien, las órdenes jurídicas solo pueden elevarse a deberes de conciencia porque ellas mismas persiguen fines morales porque tienden a la realización de la moral. La validez del Derecho se basa en la moral, porque el fin del Derecho se endereza hacia una meta moral [...] si bien es cierto que el Derecho no puede realizar directamente la moral, puesto que esta es, necesariamente, obra de la libertad, sí puede hacerla posible; el Derecho es la posibilidad de la moral, con lo cual dicho se está que es también la posibilidad de lo inmoral, con lo que se distingue de la moral por su contenido. Esto es precisamente lo que mueve a Ihering a mantener su teoría de que la lucha por el Derecho es, en el hombre, la lucha por la afirmación moral de si mismo, la lucha por la libertad exterior, premisa necesaria para la libertad interior o libertad moral; a sostener que la lucha por el Derecho representa, por tanto, un deber moral".

³⁶ GOLDSCHMIDT, *Estudios de filosofía jurídica*, ob. cit., p. 51.

ser supremo; la moral social que se refiere a los comportamientos de la persona en sus relaciones con los demás y con la comunidad que es la que impone tal moral. Asimismo, los imperativos autónomos se pueden encontrar también en el campo del *derecho*. Verbigracia, las normas que tienen su origen en la autonomía de la voluntad privada. Un contrato es una norma autónoma, en el sentido de que el legislador y el ejecutor se identifican, y la norma se deriva de la misma voluntad de las personas que a ella se someten. En un contrato, quienes ponen las reglas y quienes deben someterse a ellas son los mismos contratantes.

- d) *La moral es incoercible y el Derecho es coercible.* La moral de la conciencia individual y la moral religiosa son incoercibles; su cumplimiento, por suponer la disposición del ánimo del sujeto, no puede imponerse por la fuerza. La violación de la norma moral solo da lugar a sanciones internas, como el remordimiento de conciencia, la frustración, el sentimiento de culpa. En cambio, el Derecho es coercible, su cumplimiento puede ser impuesto por medio de la coacción externa, incluso por la fuerza física.

La moral supone y requiere que sus normas se cumplan con libertad, por convicción propia del sujeto; a ella no se llega conducidos por la fuerza, sino que se va libremente, por propia vocación, libre de coacción irresistible. La conducta realizada por el sujeto sin su querer (como son los actos de un demente o los ejecutados bajo violencia, etc.) no puede ser calificada moralmente ni de buena ni de mala. La moral liga normativamente a la voluntad del sujeto, pero lo deja en libertad de actuar por ser esta la única forma como la moral puede ser cumplida; el deber moral solo existe cuando el sujeto tiene la conciencia, la íntima convicción, de la obligatoriedad que la norma tiene para con él. Los deberes puramente morales no corresponden a lo que se llama *derecho*, no pueden ser exigidos por las normas impositivas, sino que su exigencia es “honestidad de la virtud” (Santo Tomás).

Por el contrario, el Derecho puede ser impuesto coactivamente, aun haciendo uso de la fuerza física cuando la norma lo permite y es posible en la práctica. La imposición del Derecho es incondicional, cuente o no con la adhesión del sujeto y aun contra la voluntad adversa de este.

El cumplimiento inexorable del deber jurídico se obtiene con, sin o en contra de la voluntad del sujeto, porque solo así es posible que el Derecho cumpla su tarea de ordenar objetivamente, con orden, paz, seguridad y justicia, la conducta de las personas, estableciendo los límites de su accionar en la vida de relación social. Por ello, el Derecho no puede detenerse respetuoso ante la voluntad del sujeto, sino que ha de imponer de todos modos la conducta debida o impedir la realización de la conducta prohibida, o aplicar coactivamente la

sanción respectiva si la infracción ya se ha producido. La coactividad es la nota esencial para que el Derecho pueda realizarse. Porque este puede ser impuesto coactivamente, cuando no es acatado en forma espontánea, a todos los sujetos de Derecho; por eso es Derecho; de lo contrario no lo sería.

El imponer el *derecho* independientemente de lo que piensen las gentes, no significa que esté desprovisto de una orientación ética; tanto el legislador en la formación de la ley, como el juzgador en su aplicación, deben apoyarse en el modo de pensar y sentir general de las personas, esto es, en la opinión pública predominante sin la cual la norma jurídica carecería de objetividad³⁷.

Si la moral es violada, la sanción (*el remordimiento de conciencia, el deshonor, la frustración*) es aplicada por el propio sujeto que la ha infringido, quien es consciente de que no ha hecho lo que debía, que ha obrado mal, y por eso sufre el repudio y menosprecio de los demás. La sanción moral es indeterminada, su eficacia es relativa, y depende del grado de sensibilidad y honorabilidad del individuo; en unos casos resultará más temible que la propia sanción jurídica, pero si se trata de espíritus insensibles, amorales, la sanción pasará inadvertida. En cambio, si la norma jurídica es violada, la sanción es aplicada por el órgano competente del Estado (autoridad judicial o administrativa). La moral nunca recurre a la fuerza física; en cambio, el Derecho está respaldado con la violencia institucionalizada que ejerce el Estado.

- e) *La imperatividad-atributividad del Derecho y la imperatividad de la moral.* El *derecho* implica siempre los deberes que una persona (sujeto pasivo) tiene respecto de otra (sujeto activo) que puede exigir su cumplimiento. Impone deberes y además atribuye *derechos* o pretensiones como correlativo de los deberes. El sujeto del *deber* puede exigir que el sujeto del *derecho* no exceda los límites de su pretensión. Se aprecia que el Derecho impone deberes y atribuye derechos recíprocos, tiene carácter “imperativo-atributivo”.
En cambio, si bien hay deberes morales para con el prójimo, estos no pueden ser exigibles como los jurídicos. La moral es puramente imperativa.
- f) *El Derecho obliga y la moral aconseja.* Las normas jurídicas no son consejos ni ruegos, sino preceptos obligatorios, cuya ejecución está garantizada por la

³⁷ “En ese sentido, la obediencia al Derecho se ve favorecida por la incorporación al ordenamiento de la mayor cantidad de elementos éticos, generalmente reconocidos como razonables en la cultura jurídica de un tiempo histórico. En aquellos sistemas donde los ciudadanos se reconocen en sus valoraciones éticas, la obediencia no se producirá solamente por el temor a la sanción, o por la posibilidad de la aplicación de una sanción institucionalizada, sino por el consenso en la bondad de la mayoría de sus normas, que conduce a la obediencia voluntariamente, por medio de la superación de la heteronomía del Derecho y de la internalización de las razones para aceptar las normas” (PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2.^a ed., Madrid: Debate, 1984, pp. 157 y 158).

fuerza coactiva del Estado. El destinatario del mandato jurídico está obligado a seguirlo, pero el destinatario del consejo no lo está, o sea, es libre de seguirlo o no. Si de la ejecución de un mandato jurídico se deriva un mal, la responsabilidad es de quien lo da, por ejemplo, realizar una acción por orden de un superior. Si el mal se deriva del hecho de haber seguido un consejo, la responsabilidad no es del consejero sino del aconsejado.

- g) *Las normas morales son imperativos categóricos y las jurídicas son juicios hipotéticos.* Las normas morales son *imperativos categóricos*³⁸, por cuanto prescriben una acción buena en sí misma, buena en sentido absoluto, que debe ser cumplida sin condiciones. Verbigracia: “No mentir”. Las normas jurídicas son *juicios hipotéticos* que expresan la relación específica de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada (KELSEN). Como argumenta RAVÁ³⁹, la moral impone acciones buenas en sí mismas y, por tanto, categóricas, y el Derecho impone acciones que no son buenas en sí mismas, sino buenas para alcanzar ciertos fines, y, por consiguiente, hipotéticas. Un juicio hipotético no prescribe una acción buena en sí misma sino una acción buena para lograr un fin, esto es, que se cumple condicionalmente a la obtención de tal fin. El fin intentado por el Derecho es lograr la paz jurídica.

De acuerdo con esta concepción, el Derecho es una técnica de organización social y, por consiguiente, las normas que lo componen son técnicas, esto es, normas que prescriben no acciones buenas en sí mismas, sino acciones buenas para alcanzar el fin al cual está orientado el Derecho, o sea, lograr la paz social. Aquí surge una dificultad, a causa de que el ordenamiento jurídico no se distinguiría de otros ordenamientos instrumentales, como los del juego o los del trato social. Esta dificultad se supera por el hecho de que las normas jurídicas son de cumplimiento obligatorio, y, en cambio, las del juego o las de trato social son de cumplimiento libre.

- h) *La moral regula la vida auténtica y el Derecho a la vida social.* Esta distinción entre moral y Derecho es con base en el criterio de la finalidad. La moral toma en cuenta la vida individual auténtica en toda su plenitud (en todos sus aspectos) y se refiere al destino absoluto del individuo. Por el contrario, el Derecho

³⁸ KANT hizo la distinción entre imperativos categóricos, propios de la legislación moral, e imperativos hipotéticos que pueden ser de *habilidad* cuando el fin a que la norma propende es posible o real, por ejemplo: “Si deseas aprender latín debes hacer ejercicios de traducción del español al latín”, o pueden ser de *prudencia* cuando la persecución del fin es obligatoria, verbigracia: “Si quieres ser feliz, debes dominar las pasiones”. Este fin, según KANT, se distingue del primero porque la felicidad es un fin cuya obtención no se ha dejado a la libre voluntad del individuo, como la de aprender latín, sino que es un fin intrínseco a la misma naturaleza del hombre (BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, trad. de Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1992, pp. 57 y 58).

³⁹ Cit., BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 76.

regula solamente la vida de relación social, es decir, contempla solamente lo que hace o deja de hacer la persona, por ejemplo, como cónyuge, padre, vendedor, arrendatario, propietario, acusado, demandante, o sea la posición que ocupa con su relación con los demás. La moral es el orden de la persona, y el Derecho es el orden de la sociedad.

Como dice RECASÉNS SICHES⁴⁰, la moral valora la conducta de un modo absoluto y radical, en su significación integral y última que tiene para la vida del sujeto, abarcando todos los ámbitos del comportamiento y se propone conducir al ser humano a la realización de su supremo destino; su campo de acción es la conciencia: pretende crear en esta un orden que corresponda a las exigencias de la idea pura de la moralidad. El Derecho, en cambio, valora la conducta desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tenga para los demás y para la sociedad, en su valor para la coexistencia y cooperación sociales, no como fines para el sujeto que las cumple, sino como medios para los demás; su campo de acción es el social, en el cual se propone la realización de un orden cierto, seguro, pacífico y justo de convivencia y de cooperación humanas, esto es, determina aquello que es preciso para el fin de la comunidad. El substrato destinado a la realización de los valores morales es la conciencia; en cambio, el substrato real propio de los valores jurídicos es la sociedad. El individuo, en la moral es abstraído de la comunidad y descansa sobre sí mismo, y en el Derecho está en relación directa con la sociedad, ligado a ella y a la vez frente a ella. La moral procura la paz interior y el Derecho va en busca de la paz externa de la sociedad. La moral exige fidelidad a nosotros mismos y el Derecho exige fidelidad a un orden establecido objetivamente. La moral pretende conducirnos a Dios, a la vida eterna, y el Derecho trata de hacer posible una armonización mínima entre los sujetos en esta vida terrena.

- i) *El criterio de validez de la norma jurídica.* Derecho y moral son dos formas de normatividad que se distinguen entre sí, con base en el criterio de validez de las normas jurídicas por su pertinencia al ordenamiento jurídico, es decir, por haberlas creado el órgano competente respetando los límites formales y materiales establecidos por el propio ordenamiento.
- j) *El Derecho no es simplemente una ética exteriorizada.* El Derecho no es una moral abstracta. Es cierto que por medio de él ciertos valores morales son impuestos normativamente a los miembros de una colectividad. Pero, aparte de valores morales, él encarna también valores económicos. Mediante normas coercitivas se intenta encontrar vías prácticas y eficientes para que las personas puedan realizar sus intereses sin interferir los intereses de los demás. El Dere-

cho es también conductas personales, efectos sociales con valor económico, cálculos respecto de situaciones concretas. Él, sin dejar de lado los valores morales, nos presenta alternativas concretas. Por ejemplo, en materia de responsabilidad civil extracontractual, el Código Civil, además de regular la responsabilidad civil subjetiva a título de culpa, regula también la responsabilidad civil objetiva a título de riesgo, es decir, que todo aquel que realiza una actividad riesgosa está obligado a indemnizar los daños que cause con ella. Lo cual significa que una persona que conduce un automóvil, que instala una fábrica, una industria del transporte marítimo, terrestre o aéreo, actividades que no pueden ser calificadas de ilícitas o inmorales, sino por el contrario, de lícitas y buenas, debe indemnizar los daños causados con estas actividades, aun cuando ellas no hayan tenido la más leve culpa en la producción del acto dañoso.

Lo expuesto no debe conducir a creer que la conducta humana se divide en dos sectores, de los cuales uno se adjudica a la moral, y el otro al Derecho. Lo que distingue a la moral del Derecho no es la diversidad de los actos, sino la diversidad del punto de vista de regulación, y la diversidad del aspecto que toman aquellos. Moral y Derecho no se contradicen, pero son distintos los respectivos puntos de vista de regulación, y lo que exigen del sujeto. No todo lo que cae bajo la esfera de lo jurídicamente lícito es moralmente bueno (*non omne quod licet honestum est*). Por ejemplo, no solo el Derecho sino también la moral preceptúa la satisfacción de una deuda, pero mientras para aquél la deuda se cumple por el mero hecho del pago, siendo irrelevante los motivos que determinan este acto, la moral, en cambio, exige en primer lugar y esencialmente la recta intención.

13. Derecho y reglas de trato social

13.1. Concepto de reglas de trato social

Las reglas de trato social, denominadas también *normas convencionales*, *convencionalismos sociales* o *usos sociales*, son prácticas, modos o reglas de comportamiento generalmente admitidos en una sociedad o en uno de sus sectores y atañen a lo que llamamos decencia, decoro, urbanidad, tacto social, gentileza, buena crianza, moda, etiqueta, caballerosidad, buenas maneras, finura, buenos modales, galantería, etc. Hay usos sociales no vinculatorios, por cuanto su inobservancia no provoca ninguna reacción adversa de la comunidad; estos usos son *no normativos*. Por ejemplo, los relativos a las horas en que debemos tomar nuestros alimentos. Y hay otros que se caracterizan por revestir cierta obligatoriedad, por cuanto el grupo social presiona para obtener su cumplimiento y, por consiguiente, la conducta que se aparta de esa práctica o regla de trato social es reprobada socialmente; estos son los usos *normativos*. En la vida de

relación de las personas ha habido convencionalismos sociales, verbigracia, el duelo, que han perdurado por mucho tiempo contra toda clase de prohibiciones morales, religiosas o jurídicas destinadas a desterrarlos.

13.2. Normas morales y reglas de trato social

Entre normas morales y reglas de trato social existen algunas semejanzas como la de que unas y otras regulan conducta humana y ambas carecen de organismos estatales que impongan su cumplimiento de modo inexorable. Tanto el que viola normas puramente morales como el que infringe reglas de trato social no son pasibles de la aplicación coactiva de una sanción institucionalizada jurídicamente (esto es, regulada por el ordenamiento jurídico), sino que por sanción tendrán apenas la reprobación social, el menosprecio de los demás, la exclusión de cierto círculo colectivo, pérdida de prestigio y de honor, etc.

Pero también entre normas morales y reglas de trato social existen claras diferencias:

- a) La moral regula la conducta del individuo en cuanto tal, plenariamente y con referencia a su último destino (es unilateral). El convencionalismo social considera al sujeto como miembro de una agrupación, por ejemplo, círculo profesional, clase social, etc. (es bilateral).
- b) El orden moral considera la intención del sujeto en su plenitud, en todos sus contenidos interiores (interioridad moral). Las reglas de trato social se refieren a la vida externa y superficial del sujeto en relación con los demás integrantes de la organización, círculo, grupo o clase (exterioridad del uso social).

La moral afecta la profundidad de la vida de las intenciones, la auténtica individualidad que no puede ser alcanzada por las reglas del trato, y “así puede ocurrir que un sujeto perfectamente moral esté en déficit respecto de las reglas del trato: lo cual le ocurría a San Francisco de Asís, que encarnó una ejemplaridad de conducta moral y que, en cambio, era un inadaptado para las reglas de trato [...]”, por otra parte, todos conocemos personas muy correctas en el cumplimiento de las normas de trato social, que tienen el alma encanallada por dentro”⁴¹.

- c) La norma moral se la impone el sujeto a sí mismo (es autónoma). La regla de trato social tiene una fuente externa: las convicciones sociales existentes, que exigen del sujeto una simple adhesión, no requiriéndose para nada su sinceridad o insinceridad (es heterónoma). La obligatoriedad de los usos sociales es

41 BORDA, *Manual de derecho civil. Parte general*, ob. cit., p. 12.

independiente de lo que el sujeto piense sobre ellos; el que cumple las reglas de la moda, del luto, de la etiqueta, o el que saluda, cede el paso, etc., desearía muchas veces adoptar una conducta diferente. En cambio, la moral no se contenta con el cumplimiento externo de la norma, sino que exige la adhesión íntima.

13.3. Normas jurídicas y reglas de trato social

Algunos autores (Del Vecchio, Radbruch) niegan la independencia de las reglas del trato, por considerar que la conducta humana se halla sometida a normas morales o normas jurídicas; las primeras se orientan a la idea de lo bueno y las segundas a la realización de la justicia. No admiten una tercera clasificación de normas que no sean ni morales ni jurídicas; los preceptos de aspectos indefinidos, o bien son normas morales que aspiran a ser jurídicas, o ya han alcanzado tal carácter.

Esta dicotomía no se justifica, porque existen reglas de trato social como una categoría independiente de las normas morales y jurídicas⁴². No todas las acciones intersubjetivas son esenciales en una sociedad; esencial es, por ejemplo, cumplir los contratos, indemnizar los daños causados a otro, y no esencial es, verbigracia, saludarse por la calle o ceder el paso a las damas. En determinada sociedad encontramos reglas de conducta que son indispensables para que la comunidad pueda subsistir civilizadamente, como son las normas jurídicas y las morales, y otras que pueden modificarse o desaparecer sin que por ello la sociedad deje de ser tal como la conocemos, conforme sucede con las reglas de trato social.

Las características diferenciales entre normas jurídicas y reglas de trato social son:

- a) Tanto las reglas de trato como las normas jurídicas son heterónomas, pero la diferencia estriba en que las primeras son impuestas por la sociedad o el grupo social al cual pertenece el sujeto, y las normas jurídicas, generalmente, las impone el Estado en uso de su facultad del *ius imperium*.
- b) Las normas jurídicas están contenidas especialmente en las leyes dadas por los organismos competentes del Estado; en cambio, no hay convencionalismos sociales establecidos mediante ley. También existen normas jurídicas contenidas en las costumbres, cuando estas han sido elevadas a la categoría de Derecho positivo, ya porque el legislador para crear la ley se ha inspirado en ellas, o ya porque el ordenamiento jurídico permite su aplicación supletoria en silencio de

⁴² REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, vol. 1, t. 1, São Paulo: Saraiva, 1953, p. 253. "Por outro lado, as regras de congeção ou trato social não dezem repeito ao homem como indivíduo, mas sim ao homem vive integrado en sociedade e entra em relação com os demais que existem as regras de etiqueta, de conceção social, e assim por diante. Elas ocupam, em suma, urna posição intermediária, más autónoma, entre as regras jurídicas e as propriamente morais. Julgamos, assim, que o bem, en quanto relativo ao social, pode ser visto segundo dois ângulos distintos, que abrem a perspectiva do Direito e a das convenções sociais".

la ley. Contrariamente, las reglas de trato social se presentan bajo la forma de usos y costumbres que no tienen la calidad de Derecho. Cuando ciertas reglas del decoro pueden devenir en jurídicas, por ejemplo, si el uso de la toga por los magistrados es impuesto mediante ley, estamos frente a una norma jurídica y no ante un simple convencionalismo. Devienen en normas jurídicas las reglas del trato social que han servido de fuente de inspiración del creador de una norma jurídica; pero también se dan casos en que normas jurídicas han perdido su carácter de tales para quedar reducidas a simples reglas de trato.

- c) Tanto los usos sociales normativos como el *Derecho* son vinculatorios y están provistos de coacción externa. Pero hay que advertir que cuando el sujeto no cumple espontáneamente la norma jurídica, se lo puede obligar por la fuerza para que cumpla el mandato o para que no realice lo prohibido. Si el uso de la fuerza no está permitido, la misma norma prevé modos distintos de cumplimiento del deber, por ejemplo, la ejecución del hecho debido por un tercero a costa del deudor, o la indemnización de daños; la norma jurídica es impuesta coactivamente por los organismos competentes del Estado, unas veces de oficio y otras a solicitud de parte interesada; la coactividad y las sanciones jurídicas tienden al cumplimiento inexorable del Derecho. La sanción jurídica está institucionalizada, en el sentido de que el ordenamiento jurídico establece las sanciones para aplicarse y en qué medida deben aplicarse, y crea los órganos encargados de disponer la aplicación de ellas (jueces y tribunales) y los órganos encargados de aplicarlas efectivamente (policía, etc.). El Derecho es justiciable, es decir, que su aplicación puede ser sometida a un proceso judicial o juicio.

En cambio, las reglas del trato social no pueden ser impuestas de modo inexorable. Su inobservancia puede ser sancionada con censuras, reprobaciones más o menos públicas, rechazo, marginación o exclusiones del grupo social. Estas sanciones, que según la sensibilidad del individuo pueden llegar a ser muy eficaces, no son jamás una imposición forzada de la observancia de la norma de trato; son sanciones difusas, inorgánicas, informales, no están institucionalizadas, no constituyen un pagar de otro modo lo que no se quiso cumplir, ni tienen la calidad de retribución inexorable. Los miembros del grupo o círculo social que se sienten afectados por el incumplimiento de las reglas del trato, por uno de sus miembros, no tienen acción para recurrir ante los organismos coactivos del Estado a fin de exigir el cumplimiento o el pago de una retribución por haber obrado contrariamente a tales reglas. No son justiciables, por cuanto carecen de organismos coactivos del Estado que actúen sobre los infractores imponiéndoles y exigiéndoles responsabilidades; por ejemplo, si un hijo no guarda luto por la muerte de su padre, los demás miembros de la familia no pueden recurrir ante los tribunales para que se le obligue a ponerse luto, ni por esa razón pueden privarlo de la herencia. El convencionalismo impone un mandato, pero se detiene ante el albedrío del sujeto, quien puede violarlo cuantas veces desee si es que no le

importa el “qué dirán los demás”, lo cual difiere de las normas jurídicas, que imponen mandatos que no se detienen ante el albedrío del sujeto, sino que impiden toda conducta en contrario.

Conforme argumenta GOLDSCHMIDT⁴³, la sanción que tienen las reglas convencionales “es efectiva y a veces más eficaz que la misma represión jurídica, pero la posición del sometido a ellas no es la misma que la del súbdito del Derecho. El afectado frente al convencionalismo de las normas que viola o desprecia, puede afirmar su personalidad excluyéndose de la comunidad a que pertenece por un acto de su propio arbitrio, renunciando a las cargas y beneficios que el núcleo le impone: en cambio, jurídicamente esta exclusión y renuncia no es permitida nunca o al menos en los casos excepcionales que proceda, la norma correspondiente determina el modo en que ha de efectuarse”. Por eso, la vigencia del Derecho es absoluta, mientras que la del convencionalismo es solo relativa, pero ello no impide afirmar que a veces el vigor de las reacciones personales o sociales contra la infracción de las normas de trato puede llegar a desplazar a las propias normas jurídicas; así sucede cuando se viola el deber jurídico para cumplir con la regla del trato por temor a sufrir la reprobación social. Por ejemplo, hay quienes no pagan sus deudas jurídicas, pero, en cambio, muchas veces pueden llegar hasta el crimen para satisfacer deudas de juego que no se pueden reclamar ante los tribunales.

Las reglas de trato social, por ejemplo, una regla de cortesía o de gentileza, no se pueden confundir con las normas jurídicas, porque los actos de trato social solamente valen en cuanto son espontáneos; no se puede concebir que alguien pueda ser cortés o gentil por la fuerza, mientras que el Derecho muchas veces se realiza por medios coercitivos.

43 GOLDSCHMIDT, *Estudios de filosofía jurídica*, ob. cit., p. 35.

III

CAPÍTULO

DEFINICIÓN DE DERECHO

14. Etimología de la palabra Derecho

Una primera vía de acercamiento a la realidad del Derecho es la del lenguaje, la de la etimología.

La voz latina *ius*¹, *iuris* (de las que provienen “justicia”, “jurídico”, “jurisprudencia”, “juricidio”, etc.) con la que los romanos designaban al *Derecho*, deriva de la voz sánscrita *iu*, que significa “ligar”, “unir”, “vincular”, “constreñir”. Se afirma también que *ius* proviene de las palabras latinas *luvare* (ayudar) y *iungere* (uncir) o *iugum* (yugo), nombre de una madera que se usa para unir por la cabeza a los bueyes que tiran de un arado, a fin de que caminen en forma recta o en curva, pero al unísono. En este sentido, la voz latina *ius* es el antecedente de la expresión Derecho. PESES-BARBA² nos dice que también el verbo *iubeo iubere*, que significa mandar, ordenar, puede estar en el origen del término.

1 Al parecer, las voces latinas *directus* y *ius* son equivalentes. *Directum* es el participio pasado de *dirigere*, que está constituido por el prefijo continuativo *di* y la forma verbal *régere*, regir, gobernar. *Dirigere* es la forma habitual de guiar, conducir o gobernar. El prefijo *di* procede de las raíces arias *dh* y *dhr*, que encierran la idea de estabilidad y firmeza. *Régere, rego*, contiene el duplicativo *re*, que se desprende de la raíz aria *RJ*, guiar, conducir. De acuerdo con esta etimología, derecho significa ordenamiento firme, estable, permanente. Los romanos usaron la voz *iu* con un significado adjetivo para referirse a lo que se entiende como acción procesal, *directa actio*. UPLIANO considera que *ius* deriva de *iustitia*; para los gramáticos justicia deriva de *ius*. Para algunos autores la voz *iu* deriva de *Jove, Jovis*, nombre de Júpiter, gobernador y ordenador del universo; para otros proviene de *juveo*, mandar, o de *juvo*, proteger, o de *jungo*, juntar, unir o uncir. La raíz sánscrita de *ius* es *yu*, equivalente a vínculo, unión o ligadura y la raíz védica *yos*, santo, puro, verdadero, celestial (ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., pp. 15 y 16).

2 PESES-BARBA, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid: Debate, p. 22.

El Derecho romano desapareció en el mundo medieval occidental, no obstante que en Constantinopla se publicó el *Corpus iuris civilis*; se rebajó la vida jurídica a un ámbito que se caracterizó con el nombre del *vulgarismo jurídico*. La palabra *ius* fue sustituida por la palabra vulgar (bajo latín) *directum*, que equivale a *recto*, la misma que ha determinado la formación de la palabra: en español Derecho, en francés *droit*, en italiano *diritto*, en portugués *direito*, en rumano *dreptul*, en alemán *recht*, en sueco *ratt*, en ruso *pravo*, en estonio *oigus*, en filandés *oikeus*, en griego *dikaion*. También provienen del bajo latín *regere* (gobernar), *rex* (rey), *regnum* (reino), *regula* (regla), *dirigo-dirigere* (ordenación a una pauta o norma).

El origen último reside en la vieja raíz indoeuropea *reg* o *rj* (enderezar, regir) del que procede *rex* en latín. Si a esta raíz se le añade “el prefijo *di*, de las raíces arias *dh* y *dhr*, sinónimas de solidez y firmeza, la palabra *derecho* y sus equivalentes evocarán la idea de conducción y ajuste entre varios seres, sea estático o dinámico, con cierta estabilidad o duración”³.

En la comunidad social moderna, el vocablo “Derecho” es, entre los vocablos de una lengua, la usada con mayor frecuencia y difícilmente sustituible.

Ius significaba lo “que es justo” e *iniuria* “lo que es injusto”. El *ius* era la obra del *ius dicere* del jurista y la *lex* indicaba la forma de expresión de la norma. El *ius* es el saber, la fuerza moral e intelectual que ordena a la sociedad de acuerdo con determinados principios racionales, que devino en el cuerpo de conocimientos jurídicos, obra de los jurisconsultos; en cambio, la *lex* es el producto de la autoridad políticamente soberana.

De la palabra Derecho no se ha formado ningún adjetivo; vacío que ha sido llenado por la palabra “jurídico”. Jurídico es usado para designar todo lo relativo a Derecho. Las expresiones “regla de Derecho” y “regla jurídica” son por consiguiente sinónimas⁴.

El *Derecho* positivo es mucho más que la ley, es también los decretos, los tratados internacionales, los usos y costumbres, los contratos, los testamentos, etc. De ahí que no se debe confundir Derecho positivo y ley, *droit y loi*, *recht y gesetz*, aunque a veces la palabra *ley* se emplea con el significado general de Derecho. Por ejemplo, la expresión “Estado de Derecho” se identifica con la de “imperio de la ley”.

Para entender correctamente qué es el Derecho es necesario tener previamente una idea de la relación entre sociedad y Derecho, puesto que las relaciones humanas constituyen el contenido material del Derecho, tema que hemos tratado en el capí-

3 RUIZ GIMÉNEZ, *Introducción a la filosofía jurídica*, en PESES-BARBA, *Introducción a la filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 22.

4 DU PASQUIER, Claude, *Introducción al derecho*, 3.^a ed., traducción por Julio Ayasta González, Lima: Justo Valenzuela, 1983, p. 11.

tulo I, 5. Además, en vista de que el Derecho aparece como un mandato que ordena imperativamente la conducta humana interindividual, nos obliga a tratar, antes de definirlo, la relación entre Derecho y poder.

15. Derecho y poder

Superado el pluralismo político medieval, la conexión entre *Derecho moderno* y *Estado moderno* es cada vez más estrecha.

El poder (como facultad de tomar decisiones en forma de mandatos que deben ser obedecidos por otros) es político cuando afecta a todos los miembros de la comunidad. El poder político es una de las formas como se manifiesta el poder social. Como dice MIRÓ QUESADA⁵:

[E]l poder social es un fenómeno universal que se expresa en pequeños o grandes grupos, al interior de un sistema, subsistema o parasistema. Dentro de las diversas formas en que se manifiesta el poder social, el poder político desempeña un rol [sic] fundamental, sobre todo en la medida en que las relaciones sociales se hacen más complejas y requieren de alguna forma de ordenamiento.

El concepto unificador del poder político moderno es el concepto de *soberanía*, definido por BODINO⁶ “como el poder absoluto y perpetuo de una república”. El principal atributo de la soberanía es el poder dar leyes. “El primer atributo del príncipe soberano es el poder dar leyes a todos en general y a cada uno en particular”.

Es común identificar el Derecho con la *ley*, entendida esta como toda norma jurídica creada e impuesta por quien ostenta el *poder político* dentro de la comunidad. En algunas épocas la ley fue el producto del poder caprichoso de algún déspota, por ejemplo, el faraón, el emperador, el señor feudal, el inca. Tras cruentos avances y retrocesos a través de la historia, los pueblos han logrado fórmulas racionales de autogobierno que les permiten darse sus propias leyes mediante sus representantes elegidos en sufragio universal. Pero esto no altera el concepto de *ley como producto del poder del soberano*, sea este el rey provisto de facultades ilimitadas o un parlamento que asegura el juego de la democracia.

La relación entre *poder* y Derecho se perfila con HOBES⁷, quien afirma:

⁵ MIRÓ QUESADA RADA, Francisco, *Introducción a la ciencia política. Primera parte*, Lima: Cultural Cuzco, 1994, p. 246.

⁶ BODINO, *Los seis libros de la República*, París: 1576.

⁷ HOBES, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, ob. cit., p. 218.

El legislador en todos los Estados es solo el soberano, ya sea un hombre como en la monarquía, o una asamblea de hombres como en una democracia o aristocracia. Porque el legislador es el que hace la ley, y el Estado solo prescribe y ordena la observancia de aquellas reglas que llamamos *leyes*; por tanto, el Estado es el legislador. Pero el Estado no es nadie, ni tiene capacidad de hacer una cosa sino por su representante (es decir, por el soberano), y, por tanto, el soberano es el único legislador. Por la misma razón, nadie puede abrogar una ley establecida sino el soberano, ya que una ley no es abrogada sino por otra ley que prohíbe ponerla en ejecución.

De acuerdo con este planteamiento, el Derecho es producido por el poder soberano e impuesto coactivamente a los ciudadanos (positivismo). “No es la sabiduría sino la autoridad la que hace la ley”.

Cuando hablo de leyes —dice Hobbes—, hablo de las leyes vivas y armadas [...] No es la palabra de la ley, sino el poder de quien tiene en sus manos la fuerza de una nación, lo que hace eficaces a las leyes.

Esta es la posición del positivismo (el Derecho puesto por una autoridad humana), en contra de la posición del iusnaturalismo, que considera a las normas válidas no porque sean efectivamente aplicadas, sino porque son consideradas justas, en cuanto derivan de la naturaleza e indirectamente de la razón o de la voluntad divina.

En opinión de BENTHAM:

[L]a ley escrita es la única que puede merecer el nombre de ley [...] para la ley escrita hay una base segura y manifiesta; hay un legislador, hay una voluntad, hay una expresión de esta voluntad, una época conocida de su origen [...].

AUSTIN (*Lectures on Jurisprudence*) expresa que:

El objeto del Derecho es el Derecho positivo [...] el Derecho puesto por los superiores políticos a los inferiores políticos [...] Toda ley positiva, o sea, toda ley simple y estrictamente dicha, es puesta por una persona soberana o por un cuerpo soberano de personas a uno o más miembros de la sociedad política independiente en la cual esa persona es cuerpo soberano o supremo⁸.

De acuerdo con estas opiniones, Derecho y *poder* se conectan como causa a efecto. La fuente productora del Derecho el poder soberano directamente o en forma indirecta mediante el reconocimiento de las normas creadas por otros poderes o por

delegación a otros para producir normas. Además, el Estado expresa el monopolio del uso de la fuerza.

IHERING⁹ fue el que delineó la relación entre Derecho y *poder* en el mundo continental. Según el pensamiento de este autor:

[E]l Estado es la sociedad usando su poder coactivo; para ejercer este poder toma la forma del Estado. El Estado es, pues, la forma de ejercicio regulado y asegurado de la fuerza de coacción social; brevemente dicho: es la organización de la coacción social [...] La organización de la coacción social se presenta bajo dos aspectos: el establecimiento del mecanismo exterior de la fuerza y el de los principios que regulan su uso. El poder público realiza el uno, el Derecho el otro [...] La soberanía debe ser el atributo del Estado; este debe hallarse por encima de todo (*supra, supranus, sovrano*).

La organización de la fuerza está en manos del poder público.

El poder público, en su esencia, es un *quantum* del poder físico, intelectual, económico, de la generalidad, puesto al servicio de ciertos fines sociales [...] El derecho de coacción social se halla en manos del Estado solo; es su monopolio absoluto [...] El Estado es la fuente única del Derecho, porque las normas que no pueden ser impuestas por el que las establece no son reglas de Derecho [...] El Derecho es el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción [...] El soberano detentador del poder, que debe obligar a todos los que tienen autoridad inferior a la suya, no puede tener, por encima de él, a nadie que le obligue.

La relación pactista entre Derecho y *poder* que formula LOCKE (*Ensayo sobre el gobierno civil*) se concreta en el siguiente párrafo:

Siempre que cierto número de hombres se une en sociedad renunciando cada uno de ellos al poder de ejecutar la ley natural, cediéndolo a la comunidad, entonces y solo entonces se constituye una sociedad política o civil. Este hecho se produce siempre que cierto número de hombres que vivían en el Estado de naturaleza se asocian para formar un pueblo, un cuerpo político sometido a un Gobierno supremo o cuando alguien se adhiere y se incorpora a cualquier Gobierno ya constituido. Por ese hecho autoriza a la sociedad, o lo que es lo mismo, a su Poder Legislativo, para hacer las leyes en su nombre, según convenga al bien público de la sociedad y para ejecutarlas siempre que se requiera su propia asistencia¹⁰.

Locke toma de Hobbes la concepción del estado natural como fundamento del Estado social. Pero a diferencia de Hobbes, que defiende el absolutismo estatal, Locke opta por los límites jurídicos de la soberanía. El hombre en estado de naturaleza es

⁹ VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, Buenos Aires: Atalaya, 1946, p. 152 y ss.

¹⁰ PESES-BARBA, *Introducción a la filosofía del derecho*, ob. cit., p. 50.

bueno, en estado de sociedad es mejor. En el estado de naturaleza hay inconvenientes, para cuya eliminación los hombres se unen en sociedad mediante el contrato, con el fin de mejorar la convivencia, reprimiendo los abusos que impiden el goce de los derechos naturales. El Estado no puede violar los derechos naturales, en cuya tutela está la razón de su existencia. En ellos encuentran su fundamento los límites a la autoridad; si el Estado traspasa esos límites deviene en ilegítimo y, por tanto, es lícita la rebelión de los ciudadanos.

KELSEN¹¹ dice que el Estado es un orden social coactivo, y este tiene que ser idéntico al orden jurídico:

El Estado es un orden jurídico. Pero no todo orden jurídico es ya designado como Estado; lo es solo en caso de que el orden jurídico constituya, para la producción y ejecución de las normas que lo integran, órganos que funcionan según el principio de la división del trabajo. Llámase Estado al orden jurídico cuando ha alcanzado cierto grado de centralización [...] sobre el orden jurídico estatal no hay otro superior, es el Estado mismo el orden o la comunidad jurídica suprema, soberana.

El Estado es un orden coactivo, un conjunto de normas que se hacen valer contra los transgresores, incluso recurriendo a la fuerza, y el orden jurídico se apoya en una norma presupuesta: la norma hipotética fundamental que puede ser un acto revolucionario triunfante que modifica la vieja Constitución y establece una nueva que fija las condiciones en las cuales deben cumplirse los actos coactivos, “de acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo que impone fundándose en una Constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del Estado...”. De lo cual se deduce que el cambio de relaciones de poder produce cambios en el ordenamiento jurídico.

El término *política* designa la esfera de las acciones que tienen alguna relación directa o indirecta con la conquista y el ejercicio del poder, supremo o soberano, sobre la comunidad de individuos en un territorio. En el pensamiento de BOBBIO¹², entre política y Derecho existe interdependencia recíproca. La política se lleva a efecto por medio del Derecho; este delimita y disciplina la acción política. Él es producto del poder político. Donde no hay poder capaz de hacer valer las normas impuestas por él, recurriendo en última instancia a la fuerza, no hay Derecho (positivo). No hay otro Derecho que el directo o indirectamente reconocido por el poder político. La existencia del orden jurídico depende de la existencia de un poder político. Pero ante

¹¹ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, traducción por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires: Losada, 1941, p. 157 y ss.

¹² FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política. Antología*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 149 y ss.

un Derecho positivo hecho valer por medio de la fuerza contra cualquier miembro del grupo, hay que afrontar la vieja objeción: “¿Cómo se distingue una comunidad jurídica, como es el Estado, de una banda de ladrones; la norma del Derecho del mando de un truhán, la disposición del legislador de la intimidación del bandido: el dinero o la vida?”. SAN AGUSTÍN (*El pensamiento político cristiano*) expone este problema en los siguientes términos:

¿Qué son las bandas de ladrones sino pequeños reinos? También una banda de ladrones es, en efecto, una asociación de hombres, en la que hay un jefe que manda, en la que se reconoce un pacto social, y el reparto del botín está regulado por acuerdos previamente establecidos. Si esta asociación de malhechores crece hasta el punto de ocupar un país y establecer en él su sede, sometiendo pueblos y ciudades, y asume el título de reino, título que le es asegurado no por la renuncia a la codicia, sino por la conquista de la impunidad.

Para SAN AGUSTÍN, lo que distingue a una comunidad política de una banda de ladrones es la correspondencia de las leyes al ideal de justicia.

Pero ¿qué es la justicia? ¿Quién decide el contenido del principio de justicia?

Aquí interviene —expresa BOBBIO¹³— otro criterio de distinción: aquel entre poder legítimo y el ilegítimo. Y es en este momento cuando la relación entre el Derecho y la política cambia: ya no es el poder político el que produce el Derecho, sino este el que justifica el poder político. Ahora entra en escena la distinción entre poder de Derecho y poder de hecho. Solo la referencia a un principio de legitimidad hace del poder de imponer obligaciones un derecho y de la obediencia de los destinatarios de la imposición un deber, transforma una relación de mera fuerza en una relación jurídica.

ROUSSEAU escribió: “El más fuerte no lo es jamás bastante para ser siempre el amo, si no transforma la fuerza en Derecho y la obediencia en deber”.

Un poder puede llamarse legítimo cuando quien lo detenta lo ejerce a justo título, y esto hace cuando está autorizado por una norma o por un conjunto de normas generales que establecen quién tiene, en determinada comunidad, el derecho de mandar y de que sus mandatos sean obedecidos. La autorización transforma el poder simple en autoridad: la diferencia entre autoridad y poder puede ser resuelta en la distinción entre poder de Derecho, y por ello legítimo, y poder de hecho.

No es el rey el que hace la ley, sino esta la que hace al rey. El rey es soberano legítimo, y por tanto tiene autoridad y no solo el poder simple del más fuerte, quien

¹³ BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá: Temis, 2013.

gobierna con base en un poder que le ha sido conferido por una ley superior a él mismo. La usurpación o las dictaduras son situaciones temporales, y dan vida a un sistema de poder durable solamente si su poder respectivo es institucionalizado, en definitiva, regulado por el Derecho.

Otro aspecto de la relación entre el poder y *el Derecho* —nos recuerda BOBBIO— es el relativo a la legalidad del poder.

Cuando se exige que el poder sea legítimo se pide que quien lo detenta tenga el derecho de tenerlo. Cuando se invoca la legalidad del poder, se pide que quien lo detenta lo ejerza no según su propio capricho, sino de conformidad con reglas establecidas y dentro de los límites de estas. Lo opuesto del poder legítimo es el poder de hecho; lo contrario del poder legal es el poder arbitrario. Toda la historia del pensamiento político occidental está surcada por la pregunta: ¿qué es mejor, el gobierno de las leyes o el de los hombres? Desde Aristóteles, la respuesta siempre se mueve en favor del primer elemento del dilema.

No hay ninguna diferencia entre gobernantes y gobernados respecto al imperio de la ley, porque el propio poder de los gobernantes está regulado por normas jurídicas. En el Estado de Derecho el poder político está subordinado al Derecho.

El Estado de Derecho surge con la Revolución francesa de 1789, como una reacción contra el antiguo Estado absolutista o Estado-policía que concentra el poder en el monarca, quien puede ejercerlo arbitrariamente, plasmado en palabras de Luis XIV: “Todos vuestros súbditos os deben su persona, sus bienes, su sangre, sin tener derecho a pretender nada. Sacrificando todo lo que ellos tienen cumplen su deber y no os dan nada, porque todo es vuestro”.

El Estado de Derecho se caracteriza por el imperio de la ley, entendida como la emanación de la voluntad popular, la defensa de los derechos fundamentales, la división de poderes, la legalidad de la actividad administrativa. En fin, el poder del Estado está limitado por su sometimiento a la ley, es decir, el Estado de Derecho es el Estado sometido al Derecho.

16. Acepciones de la palabra “Derecho”

La palabra *derecho* tiene varias acepciones que están relacionadas entre sí. Veamos los ejemplos siguientes:

- 1) “El Derecho peruano prescribe que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.
- 2) “Tengo *derecho* a percibir una remuneración en pago por mi trabajo”.

- 3) “El Derecho es una ciencia humana”.
- 4) “Todo ordenamiento jurídico debe estar orientado en el supremo valor de la justicia”.

La primera frase hace referencia al “Derecho positivo” como conjunto de normas revestidas con fuerza obligatoria que integran el ordenamiento jurídico, por ejemplo, leyes, decretos, reglamentos, sentencias, costumbres, etc. La palabra “Derecho” es usada como “norma”.

El segundo ejemplo se refiere al “derecho subjetivo”, o sea, como facultad, poder, atribución, permiso o posibilidad atribuida a un sujeto por el Derecho positivo, verbigracia, el derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad, los derechos derivados de un contrato, etc. La palabra *derecho* es utilizada como *facultad* o *poder*.

En el tercero, la palabra Derecho se refiere al estudio e investigación de la realidad jurídica, tanto del Derecho *objetivo* como del *derecho subjetivo*. Esta es la acepción del Derecho como *ciencia jurídica* o *ciencia* del Derecho.

Por último, en el cuarto ejemplo, la palabra *derecho* es usada en su significado de justicia. En este sentido, el *derecho* vendría a significar *lo justo*. Sin duda, cuando, por ejemplo, digo: “No hay derecho a que me traten así”, estoy expresando “que no es justo que me traten así”. Aquí, Derecho significa *lo justo*.

Estas acepciones están vinculadas entre sí, pues el Derecho como objeto de conocimiento científico, estudia a las normas jurídicas pertenecientes a un ordenamiento jurídico (que describiendo la realidad social prescribe la observancia de cierta conducta), en el cual encuentra su fundamento el *derecho subjetivo* de cada cual, y expresa un ideal de justicia para que cada uno reciba lo suyo, cada quien obtenga lo que le corresponde, que a cada quien se le dé según sus necesidades y posibilidades.

Con las mencionadas acepciones comprobamos que el término Derecho es ambiguo, por cuanto con él podemos referirnos a ideas distintas; comprende tanto al objeto de estudio como al estudio del objeto. Adoptar una de sus acepciones dependerá de la perspectiva desde la cual se mire la cuestión. No obstante, se conviene, casi generalmente, dándole a la palabra Derecho su significado objetivo o positivo por ser la norma (o mejor, el ordenamiento jurídico al cual pertenece la norma) la que hace referencia a las otras acepciones: el *derecho subjetivo* se sustenta en la norma que integra el ordenamiento jurídico; la ciencia jurídica se centra básicamente en el estudio del ordenamiento jurídico; y cuando hablamos de derecho justo o injusto es porque consideramos que el ordenamiento jurídico también lo es.

En algunos idiomas, la anotada confusión no se da porque para cada acepción de las que hemos señalado existen tantas palabras distintas. Así, en el latín al Derecho *objetivo* se le llama *ius*, al subjetivo *facultas* y a la justicia *iustiun*. En idioma español

el *Derecho objetivo* es escrito con la inicial mayúscula y el *derecho subjetivo* con la inicial minúscula, pero muchos juristas no siguen estas convenciones y utilizan, en cualquier caso, la palabra *derecho* con minúscula. En inglés, al *Derecho objetivo* se le denomina *law* y al *derecho subjetivo*, *right*.

17. Definición¹⁴ de Derecho

Como acabamos de ver en el punto precedente, la palabra *derecho* es ambigua por ser susceptible de múltiples conceptos. El término presenta también problemas de vaguedad, tanto porque no hay acuerdo sobre las notas que caracterizan al Derecho, para unos será la coacción, para otros la generalidad, etc., cuanto porque su campo de aplicación no está perfectamente determinado, por ejemplo, nos planteamos si el Derecho internacional es o no verdadero *Derecho*. Además, el Derecho es una realidad compleja que presenta varias dimensiones: social, lógica, económica, sicológica, ética, religiosa, etc. Todo esto impide que exista una definición de Derecho aceptada unánimemente o que haya una definición que por sí sola pueda comprender toda la realidad jurídica. Cada autor ha definido al Derecho de acuerdo con su propio punto de vista o perspectiva (social, lógica, sicológica, ética, religiosa, etc.). A modo de ejemplos mencionamos en seguida algunas definiciones:

ARISTÓTELES, en el libro V de su *Ética a Nicómaco*, dedicado a la justicia, trata de la virtud de esta (*dikaiosume*), tanto la general o moral (que se refiere a la conformidad de un individuo con la ley moral, lo que desborda ampliamente al Derecho) como la particular o jurídica. La general procura hacer del hombre un ser virtuoso, honesto, valiente, etc., esto es, que de manera habitual adecúe su conducta a las leyes morales. La justicia particular significa que el ciudadano no se quede con más ni menos de lo que le corresponde, que cada uno tenga lo suyo; el Derecho se ocupa en decir lo que es justo, lo que pertenece a cada uno (*suum cuique tribuere*), o que en la sociedad sea bien realizada la repartición de los bienes y las cargas. La tarea de que al ciudadano se le asigne lo que le corresponde no puede ser realizada por los particulares, sino que

¹⁴ Definir, del latín *definitio*, significa trazar límites (*definire*), separar una cosa de otra que le es próxima. La *definición real* o *esencial* pretende determinar lo que una cosa es (*quid rei*), revelando su esencia o su naturaleza. El procedimiento para ello se basa en el criterio lógico del género y la diferencia. Se señala el género próximo (*genus proximum*) y la diferencia específica (*differentia specifica*). Por ejemplo, al definir el hombre, según Aristóteles, como “animal racional”, se señala el género próximo, que es “animal”, y la diferencia específica, que es “racional”. La *definición nominal* revela el significado que tienen las palabras que utilizamos para designar las cosas; no es una definición que tenga validez general y absoluta. En el Derecho se recurre a la definición nominal, es decir, se comprueba el significado que a la palabra Derecho le dan los operadores de este, o el significado que le da la gente común. Pero como la palabra Derecho designa un objeto cultural, ello explica que la definición de Derecho sea esencial (RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la ciencia del derecho*, 2.^a ed., Salamanca: Librería Cervantes, 1993, pp. 30 y 31).

requiere la presencia de un órgano público: el legislador y el juez. La justicia general nos pone en el campo de la moral y la particular en el ámbito del Derecho, donde se mueven los juristas con su actividad específica. El Derecho es la profesión, actividad, ciencia o arte de los juristas. Se distingue la virtud de la justicia (*dikaiosune*) propia del hombre justo (*dikaios*) con la cosa justa o Derecho (*to dikaios*). El *to dikaios* de Aristóteles es el *ius* de los romanos. El estagirita vislumbró dos tipos de Derecho, es decir dos tipos de igualdades, puesto que el Derecho es lo igual (*isom*): la igualdad proporcional (repartición de bienes, honores y cargas públicas en proporciones establecidas entre las personas y los bienes y cargas repartidos) y la igualdad aritmética (rige la materia de los intercambios de bienes: restituir una cantidad equivalente al valor entregado o robado). La primera es la justicia distributiva, la segunda la comunitativa; ambas pertenecen al Derecho.

El romano CELSO dio esta definición: “*Ius est ars boni et aequi*” (el *derecho* es el arte de lo bueno y de lo justo). Este concepto unifica los valores morales y sociales que lo jurídico implica para el ser humano, para el jurista que redacta las leyes y para el juez que las interpreta y aplica.

Para SANTO TOMÁS, el Derecho es la ordenación de la razón encaminada al bien común. Segundo MARX (uno de los fundadores de la sociología moderna), el Derecho (y el Estado) es un instrumento de dominación de una clase sobre otra. STUCKA, en su obra *La función revolucionaria del Derecho y del Estado*, escrita en 1921, da la siguiente definición: “El Derecho es un sistema (u ordenamiento) de relaciones sociales correspondiente a los intereses de la clase dominante y tutelado por la fuerza organizada de esta clase”¹⁵.

Desde el punto de vista estatal-formalista, cuyo ideal principal por alcanzar es la seguridad jurídica, el *Derecho* es un sistema de normas integrantes del ordenamiento jurídico, elaboradas de acuerdo con criterios y procedimientos establecidos por el propio ordenamiento. Esta concepción otorga a la ley el máximo rango jerárquico en el ordenamiento jurídico, en detrimento de la costumbre como fuente del Derecho. La seguridad jurídica impide que el juez pueda crear Derecho, pues debe seguir un procedimiento lógico deductivo al dictar sus sentencias.

Desde la concepción sociológico-realista, que enfatiza el vínculo entre Derecho y sociedad, solo es Derecho válido el conjunto de normas que real y efectivamente rigen la vida social en un momento y lugar determinados. Lo fundamental en el Derecho es que sea eficaz, esto es, que tenga aplicación efectiva en la vida de relación social. Para esta concepción, los jueces son los que crean el Derecho.

15 ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcelona: Barcanova, 1985, p. 55.

Desde la perspectiva sociológica, SCELLE dice que “el derecho es un imperativo social que traduce una necesidad nacida de la solidaridad natural”.

Desde un punto de vista óntico-valorativo, la definición del Derecho debe hacer referencia al valor justicia. Esta constituye el valor principal para alcanzar por el Derecho. La justicia es la que determina los límites de este. La justicia del Derecho, la necesidad de que respete ciertos principios éticos o morales, constituyen el requisito para la existencia de aquél.

Es célebre la definición individualista de KANT¹⁶: “El derecho es el conjunto de condiciones mediante las cuales el libre arbitrio del uno puede acordarse con el del otro siguiendo una ley general de libertad”.

Según KELSEN¹⁷, el Derecho debe definirse en función de las siguientes notas: 1) es un conjunto de normas; 2) tales normas son heterónomas; 3) no postulan un deber ser en sentido ético, sino que se limitan a enlazar a un hecho condicionante una consecuencia condicionada; 4) pueden ser coactivamente impuestas; 5) su observancia debe hallarse garantizada por un deber capaz de aplicarlas normalmente, aun contra la voluntad de los obligados.

El jurista español CASTÁN TOBEÑAS¹⁸ da una definición globalizadora de todos los elementos del Derecho, incluyendo el fin supremo que justifica su existencia: “El Derecho es la ordenación moral, imperativa, de la vida social humana, orientada a la realización de la justicia”.

Según LE FUR¹⁹, se está ante una regla de la vida social impuesta por la autoridad competente (monarca o parlamento, dictadura o asamblea popular), con miras a la utilidad general o al bien común del grupo, y en principio provista de sanciones para asegurar su efectividad.

Para la *teoría tridimensional* del Derecho de Miguel REALE²⁰, “el Derecho es una obra humana con forma de normatividad impositiva inexorable, para satisfacer unas necesidades sociales, de acuerdo con las exigencias de unos valores y que obtiene eficacia en la realidad colectiva”. REALE, de quien viene la expresión “teoría tridimensional”, señala que el Derecho es una realidad susceptible de ser contemplada desde una triple perspectiva: como hecho, como valor y como norma. La realidad social es un dato que los valores tratan de ordenar.

¹⁶ KANT, Principios metafísicos del Derecho, nota preliminar de Francisco Ayala, Buenos Aires: Americalee, 1943, p. 47.

¹⁷ KELSEN, Haus, La Teoría pura del Derecho, Introducción a la problemática científica del Derecho, Buenos Aires: Losada, 1946, p. 31 y ss.

¹⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José, Teoría de la aplicación e investigación del Derecho, Madrid, 1947, p. 37.

¹⁹ LE FUR, Louis, Los fines del Derecho. Bien común, justicia, seguridad, ciudad de México: UNAM, 1967.

²⁰ REALE, Miguel, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 26.

Para la *teoría egológica*, el Derecho es conducta humana intersubjetiva. Según COSSIO²¹, la positividad o vigencia del Derecho es la “existencia que es inherente a la conducta, como hecho que ella es”. Conforme a la indagación egológica, los fundamentos de la positividad son: 1) el Derecho es conducta humana intersubjetiva, no la norma; 2) es un objeto cultural; 3) como objeto cultural que es, la conducta no puede ser concebida como un hecho en bruto, sino como un hecho con sentido; 4) la norma es la representación conceptual de la conducta; 5) como toda representación conceptual, la norma puede representar adecuadamente la conducta (y entonces es verdadera) o puede representar erróneamente a la conducta (y entonces es falsa). Para esta interesante teoría, el Derecho en su sentido objetivo es el ordenamiento jurídico o conjunto de normas, y en su sentido subjetivo está constituido por relaciones jurídicas, cada una de las cuales se integra por facultades (*derecho subjetivo strictu sensu*) y deberes. El Derecho objetivo y el *derecho* subjetivo son una y la misma cosa, vista desde dos puntos de vista diferentes²².

Combinando elementos de la teoría tridimensional y de la teoría egológica, FERNÁNDEZ SESSAREGO, en su tesis presentada en San Marcos, en 1950, para optar el grado de bachiller en Derecho, titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, publicada más tarde con el título *El derecho como libertad*, obra que es un hito en la historia de la filosofía peruana del Derecho, define a este como la “conducta humana en su interferencia intersubjetiva, realizando o dejando de realizar valores jurídicos, representada a través de normas”²³. Para dicho autor, los elementos del Derecho son: norma, conducta y valor. Estos elementos están vinculados esencialmente y mutuamente exigidos.

En oposición a la teoría tridimensional, los sostenedores del Derecho como norma y como realidad social, excluyen de la definición la dimensión de valor, estimación o axiología, por redundante, al considerarse implícita en la definición del Derecho como “el conjunto de reglas obligatorias en vista de organizar el orden social”²⁴. El Derecho existe en dos ámbitos: el ideal normativo y el material conformado por las relaciones sociales. Es una realidad reguladora de la propia realidad social, es la expresión normativa de la realidad social y a su vez está condicionada por las fuerzas principales y predominantes de la sociedad. Estos dos aspectos de lo jurídico: norma y realidad social, son distintos, pero no se encuentran separados. Hechas estas precisiones, NÚÑEZ ENCABO²⁵ define al derecho diciendo que “es un conjunto de normas

21 Cossio, Carlos, Teoría de la verdad Jurídica, Losada, Buenos Aires. 1954, p. 125 y ss.

22 AFTALIÓN/GARCÍA/VILANOVA, *Introducción al derecho*, ob. cit., pp. 216 y 217.

23 FERNÁNDEZ SESSAREGO, ob. cit., p. 125.

24 MARTY, Gabriel y Pierre RAYNAUD, *Droit civil*, n.º 36, t. 1, París: Sirey, 1961.

25 NÚÑEZ ENCABO, Manuel, *Introducción al estudio del derecho*, t. 1 (Derecho, ciencia y realidad social), Madrid: Alhambra, 1979, pp. 9-27.

que regulan relaciones humanas bilaterales, cuyo cumplimiento se prevé garantizado por la posible utilización de la coacción organizada del Estado". Normatividad, bilateralidad y coercibilidad son los tres pilares para una noción del Derecho. La normatividad lleva implícita la idea de imperatividad, puesto que el Derecho no da consejos, sino que prescribe mandatos y prohibiciones; la bilateralidad se sustenta en las relaciones humanas sociales.

Máximo Pacheco, profesor y exdecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, da la siguiente definición:

El Derecho positivo es el conjunto de normas de conducta extensivas, bilaterales, imperativas y coactivas que, inspiradas en el derecho natural, regulan efectivamente la conducta de los hombres en una sociedad y momento histórico determinados, con el objeto de establecer un ordenamiento justo de la convivencia humana²⁶.

Desde la perspectiva funcional, BOBBIO²⁷, profesor de las universidades de Camerino, Siena y Turín, considera al Derecho como:

[C]onjunto de normas de conducta y de organización, que constituyen una unidad, que tienen por contenido la reglamentación de relaciones fundamentales para la convivencia y la supervivencia del grupo social, como son las relaciones familiares, las relaciones económicas, las relaciones superiores de poder (o relaciones políticas), además de la reglamentación de los modos y formas con los que el grupo social reacciona contra la violación de las normas de primer grado, o institucionalización de la sanción, y que tiene por fin mínimo el impedimento de las acciones consideradas más destructivas del tejido social, la solución de los conflictos que de no ser resueltos amenazan con hacer imposible la subsistencia misma del grupo; en suma, la obtención y el mantenimiento del orden o de la paz social. Si además se añade, según la dirección predominante de la teoría del Derecho, que el carácter específico del ordenamiento normativo del Derecho respecto de las demás formas de ordenamientos normativos (como son la moral social, las costumbres, los juegos, los deportes, etc.) consiste en el hecho de que el Derecho recurre en última instancia a la fuerza física para obtener el respeto de las normas, para —como suele decirse— hacer efectivo o eficaz el ordenamiento en su conjunto, la conexión entre Derecho (entendido como ordenamiento jurídico) y la política se hace tan estrecha que obliga a considerar al Derecho como el principal instrumento a través del cual las fuerzas políticas que poseen el poder dominante en una determinada sociedad ejercen su propio dominio.

GARCÍA MÁYNEZ²⁸ concluye que la frase de KANT: "Los juristas buscan todavía una definición para su concepto del *derecho*", para que tenga aún vigencia se debe a

²⁶ PACHECO, Máximo, *Teoría del derecho*, 4.^a ed., Santiago: Jurídica de Chile, 1990, p. 27.

²⁷ BOBBIO, Norberto, "Diritto", en *Dizionario di Política*, Turín: Torino, 1976, p. 320.

²⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "El problema de la definición del derecho", en CHANAMÉ ORBE, Raúl, *Introducción al derecho. Materiales de autoaprendizaje*, Lima: Grijley, 1996, p. 41 y ss.

que los juristas, cuando pretenden decirnos qué es el Derecho, se refieren a distintos objetos de conocimiento. Afirma García Márquez que las definiciones propuestas se pueden dividir en tres grandes grupos, a los cuales él llama: Derecho *formalmente válido*, Derecho *intrínsecamente válido* y Derecho *eficaz o positivo*. Y propone estas tres definiciones: 1) Derecho formalmente válido es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que en determinado país y cierta época la autoridad política declara obligatorias; 2) Derecho intrínsecamente válido es la regulación bilateral justa de la vida de una comunidad en un momento dado; y 3) Derecho positivo o eficaz es el conjunto de reglas bilaterales de conducta que efectivamente rigen la vida de una conducta en cierto momento de su historia.

Valiéndonos del perspectivismo orteguiano²⁹, podemos decir que el Derecho es una realidad social e histórica que no puede ser percibida sino desde la especial circunstancia en que se encuentra el observador, por lo cual es necesario agrupar las perspectivas fundamentales de lo jurídico para tener una visión de conjunto del Derecho.

Es muy difundida una doble concepción del Derecho considerado, ya como norma o conjunto de normas integrantes del ordenamiento jurídico (Derecho-norma o Derecho objetivo o positivo), o ya como facultad del sujeto (Derecho subjetivo o derecho-facultad). Uno de los primeros fines del estudio del *derecho* es precisamente volvernos conscientes de la importancia que tiene tanto lo “normativo” (Derecho positivo) como las “facultades”, “poderes” y “atribuciones” de que gozamos (Derecho subjetivo) en nuestra existencia individual y social; por este motivo pasamos a dar una definición de cada uno de ellos.

18. Definición de Derecho positivo

Cualquier persona que se pregunte ¿cuál es el objeto designado con la palabra “Derecho”? , ¿qué objeto o fenómeno me represento mentalmente al utilizar la palabra

29 Según ORTEGA Y GASSET, vivimos en un mundo que nos condiciona, nos construye y nos envuelve (“Yo soy yo y mi circunstancia”); la realidad que nos envuelve no puede ser mirada sino desde el punto de vista que cada cual ocupa en el universo, esto es, solo puede ser vista desde una perspectiva; la perspectiva es uno de los componentes de la realidad. La perspectiva se presenta como el orden o forma que adopta la realidad al ser contemplada; si varía el lugar que el observador ocupa, varía también la perspectiva, y si el observador es sustituido por otro en el mismo lugar, la perspectiva permanece idéntica. Si colocamos ante nosotros una naranja, de cualquier sitio que la miremos encontramos en ella solamente la cara que da a nosotros; su otra faceta queda siempre fuera de nuestra visión. Lo que podemos hacer es dar vueltas en torno al objeto y sumar los aspectos que sucesivamente nos presenta. Aplicada esta tesis al Derecho, vemos que este se nos presenta como una realidad social que puede ser contemplada desde la perspectiva filosófica, jurídico-positiva, sociológica, lógica, etc. (*El espectador. Verdad y perspectiva. Obras completas*, t. I, Madrid: Alianza, 1966).

“Derecho”? obtiene como primera respuesta que con la palabra “Derecho” se designa a las leyes, tratados internacionales, reglamentos, decretos, ordenanzas municipales, costumbres, etc., esto es, al conjunto de normas o reglas que *ordenan* la convivencia del ser humano, convivencia que origina una serie de relaciones que no son las mismas en todo tiempo y lugar, ni todas son relevantes, es decir, necesarias o fundamentales. Hay relaciones sociales que no tienen trascendencia, no son susceptibles de generar conflictos o incertidumbres que afecten la convivencia pacífica. Por ejemplo, si dos o más personas se ponen de acuerdo para, en el atardecer de cierto día, concurrir a la orilla del mar a contemplar cómo se oculta el sol, y una de ellas no concurre a la cita, este incumplimiento del acuerdo no tiene una importancia tal en la vida de relación como para obligar a la persona que incumplió, incluso coercitivamente, a que concurra a la cita o para que pague el probable daño causado con su incumplimiento; por ese motivo el Derecho no se ocupa de esta relación social. En cambio, si dos o más personas celebran un contrato de compraventa y una de ellas no cumple su prestación, este incumplimiento sí afecta seriamente el interés de la otra, genera un conflicto que debe resolverse incluso recurriendo a la coacción, por cuya causa está regulada por el Derecho. Solo a estas relaciones sociales relevantes hay que ordenarlas o regularlas mediante normas de Derecho. En otros términos, el objeto designado con la palabra “Derecho” es el Derecho *positivo*, denominado así por ser el Derecho *puesto* por un acto de voluntad de los que crean las normas. Al Derecho *positivo* se le denomina también *derecho objetivo*, y además se le suele identificar con la expresión latina: *norma agendi*.

Definimos al Derecho *positivo* en los siguientes términos:

El Derecho *positivo*³⁰ es el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente en determinada sociedad, que regula las relaciones sociales relevantes para la convivencia, cuya eficacia está garantizada por la posible utilización de la coacción organizada por el Estado, con el fin de lograr la realización de la justicia.

Presentamos así una visión global del Derecho que encuentra su fundamento en la naturaleza humana; que tiene por objeto la organización del poder público (mediante normas de organización) y la regulación del comportamiento humano que tenga trascendencia en la vida de relación (mediante normas de conducta). En otras palabras, la idea de Derecho *positivo* viene dada por un *orden puesto* por el propio ser humano, mediante normas para evitar que la libre voluntad de los sujetos haga imposible la convivencia civilizada. La autoridad efectiva (eficacia) del ordenamiento está garantizada por la posible coacción, o sea, por la posible aplicación de una *sanción externa e institucionalizada* (regulada por el propio ordenamiento). Por eso, el Derecho

30 Etimológicamente, Derecho *positivo* es el Derecho que es puesto o impuesto. Desde esta perspectiva, el Derecho *positivo* es el Derecho puesto o establecido por los seres humanos.

es coercible. El fin que pretende todo ordenamiento jurídico no puede ser otro que el de la realización de la justicia, la seguridad, el bien común y otros valores jurídicos.

Para el *Iusnaturalismo*, el Derecho es el conjunto de reglas fundamentales, universales, inmutables, necesariamente justas, provenientes, no de la voluntad humana sino de algo superior, según algunos, de Dios, para otros, de la naturaleza humana, y según otros, de la razón, perceptibles por cualquier ser humano por ser congruentes con su naturaleza. El Derecho *natural* es necesariamente justo.

Para el *positivismo radical*, el Derecho es el conjunto de normas establecidas por el hombre para ordenar su convivencia, independientemente de que sean justas o injustas. Se admite la posibilidad de un Derecho *injusto*.

Ante estos dos extremos negativos se impone la necesidad de concordar el Derecho *positivo* con el Derecho *natural*, que es lo que hacemos en la definición propuesta. El Derecho positivo, tanto en su creación por el legislador como en su interpretación y aplicación, debe inspirarse en los principios fundamentales del Derecho natural, para que sea un Derecho *justo*. Un Derecho positivo que no se fundamente en el Derecho natural, por más que se le arrope de formalismos democráticos representativos, no es Derecho, sino un simple mandato imperativo injusto proveniente de la fuerza bruta.

Las expresiones utilizadas en la definición necesitan de algunas precisiones.

- a) *Concepto de norma jurídica.* El Derecho positivo es un complejo de *normas*³¹, es decir, *reglas de conducta indispensables para hacer posible la convivencia humana en sociedad, en un lugar y momento determinados*, creadas por los organismos competentes del Estado (leyes, reglamentos, ordenanzas municipales, sentencias, etc.), o por la autonomía de la voluntad privada (contratos, testamentos, etc.), o por la comunidad, mediante una indefinida reiteración de actos iguales con la convicción de su obligatoriedad.

31 Las normas (*rules*), dice ROSCOE POUND, se conceptúan como preceptos que atribuyen una consecuencia jurídica precisamente delimitada a una situación fáctica detalladamente definida. Fueron la materia prima de los códigos de la antigüedad que reglamentaban el sustituto compensatorio de la venganza privada, por lo que la concreción en la formulación de la norma apuntaba a evitar cualquier tipo de discrecionalidad en su aplicación. Ejemplo, la norma del *Código de Hammurabi*: “Si un hombre libre golpea a un hombre libre, deberá pagarle diez *shekels* de plata”; la norma de la *Ley Sálica*, dice: “Aquel que llame zorro a otro será condenado a pagarle tres *chelines*”; la norma de las XII *Tablas*, expresa: “Si un padre vende tres veces a un hijo como esclavo, el hijo queda libre de la potestad paterna”. Las normas modernas, pese a cubrir un ámbito mayor que el de las normas antiguas, poseen significados más precisos, por pertenecer a sistemas de normas interrelacionadas. De igual manera, las normas extraídas del precedente judicial, aunque no puedan formularse en lenguaje absolutamente preciso, adquieren significados claros al relacionarse sistemáticamente con otras normas originadas en la jurisprudencia (POUND, citado por GARBER, Carlos A., “La interpretación en el sociologismo jurídico norteamericano”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 9, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 122).

Siendo de la esencia del Derecho el regular coactivamente la conducta humana social, el ordenamiento prescribe también una sanción para el caso de que no se cumpla con el deber. Por eso existen normas llamadas *sancionadoras*, que complementan otras que establecen solamente deberes y derechos. De allí que sea preferible hablar, no de coercibilidad de la norma jurídica, sino de coercibilidad del ordenamiento jurídico que está integrado por todas las normas vigentes en un país. La obligación de conducirse de cierta manera se cumple siempre, si es que el ordenamiento jurídico estatuye un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Así, el que incumple una obligación contractual puede ser sancionado al pago de los daños y perjuicios que cause con su incumplimiento.

Toda norma de conducta, moral, religiosa, de trato social, jurídica, envuelve una sanción para el caso de incumplimiento del deber, pero mientras que la sanción jurídica se caracteriza por estar socialmente organizada, las otras son difusas y espontáneas. La sanción jurídica tiene simetría, reciprocidad, proporcionalidad con la violación de la norma. Si la norma jurídica dice que la sanción es la nulidad del acto, no se puede declarar la rescisión o la resolución; si dispone que se debe aplicar pena de multa, no se puede imponer una pena privativa de la libertad. En cambio, las sanciones morales corren siempre el riesgo de ser distorsionadas, empequeñeciéndolas o agigantándolas.

La norma jurídica es pragmática, trata de alcanzar un fin: la paz social con justicia. El fin del Derecho no es libre sino de obligatorio cumplimiento.

Son características de la norma jurídica: la exterioridad (regula las acciones humanas solo desde el momento en que son exteriorizadas), la bilateralidad (regula la vida intersubjetiva), la determinación (tiene un contenido más o menos cierto), la imperatividad (contiene un mandato positivo o negativo), la coercibilidad (puede ser impuesta coactivamente), la finalidad (procura el establecimiento de un orden justo).

- b) *Ordenamiento jurídico*. Las normas jurídicas nunca se encuentran solas, ni todas están amontonadas, yuxtapuestas (colocadas unas al lado de otras), ni todas son del mismo género (hay normas de distinto rango: Constitución, leyes, decretos, etc.), sino que todas se encuentran formando parte de un conjunto sistematizado de normas, esto es, como ordenamiento jurídico. Por consiguiente, es correcto cuando se afirma que el Derecho *positivo* es el *ordenamiento jurídico vigente*.

Se suele definir al Derecho *positivo* como el conjunto sistematizado de normas emanadas de la autoridad competente del Estado. Esta noción es restringida, porque en el ordenamiento jurídico existen también normas consuetudinarias, normas negociales (contratos, testamentos, etc.) y principios generales. Cuan-

do nos referimos al *Derecho positivo peruano* no pensamos solamente en los códigos, en las leyes, decretos, ordenanzas, etc., o en los precedentes judiciales, sino también aludimos a los usos y costumbres, a los principios generales del Derecho elevados a la categoría de normas jurídicas, a los actos o negocios jurídicos (testamentos, contratos, etc.). De ahí que cuando en nuestra definición decimos que el Derecho *positivo* es el ordenamiento jurídico (conjunto de normas jurídicas ordenadas sistemáticamente), estamos comprendiendo en él a las leyes, decretos, costumbres, principios generales, sentencias, contratos, etc.

- c) *Validez.* El Derecho *positivo* vigente debe ser válido y eficaz, independientemente de que sea calificado de bueno o malo, justo o injusto. Como dice LOSANO³², profesor de Teoría General del Derecho en la Universidad Estatal de Milán, el Derecho *positivo* es “el Derecho tal como es hoy, o como fue en el pasado y no como debería o habría debido ser”.

Son normas jurídicas válidas las elaboradas, promulgadas y publicadas por el órgano competente del Estado o por los particulares por delegación de este, observando tanto las limitaciones formales (procedimientos para dar la norma) como materiales (contenido de la norma), señalados por el ordenamiento jurídico. La norma creada conforme a estos requisitos existe válidamente, por ser compatible, congruente, no contradictoria con las demás normas que integran el ordenamiento.

La norma es válida cuando ha sido dictada de conformidad con otra de rango superior:

Una norma jurídica no es válida porque posee un contenido determinado, es decir, porque su contenido puede ser deducido de una norma fundamental presupuesta mediante un razonamiento lógico, sino porque ha sido creada de una manera determinada, en última instancia, por la norma fundamental presupuesta³³.

Una norma inferior surge válidamente por un mecanismo de aplicación y de creación, de acuerdo con las condiciones establecidas en otra norma superior: una sentencia es válida si ha sido creada con arreglo a una norma general; esta, a la par, deriva su validez de la Constitución, esta sustenta su validez en otra Constitución anterior y así, sucesivamente, podemos remontarnos a una primera Constitución histórica. El fundamento de validez de la primera Constitución se tiene que buscar fuera del ordenamiento jurídico: en un acto de

³² LOSANO, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos*, traducción por el italiano Alfonso Ruiz M., Madrid: Debate, 1982, p. 33

³³ KELSEN, *La teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 67.

voluntad popular, o de la voluntad de alguien que se considere enviado o representante de la divinidad, o el acto de fuerza de una clase dominante; a esto Kelsen denomina norma *hipotética fundamental*, que sirve de fundamento de validez de todo el sistema jurídico.

- d) *Vigencia. Derecho vigente* es el que existe en la actualidad. La norma o el ordenamiento que está en vigor, rige las relaciones sociales actuales, presentes, real y efectiva o potencialmente. El *Derecho vigente* se contrapone al *Derecho histórico*, que existió en su momento, pero ahora ya no existe, es ya historia.

La norma es vigente mientras no sea derogada (expresa o tácitamente) por otra de igual o superior jerarquía.

Se suele señalar como causal de pérdida de vigencia de la norma a la suspensión (v. gr., la declaratoria de estado de excepción por el cual se suspende el ejercicio de algunos derechos constitucionales, Const. Pol., art. 137). La declaratoria de suspensión de una norma no le hace perder su vigencia, sino apenas su eficacia por todo el tiempo que dure la suspensión. La norma suspendida sigue formando parte del derecho en vigor, es una realidad presente, no es historia. La norma suspendida es vigente, pero ineficaz hasta el momento en que se produce el vencimiento del plazo de suspensión en que recobra nuevamente su eficacia.

- e) *Eficacia*. Es una característica del ordenamiento, no de la norma. En un ordenamiento jurídico puede haber normas eficaces e ineficaces, como sucede con muchas de las constitucionales (por ejemplo, no obstante que la Constitución peruana en su art. 2.2 prescribe que “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”, no se puede negar que en la realidad existe discriminación por estos motivos). El Derecho es eficaz cuando sus normas son realmente obedecidas y aplicadas; las normas abstractas llegan a encarnarse en comportamientos concretos.

Como dice REALE³⁴, la eficacia tiene un carácter experimental, puesto que se refiere al cumplimiento efectivo del Derecho por parte de la sociedad, al reconocimiento de este por la comunidad o, más concretamente, a los efectos sociales que el cumplimiento de la norma suscita.

Comprobamos fácilmente que no todas las normas válidas son eficaces; hay normas válidas pero ineficaces, por cuanto no tienen aplicación práctica, no cumplen con su finalidad, son simples declaraciones líricas carentes de toda eficacia social. La ineficacia puede ser inicial (desde el momento en que entra

en vigencia la norma), posterior (por ejemplo, cuando se declara el estado de emergencia o el estado de sitio, Const. Pol., art. 137), o ser temporal o definitiva, total o parcial.

La ineficacia puede deberse a que la norma es contraria a los intereses de la colectividad y por tanto no es acatada, o porque ha caído en desuso, o por crear derechos ilusorios que no son posibles de ejecutarse (v. gr., una norma que diga que el Estado proveerá de una vivienda decorosa a todas las familias de la comunidad).

Las normas consuetudinarias no nacen con una validez formal, sino como prácticas habituales en la comunidad, con plena eficacia social y como tales son reconocidas por la norma estatal, para después adquirir validez formal.

- f) *Coerción y coacción.* El Derecho está respaldado por el uso de la fuerza organizada e institucionalizada del Estado que garantiza su cumplimiento, en caso necesario, mediante el uso efectivo de la fuerza. La coercibilidad³⁵ consiste en la posibilidad de usar la fuerza, y la coacción es el uso efectivo de esa fuerza cuando la norma ha sido violada. Con la *coerción* se constriñe al sujeto para que acate el Derecho, si no lo acata se le aplica una *sanción*, y si no acata la sanción, se ejerce contra él la *coacción*. El Derecho es coercible porque impone una conducta sin tomar en cuenta la voluntad de los sujetos, su aceptación o reconocimiento.

La coerción es un elemento esencial y constante del Derecho, elemento que, por la presión sicológica que ejerce sobre los ciudadanos, contribuye a su cumplimiento espontáneo. Como manifiesta ALCALÁ-ZAMORA³⁶:

[N]acido el Derecho para luchar contra la violencia, la coacción es su victoria, su trofeo de los pasados combates y su arma para los venideros, ya que, a más de aplastar la fuerza, logra que esta lo sirva sometida a su imperio. Como es imposible desterrar la violencia, y al cabo la fuerza es humana, dinámica y fecunda, el máximo progreso no está en destruirla, y sí en hacerla pasar de un lado al otro en la pugna del bien contra el mal.

La coercibilidad es como un séquito armado que sigue a la majestad del Derecho, bajo la aspiración de ser utilizada en acto lo menos posible, tanto en frecuencia cuanto en intensidad.

³⁵ A la peculiar característica de imposición incondicional del *derecho*, necesaria para hacer posible la vida social con orden, paz, libertad, seguridad, igualdad y justicia, se la denomina “coercibilidad”, “coercitividad”, “coacción”, “coactividad”, “autarquía”, “irrefragabilidad”, “inquebrantabilidad”, “inxorabilidad” o “impositividad inexorable”.

³⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto, “En torno a la noción del derecho”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. LII, Montevideo: 1954.

Por lo general, el Derecho es observado espontáneamente por todos, pero se dice que es coercible porque en cualquier momento que fuera violado, es posible una oposición *coactiva*. El empleo actual de la fuerza del Estado (coacción) contra la persona que incumple el Derecho puede tratar de que el sujeto obligado realice una conducta o que se abstenga de ciertos actos, que haga o que omita. No es que el Derecho quede reducido a la fuerza, sino que hay que reconocer que la fuerza es necesaria para su realización. Fundamentan la obediencia al Derecho no solamente la fuerza, sino también su reconocimiento por todos o por la mayoría de los miembros de la comunidad, así como el hecho de que las normas que integran el ordenamiento sean creadas por los organismos legitimados para dar normas y que estas respondan a ciertos valores (justicia, libertad, igualdad, etc.).

Si los deberes jurídicos no son observados espontáneamente, el sujeto titular del derecho puede exigir que se ejerza la coacción estatal para obtener su cumplimiento si el interés afectado es de naturaleza privada; pero si el interés es público, la coacción es ejercitada de oficio por el órgano competente del Estado (por ejemplo, la mayoría de los casos de violación de la norma penal).

La coercibilidad³⁷ es una característica esencial del ordenamiento jurídico, no de la norma. En un ordenamiento jurídico existen normas que tienen sanción y otras que no la tienen. El ordenamiento contiene normas que cumplen diversas funciones: algunas imponen ciertas obligaciones, otras prescriben la aplicación de sanciones, otras otorgan competencia para la aplicación de las sanciones, y hay normas que facultan para dictar otras normas.

g) *Sanción*. Toda regla de conducta, religiosa, moral, jurídica, de trato social, se formula con la pretensión de ser cumplida; por eso establece medios para garantizar de una forma u otra su cumplimiento. Estos medios, que tienen por objeto dirigir la voluntad hacia el cumplimiento de las reglas, se llaman *sanción*.

Como toda norma de conducta implica la posibilidad de ser violada, hay necesidad de que se contemplen los medios para hacer frente a esta eventualidad. De ahí que todo sistema normativo implique la posibilidad de la sanción.

³⁷ La coercibilidad está en la esencia del Derecho, tanto para la teoría pura del *derecho* como para la teoría marxista. WAGNER, Heinz, *La teoría pura del derecho y la teoría marxista del derecho*. Ponencia presentada en el simposio organizado por el Instituto Hans Kelsen, bajo el lema de teoría pura del Derecho y teoría marxista del Derecho, efectuado los días 9 y 10 de marzo de 1975, traducción por Ernesto Volkening, Bogotá: Temis, 1984, p. 152: “En el centro de los ordenamientos marxistas se sitúa la coercibilidad de las normas y la posibilidad de imponerlas, pero no solo vía la sanción, sino también (o primero que todo) por vía de la persuasión y de la socialización. Fórmulas por el estilo de como “tan solo está uno legalmente obligado a no robar, en cuanto el que robe será castigado”, no se compadecen con el modo socialista de entender el Derecho”.

La sanción es el medio con el cual se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes ante la erosión de las acciones contrarias. La sanción es la “respuesta a la violación” de la norma³⁸.

La *sanción moral* consiste en el arrepentimiento, el remordimiento de conciencia; es la fuerza síquica que coloca al sujeto en situación de reo ante sí mismo. Es una sanción interna que el sujeto se infinge a sí mismo. Pero también hay una sanción externa: el demérito que se granjea el individuo en la sociedad por haber actuado de esa manera.

La *sanción religiosa* está fundada en la esperanza y la certeza de la vida ultraterrena, en la cual los individuos serán juzgados según el valor ético de su existencia.

Las *sanciones sociales* son impuestas al que viola las normas de convivencia social, normas de costumbre, de urbanidad; en general, de vida social. Las sanciones sociales son externas y pueden ir desde la simple reprobación hasta la exclusión del grupo mediante el aislamiento o la expulsión y llegar, inclusive, al linchamiento. Es el mismo grupo el que reacciona a la violación de la norma.

Las sanciones morales y las religiosas pueden llegar a ser totalmente ineficaces si el sujeto es una persona amoral o cuando no cree en la vida ultraterrena.

Las sanciones sociales carecen de proporción entre violación y respuesta (ejemplo, el linchamiento). Se caracterizan por la incertidumbre de su resultado, la inconstancia de su aplicación y la falta de medida entre violación y respuesta. Esto se debe a que las sanciones sociales no están institucionalizadas por normas fijas y precisas, cuya ejecución esté confiada a algunos miembros del grupo.

La *sanción jurídica* es la respuesta externa e institucionalizada a la violación del deber jurídico. Surge para obviar los inconvenientes de la sanción moral, de la religiosa y de la social; el grupo social institucionaliza la sanción, regulando tanto los comportamientos de los asociados como la reacción a los comportamientos contrarios. El ordenamiento jurídico establece una sanción para toda violación, indica la medida de la sanción y las personas encargadas de cumplir la ejecución³⁹.

La sanción establecida por el ordenamiento no es efectiva, sino posible de ser aplicada si es que el sujeto viola la norma. La sanción no puede ser otra que la prevista en el ordenamiento. Tiene por objeto la privación de un bien (privación de la libertad, la inhabilitación para ejercer algunos derechos, la multa

38 BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, traducción por Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1992, p. 105.

39 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., pp. 110-112.

previa de la propiedad, etc.). Debe ser aplicada por el órgano autorizado del Estado, ser consecuencia de la conducta ilícita del sujeto o también de una conducta lícita pero con resultados dañosos provenientes de los bienes y personas vinculadas al sujeto a quien se imputa la sanción (uso de bienes riesgosos o realización de actividades lícitas pero riesgosas, daños causados por el dependiente por los cuales debe responder el patrono, daños producidos por los representados cuya reparación corresponde a los representantes legales). Existen diversos tipos de sanciones jurídicas:

- 1) *Sanciones penales*: están contempladas en la ley penal (prisión, expatriación, expulsión, prestación de servicios a la comunidad, limitación de días libres, inhabilitación, etc.). Aquí rige la garantía del *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.
 - 2) *Sanciones disciplinarias o contravencionales*: están contenidas en las normas administrativas y son impuestas a los funcionarios y demás servidores públicos por incumplimiento de sus deberes como tales (amonestación, multa, cese, etc.).
 - 3) *Sanciones laborales*: se aplican por las faltas cometidas por los trabajadores; pueden llegar hasta el despido.
 - 4) *Sanciones civiles*: se originan por incumplimiento de las obligaciones contractuales o por los daños causados a terceros sin que exista una relación contractual previa (ejemplo, la indemnización —tratándose de daños patrimoniales— o reparación —tratándose de daños a la persona— de los daños derivados de un accidente de tránsito). Las sanciones civiles pueden ser cominatorias (se conmina al sujeto para que ejecute su prestación), o indemnizatorias o reparatorias.
- h) *Valores*. El Derecho debe tender a la realización de la justicia⁴⁰ y los demás valores jurídicos (libertad, igualdad, seguridad, etc.); no solamente de los éticos, sino también de los intelectuales, técnicos, económicos, etc., que deben ser tenidos en cuenta para la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho. El Derecho *positivo* desprovisto de valores objetivados en sus normas jurídicas pierde legitimidad y eficacia.

40 GOETHE dice: "No hay un aspecto más hermoso en el mundo que ver a un principio que gobierna inteligentemente, que ver un imperio, donde cada uno obedece de buen grado, creyendo servirse a sí mismo, porque se le manda solo lo justo", "Al lado de cada norma ordenando un hacer u omitir se encuentra otra requiriendo una motivación correspondiente" (GOLDSCHMIDT, James, "El concepto del derecho", en CHANAMÉ ORBE, Raúl, *Introducción al derecho, Materiales de autoaprendizaje*, Lima: Grijley, 1996, p. 32).

Un Derecho que no realiza los valores hacia los cuales debería tender, es fuente de conflictos sociales que, en casos extremos, pueden conducir a movimientos revolucionarios para derrocar a los detentadores del poder. Como expresa GARCÍA MÁYNEZ⁴¹:

[C]uando los particulares están convencidos de que el orden en vigor realiza la justicia, sus normas son consideradas por ellos como intrínsecamente obligatorias, y la obediencia se produce de manera espontánea. En aquellos casos en que los destinatarios de un orden jurídico no atribuyen al mismo ningún valor, la sumisión puede lograrse por medio de amenazas, o imponerse por la violencia; pero, en tal hipótesis, los particulares no se sienten ligados por el Derecho, sino sometidos por el poder.

La pugna entre la justicia y las normas en vigor produce una tensión social que puede manifestarse de múltiples maneras, a fin de provocar una reforma; si esta no llega, puede engendrar una actitud de resistencia o, en casos extremos, conducir a la revolución, a fin de crear un nuevo Derecho que consagre los anhelos de justicia de quienes realizaron el movimiento.

19. Una definición de Derecho válida para el mundo capitalista y el socialista

En los aspectos formal o lógico, de contenido y principios, es posible una definición unitaria del Derecho, válida para países capitalistas y socialistas. En ambos, el Derecho *positivo* es un ordenamiento normativo de conducta social con eficacia reforzada. Pero en cuanto a sus fines, no es posible una definición única del Derecho: “Para los países individualistas, el derecho es un sistema de normas que mediante la reglamentación de la conducta humana realiza la paz y la seguridad dentro de un régimen de propiedad privada, de libertad e igualdad políticas...”. En cambio, para los países socialistas: El Derecho es un sistema de normas que mediante la reglamentación de la conducta humana realiza la paz y la seguridad dentro de un régimen de trabajo obligatorio y de participación en la riqueza colectiva de todos sus miembros, sin explotadores ni explotados⁴².

41 Citado por CHANAMÉ ORBE, Raúl, *Introducción al derecho, Materiales de autoaprendizaje*, Lima: Grijley, 1996, p. 57.

42 VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho civil*, 8.^a ed., t. 1, Bogotá: Temis, 1979, p. 17.

Teóricamente, esta afirmación pareciera ser verdad. Sin embargo, en la práctica, ambos sistemas presentan graves deficiencias: el primero crea una clase privilegiada que concentra para sí todo el poder económico y por ende el político, y el segundo opriime políticamente al ciudadano⁴³.

Entre estos dos extremos ha de imponerse la socialización del *derecho* como una nueva organización de convivencia social, que permita a la humanidad liberarse de los extremos del individualismo económico y del totalitarismo de Estado, a fin de que se haga realidad la vigencia de los derechos fundamentales del ser humano, tanto los individuales (derechos de la primera generación) como los sociales (derechos de la segunda generación) y colectivos (derechos de la tercera generación). La paz social con justicia así lo exige.

20. Definición de Derecho subjetivo

El derecho subjetivo es la facultad, poder, atribución o prerrogativa que reconoce o confiere el Derecho positivo al sujeto. Se habla así de *derecho* de propiedad, *derecho* de la autoridad a mandar, del juez a juzgar, del acreedor a exigir una prestación a su deudor, etc. (véase capítulo VII).

El *derecho subjetivo* es reconocido o atribuido al sujeto por el *Derecho positivo*. En el Estado moderno, fuera del ordenamiento jurídico no hay derechos subjetivos; por ejemplo, una persona puede fácticamente disponer sobre su propia muerte, es decir, que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que el ordenamiento jurídico no prohíbe, pero no constituye un derecho subjetivo.

Al Derecho positivo u objetivo se lo distingue del subjetivo escribiendo al primero con “D” mayúscula y al derecho subjetivo con “d” minúscula, pero no se dice con qué “d” se debe escribir cuando nos referimos al mismo tiempo al Derecho objetivo y subjetivo.

No es que haya dos derechos, sino que el objetivo y el subjetivo constituyen dos aspectos de un mismo Derecho. Entre ambos existe una relación de reciprocidad, de tal modo que el uno presupone al otro. No existe el uno sin el otro. No hay derecho

⁴³ FERRERO REBAGLIATI, Raúl, *Obras completas*, t. II, Lima: Concytec, 1989. Dice: “El mundo político y económico ha definido dos sistemas: el capitalismo, consistente en la propiedad privada de los medios de producción y el socialismo, en el cual los medios de producción pertenecen al Estado. En ambos sistemas existen graves defectos, pues el primero deriva a la sociedad de consumo y el segundo entraña burocratización central y opresión política. La sociedad de consumo fabrica productos, guiándose en parte por las solicitudes y gastos de los consumidores, pero también da confianza en la utilización de una propaganda alienante. Y en la economía socialista se comprueba la creación arbitraria de empleos por el Estado, la hipertrofia del presupuesto nacional, atendiendo a las conveniencias políticas más que a la extensión de los servicios”.

subjetivo si no está reconocido como tal por el ordenamiento jurídico, esto es, por el Derecho positivo. Por ejemplo, el *Derecho penal positivo* tipifica los delitos y las penas, y el *derecho penal subjetivo* es la facultad que tiene el Estado de castigar al que comete un delito.

Como sostiene la teoría egológica, entre Derecho positivo y derecho subjetivo no hay una relación de oposición ni diferencias específicas, sino una relación entre el concepto (la norma, objeto ideal que prefigura un objeto) y el objeto mismo (las relaciones jurídicas, las facultades, los deberes, sanciones para asegurar su efectividad).

21. El problema del fundamento del Derecho

De continuo el ser humano se pregunta: ¿por qué estamos obligados a respetar las normas o reglas de Derecho? o ¿cuál es el fundamento, la razón de ser de la obligatoriedad del Derecho?, ¿de dónde procede la fuerza de sus mandatos?

Como sabemos, el Derecho regula relaciones e interferencias intersubjetivas para que estas se desarrolleen en un ambiente de paz, orden, libertad, seguridad y justicia, y ello solamente es posible mediante normas coercitivas, cuya violación puede traer consecuencias graves, verbigracia, desde la pérdida del patrimonio de la persona hasta la pérdida de su libertad o de su vida (pena de muerte). Ante estas consecuencias, el ser humano no siempre permanece neutral, sino que se interroga o interroga a los demás sobre el sustento de las normas jurídicas, y en ocasiones reacciona violentamente contra ellas por considerar que son injustas.

Muchas son las teorías que dan las respuestas a estas preguntas, pero dos sobresalen especialmente: una *idealista*, que considera la existencia de un Derecho superior y anterior a toda norma dictada por el hombre, y otra, *positivista*, que sostiene que el Derecho es el puesto por el ser humano, no existiendo otras normas vigentes en un lugar y tiempo determinados. La primera es el *iustnaturalismo* y la segunda el *positivismo*. Aquí, solamente con fines didácticos, vamos a hacer un resumen esquemático de estas dos teorías, sobre las cuales volveremos en el capítulo final de este estudio (*infra*, cap. xvi).

21.1. Iusnaturalismo

Griegos y romanos concibieron un Derecho anterior y superior al establecido por los hombres o Derecho positivo. ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*) coloca en el principio del Derecho a la justicia consistente en tratar igual a los iguales. CICERÓN habla de una ley verdadera, de una recta razón, conforme a la naturaleza, impresa en todos los hombres, constante y eterna. El romano PAULO define al *ius naturale* como

aquello que siempre es bueno y equitativo. ULPIANO dice que el *Derecho natural* es lo que la naturaleza ha enseñado a todos los animales.

En la escolástica medieval el *ius naturale* encuentra su más concreta explicación. Santo Tomás de Aquino establece una gradación perfecta entre tres tipos fundamentales de ley: la *ley eterna*, la *ley natural* y la *ley humana*. La *ley eterna* es la razón divina que establece el orden del universo y rige el movimiento de los seres animados e inanimados. La *ley natural* es un reflejo de la ley eterna que el hombre conoce por medio de la razón. La *ley humana* es creada por el hombre.

Para esta *escuela clásica*, tradicional o escolástica del *Derecho natural*, la fuente del Derecho es la voluntad divina; la ley natural tiene su origen en Dios, puesto que es un reflejo de la ley eterna. El Derecho natural es conocido en todo tiempo y en todo lugar por todos los hombres por conducto de la razón; prevalece sobre el Derecho establecido por los hombres, por lo cual es lícito revelarse contra las leyes humanas que contradigan el Derecho natural. Este cumple tres funciones: a) es el *fundamento del Derecho positivo* o humano; b) *debe inspirar el contenido del Derecho positivo*, y c) *debe ser tenido en cuenta en la aplicación de la ley positiva*.

En contraposición a la *escuela clásica* del Derecho natural, a partir del siglo XVII, con la reforma protestante y la Ilustración, surge la *escuela racionalista* del Derecho natural. Para esta escuela el Derecho natural no es fruto de la voluntad de Dios, sino un mero fruto de la razón humana. El hombre, con la fuerza de su razón, puede descubrir principios y reglas de convivencia que tienen un carácter absoluto y se hallan por encima de las leyes humanas. El Derecho natural es innato al ser humano, inmutable e inalienable. Este Derecho, que no es cosa distinta que la razón natural, gobierna a todos los hombres, y es la fuente del Derecho humano.

Para la teoría del Derecho natural, el punto de apoyo y guía de todo el Derecho es la justicia. Él no es una regulación aséptica o caprichosa de las relaciones sociales, sino una regulación justa de ellas. El Derecho humano es acatado no porque pueda imponerse por la fuerza del soberano, sino porque está en armonía con la justicia. El Derecho natural es el que califica de justo o injusto al Derecho humano.

21.2. El positivismo

El positivismo no admite otro Derecho que no sea el puesto por el hombre, o sea, el positivo. El Derecho es un producto histórico que se expresa mediante normas vigentes en determinado momento y lugar. Rechaza al Derecho natural, porque no acepta que existan normas jurídicas universales e inmutables. La ley jurídica deriva su fuerza obligatoria precisamente por ser ley y no de criterios subjetivos, generales y vagos de justicia.

Para el positivismo estatal, solamente el Estado, como organización política suprema, puede producir normas jurídicas, porque no está vinculado a ninguna norma superior o anterior a él; fuera de él solamente hay convicciones religiosas, morales o éticas, pero no hay Derecho. El Estado es la fuente única del Derecho (HOBBES, IHERING, KELSEN, entre otros).

Para el positivismo de Kelsen, el Derecho es norma o conjunto ordenado de normas. Cada norma encuentra su fundamento en otra norma jurídica de rango superior, y así hasta llegar a la norma de origen (norma hipotética fundamental) de la que reciben su valor todas las demás. KELSEN trató de purificar al Derecho de toda consideración social, política, religiosa o ética (precisamente, su obra principal se denomina *Teoría pura del derecho*). Para KELSEN, el Derecho tiene su origen en el Estado; es más: identifica Estado y Derecho, Estado y ordenamiento jurídico, aunque admite las normas creadas por los particulares (ejemplo: contratos, testamentos).

Critica al *iusticialismo*, que considera que solamente es Derecho las normas que armonizan con la justicia, porque no existiendo un criterio objetivo de esta, cualquiera podría pretender excusarse del cumplimiento de la norma, alegando que es injusta, lo que degeneraría en inseguridad total.

El *positivismo*, al considerar que el Derecho es solamente la norma o conjunto ordenado de normas desprovistas de toda consideración valorativa y social, determina que el Derecho sea el reflejo del triunfo del más fuerte. En este criterio se sustenta el concepto de Derecho, que dice: “Derecho es lo que es útil a la nación”, del que se ha valido el nazismo, el fascismo, el estalinismo y todo gobierno tiránico.

A diferencia del *iusticialismo* que encuentra el fundamento del Derecho en una norma superior, inherente al ser humano y a la naturaleza de las cosas, el *positivismo* halla ese fundamento en la propia existencia del Derecho, esto es, en la validez de las normas que integran el Derecho positivo, independientemente de que sean justas o injustas. Una norma jurídica existe válidamente si ha sido creada respetando los límites materiales y formales establecidos por otra norma superior, sin tener en cuenta consideraciones valorativas o de otra índole. Para muchos autores, positivismo e *iusticialismo* son posiciones irreconciliables que no admiten términos medios ni fórmulas eclécticas o de compatibilidad.

Creemos que no es aceptable ni un *idealismo* puro (*iusticialismo*) ni un *positivismo* producto de la pura fuerza bruta. Observando objetivamente la realidad encontramos, de un lado, que el Derecho positivo es el producto de una voluntad política, respaldado por la fuerza coercitiva que monopoliza el Estado, y, en última instancia, por la opinión pública general, es decir, por la voluntad dominante del cuerpo social. Y de otra parte, encontramos que el ser humano es estructuralmente social y valorativo y, como tal, portador de unos principios fundamentales que alien-

tan en su propio ser, los mismos que orientan su coexistencia, ¿quién y en qué parte del mundo no tiene un sentimiento de lo que es justo o injusto, de la libertad o de la opresión, y de los otros valores fundamentales? Estos últimos son traducidos en los llamados *derechos fundamentales del ser humano*, los mismos que constituyen la columna vertebral sobre la cual debe edificarse, interpretarse y aplicarse todo Derecho positivo. Luego, tenemos que optar por un justo medio (Aristóteles) entre *positivismo e iusnaturalismo*, cuya irreconciliabilidad está solamente en la mente de sus seguidores, y sostener que el Derecho es el Derecho positivo, creado por los procedimientos que el mismo establece y orientado a la realización de la justicia y de los otros valores fundamentales que esta engloba. Si a una norma que integra el Derecho positivo se la considera injusta, para eso está la interpretación a fin de que se opte, de entre los varios posibles sentidos de la norma, por aquel que sea más acorde con la justicia. En este sentido debemos entender la afirmación que dice que cuando hay conflicto entre el Derecho y la justicia, debemos optar por esta última. Porque no acatar la norma solamente porque alguien de la sociedad (autoridad o simple ciudadano) la considera injusta, es convertir a la justicia en injusticia, puesto que la justicia sería el criterio del más fuerte. No tenemos por qué vernos constreñidos a elegir entre un *idealismo* y un *positivismo*, sino que debemos compatibilizar lo bueno que tienen estas dos teorías, a fin de que se realice el bien común, es decir, el bien de todos.

IV

CAPÍTULO

LA CIENCIA JURÍDICA

El Derecho no es ciencia formal, tampoco es ciencia natural. El Derecho es una ciencia o disciplina cultural.

22. Concepto de conocimiento

El ser humano vive aprehendiendo intelectual o cognoscitivamente el mundo en que está inmerso. Es un *ente cognoscente*. Tiene necesidad de conocer los objetos materiales, síquicos, ideales y culturales, a fin de obtener la información que le permita actuar para el logro de los fines que se ha propuesto.

El conocimiento como actitud, consiste en la aprehensión, por ejercicio de las facultades intelectuales, de los objetos, sus cualidades y sus relaciones. “El conocimiento es una relación con lo desconocido que consiste en indagarlo o investigarlo”¹, tratando de encontrar la verdad para abrirse paso y ampliar los horizontes del mundo en que se vive. Por la actividad cognoscitiva nos formamos los conceptos, juicios, ideas y razonamientos en que se concreta el conocimiento sobre los objetos.

El conocimiento puede referirse al *saber qué* o conocimiento de contenidos (ejemplo, el cielo es azul, la autocracia es un sistema de gobierno en el cual la voluntad de una sola persona es la suprema ley, el oro es el metal más dúctil y maleable de todos) que se expresa mediante proposiciones verdaderas, o al *saber cómo*, que es un saber de acciones (ejemplo, saber conducir un automóvil, saber educar a los hijos, saber gobernar un país).

¹ AFTALIÓN, Enrique y José VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 17.

La vida del ser humano no puede ser sin el mundo que la circunda. Vivimos en la medida que nos ocupamos de los objetos que nos rodean. Ocuparse de estos requiere de una comprensión previa del mundo. En el ámbito originario de nuestra experiencia vital, antes de percibir las cosas como entes que nos enfrentan y a las cuales debemos conocer, las utilizamos como términos referenciales de nuestro comportamiento. En esta etapa ellas no son entes independientes a nuestro mundo vital, sino que están dentro de nuestro horizonte como instrumentos de los cuales nos servimos para el logro de nuestros fines. Esta utilización implica una cierta comprensión de ellos para saber la resistencia que pueden oponer o los diversos modos en que pueden ser empleados. Este saber primigenio no es conceptual, estructurado sobre la base de razonamientos lógicos, sino que hay un predominio de factores emocionales, por falta de método y de una intención cognoscitiva. Es un saber vulgar adquirido con apoyo en las contingencias propias de cada existencia. Cuando nos preguntamos ¿qué es esto?, ingresamos en el campo conceptual lógico. Los objetos cobran distancia de nosotros, los consideramos como algo aparte, los analizamos. El saber científico es crítico, de análisis, pretendido intencionalmente, metódico, que no deja nada librado al azar².

Por el conocimiento, el sujeto entiende y se forma una imagen mental de los objetos. El conocimiento adquirido lo expresa mediante el lenguaje.

23. Clases de conocimiento

Hay varias clases de conocimiento: conocimiento cotidiano o común, conocimiento metafísico, religioso, seudocientífico y precientífico, científico, y conocimiento filosófico.

- a) El *conocimiento común* (cotidiano, ordinario, vulgar o empírico) se adquiere en la vida cotidiana, espontáneamente, sin preocupación por los procedimientos para su obtención o de las razones que lo fundamentan. Así, el niño, antes de haber aprendido a hablar maneja algún juguete, gatea y aprende a caminar; si no hay obstáculos, gatea o camina en línea recta hacia el objeto que apetece, o sea, posee una orientación temporo-espacial, por ejemplo, que la línea recta es la distancia más corta entre dos puntos. El ser humano en su vida cotidiana va atesorando conocimientos mediante el ensayo y la supresión de errores; de este modo aprende que el fuego quema, que el sol calienta, que el hielo es frío. Otras veces aprende por adiestramiento, por ejemplo, la madre alejará al niño del fuego antes de que este aprenda por sí mismo que el fuego quema; mediante un sistema de premios y castigos el niño aprende a controlar sus esfínteres.

² LACLAU, Martín, "Las bases filosóficas de la ciencia jurídica", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 13, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993, p. 15 y ss.

Desde tiempos primitivos, el conocimiento común se adquiere, también, por imitación; unos conocimientos se adquieren con la práctica antes que con la explicación, v. gr., a subir o bajar las escaleras de la casa, a manejar bicicleta, automóvil, máquina de escribir, etc.³ El conocimiento vulgar es espontáneo, ocasional, sin método ni sistema; es no crítico, global y heterogéneo.

El ser humano se guía en la solución de sus problemas por el sentido común. Este, al hacerse más complejo, se constituye en ciencia. Por eso es conveniente que la ciencia parte del sentido común.

- b) El *conocimiento metafísico* (del latín *metaphysica*: más allá de la física) se obtiene por medio de la razón. Estudia aspectos de la realidad que son inaccesibles a la investigación científica. La metafísica pregunta por el fundamento último del mundo y de todo lo existente. SÓCRATES (470-399 a. C.) centra su estudio en la moral; se pregunta ¿qué es el bien? Creía que si encontraba el concepto de bien se podía enseñar a la gente a ser buena y se acabaría con el mal; la maldad es una forma de ignorancia; desarrolló la técnica “mayéutica”, consistente en preguntar y volver a preguntar sobre las respuestas una y otra vez, pretendiendo llegar al “logos” o la razón final de que una cosa sea esa cosa y no otra. El logos fue la base de la “teoría de las ideas” de PLATÓN (427-347 a. C.), para quien el logos de Sócrates es una serie de características que percibimos de los objetos (físicos o no); separando el logo del objeto físico y dándole existencia formal, tenemos una “idea”; las ideas son el paradigma de las cosas, su lugar está entre el ser y el no ser. Platón explica la universalidad de la capacidad racional de todos los seres humanos. ARISTÓTELES (384-322 a. C.) va más allá de la materia, al estudiar las cualidades y potencialidades para terminar hablando “del ser primero”, el “motor inmóvil” generador de todo movimiento, que más tarde es identificado con Dios; la metafísica es la ciencia de la esencia de los entes y de los primeros principios del ser.

Los temas centrales de la metafísica medieval son la diferencia entre el ser terrenal y ser celestial. La prueba de la existencia de Dios. Dios es el fundamento absoluto del mundo. Se discute si Dios ha creado el mundo de la nada y si es posible acceder a su conocimiento mediante la razón.

KANT, a través del criticismo, se distanció de la metafísica que, según él, se había convertido en afirmaciones sobre temas que van más allá de la experiencia humana. Intentó hacer un análisis detallado de la facultad humana, o sea, un examen crítico de la razón pura, desvinculada de lo sensible (*Critica de la razón pura*, 1781-1787), sobre la base del presupuesto de que al ser humano la realidad no se le presenta como realmente es, sino como se le aparece debido

3 AFTALIÓN y VILANOVA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 18 y ss.

a la estructura específica de su facultad de conocimiento. No es posible decidir racionalmente sobre preguntas centrales tales como si Dios existe, si la voluntad es libre o si el alma es inmortal.

En la Edad Contemporánea Friedrich NIETZSCHE considera que Platón es el iniciador del pensamiento metafísico, es el responsable de la división entre mundo sensible y mundo inteligible, con su correlato cuerpo y alma, es quien con su teoría de las ideas sitúa al mundo verdadero más allá de los sentidos.

Martín HEIDEGGER afirma que nuestra época es el cumplimiento de la metafísica. El pensamiento metafísico carece ya de potencia por haber rendido ya sus últimos frutos; solo el estudio atento y la modificación consciente y rigurosa de las herramientas proporcionadas por la tradición filosófica pueden ajustar las potencias del pensamiento a las transformaciones operadas en aquello que la metafísica estudiaba: el ser, el tiempo, el mundo, el hombre y su conocimiento.

- c) El *conocimiento religioso* se obtiene mediante la fe en fuerzas superiores provenientes de la divinidad. El conocimiento por la fe es un conocimiento aristocrático, es el de los elegidos, de los mejores, de los iniciados, de los hijos o de los representantes de Dios en la Tierra.
- d) El *conocimiento seudocientífico* es más elaborado que el conocimiento cotidiano o común, pero no es obtenido mediante un método científico, ni es sistemático: por ejemplo, la medicina folclórica, la astrología, la brujería, la parapsicología, el chamanismo, etc.
- e) El *conocimiento precientífico* se halla en el *border-line* del conocimiento científico, v. gr., la alquimia⁴, que es la precursora de la química.
- f) El *conocimiento científico* es el resultado de la investigación científica. Se caracteriza por ser riguroso, exacto (cuantitativamente), sistemático, consistente (sin contradicciones), objetivo, crítico, metódico (se obtiene bajo el rigor del método científico), sujeto a causas, efectos y a repetición, sometido a comprobación de validez general. Es un conocimiento especializado sobre determinado sector de la realidad, o sea, no es heterogéneo, global, como el vulgar.

El saber crítico se origina en Grecia con los filósofos presocráticos que distinguieron entre lo que las cosas aparentan ser y lo que realmente son. Por los sentidos accedemos al mundo variable de las meras apariencias, mientras que

⁴ Conjunto de especulaciones y experiencias generalmente de carácter esotérico, relativas a las transmutaciones de la materia, que influyó en el origen de la ciencia química. Tuvo como fines principales la búsqueda de la piedra filosofal y de la panacea universal. Se originó en Alejandría y fue transmitida a Europa por los árabes, donde prosperó en los siglos XII al XVII con Alberto Magno, Roger Bacon, entre otros.

por la razón captamos su verdadero ser. La razón nos pone en contacto con el ente en tanto que es (con su verdadero ser), con esa realidad única, eterna, inmutable, que es ocultada tras el velo de las meras apariencias. Para Sócrates y Platón, el saber no consiste en distinguir lo que es de lo que no es, sino en definir. Cuando Sócrates pregunta por el qué de las cosas, busca la definición de ellas, la explicación de sus notas esenciales. Para ARISTÓTELES, el saber nos permite conocer las causas de las cosas; no basta preguntarse por el qué de ellas, sino que la pregunta ha de dirigirse a su por qué. A partir de Aristóteles, saber acerca de algo será conocer sus causas.

Por el conocimiento científico se sabe cómo es la realidad de un determinado sector del mundo material, sicológico, ideal o cultural, qué elementos lo componen y cuáles son sus características. Este saber permite explicar cómo se relacionan las distintas partes o elementos de esa realidad, por qué la realidad es así. El conocimiento y la explicación de la realidad permiten predecir los acontecimientos que tendrán lugar en dicho sector de esta y, además, facultan para poder actuar sobre ella. Por tanto, los objetivos fundamentales del conocimiento científico “son cuatro: analizar, explicar, predecir y actuar”⁵.

Por el simple conocimiento se percibe y recuerda; por el conocimiento científico se comprende y sabe. El primero se refiere a conocer qué son los hechos y las cosas; y el segundo, a las causas y razones de estos. El conocimiento científico es teórico porque la realidad se analiza e interpreta con apoyo en la teoría existente para llegar a una teoría más avanzada.

Para KANT, el conocimiento científico (objeto de la razón teórica) es posible por la unidad sintética que tiene lugar en la conciencia entre un elemento material empírico, las sensaciones, y un elemento formal, integrado por las formas *a priori* de la intuición sensible (el espacio y el tiempo) y por las categorías (de estas, la de mayor relevancia es la de causalidad). Lo único que puede ser conocido en sentido estricto son los fenómenos sensibles, pero no los *noúmenos*, las “cosas en sí” o los objetos metafísicos como Dios, la inmortalidad del alma, la libertad. El que no exista lugar para ellos en el uso teórico de la razón no quiere decir que no cumplan ningún papel en absoluto, sino que son condiciones o postulados de la razón práctica que hacen posible la moralidad misma; no son nociones de algo, sino nociones para algo. Son ideas regulativas del obrar.

El conocimiento teórico —dice GIOJA⁶— es aquel que permite afirmar de sus proposiciones verdad o falsedad. En este conocimiento se distinguen tres gran-

⁵ SIERRA BRAVO, Restituto, *Técnicas de investigación social*, Madrid: Paraninfo, 1983.

⁶ GIOJA, Ambrosio, *Ideas para una filosofía del derecho*, t. II, editado por Sucesión de Ambrosio L. Gioja. Buenos Aires, 1993, p. 9 y ss. (compilación y prólogo de Ricardo Entelman).

des aspectos: el mero pensar, el imaginar y el percibir. Son conocimientos teóricos el vulgar, el científico y el filosófico. Junto al conocimiento teórico existen otros conocimientos que no son teóricos. Así, el conocimiento sentimental, el conocimiento volitivo y el conocimiento práctico.

J. W. GOETHE dijo:

La simple visión de algo no nos aporta nada. Cada mirada nos lleva a una consideración, cada consideración a un significado, cada significado a una relación, y así puede decirse que con cada mirada atenta, teorizamos sobre el mundo.

El conocimiento científico parte de la teoría para luego pasar por la observación empírica para llegar a una nueva teoría, o sea, el conocimiento científico es progresivo y acumulativo. Siempre se lo ha considerado en un progresivo desvelamiento. Sin embargo, KUHN⁷, en su obra *La estructura de las revoluciones científicas*, introduce los conceptos de ciencia normal, ciencia extraordinaria y paradigma. Y explica el proceso de adquisición del conocimiento científico, no como una acumulación progresiva, sino por la coherencia de un marco de referencia dentro del cual se realiza lo que denomina *ciencia normal*, definida como “investigación basada firmemente en una o más realizaciones científicas pasadas, realizaciones que alguna comunidad científica particular reconoce, durante cierto tiempo, como fundamento para su práctica posterior”. Estas realizaciones poseen dos características: 1.º Carecen “suficientemente de precedentes como para haber atraído a un grupo de partidarios”. 2.º Al mismo tiempo son “lo bastante incompletos para dejar muchos problemas para ser resueltos por el rede-limitado grupo de científicos”. Estas realizaciones con estas dos características las denomina *paradigma* (del griego, *paradigma*: modelo o ejemplo), definido como “realizaciones científicas universalmente reconocidas que durante cierto tiempo proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica”. La investigación realizada en un campo de conocimiento está dentro de los límites del paradigma vigente, que consiste en “una tentativa tenaz y feriente de obligar a la naturaleza a entrar en los cuadros conceptuales proporcionados por la educación profesional”. Esto es ciencia normal; sin embargo, algunos hechos no pueden ser explicados por el paradigma vigente, sino que se van acumulando y son un ejercicio realizado fuera del marco referencial. Esto se denomina *ciencia extraordinaria*, que conduce a una revolución científica. Cuando la profesión no puede pasar por alto ya las anomalías que subvierten la tradición existente, se inician las investigaciones extraordinarias que conducen a un nuevo conjunto de compromisos, una base nueva para la práctica de la ciencia. Los episodios extraordinarios en que tienen lugar esos cambios de compromisos se denominan *revoluciones científicas*.

- g) El *conocimiento filosófico* es eminentemente crítico y problematizador; parte del conocimiento científico y tiene por objeto alcanzar el conocimiento absoluto. A diferencia del conocimiento científico, que es un saber con supuestos, el conocimiento filosófico es un saber sin supuestos (todo lo convierte en objeto de estudio). La ciencia investiga determinado sector de la realidad y la filosofía se dirige a la totalidad de lo que es.

El campo de las diversas ramas de la ciencia está delimitado por las dimensiones características de ciertos objetos; el de la filosofía es universal. Lo que estudia la filosofía hállase presente en todos los objetos, no siendo privativo de ninguno de ellos.

24. Concepto de ciencia

La ciencia (del verbo latino *scire*, cuyo sustantivo es *scientia*) es el conjunto sistemático de conocimientos sobre los objetos (materiales, síquicos, ideales y culturales), obtenidos mediante los correspondientes métodos científicos.

Son tres los elementos que configuran su naturaleza: un contenido (conjunto de conocimientos sobre determinado objeto), un campo de acción (la realidad natural material y síquica, la realidad social y la realidad ideal) y un procedimiento o método de actuar (método científico).

Son funciones básicas de la ciencia: la *descripción*, que es la presentación verbal o escrita de los fenómenos y de sus propiedades y relaciones entre fenómenos o sus propiedades; la *explicación*, que es la determinación de las causas que producen los fenómenos, sus propiedades y relaciones; la *predicción*, que consiste en deducir de una hipótesis o teoría nuevos fenómenos; y la *aplicación* de los conocimientos científicos a fines prácticos. La aplicación científica ha dado lugar a la tecnología que surge a fines del siglo XIX. La técnica, que es la aplicación del conocimiento empírico, tiene orígenes inmemoriales. La Edad de Piedra se caracteriza por la técnica en la preparación de instrumentos de piedra.

El concepto de ciencia que hoy tenemos es el producto de un largo proceso histórico. En Grecia, hacia el siglo VII a. C., nace la filosofía como pensamiento crítico-racional que se opone a la forma anterior: el pensamiento mítico.

Aristóteles divide el saber en *especulativo* (o teórico) y *práctico*. El primero tiene por fin conocer por el solo placer de conocer y gozar de la contemplación de la verdad, sin pretender un objetivo práctico inmediato; la ciencia adquirida de este modo es una ciencia teórica o especulativa. El segundo tiene por objeto el procurarnos un bien distinto de la pura especulación de las cosas; se conoce a fin de orientar la acción humana para el cumplimiento de las múltiples tareas de la vida; la ciencia adquirida de esta manera es una ciencia práctica. De acuerdo con esta división del conocimiento,

la ciencia jurídica es una ciencia práctica, porque en la realidad propende a que se realice la justicia.

La filosofía griega abarca todo conocimiento humano. Esta concepción prevaleció en la Edad Media. En la Edad Moderna, con el Renacimiento surge el racionalismo (supremacía de la razón, con desdén de la divinidad), que rompe la unidad de saberes en la filosofía y origina el nacimiento de las ciencias particulares. Por ejemplo, la física con Galileo y Kepler, la ciencia natural y experimental con Francis Bacon; en el siglo XVII, Pascal, sienta las bases de la separación entre filosofía y ciencia natural; Descartes creó la geometría analítica; en el siglo XVIII, Lavoisier creó la química moderna; en el siglo XIX, Mendel estudió la herencia y la hibridación de los vegetales y formuló leyes que llevan su nombre, y Pasteur creó la microbiología. El científico renuncia a *los porqués* últimos de las cosas y los hechos (tarea de los filósofos) y se concreta al *cómo* tienen lugar desde la perspectiva de la observación y la comprobación empírica.

A partir de Descartes⁸ la ciencia es entendida como un conjunto sistemático de conocimientos racionales sobre leyes de los fenómenos de la naturaleza. Se da el calificativo de científico solamente al conocimiento relativo a las matemáticas, la física, la medicina y otras disciplinas de similar estructura, y se niega el carácter de científico a las disciplinas que estudian la actividad humana como la historia, la ética, el Derecho, la economía y la política.

Para la concepción monista positivista que tiene como precursor a Descartes (1596-1650) y a Augusto Comte (1798-1857) como su más grande representante, solo constituyen ciencia aquellas disciplinas del conocimiento que descubren empíricamente las leyes explicativas de los fenómenos por sus procesos causales, los cuales permiten prever y prevenir lo que sobrevendrá necesariamente al verificar determinadas causas.

8 Como dice HAYEK, el autor del *Discurso del método* rechazó por espurio todo aquello que no pudiese ser lógicamente derivado de premisas claras y especificables. La razón consiste en la mera deducción lógica derivada de premisas explícitas, pues se convierten en actos racionales únicamente los determinados por un conocimiento verdadero y evidenciable. Fue característico para el pensamiento cartesiano su desprecio por la tradición, la costumbre y la experiencia histórica. La moral, la religión y el Derecho, el lenguaje y la escritura, la moneda y el mercado, fueron considerados creaciones deliberadas de alguien o fruto de explícito designio. Esta explicación fue recogida por HOBBES y elaborada por ROUSSEAU, según la cual la sociedad es fruto de previa convención. Sin embargo, es equivocado considerar que lo que ha permitido al hombre dominar al medio sea su capacidad de desarrollar las correspondientes deducciones, porque muchas de las instituciones sociales imprescindibles al logro de nuestros objetivos son fruto de ciertas prácticas, hábitos o costumbres que ni son resultado de la humana inventiva ni prevalecen en razón a los fines que, a través de ellas, cabe materializar. Si el hombre logra plasmar sus propósitos, ello se debe a que su capacidad mental y su actividad se rigen por normas que han ido evolucionando a lo largo de innúmeras generaciones. El hombre no es solo animal capaz de perseguir [sic] fines, sino también ente susceptible de someterse a normas. (HAYEK, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad*, 2.ª ed., vol. 1, traducción por Luis Reig Albiol, Madrid: Unión, 1985, p. 32 y ss.).

En suma, desde el Renacimiento⁹ hasta el siglo XIX se concibe a la ciencia como el conocimiento de nociones universales y necesarias, cuyo método de explicación es el causal y su prototipo, la física y la matemática. Sus leyes, que son el resultado del trabajo secular y colectivo de sus cultivadores, tienen carácter de verdaderas, tanto para el presente como para el pasado y el futuro, es decir, son generales, constantes, absolutas. El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como hace milenios; la tierra gira hoy alrededor del sol como hace miles de años; las plantas crecen y florecen, y los animales viven hoy como siempre.

Contra el positivismo¹⁰, que desde la segunda mitad del siglo XIX sentó las bases de la ciencia sobre caracteres empíricos y deductivos, a los cuales deben adaptarse las disciplinas humanistas para merecer el carácter de científicas, reaccionaron los neokantianos (Badén, Dilthey, Wendt) que distinguieron entre ciencias de la naturaleza y ciencias de la cultura.

25. Clasificación de las ciencias

El estudio de un aspecto delimitado del mundo natural, ideal y cultural, ha dado lugar a los más diversos tipos de saber científico.

Precisamos que los términos ciencias y disciplinas son sinónimas. Así, por ejemplo, decimos que las matemáticas, la biología, el Derecho y la economía son disciplinas del saber. Aunque la palabra *disciplina* tiene un significado más amplio que ciencia, pues sirve también para designar al saber artístico.

De acuerdo con el objeto de estudio, las ciencias (o disciplinas) se clasifican en: *ciencias formales*, que son ciencias exactas, abstractas, sin contenido concreto (no hay

9 El Renacimiento comenzó a mediados del siglo xv; despertó en Occidente vivo interés por el estudio de la antigüedad clásica griega y latina.

10 El positivismo articulado por Augusto Comte, en 1822, es una posición filosófica que se atiene a los hechos, negando todo conocimiento *a priori* y la posibilidad de conocer lo que escapa a la experiencia. El positivismo científico no acepta sino lo probado y comprobado de acuerdo con las leyes físicas.

Renuncia a las causas primeras y últimas y tiende al estudio de las leyes de los fenómenos, única que considera asequible, seguro y útil. La observación y la clasificación, por medio de la experiencia, de los fenómenos a lo largo de sus invariables relaciones de coexistencia, sucesión y semejanza, constituyen medios de investigación y certeza. En el positivismo de Comte la historia del desarrollo del espíritu humano ofrece tres etapas: la teleológica, en que el hombre explica los hechos haciéndolos derivar de la potencia divina; la metafísica, en que se los explica recurriendo a las nociones abstractas, como la de sustancia; la positiva, que se inaugura con el propio Comte, en que se los explica recurriendo simplemente a los hechos, buscando las leyes que los rigen. En esta última etapa se renuncia a la búsqueda de lo absoluto, ya se trate de "cosas en sí", de causas primeras o de causas finales.

En lo jurídico, el positivismo es el estudio de la legislación positiva a fin de determinar la ley válida en determinado tiempo y lugar. Excluye toda ley superior, como la natural, e inclusive la valoración de la ley positiva.

relación entre la razón y lo fenoménico), como la lógica, la matemática¹¹, la cibernetica y la estadística; *ciencias naturales*, que son las que tienen por objeto el estudio de la naturaleza, v. gr., biología, geología, astronomía, genética, sicología, anatomía, zoología, botánica, medicina, física, química; y *ciencias sociales*, denominadas también *ciencias humanas* o *ciencias culturales*, que se ocupan del estudio de aspectos del ser humano no estudiados en las ciencias naturales, por ejemplo, derecho, economía, sociología, historia, lingüística, política, antropología, arqueología, ciencia de la administración, educación, demografía, trabajo social.

WOLF¹² distingue las siguientes clases de ciencias:

- 1.^o En orden a la fundamentación del conocimiento científico, las ciencias se dividen en: a) *ciencias fundamentales generales* o *ciencias filosóficas* son las que tienen una significación básica para toda forma posible de conocimiento científico, como son la lógica, la teoría de la ciencia, etc. b) *ciencias fundamentales especiales* son las que tienen esta misma significación básica, pero solo para un sector del conocimiento científico, por ejemplo, la teoría de las ciencias físicas, la teoría de las ciencias sociales, y particularmente, la teoría del Derecho, etc. c) *ciencias especiales o particulares* son las que se ocupan de un ámbito delimitado del conocimiento científico, v. gr., la física, el Derecho, etc.
- 2.^o Atendiendo conjuntamente al objeto y método de conocimiento, las ciencias se dividen en: a) *ciencias de la naturaleza*, que tienen por objeto el mundo de la naturaleza que se rige por relaciones causales. Su método de conocimiento es experimental y deductivo, pues se sirve de la observación y de la experiencia para conocer el objeto en su relación causa-efecto; b) *ciencias del espíritu o de la cultura*, cuyo objeto es el mundo del espíritu y su método es finalista o teleológico, pues intentan conocer su objeto mediante la relación fundamento-consecuencia. Se sirven de la comprensión e interpretación.
- 3.^o Por su finalidad las ciencias se dividen en: a) *ciencias teóricas* o *ciencias puras* o *ciencias formales*, que tienen por finalidad descubrir leyes o principios que expresan una relación objetiva, por ejemplo, la lógica, las matemáticas, etc.; b) *ciencias prácticas*, llamadas también *ciencias aplicadas* y a veces *ciencias técnicas*, que tienen por finalidad aplicar los conocimientos de las ciencias teóricas o los obtenidos directamente por ellas mismas, v. gr., la física médica, la pedagogía, etc.

11 De todos los conocimientos, las matemáticas “gozan de prestigio propio frente a las demás ciencias. El motivo es que sus proposiciones son absolutamente ciertas e indiscutibles, mientras que todas las proposiciones de las demás ciencias son discutibles hasta cierto punto, y corren siempre el peligro de quedar invalidadas por nuevos descubrimientos” (Albert EINSTEIN, *Mi visión del mundo*, Barcelona, Ediciones Orbis, 1989, p. 122).

12 WOLF, Erik, reproducción de sus clases de Introducción a la Ciencia del Derecho, por RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino, *Introducción a la ciencia del derecho*, 2.^a ed., Salamanca: Cervantes, 1993, p. 137.

26. Características de la ciencia

Se advierte que las características más resaltantes de la ciencia son:

- a) Las ciencias naturales estudian la naturaleza real. Las sociales tienen por objeto de estudio todo lo “construido” por el ser humano. Ambas parten de los hechos y describen realidades. La ciencia describe fenómenos naturales y sociales por medio de leyes científicas.
Las ciencias formales no parten de hechos, pues su objeto de estudio no es la realidad empírica sino la realidad ideal (seres ideales o irreales).
- b) El conocimiento científico es *especializado*, se circunscribe a determinado sector de la realidad, lo cual no impide la investigación interdisciplinaria de la realidad. Por el contrario, el conocimiento de la verdad exige la comunicación entre las diversas ramas científicas.
- c) La ciencia es *metódica*. Como dice Mario BUNGE¹³, “el conocimiento científico es, por definición, el resultado de la investigación realizada con el método y el objetivo de la ciencia”.
- d) La ciencia es *sistemática* porque sus conocimientos, principios y leyes no están yuxtapuestos, sino estructurados en una interrelación coherente.
- e) El conocimiento científico del mundo natural y formal es *objetivo* y *verdadero*. Está desprovisto de valoraciones; es aséptico y desideologizado. Es verdadero porque no es contradicho por la realidad.
- f) Es *analítico* porque “no intenta una comprensión total e inmediata, sino que trata de descomponer el objeto de estudio en sus elementos, a fin de conocer sus ‘mecanismos’ internos responsables de los fenómenos observados”¹⁴.
- g) Es *verificable*, por cuanto está sometido a una permanente contrastación con la realidad. El proceso de verificación es un proceso probatorio, prueba de la teoría en la realidad¹⁵.
- h) Es un conocimiento *predictivo*. Por ejemplo, la ley científica dice que todo metal sometido a la acción del calor se dilata. Esta ley nos permitirá predecir qué sucederá con una loza de hormigón armado con hierro expuesto al calor del sol.
- i) La ciencia es *abierta y perfectible*.

13 BUNGE, Mario, *La ciencia. Su método y su filosofía*, Buenos Aires: Ediciones siglo XXI, 1978.

14 SOLÍS ESPINOZA, Alejandro, *Metodología de la investigación jurídico social*, Lima: Princelness, 1991, p. 25.

15 SIERRA BRAVO, Restituto, *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*, Madrid: Paraninfo, 1986, p. 39.

- j) El conocimiento científico es *comunicable*. Precisamente, la comunicación es la última etapa del proceso investigatorio científico.

27. Cuestionamiento a las características de la ciencia

Últimamente se cuestionan las características tenidas en cuenta para calificar un conocimiento como científico. La crítica está dirigida en especial contra aquella concepción de la ciencia como empírica y deductiva, objetiva y verdadera, de leyes generales, constantes, universales, absolutas. Para Karl Popper, caracterizar el conocimiento científico como objetivo y verdadero no es nada obvio, porque la ciencia progresó bajo el método de ensayo y error, por lo cual no se puede decir que una teoría es verdadera, sino que es la mejor de las disponibles en determinado momento de la evolución de la ciencia. HAYEK¹⁶, basándose en la teoría darwiniana de la evolución de los organismos vivos, dice que

[S]i fuera posible descubrir los hechos que determinaron en el pasado la sucesiva selección de las diferentes formas de vida, dispondríamos de una explicación completa acerca de la estructura biológica de los organismos existentes y, de análoga manera, si llegáramos a conocer cuántos acontecimientos sobre ellos en el futuro puedan incidir, cabría predecir su evolución. Una y otra posibilidad, sin embargo, al hombre le están vedadas; la ciencia carece de medios capaces de facilitar cuantos datos a tales efectos se precisaría conocer.

Las teorías científicas —en opinión de POPPER¹⁷— se construyen como hipótesis o conjeturas provisionales con el objetivo de solucionar problemas no resueltos por las teorías anteriores, por las cuales la ciencia no puede basarse en la inducción. No se puede demostrar que una teoría científica es verdadera; solo es posible probar, apelando a la observación y experimentación, que algunas son falsas. Una teoría científica es buena cuando resiste a la falsación todas las veces que es sometida a prueba; además, la ciencia no puede empezar por la observación, porque no existen hechos puros, sino hechos interpretados mediante alguna teoría; los enunciados teóricos preceden y condicionan a los enunciados observables.

Se afirma —expresa ATIENZA¹⁸— que el conocimiento científico a partir de la observación construye leyes y teorías que son verificables y sirven para explicar y predecir nuevos fenómenos, pero la observación y la verificación no tienen ningún papel en las ciencias formales (como la lógica o la matemática), por cuanto estas no

16 HAYEK, Derecho, legislación y libertad, ob. cit., p. 44.

17 POPPER, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Madrid: Tecnos, 1977.

18 ATIENZA, Manuel, *Introducción al derecho*, Barcelona: Barcanova, 1985, p. 218 y ss.

serían ciencias sino instrumentos científicos. De lo anterior resulta que el conocimiento científico tampoco es metódico, puesto que no existe un método que permita probar que las teorías científicas son verdaderas, y otro que permita refutarlas de manera concluyente, como tampoco existe un método que permita descubrir teorías científicas. También se supone que la ciencia tiene un carácter no dogmático, abierto, capaz de revisar constantemente sus presupuestos (progreso acumulativo), pero lo que caracteriza a la ciencia madura es su espíritu dogmático que permite acotar problemas y reconocer anomalías que funcionan como acicate para efectuar nuevos descubrimientos. Se postula que el conocimiento científico es neutral, ajeno a los juicios de valor, pero ahora se admite que no hay una distinción tajante entre ciencia y filosofía, desde el momento en que el científico tiene que adoptar determinados presupuestos ontológicos y valorativos; además, la ciencia está determinada por las necesidades de la industria; y el problema de *qué* investigar y *cómo* utilizar los conocimientos científicos plantea un grave conflicto ético al cual no puede renunciar el científico, so pretexto de que es de competencia de políticos o filósofos.

Acerca de los objetivos y posibilidades de la ciencia —observa HAYEK¹⁹— erróneamente se parte del supuesto según el cual esta debe ocuparse solo de lo que es y no de lo que podría ser. Todo enunciado teórico adopta la forma “si... entonces...” y el interés del descubrimiento crece en la medida en que las condiciones que se sitúan detrás del “si” difieren de las reales. La idea de que la ciencia no es más que un conjunto de hechos observados ha limitado la investigación. El auténtico logro de toda concepción científica consiste en descubrir cómo evolucionarían los acontecimientos si las condiciones fueran otras. El que un investigador social limite su investigación a lo que sucede en alguna concreta parte del sistema, no otorga a sus aportaciones mayor realismo, sino más bien las esteriliza en relación con su aplicación a cualquier futura decisión.

Una ciencia social fecunda ha de estar dedicada en gran medida al estudio de lo que no es, es decir, a la construcción de modelos hipotéticos de posibles mundos que solo surgirían si cambiaron algunas de las condiciones hasta entonces inéditas. El conocimiento científico no está constituido por un conjunto de datos relativos a hechos singulares, sino por una gama de hipótesis que sistemáticamente han pasado la prueba de su refutación.

El conocimiento científico es predictivo, pero, como expresa SOLÍS siguiendo a Bunge, es una predicción caracterizada por su perfectibilidad antes que por su certeza; además, se basa en ciertas leyes o conocimientos específicos, y de la mayor o menor exactitud de estos dependerá su mayor o menor certeza predictiva²⁰.

19 HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., pp. 44 y 45.

20 SOLÍS ESPINOZA, *Metodología de la investigación jurídico social*, ob. cit., p. 25.

La ciencia es abierta y perfectible. El conocimiento científico no se cierra a las nuevas posibilidades que abren las perspectivas de su desarrollo paulatino y constante. Cuanto más conocemos, más grande es la superficie de contacto con lo desconocido²¹. Las investigaciones científicas no descubren lo último, sino lo penúltimo²². Bertrand Russell expresa que “ningún hombre de temperamento científico afirma que lo que ahora es creído en ciencia sea exactamente verdad; afirma que es una etapa en el camino hacia la verdad”. Como sostiene HUSSERL,

[C]uando una ley o una teoría probable resulta insostenible como consecuencia del aflujo de nuevas instancias empíricas, no concluimos que la fundamentación científica de esta teoría era necesariamente falsa. La teoría antigua era la única justa en la esfera de la experiencia antigua; en la esfera de la experiencia ensanchada lo es la nueva teoría que hay que fundamentar; ella es la única adecuada en el estado actual de conocimiento empírico²³.

La verdad científica no es absoluta, sino relativa porque puede cambiar en el futuro.

28. Ciencias de la cultura

Antes de ocuparnos expresamente de la ciencia del Derecho conviene hacer un estudio previo de las ciencias de la cultura. A fines del siglo XIX y comienzos del XX se establecen las diferencias entre ciencias de la naturaleza (extrañas a la creación humana) y ciencias del espíritu o culturales (que son creación del ser humano). A estas últimas se las llama también *ciencias humanas*, *ciencias sociales* o *ciencias humanas y sociales*.

Respecto de las posturas positivistas y naturalistas, que pretendían la reducción de la ciencia al estudio de fenómenos naturales, Wilhelm DILTHEY²⁴ subrayó la particularidad de las ciencias de la cultura ante las ciencias naturales. En 1883, en su obra *Einleitung in die Geisteswissenschaften* (*Introducción a las ciencias del espíritu*), clasificó a las ciencias, de acuerdo con su objeto, en “ciencias de la naturaleza” y “ciencias del espíritu”. Las primeras estudian los hechos, mientras que las ciencias del espíritu

21 DAMPIER, William Cecil, *Historia de la ciencia y sus relaciones con la filosofía y la religión*, Madrid: Tecnos, 1972.

22 RICKERT, Heinrich, *Ciencia cultural y ciencia natural*, traducción por García Morente, Buenos Aires: Espasa Calpe, 1937: “La física siempre descubre lo penúltimo”.

23 HUSSERL, Edmund, *Investigaciones lógicas*, traducción por García Morente, Madrid: 1929, p. 259.

24 DILTHEY, *Einleitung in die Geisteswissenschaften* (*Introducción a las ciencias del espíritu*), citado de FARIÑAS DULCE, María José, *La sociología del derecho de Max Weber*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, p. 81 y ss.

analizan los significados, es decir, el espíritu de la realidad histórico-cultural y, en definitiva, de los fenómenos protagonizados por el hombre. A su vez, las ciencias del espíritu se subdividen en “ciencias que se ocupan de los sistemas y valores culturales” y “ciencias que hacen referencia a las formas externas de organización de la sociedad”. El Derecho está entre estas dos; por una parte, es una forma de organizar externamente la sociedad, pero además tiene una serie de valores a los que aspira.

En el hecho del Derecho, como raíz de la convivencia social de los hombres, no se hallan separados todavía los sistemas de la cultura de la organización externa de la sociedad. El mundo de la naturaleza es el mundo de la realidad mecánica, analizable de acuerdo con los principios de la causalidad, todo está predeterminado. Por el contrario, el mundo del espíritu es el reino de la libertad. En el ámbito de la cultura o del espíritu, lo decisivo es la intencionalidad humana: el hombre es creador, es sujeto activo. El objeto último de las ciencias del espíritu es la vida humana. Estas ciencias han crecido en la práctica misma de la vida. El material con el que trabajan lo constituye la realidad histórico-social. Frente a las ciencias naturales que operan mediante leyes generales, conceptos formales y explicación causal, las ciencias del espíritu utilizan el método de la comprensión que tiene un carácter intuitivo: el análisis se encuentra en las unidades de vida, en los individuos psicofísicos, los elementos que componen la sociedad y la historia, y el estudio de estas unidades de vida forman el grupo más fundamental de las ciencias del espíritu.

Según esto, las ciencias del espíritu utilizan un método sicológico. La sicología es la ciencia base de las demás ciencias del espíritu.

Por su parte RICKERT²⁵, en contraposición a DILTHEY, diferencia a estos dos grupos de ciencias con base en el método y no en el objeto. Parte en sus teorías de una consideración unitaria de la realidad. No hay contenidos diferentes, sino que las ciencias abordan la realidad por conducto de diversos métodos. Rechaza la denominación de *ciencias del espíritu*, porque induce a confusiones, debido a que evoca, explícitamente o no, el dualismo ontológico de Descartes de alma y cuerpo, de espíritu y materia, y porque el “espíritu” puede ser objeto de un análisis metodológico generalizante. En su lugar utiliza la denominación de *ciencias culturales*. “Hay ciencias que no se proponen establecer leyes naturales; es más, que no se preocupan, en absoluto, de formar conceptos universales; estas ciencias son las ciencias históricas, en el sentido más amplio de la palabra”. Para él existen dos tipos de métodos: el individualizante (de la historia) y el generalizante (de las ciencias naturales). No hay una realidad natural y otra cultural. La realidad es única y, a la vez, infinita e inabarcable, pero puede ser

25 RICKERT, Heinrich, *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft. Ciencia cultural y ciencia natural*, 4.^a ed., Madrid: Espasa Calpe, 1965. Cit. de FARÍÑAS DULCE, *La sociología del derecho de Max Weber*, ob. cit., p. 83 y ss.

analizada por medio de métodos distintos, aunque complementarios. “La realidad se hace naturaleza cuando la consideramos con referencia a lo universal; se hace historia cuando la consideramos con referencia a lo particular o individual”. La historia es paradigma científico de las ciencias culturales. Para las ciencias naturales, lo esencial es lo que tienen de común los fenómenos. A la historia le interesa solo lo individual, sea un personaje, un movimiento social, religioso, cultural o literario, un siglo, una lengua nacional, etc. El principio de selección de los fenómenos histórico-culturales se ubica en el concepto de cultura. “Son, pues, los valores que residen en la cultura y la referencia a ellos, los que constituyen el concepto de una individualidad histórica apta para ser expuesta”. Esto no quiere decir que la historia sea ciencia valorativa, sino que se limita a establecer lo que es o lo que realmente ha sido. Pero la referencia a los valores culturales históricos permite delimitar el objeto de estudio de las ciencias históricas: se trata de una relación teórica, no práctica, analítica y no valorativa. La referencia a los valores no se debe entender como una referencia a un valor cualquiera o a un valor subjetivo del investigador, sino a los “valores universales de la religión, el Estado, el derecho, la moralidad, el arte, la ciencia, con respecto a los cuales lo que en la historia se expone, adquiere carácter esencial”.

Con los estudios, especialmente de Recaséns Siches y de Carlos Cossío, se ha tomado conciencia de que existe además y aparte de la naturaleza física (estrellas, montañas, animales, etc. —seres reales objetivos—), de la naturaleza síquica (representaciones, amores, odios, etc. —seres reales subjetivos—) y de los seres ideales o principios de las ideas puras (números, figuras geométricas, valores, principios lógicos, matemáticos, éticos, etc. —seres ideales—), otra especial y distinta realidad de hechos y obras humanas, de significaciones o sentidos elaborados por el hombre (arados, cuadros, templos, normas de conducta, códigos, obras literarias, musicales, religiosas, convicciones morales, lenguaje, estructuras sociales, etc. —seres culturales—). Surge entonces el problema del conocimiento de esa realidad de lo humano, de la cultura, del espíritu cristalizado en obras objetivas. Nacen así las ciencias de la cultura que amplían gigantescamente el conocimiento científico. El objeto de las ciencias de la cultura escapa a una mera explicación causal; solo es aprehendido en la medida que se lo entiende en su sentido.

Un fenómeno cualquiera de la naturaleza, v. gr., la dilatación de los cuerpos, el calor, la lluvia, la presencia de la vía láctea, queda explicado determinando sus causas y fijando sus ulteriores efectos. En cambio, un hacha de sílex, una pintura, una obra literaria, una regla de Derecho y todo aquello que es resultado de la actividad del ser humano no se explican por la consideración física de sus materiales, ni por la representación de los movimientos que lo produjeron: han de ser entendidos en su sentido, comprendidos en su finalidad humana.

Nacido el objeto cultural, tiene existencia autónoma, independiente de su autor, tiene un sentido propio, es algo no material ni síquico, es algo conceptual, capaz de ser

conocido por todos²⁶. Los objetos culturales son variados y heterogéneos y requieren cada uno un método de conocimiento adecuado.

Las ciencias naturales estudian hechos ajenos al ser humano, regidos por el principio de causalidad; enuncian leyes de validez general (universal). En cambio, las ciencias de la cultura estudian hechos que son creación del ser humano; por estar referidas a la actividad humana son ciencias de lo concreto y singular, pertenecen al mundo de la intencionalidad y de los valores.

La separación entre estos dos tipos de ciencia, sin embargo, no puede ser absoluta, ya que ambas estudian la realidad, que es una sola, desde perspectivas diferentes. Toda investigación científica intenta descubrir, sistematizar, elaborar, demostrar y desarrollar conocimientos.

Las ciencias de la cultura no están impedidas de alcanzar la objetividad y exactitud de las ciencias naturales, y estas se encuentran en proceso de revisión²⁷; ni las ciencias de la cultura tienen un carácter exclusivamente particular, privativo, ni las de la naturaleza dejan de preocuparse de lo particular; las naturales van perdiendo el predominio excesivo de corporeidad y las de la cultura disminuyen su grado de espiritualidad. Nuevos descubrimientos coadyuvan al acercamiento entre ambas ciencias, como sucede con la cibernetica, que tiene una función interdisciplinaria que supera la dicotomía entre ciencias y letras. Al técnico en cibernetica se le puede consultar lo mismo un caso jurídico que la solución de un problema de geometría o el diagnóstico de una enfermedad, porque en el fondo todos estos aspectos son una combinación de razonamientos que se pueden programar.

26 RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 47. “Un código no existía antes de su elaboración: se produjo a través de unos procesos de vida social, nació en un determinado momento histórico y en un determinado hogar nacional, en virtud de ciertas circunstancias y pensado por unos hombres. Pero una vez que hubo ya nacido, una vez que estuvo ya elaborado tiene existencia autónoma, un sentido propio, como algo objetivo capaz de ser captado por cualquier mente”.

27 Como dice Karl Popper, la ciencia progresa gracias al método de ensayo y error; una teoría no es verdadera, sino la mejor de las disponibles en un momento determinado de la evolución de la ciencia. La observación, que caracteriza a la concepción empirista o inductivista de la ciencia, no se aplica a las ciencias formales como la lógica y la matemática, por lo que estas no serían ciencias, sino instrumentos científicos. La ciencia no puede empezar por la observación porque no hay hechos puros sino hechos interpretados por medio de alguna teoría; mediante la inducción no se pueden establecer lógicamente leyes universales: aunque se haya hecho muchas veces la operación de calentar un cuerpo metálico y observado que se dilata regularmente, no se puede inferir de ahí que el enunciado “todos los metales se dilatan con el calor” sea verdadero, debido a que no puede ser verificado, pues los únicos enunciados verificables son singulares, los que afirman que “tales o cuales trozos de metal se dilatan con el calor”. Popper no basa su concepción de la ciencia en la inducción; para él las teorías científicas se construyen como hipótesis o conjetas provisionales con el fin de solucionar problemas no resueltos por las teorías anteriores. Por la observación y experimentación no se puede demostrar que una teoría científica es verdadera, pero sí es posible probar que en algunos casos es falsa. Una buena teoría es la que resiste a la falsación cuantas veces se le somete a prueba.

Debido a que las ciencias de la cultura estudian hechos propios del ser humano (conducta humana viviente u objetivada), se da en ellas una cierta identidad entre sujeto y objeto que puede conducirnos a subjetivismos que hay que evitar a fin de que las conclusiones a que se arriben no pierdan su carácter científico o no aparezcan oscuras e inciertas. Debemos ser conscientes de los condicionamientos subjetivos y concretamente ideológicos que puedan obstaculizar la objetividad. No es posible que el investigador social pueda desvincularse de las interioridades de su propio conocimiento; por ello se le acusa de ideólogo al servicio de determinados intereses; en efecto, el investigador científico no está libre del fenómeno ideológico. Los hechos humanos están cargados de valores cuya legitimación afecta la objetividad científica, por lo cual se afirma que la ciencia debe limitarse a la comprobación de la falta o existencia de ellos. Pero la subjetividad se supera analizando la capacidad de error.

29. Ciencia jurídica

Como ya hemos visto, 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 la 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; y d) *ciencias culturales*, que estudian la actividad humana. Sabemos que cultura es todo 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 o 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 saber acerca del Derecho se le denomina *ciencia jurídica, epistemología jurídica* (*episteme* = ciencia), *doctrina jurídica, dogmática jurídica, jurisprudencia*, etc. Desde el Derecho romano, a la ciencia del Derecho se le denomina *jurisprudencia*. Justiniano definió a esta en los siguientes términos: “*Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*” (el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto). En la actualidad, el término *jurisprudencia* está reservado para designar a las sentencias judiciales que constituyen precedente judicial sobre un mismo punto del Derecho.

La ciencia jurídica es esencialmente *normativa*; su análisis gira en torno al Derecho positivo como regulador de conducta humana social, prescribiendo, prohibiendo o permitiendo a los individuos determinados comportamientos, lo cual origina sus deberes y derechos (derechos subjetivos) que están garantizados por la fuerza coercitiva del Estado. El científico jurídico sistematiza, interpreta e integra el Derecho para su aplicación con miras a la realización de la justicia. Pero la norma regula la conducta humana intersubjetiva; por tanto, el Derecho es también conducta humana viviente (auténtica) y conducta humana objetivada; o sea, él es también realidad social que exige una investigación sociológica. La conducta humana es regulada por el Derecho con fundamento en ciertos valores; por consiguiente, el Derecho, como ciencia cultural, está cargado de valores, pero la valoración del jurista no puede ser el producto de su mero capricho personal, sino que sus juicios deben estar en consonancia con la tabla de valores que el Derecho positivo trata de conservar, proteger o implantar en determinada sociedad.

El objeto del Derecho tiene una dimensión universal y otra espacial. Es universal, porque cualquiera que sea el sistema de Derecho materia de investigación, su objeto es siempre la norma jurídica reguladora de conducta humana o, dicho de otro modo, la conducta humana regulada mediante normas jurídicas respaldadas por la fuerza. El Derecho, si no funciona igual, lo hace en forma semejante, cualquiera que sea el sistema jurídico al cual pertenece y cualquiera sea la concepción que se tenga de la ciencia jurídica; como se manifiesta en el siguiente caso:

A compra una casa a *B*. Resulta que la casa está llena de termitas. *A* pide a *B* una reducción del precio, pero *B* no acepta. *A* inicia una acción contra *B* y el juez, con arreglo al Derecho de los contratos, ordena a *B* que pague a *A* una cierta suma de dinero dentro de un plazo determinado. *B* no lo hace. *A* obtiene que el oficial de justicia se incaute de bienes muebles de *B* que son luego vendidos en pública subasta. Este ejemplo, tomado del sistema del Derecho del *common law*, concretamente de Alf Ross²⁸, nos muestra que esta secuencia de sucesos que abarca una serie total de acciones humanas, desde el establecimiento del Derecho de los contratos hasta el remate de los bienes incautados, no difiere en nada de la forma en que funciona el Derecho en el sistema romano-germánico al cual se afilia el Derecho peruano; hay aquí una dimensión de universalidad, la sustancia es la misma, pero puede haber diferencias de matices o formas. Otras veces habrá diferencias sustanciales; por eso no negamos su dimensión espacial y temporal del Derecho. Aunque parezca contradictorio, el Derecho es universal y espacial a la vez. Preguntémonos solo a manera de ejemplo si ¿alguien puede negar que los conceptos de norma, estructura de la norma, relación jurídica, sujeto de Derecho, entre muchos, no son universales? ¿Alguien puede negar

que el derecho a la vida, hoy día, no está consagrado en todo Derecho positivo? La respuesta válida a estas preguntas es un rotundo *no*.

Se afirma que el Derecho es la ciencia que indaga plenamente el sentido propio de un Derecho positivo en determinado lugar y momento histórico; por eso se dice que es una ciencia nacional. Como cada país tiene su propio Derecho positivo, el objeto de la ciencia del Derecho es múltiple²⁹. Esto es verdad apenas en parte, porque él es también universal. Es universal porque el ser humano es universal. En todo el mundo el ser humano se alimenta, se medica, se recrea, se une en matrimonio con otro del sexo contrario, contrata, etc., con algunas diferencias de matices en cada época y en cada lugar. Estas actividades, relevantes para que exista sociedad civilizada, son reguladas por el Derecho, respetando las diferencias de matices de cada época y lugar; luego, el Derecho en su esencia es universal y en sus matices temporal y espacial. La realidad nos demuestra que en el sistema de Derecho codificado todos los códigos son semejantes; códigos como el francés de 1804, el alemán del 1900 y el italiano de 1942, han sido adoptados por países de muy diversas culturas, adaptándolos a sus realidades; la investigación jurídica, en cualquier parte del mundo, parte de la teoría jurídica elaborada por los estudiosos de los más diversos países; los magistrados, para fundamentar sus decisiones, se apoyan en los estudios y jurisprudencia nacional e internacional, sea esta del sistema *civil law* o del *common law*. Esta es la verdad; lo demás son argumentaciones falaces y necias.

La ciencia jurídica no es meramente explicativa, sino fundamentalmente *interpretativa*. La interpretación hace posible la captación del contenido, significación y demás virtudes del Derecho vigente; vía interpretación se elaboran los conceptos fundamentales, permanentes unos y variables otros, generales unos y particulares otros, necesarios para la sistematización del Derecho; por la interpretación se selecciona la norma jurídica adecuada, y de entre las varias significaciones de esta, la más apropiada para su aplicación a la solución del caso concreto de la vida real.

El método de estudio de la ciencia del Derecho no es de pura observación directa como en las ciencias naturales, sino especialmente de comprensión indirecta por medio de la interpretación. Sin embargo, la teoría egológica, que no olvida ni la norma ni la conducta, da aquí un giro fundamental, al sostener que no se interpreta

29 ATIENZA dice que la *teoría del conocimiento en general* es la *teoría de la ciencia* cuyo objeto de estudio es la ciencia moderna. La teoría de la ciencia ha dado lugar no solamente a una *filosofía de la ciencia* sino también a disciplinas que son en sí mismas científicas, como *la historia o la sociología de la ciencia*. Estas distinciones, con algunas precisiones, pueden trasladarse al mundo del Derecho, donde se puede distinguir: el *Derecho positivo*: conjunto de normas, órganos, instituciones, etc.; la *ciencia o ciencias del derecho*: la jurisprudencia, la sociología del Derecho; la teoría general del Derecho; el Derecho comparado, etc.; la *teoría de la ciencia jurídica*, es decir, la descripción y propuesta de modelos de las ciencias jurídicas. En el campo de la teoría de la ciencia jurídica se ubican los estudios de autores como: KELSEN, ROSS, HART, BOBBIO, etc. (ATIENZA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 222).

la ley sino la conducta humana mediante la ley, o sea, la hermenéutica es existencial: la ciencia jurídica es, ciertamente, una ciencia interpretativa, pero interpretativa de la conducta, que es plenaria vida humana; el jurista no averigua lo que dice la ley, por la sencilla razón de que esta emplea un lenguaje por él conocido, donde la simple lectura pone en juego la función significativa de todo lenguaje conceptual. El jurista trata con el significado que tienen los actos que realizan los seres humanos. Los actos humanos no son hechos naturales cuya existencia fuere la cuestión para explicar, sino que esos actos son la expresión de algo, que es lo que se debe establecer. El jurista esclarece el sentido de los actos humanos en interferencia intersubjetiva. Solo que cumple esta tarea mediante las normas jurídicas. Las normas son conceptos; como tales, mientan la conducta; por tanto, mientan también el sentido de la conducta.

Para la sistematización del Derecho el jurista se vale de cuantos medios de conocimiento tenga de su objeto: observación, interpretación, análisis y síntesis de conceptos. Ni lógica deductiva exclusivamente, ni procedimiento inductivo como única solución, sino dialéctica deducción-inducción, dialéctica entre norma, hecho y valor. Ello conduce a sostener que la autonomía de la ciencia jurídica no es incompatible con su interrelación con otros aspectos de lo jurídico, en especial con la sociología y la filosofía, no para que la norma sea postergada con apoyo en consideraciones sociológicas o filosóficas, sino para reconocer que la norma será entendida plenamente cuando se investigue y analice su trasfondo sociológico y su fundamentación filosófica.

En la ciencia jurídica lo teórico y lo práctico se complementan; por eso se dice que es una ciencia *teórica-práctica*. Es teórica la comprensión, conceptualización y estructura de la norma, pero su conocimiento tiene una finalidad eminentemente práctica. El legislador, el juez y el científico del Derecho crean y conocen el ordenamiento jurídico en orden a su realización práctica; por ello se afirma que el Derecho es un mundo del deber ser, que tiende al ser; que la norma jurídica es el puente o bisagra entre el mundo del ser y del deber ser.

En su 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 *strictu 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.

Es de advertir que el Derecho presenta dos aspectos interrelacionados que no se deben confundir, a saber: la ciencia jurídica y la técnica jurídica.

La *ciencia jurídica* está formada por el conjunto de conocimientos jurídicos descubiertos y adquiridos por medio del estudio sistemático de las múltiples y variadas concresciones de la experiencia humana jurídica milenaria que echa sus raíces en el mismo fondo donde plantó las suyas el Derecho romano. Los cultores de la ciencia jurídica son los juristas que interpretan y desarrollan el conocimiento jurídico mediante la doctrina y el conocimiento teórico.

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 la 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.

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.

Es una labor técnica la aplicación de la ciencia y de las normas jurídicas a los casos concretos, ya sea en el ejercicio de la magistratura, de la defensa, de la asesoría, de la notaría, de la enseñanza. Los ejecutores del Derecho (abogados, magistrados, notarios, funcionarios) usan ciertos métodos de interpretación de las normas con fines pragmáticos, para ser aplicadas a casos concretos, pero, generalmente, no están avocados a la creación de nuevos conocimientos ni a la elaboración de nuevos sistemas jurídicos, labor propia de los juristas, y, por tanto, los métodos que utilizan, o no son métodos de investigación científica, o siéndolo no son empleados con esos fines. No procuran los mismos fines al interpretar una norma: el juez, que tiene que aplicarla a la solución de un caso individual sometido a su decisión, y el jurista, empeñado en aportar nuevos conocimientos, superar teorías preexistentes, crear la doctrina que ayude a entender determinado *Derecho*, etc.

La tarea de elaborar o modificar normas u ordenamientos jurídicos, sobre la base de los conocimientos jurídicos existentes, constituye una técnica, no una ciencia. La interpretación de las normas o del ordenamiento jurídico para su aplicación a la solución de un caso concreto, también es una técnica y no ciencia. Técnica es la actividad del legislador, del juez y del abogado.

30. Cuestionamiento del carácter científico del Derecho

En el siglo XIX se ataca duramente el carácter científico del Derecho. Las ciencias naturales logran un gran desarrollo, sobre todo con base en el perfeccionamiento de sus métodos de averiguación, interpretación y conocimiento de los hechos. Las ciencias por excelencia son las naturales y junto a ellas las matemáticas (ciencia formal) que son paradigma de exactitud. Toda actividad intelectual que ostente el calificativo de *científica* debe alinearse en los métodos de las ciencias por excelencia: la física, la química, la biología, la geología, las matemáticas, la astronomía y otras que apliquen sus mismos métodos. Esto para algunas ciencias como la historia y la lingüística fue relativamente fácil, pero para otras —como la ciencia jurídica— el problema es más difícil.

La corriente positivista (Comte, Bentham, etc.) que domina esta época consideró que solo los hechos comprobables con el experimento son accesibles al conocimiento científico que podía lograrse mediante la acumulación de datos de la realidad cultural, tal como se hace con el conocimiento de la naturaleza; rechazan la metafísica por sobrepasar el campo de la observación y niegan el carácter de científico a la dogmática jurídica, proponiendo que ocupe su lugar la sociología jurídica y la sociología criminal. Algunos autores, en su afán de adecuarse a la corriente positivista cosificaron el Derecho para igualarlo a las cosas de la naturaleza, al señalar que la norma existe y es vigente con independencia de si es justa o injusta. AUSTIN dijo: “El Derecho es una cosa, no me interesa ni su mérito ni su demérito”. KELSEN purificó al Derecho de todo elemento valorativo, ideológico y político, y señaló como su característica definitoria a la coactividad, de tal modo que la ciencia del Derecho es un conjunto ordenado de normas positivas coactivas.

Una de las críticas a la científicidad del Derecho y, en general, de todas las disciplinas del saber cultural, se refiere a su falta de objetividad. Las ciencias naturales se refieren a objetos; por consiguiente, hay un distanciamiento entre el sujeto y el objeto de investigación, lo cual asegura la objetividad del conocimiento. Las ciencias culturales, llamadas también *ciencias humanas y sociales*, *ciencias espirituales*, *ciencias históricas*, *ciencias morales*, *ciencias del comportamiento*, *humanidades*, etc., estudian el comportamiento o instituciones humanas, por lo cual se produce una proximidad entre el sujeto y el objeto (el ser humano es a la vez sujeto y objeto de la investigación), y ello problematiza la objetividad y determina que algunos consideren que estas ciencias tienen un grado de científicidad menor que el de las ciencias formales y naturales.

En 1847, Julius VON KIRCHMAN, en un célebre discurso titulado: *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*, negó la dimensión científica del Derecho debido a su carácter cambiante y efímero. La obra del jurista —dijo— depende del capricho del legislador que con tres palabras puede convertir “bibliotecas enteras en basura”. Todas las ciencias tienen leyes verdaderas o falsas, pero estas no se imponen

al ser, como sucede con la norma jurídica que, verdadera o falsa, se sobreponen al ser. Afirmó que en Derecho no hay una acumulación en calidad y cantidad de conocimientos, sino permanentes debates y discusiones; el Derecho no ha progresado ni ha tenido influencia decisiva en la realidad y vida de los pueblos, como sí lo han tenido las ciencias naturales.

La posición que niega la científicidad del Derecho —expresa ALZAMORA³⁰— comete dos errores: “Toma como modelo de ciencia a las matemáticas y a las ciencias naturales, y considera que todo saber científico es saber de lo general y saber por causas”... “En el Derecho, conjuntamente con factores particulares y cambiantes, existen otros esenciales y permanentes que constituyen, como su verdadero fundamento, el objeto de ciencia en el sentido clásico de este concepto”. Junto a las ciencias matemáticas y a las ciencias naturales existen las ciencias culturales. Las disciplinas jurídicas se integran dentro del conjunto de las ciencias del espíritu o de la cultura.

El alemán KARL LARENZ afirma que el Derecho es una ciencia y no una simple tecnología, “porque ha desarrollado métodos que apuntan a un conocimiento racionalmente comprobable”, aunque no pueda alcanzar la exactitud de las ciencias matemáticas y de las ciencias naturales y que muchos de aquellos “sean solo de validez condicionada temporalmente”. En opinión de PERTICONE, la ciencia del Derecho representa el plano de proyección de lo particular y de lo universal, del interés singular y del colectivo, de lo abstracto de la forma y lo concreto de los hechos sociales. La teoría egológica define a la ciencia del Derecho como “un conocimiento de conducta, en interferencia subjetiva, logrado sobre la base de actos de comprensión conceptual y sistemática que desarrollan un método empírico-dialéctico”³¹.

Se puede hablar de ciencia del Derecho, dice RENDÓN³², porque el Derecho es una realidad susceptible de ser conocida y explicada, sujeta a causas y efectos, y a repetición, tanto en el momento de su creación a la altura de las relaciones sociales y a la de su formulación como normatividad, como en el momento de su aplicación. Su objeto es el Derecho en sus dos maneras de ser: normatividad y relación social. La ciencia jurídica integra los varios conocimientos del Derecho: su realidad social, su estructura lógica, su relación con la superestructura política e ideológica, y su evolución como parte de la evolución de las relaciones sociales.

Si en una concepción reducida se afirma que “el científico moderno realiza un estudio sobre objetos reales” y se define a la ciencia como “un sistema de proposiciones referidas a cierta y determinada área temática verificadas empírica y lógicamente

³⁰ ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, 10.^a ed., Lima: Eddili, 1987, p. 47.

³¹ ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 47.

³² RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *El derecho como norma y como relación social. Teoría general del derecho*, Lima: Edial, s/f. ob. cit., p. 159.

como verdaderas”³³, es muy claro que no se puede hacer un parangón de esta noción restringida de ciencia que corresponde a la ciencia natural con la ciencia cultural a la que pertenece el Derecho. En este no hay solamente, como sí sucede en los objetos naturales, elementos fácticos de los cuales se pueda proclamar su verdad o falsedad, sino que además hay elementos valorativos, normativos, temporales, espaciales y hasta sentimentales (un analfabeto tiene el sentimiento de que sus actos son o no conformes con el Derecho). Si solo fueran objeto de conocimiento científico los que pueden ser verificados empíricamente mediante la observación, la matemática —que trata sobre objetos ideales— tampoco loería.

Si se argumenta que la investigación científica conduce a establecer leyes naturales invariables porque subordina lo racional a la observación empírica que conduce a una sola objetividad y que el Derecho no es ciencia porque en él prima el conocimiento racional (en el cual, variando las reglas de juego varía el criterio de validez, pudiéndose así construir varias objetividades), es no advertir lo que es conocido desde antiguo que tanto los sentidos como la razón son falibles al momento de indagar por verdades absolutas.

A la afirmación en el sentido de que el conocimiento científico produce leyes absolutas, inmutables, eternas, se le contesta diciendo que puede ser que una estrella o una especie de animal o vegetal o mineral tenga más duración que una norma, doctrina o institución jurídica, pero todo tiene un comienzo y un fin.

Si se asevera que las proposiciones del discurso científico son consistentes, también lo son las del Derecho; un buen sistema de Derecho es el que no presenta contradicciones.

Si se sostiene que lo que caracteriza al conocimiento científico es la deducibilidad de sus proposiciones, es decir, que deben constituir un sistema coherente en el que sus proposiciones sean deducibles unas de otras, también el estudioso del Derecho construye sistemas deducibles, por ejemplo, el ordenamiento jurídico de un país se organiza sistemáticamente en un orden jerárquico que desciende desde las normas más generales hasta las más especiales; estas se derivan de las generales y estas de las de mayor generalidad. En la práctica jurídica también se usa el silogismo; pero luego de la reconstrucción de los hechos y de las normas aplicables, reconstrucción en la cual nada tiene que ver el silogismo, pues es muy sabido que en derecho la lógica solo asegura la coherencia formal y externa de los enunciados, no la verdad material e interna de ellos.

El discurso científico no versa sobre el “todo”, sino sobre un específico campo temático; trata solo parte de los objetos del universo. Esto hace tanto el biólogo, el

33 Russo, *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, ob. cit., pp. 185 - 192.

geógrafo como el jurista. El jurista, como cualquier científico, delimita el objeto de su investigación, por ejemplo, a la propiedad, la paternidad, el robo, etc., luego a estos temas los delimita más concretamente; así, si su campo temático es la propiedad, lo reduce, por ejemplo, al ámbito de la propiedad industrial y, dentro de esta, solamente, v. gr., a las marcas y no a todas las marcas sino apenas a las marcas de certificación.

Tanto el científico de las ciencias naturales como el jurista construyen proposiciones. Pero el que trata con objetos naturales solamente construye las que sean susceptibles de verdad o falsedad. En cambio, el jurista construye proposiciones susceptibles de verdad o falsedad (en cuanto a los hechos), de validez o invalidez, de justicia o injusticia, de conveniencia o inconveniencia, de oportunas o inoportunas, de razonables o caprichosas, etc. (en cuanto a las normas y valores).

También se caracteriza a la ciencia moderna por formular proposiciones que son enunciados descriptivos de la realidad. Y, asimismo, el jurista en sus proposiciones describe en abstracto la realidad social. Precisamente, uno de los elementos de la norma es el hecho; no hay Derecho que no regule hechos. El dogmático lo que hace es describir el Derecho y, “al describirlo, recomienda su aplicación tal como surge de esa descripción”³⁴.

La investigación científica aplicada tiende a crear teorías útiles, a partir de las cuales se desarrolle una técnica para producir cambios en el mundo. El jurista, con sus investigaciones, también procura desarrollar teorías útiles para producir cambios en el futuro, las cuales pueden ser seguidas por magistrados, abogados, gobernantes, etc.

Otra objeción que se ha hecho al carácter científico del Derecho se basa en la vaguedad o imprecisión de su objeto. Poco a poco se ha ido precisando el objeto del saber de los juristas. KANT vio la necesidad de separar, dentro del campo de la ética, lo que pertenece a la moral, de lo que es patrimonio del derecho: la moral pertenece al *forum internum* y el Derecho al *forum externum*. SAVIGNY señaló que el objeto de estudio de los juristas está en la experiencia, es algo real, algo que se da en la historia y en el espacio. KELSEN concibió al Derecho como una ciencia normativa; por tanto, el objeto del Derecho son las normas jurídicas. Para la teoría egológica de Carlos Cossío, el objeto de la ciencia jurídica no son las normas, sino la conducta; pero hay que tener presente que la teoría egológica, acertadamente, “no olvida la norma ni la conducta; por eso sostiene que no se interpreta la ley, sino la conducta humana mediante la ley”. La conducta es la expresión fenoménica de la persona. Esta no tiene otra manera de manifestarse como tal más que comportándose. El Derecho es ciencia de realidades porque es ciencia de conducta humana. Y es conducta humana viviente; por tanto, es una ciencia de experiencia humana. Su método de estudio es el empírico dialéctico.

34 NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 38.

Individualizado el objeto y método de estudio de su objeto, ya no queda ninguna duda sobre su carácter científico. Es más: para la teoría egológica, la ciencia jurídica es la ciencia, por antonomasia de la conducta.

No solo son objeto de conocimiento científico los fenómenos de la naturaleza, sino también los hechos sociales en sus más variadas formas, condensados en conocimientos metodológicamente investigados, sistemáticamente ordenados y explicados y posibles de verificación, constituyen también ciencia.

Si se admite la existencia de las ciencias sociales, es evidente que el derecho como ciencia se ubica en el campo fecundo de estas. El objeto de la ciencia jurídica son las normas de comportamiento, es decir, de comportamiento posible. Ellas se refieren a comportamientos reales susceptibles de conocimiento empírico. El origen del Derecho es un hecho empírico, el hecho del poder. Pero, como sabemos, el Derecho no se agota en el hecho social, sino que abarca también el valor, el sentimiento (v. gr., el sentimiento de justicia que todo ser humano tiene).

La crítica que se formula a la ciencia jurídica en el sentido de que “tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”, es superficial porque la legislación cambia y ello puede ocasionar la eliminación de ciertas instituciones, como ha sucedido, por ejemplo, con la enfiteusis, que ha sido eliminada como institución del Código Civil peruano y, por consiguiente, todo lo que al respecto se haya escrito quedará para la historia del Derecho, porque los sistemas jurídicos, contrario a lo que sucede con la mutación de las leyes naturales, no desaparecen en forma brusca, sino que evolucionan paulatinamente. Los métodos, sistemas y conceptos jurídicos permanecen por encima del cambio de las leyes; pensemos, a manera de ejemplo: en la tradición jurídica romanística que impera aún en nuestros días (sobre todo, en la Europa continental y América Latina) en los ordenamientos jurídicos de los diversos países que están constituidos por un conjunto de normas que han ido cambiando y creciendo lentamente a través de los siglos.

No faltan quienes sostienen que el Derecho no se ha desarrollado todavía lo suficiente para llegar a ser ciencia, pero que algún día lo será. Como es natural, se refieren a que el Derecho llegará a alcanzar la cúspide de las ciencias exactas o de las ciencias naturales. Esto significa no advertir lo obvio, esto es, la imperfección del ser humano que por ser imperfecto es humano, y como tal todo lo que crea (v. gr., la sociedad, el Estado, el Derecho) es relativo, no absoluto. El Derecho, obra del ser humano, no puede constituir una ciencia de leyes puramente universales y absolutas: él jamás tratará de leyes absolutas. Un Derecho perfecto tiene que ser el producto de un ser humano perfecto. Pero cuando este haya alcanzado la perfección será un dios, y desde entonces el ser humano será solamente una añoranza, o sea, ya no existirá más como humano. O quizás su perfección lo conduzca a la imbecilidad como género, y el imbécil se basta con las leyes de la causalidad. Ni el

género de los dioses ni el de los imbéciles necesitan del Derecho. Este desaparecerá conjuntamente con el ser humano. Son sus estudiados, no los cultivadores de las ciencias exactas o naturales, los que han descubierto que él no se rige por las leyes de la causalidad, sino por reglas de imputación; que el Derecho no es puramente óntico sino deóntico. La naturaleza pertenece al dominio de la causalidad, es decir, de lo “necesario”; en cambio, el Derecho pertenece al dominio de la imputación, o sea, de lo “no necesario” (Kelsen). Es una necedad, un absurdo, pretender equiparar al Derecho con las ciencias formales o con las naturales. No está demás recalcar una vez más que él no es una ciencia formal (exacta); tampoco es una ciencia natural, ni pretende serlo jamás. El Derecho es una ciencia o disciplina cultural o humana. O más correctamente, no hay una sola ciencia o disciplina jurídica sino varias (dogmática jurídica, sociología jurídica, etc.), cada una con sus presupuestos, objeto y método de estudio propios.

31. Investigación científica

Investigación deriva de los términos latinos *in*, en, hacia y *vestigium*, huella, pista. Etimológicamente significa “hacia la pista” o “seguir la pista”; “buscar”, “averiguar”, “siguiendo algún rastro”.

La investigación científica es la actividad humana orientada a descubrir algo desconocido o a la búsqueda de solución de algún problema, mediante el empleo del método científico.

Los conocimientos científicos son producidos por la investigación científica. La ciencia avanza en función de la investigación científica.

La investigación científica es un trabajo reflexivo, sistemático, crítico, que pone en práctica un *método* calificado (el científico), con el propósito de descubrir nuevos conocimientos o de pasar de un conocimiento dado a otro de grado superior que dé respuesta a una interrogante o a un problema específico.

No es investigación científica la actividad intelectual que no está orientada a producir nuevos conocimientos o a incrementar los ya existentes, sino que se vale de ellos para su actividad profesional, como cuando el médico examina y receta unos remedios a su paciente, el abogado emite un informe legal, el arquitecto confecciona unos planos, el economista hace un estudio de mercado, etc.; o cuando se indaga en libros, bibliotecas y otras fuentes los conocimientos ya existentes, salvo que esa indagación sea solo una etapa en el proceso de búsqueda de nuevos conocimientos.

32. Clases de investigación científica

Hay varias clases de investigación científica. Siguiendo en parte a SIERRA³⁵, mencionemos algunos tipos de investigación social:

- a) La investigación básica, denominada también *sustantiva, teórica o pura*, está orientada por el deseo de saber por el saber, sin tener en cuenta sus aplicaciones. Da lugar a la ciencia pura, llamada también *investigación fundamental, teórica o académica*.
- b) La investigación aplicada o tecnológica se realiza con miras a obtener una meta utilitaria determinada. Da lugar a la ciencia aplicada. La investigación tecnológica responde a las interrogantes: ¿cómo producir X?, ¿cómo modificar X?, ¿por medio de qué técnicas podemos modificar X?

Existe una interrelación entre investigación básica e investigación aplicada. La primera puede llevar a descubrir resultados de aplicación práctica mediata o inmediata, y la segunda puede conducir a encontrar principios básicos.

- c) La investigación experimental o de relaciones causales consiste en organizar las condiciones, de acuerdo con un plan previo, a fin de investigar las relaciones causa-efecto, exponiendo uno o más grupos experimentales a la acción de una variable experimental y contrastando sus resultados con grupos de control o de comparación.

La investigación descriptiva u observacional procura establecer las características del objeto materia de investigación (fenómenos, hechos, personas, grupos sociales), sus costumbres, tendencias, creencias, opiniones, deseos, valores imperantes y evolución. No termina con la descripción de lo que es, sino que clasifica los datos sistematizándolos, de suerte que del sistema se puedan deducir conclusiones importantes. Esta especie de investigación trata de responder a las siguientes cuestiones: ¿Qué es?, ¿cómo es?, ¿dónde está?, ¿cuándo ocurre?, ¿de qué está hecho?, ¿cómo se presenta el fenómeno de readaptación social en los penales?, ¿cómo están distribuidos los márgenes de deserción escolar en las áreas urbanas?, etc.

- e) La investigación explicativa estudia las relaciones de influencias entre variables, para conocer la estructura y los factores que intervienen en la dinámica de los fenómenos sociales. Esta clase de investigación contesta a preguntas como: ¿por qué se presenta así el fenómeno X?, ¿cuáles son los factores o variables que están afectando al fenómeno X? Por ejemplo, se tiende a dar respuesta a la pregunta: ¿por qué el índice de reincidencia en el delito es tan elevado?;

¿cuáles son los factores que están incidiendo en el bajo rendimiento de los estudiantes?

- f) La investigación exploratoria puede tener carácter descriptivo o explicativo, o ambos a la vez. Tiene carácter provisional, no definitivo, en cuanto se hace para obtener un primer conocimiento del campo donde se piensa realizar una investigación definitiva.
- g) La investigación transversal se refiere a un momento específico y la investigación longitudinal comprende un período bastante largo.
- h) La investigación microsociológica, que estudia variables y sus relaciones en grupos pequeños y medianos, y la investigación macrosociológica, que aborda el estudio de grandes grupos.
- i) La investigación cuantitativa estudia los aspectos cuantificables de la sociedad y la investigación cualitativa se orienta a descubrir el sentido y significado de las acciones sociales.
- j) Por el objeto social la investigación puede referirse a la familia, economía, Derecho, política, religión, educación, medios de comunicación, problemas sociales, etc.
- k) Según el marco en que tienen lugar las investigaciones, pueden consistir en:
 - Los estudios piloto, que son investigaciones preliminares que preceden a las encuestas sociales, a fin de perfeccionar y aprobar las técnicas empleadas.
 - Las monografías, que son estudios descriptivos sobre temas específicos, muy concretos.
 - Los informes sociales son de mayor amplitud que las monografías; son estudios detallados de todos los aspectos de una comunidad o grupo social.
 - El método de casos tiene por objeto recoger los datos que describe el proceso social vital de una persona, familia, nación, institución, utilizando documentos personales. Son estudios concretos.
 - Las encuestas son investigaciones que se extienden a grandes sectores de la población a fin de obtener información sobre múltiples temas.
 - Los sondeos de opinión consisten en tipos especiales de encuesta. El ámbito de los temas es más reducido y concreto que las encuestas.
 - Los estudios de replicación se realizan para repetir investigaciones ya realizadas, en unos ambientes y condiciones nuevos.

- I) La investigación causal comparativa se realiza a base de muestras con el propósito de observar el comportamiento de una variable (por ejemplo, la condición económica que incide en el desarrollo de la criminalidad), controlando estadísticamente otras variables que puedan afectar a la variable estudiada.

33. El método científico

En general, método significa el modo de obrar o proceder, la forma o manera de realizar una actividad, el camino o guía que se debe seguir para alcanzar un propósito o meta.

En términos generales, el método es el procedimiento intelectual o material, integrado por un conjunto de fases o etapas sucesivas, que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla. El método se aplica a todo proyecto de investigación científica.

René DESCARTES³⁶ definió el método como:

[R]eglas ciertas y fáciles gracias a las cuales quien las observe exactamente no tomará nunca lo falso por verdadero, y llegará, sin gasto inútil del esfuerzo de su espíritu, al verdadero conocimiento de todo aquello que sea capaz, mediante un aumento gradual de su ciencia.

-
- 36 DESCARTES comienza su *Discurso del método* afirmando que la razón es la única que nos hace hombres y nos distingue de las bestias. Pero no basta poseer la razón. Es preciso aplicarla bien. Luego afirma que al final de sus primeros estudios se sintió tan lleno de dudas que le parecía que en vez de aumentar su saber solo había descubierto su ignorancia. Se había prendado de las matemáticas por su certeza; de la teología había aprendido cuáles eran los caminos para alcanzar el cielo; había estudiado filosofía ejercitándose en las disputas por establecer la verdad. Pero ese cúmulo de conocimientos no se sustentaba en un criterio que permitiese discernir lo verdadero de lo falso. No había cuestión acerca de la cual no discrepasen aun los más grandes espíritus. ¿No convenía, entonces, optar por la *duda metódica* de todos los conocimientos? Comprendió que necesitaba un *criterio* de verdad y un *método* de investigación científica. Los sentidos nos engañan, los hombres más sabios se equivocan al razonar. Los pensamientos que tenemos en el estado de vigilia podemos tenerlos también durante el sueño, por lo que pueden ser ilusorios. Pero ¿es posible que todo sea falso? él, que pensaba en la falsedad de todas las cosas, ¡no era, por el simple hecho de pensar, una realidad! *Pienso, luego existo (cogito, ergo sum)*. Esa era la verdad que no podía ser distraída. Le era posible dudar de todo; pero le era imposible pensar que él, que pensaba, *no existía*. Pero ¿por qué estaba forzado a aceptar la verdad de su pensamiento? Porque la afirmación “pienso, luego existo” se le presentaba con toda *evidencia*, con toda *claridad* y *distinción*. Esa evidencia consistía en la *imposibilidad de pensar lo contrario*. El criterio de la evidencia le suministraba la primera de las *reglas del método*: “*No aceptar jamás como verdadero nada que no conozca evidentemente como tal...*”, y no admitir, en mis juicios, nada más que lo que se presente a mi espíritu tan clara y distintamente que yo no tenga manera alguna de ponerlo en duda”. Con lo dicho había llegado al punto de partida, pero la tarea que debía emprender era inmensa y exigía, por eso mismo, *dividir las dificultades* en tantas partes como se pudiese; *proceder por orden*, empezando por las cosas más sencillas, ordenadamente; y por último, *hacer revisiones generales* que le diesen la seguridad de no haber omitido nada. Con la primera, estas tres constituirían las cuatro reglas de su método.

El método científico es específico y determinado; orientado a ampliar el conocimiento de la realidad, formado por una sucesión de etapas o fases por seguir para alcanzar el resultado pretendido y por las técnicas o normas de procedimientos concretos que se tienen que utilizar en cada fase o etapa.

Sin método no hay ciencia. El conocimiento vulgar puede ser verdadero, pero es casual, fortuito, sin conexión con los demás conocimientos; carece de seguridad sobre lo que se afirma. Por conocimiento científico, en cambio, se llega a un resultado rigurosamente verificado, se tiene certeza de la verdad.

Por el método científico se observa la realidad mediante las teorías existentes; conforme a esta observación se formulan problemas o cuestiones; se anticipan soluciones o hipótesis a estos problemas; se contrastan estas hipótesis con la realidad mediante la observación de los hechos, su clasificación y su análisis.

Los pasos del método científico aplicable tanto a las ciencias naturales como sociales son: a) la determinación del problema científico específico; b) la formulación de las hipótesis (respuesta provisional a un problema científico); c) la deducción, a partir de las hipótesis, de las consecuencias que pueden ser sometidas a observación o experimentación; d) la contrastación de las consecuencias por medio de la observación o experimentación; e) el análisis de los resultados.

PARDINAS³⁷ señala como etapas del método científico a las siguientes:

- 1) observación de los fenómenos; 2) formulación de un problema; 3) hipótesis; 4) diseño de la prueba, comprobación o disprobación de la hipótesis; 5) conclusiones o presentación de resultados.

SIERRA³⁸ explica que el método científico se caracteriza por ser teórico, basado en la duda sistemática; es problemático-hipotético, empírico, inductivo, deductivo, crítico, analítico-sintético, selectivo, intuitivo-imaginativo y preciso. Veamos cada una de las características del método científico:

- a) Es *teórico* en su inicio y en su fin. El punto de partida es una teoría previa, necesaria para observar la realidad. Lo es también en su fin, porque de los resultados de la investigación de la realidad se establecen nuevos principios que reformen, completen, confirmen o sustituyan las teorías iniciales.
- b) Se basa en la *duda*, pues no hay teoría de la que no se pueda dudar y que por tanto no pueda ser sometida a nuevas revisiones y comprobaciones. La duda

³⁷ PARDINAS, Felipe, *Metodología y técnicas de la investigación en ciencias sociales*, 23.^a ed., Ciudad de México: Edición Siglo XXI, 1980, p. 18 y ss.

³⁸ SIERRA BRAVO, *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*, ob. cit., p. 22 y ss.

científica es sistemática; los nuevos descubrimientos originarán nuevos problemas que exigen nuevas respuestas probables o hipótesis. Así es como progresá la ciencia.

- c) Es *problemático-hipotético* porque se basa en la formulación de problemas o interrogantes sobre la realidad y en adelantar conjeturas o soluciones probables a dichas cuestiones.
- d) Es *empírico*, por cuanto su fuente de información y de respuesta a los problemas es la experiencia natural o social. Esto hace la diferencia entre el conocimiento científico y otras formas de conocimiento que se basan en la autoridad, la tradición, o la revelación.
- e) Es a la vez *inductivo* y *deductivo*; inductivo, porque clasifica y sistematiza los datos obtenidos de la observación de la realidad, estableciendo las uniformidades o regularidades que se presentan, a fin de formular enunciados generales (teorías). Y deductivo, porque de estos principios o teorías generales (no de la observación de la realidad como en la inducción) se deducen nuevos conceptos y enunciados.
- f) Es *autocrítico*, porque se autocorrege a sí mismo, mediante el sometimiento a contraste y verificación de las etapas, procedimientos y resultados. Los logros del método científico no son definitivos, porque siempre están sujetos a revisión.
- g) Es *circular*, puesto que hay una continua interacción entre la experiencia y la teoría: "Con base en la experiencia se establece, completa y reforma la teoría, y con base en la teoría se capta y explica la realidad".
- h) Es *analítico-sintético*, por cuanto distingue y separa los elementos más simples de la realidad y luego une y recompone los elementos separados, para obtener una visión global del conjunto y de las relaciones estructurales entre sus elementos.
- i) Es *selectivo* en triple sentido; primero, porque de la multiplicidad de aspectos de los fenómenos concentra su observación solamente en los más relevantes; segundo, de la masa de datos recogidos debe detectar en el análisis los más significativos; tercero, no se detiene en meras apariencias, sino que procura trascenderlas y explicar la realidad lo más profundo posible.
- j) Se atiene a *reglas metodológicas* formales y a un mismo tiempo fomenta la intuición y la imaginación, aun cuando estas contradigan el método.
- k) Es *preciso* por cuanto tiende a obtener conocimientos lo más exactos posibles, la ciencia tiene vocación de exactitud.

Las peculiaridades del objeto determinan que cada una de las ciencias tenga su propio método de conocimiento. La lógica y la matemática, que tienen objetos ideales, no necesitan de la experiencia; requieren del método racional deductivo, por el cual la razón establece *a priori* ciertas verdades extraídas de su propia naturaleza, las cuales no requieren comprobación: son verdades de razón, los axiomas, los postulados, los principios fundamentales de la lógica, como el de identidad, el de contradicción, el tercero excluido, etc., de las cuales se van deduciendo principios, normas, leyes, etc.; el método racional deductivo se vale del silogismo como instrumento lógico en el proceso de la deducción. Las ciencias naturales necesitan del método empírico³⁹. BACON pensó que la búsqueda de las leyes naturales se efectuaba por la inducción. COSSIO⁴⁰ asigna a la ciencia natural un método empírico-inductivo que permite, mediante la experimentación de casos particulares, inducir principios cada vez más generales, hasta llegar al conocimiento de los caracteres universales del objeto (ley natural). Las culturales exigen el método empírico-dialéctico-empírico, porque los objetos de cultura son reales, están en la experiencia; dialéctico, porque el acto de conocimiento no consiste simplemente en inducciones o deducciones —esto es, en ir de lo singular a lo general, o viceversa— sino en ir del sustrato del objeto hacia el sentido, luego viceversa, y así sucesivamente hasta que se considere lograda la comprensión. Se ha de transitar en forma circular dialéctica, entre las dos instancias de que consta el objeto cultural: su sustrato material y su sentido espiritual. KARL POPPER⁴¹ propone sustituir el método inductivo por el método de conjeturas y deducción contrastadora de estas.

Los métodos casi nunca se utilizan en forma aislada, sino que en el proceso investigatorio se interrelacionan y complementan. Además, ellos no tienen carácter absoluto, sino que son perfectibles; facilitan la detección de los errores, pero no garantizan la obtención de la verdad.

Cada uno de los objetos del universo (naturales, síquicos, ideales y culturales) tiene su propio método de estudio, además de los métodos comunes a todos ellos. A su vez, cada uno de estos objetos se subdividen para su mejor estudio en ramas o sectores. Así, por ejemplo, los objetos ideales hay números que son estudiados por la matemática, figuras geométricas que son estudiadas por la geometría, valores que

³⁹ HERRENDORF, Daniel E., dice: "El método empirista logra manejarse cómodamente a partir de su principio *nihil est intellectum, quod non fuerit in sensu* (nada hay en la inteligencia que no haya estado en los sentidos). De manera que el fundamento sustantivo de su método de conocimiento será la experiencia sensible, la impresión de los elementos últimos, "átomos de la experiencia". ("Introducción a la fenomenología egológica", en COSSIO, Carlos, *Radiografía de la teoría egológica del derecho, con una introducción a la fenomenología egológica*, Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 41).

⁴⁰ COSSIO, Carlos, *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Losada: Buenos Aires, 1945, p. 79.

⁴¹ POPPER, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, Madrid: Tecnos, 1971, p. 27 y ss.

son estudiados por la axiología, etc., y cada uno de estos objetos tienen, además de los métodos comunes, sus propios métodos de estudio.

Los objetos en el universo están interrelacionados, esta interrelación en el microcosmos humano es mucho más intensa, puesto que existen multiplicidad de objetos interrelacionados, hay también métodos generales comunes a todas las ramas de la ciencia, como el analítico y sintético, inductivo y deductivo, y métodos propios o específicos de cada rama de la ciencia. Cada investigador elige el método que utilizará en su investigación según la forma como desea abordar el problema. En la elección del método tiene que ver mucho la experiencia del investigador, sus inclinaciones o preferencias personales, su temperamento.

- Los métodos científicos se clasifican en:

- a) *Generales* (de aplicación a todas las ciencias): *dialéctico* (las leyes de la unidad y lucha de contrarios, de los cambios cualitativos y cuantitativos, o viceversa, de la negación-negación, señalan el desarrollo y movimiento de la materia⁴²⁾); *comparativo* (compara los resultados obtenidos por distintos investigadores; es usado por la investigación básica, aplicada y filosófica); *histórico*.
- b) *Específicos* (abarcán una parte de la realidad): *experimental* (reproduce artificialmente los fenómenos para descubrir sus causas y efectos); *analogía* (dado a la semejanza entre fenómenos, a partir de experiencias pasadas se pueden predecir ciertos acontecimientos); *formalización* (permite sistematizar las generalizaciones; es usado por la lógica matemática y la cibernetica); *matematización* (está constituido por los métodos estadísticos y cálculo de probabilidades); *modelación* (reconstrucción natural o artificialmente del objeto con el fin de precisar sus particularidades); *inferenciales*: inductivo-deductivo.
- c) *Particulares* (están relacionados con el objeto específico de cada ciencia): físicos, químicos, etc.

34. El método en las ciencias naturales y formales

El proceso que se sigue en la investigación de los objetos naturales es el siguiente: a) observación, b) hipótesis, c) predicción, d) experimentación, e) conclusión y f) comunicación. Las ciencias naturales tienen una base empírica (los fenómenos de la naturaleza) que pueden ser objeto de observación y experimentación.

42 “Materia y movimiento son perennes e indestructibles, tanto cualitativa como cuantitativamente. Ninguno de los atributos de la materia, ni uno solo puede perderse [...] por la misma férrea necesidad con que algún día desaparecerá de la faz de la tierra su floración más alta, el espíritu pensante volverá a brotar en otro lugar y en otro tiempo” (ENGELS, Federico, *Dialéctica de la naturaleza*, 1925, p. 15).

Las ciencias naturales necesitan del *método empírico*⁴³. El método científico de ellas, a la vez, inductivo y deductivo, porque parte de la observación de los datos de la realidad, para formular, a partir de esta, una ley universal válida para todos los fenómenos de la misma clase, para luego observar la realidad a través de esta ley universal.

El *método inductivo* fue propuesto por Francis BACON (1561-1626) en *Novum Organum* (1620). Se parte de la observación de muchos fenómenos de la misma clase y sobre la base de las regularidades que se presentan se elabora un enunciado general. Con la inducción se transita de “muchos” hechos observados a “todos”. Se parte de lo singular para llegar a lo general. Se la denomina también *proceso de inferencia*.

Se critica al método inductivo, sosteniendo que deja observación de muchos casos no se puede extraer con certeza una ley universal que se refiera a todos los casos posibles de la misma clase. “En cambio, sí constituye una inferencia válida la que toma como premisa un enunciado observacional y extrae como conclusión la falsedad de un enunciado universal”⁴⁴. La observación de uno o muchos hechos permite demostrar la falsedad, pero no la verdad, de leyes generales. Si en la realidad se presenta un caso que contradice a la ley universal, queda demostrada la falsedad de esta.

Cossío⁴⁵ asigna a la ciencia natural un método empírico-inductivo que permite, mediante la experimentación de casos particulares, inducir principios cada vez más generales, hasta llegar al conocimiento de los caracteres universales del objeto (ley natural).

La *deducción* consiste en la derivación de conceptos y enunciados de otros conceptos o enunciados establecidos anteriormente. Este método sigue el camino inverso al inductivo, o sea, parte de principios o leyes generales para conocer o explicar fenómenos particulares. Por deducción de las leyes generales se descubren nuevas verdades.

Por el *método hipotético-deductivo* se extraen, de una afirmación general que se propone conjetalmente como ley, todas las consecuencias lógicas que se puedan deducir de ella y luego se comparan estas consecuencias con casos de experiencia en efecto realizados, preferentemente con casos diseñados en especial para refutar (contradecir) esa supuesta ley. Si resiste los intentos de refutación se considera corroborada, aunque no verificada. Si aparece, en cambio, un contraejemplo que la contradiga, la ley debe considerarse refutada.

43 HERRENDORF dice: “El método empirista logra manejarse cómodamente a partir de su principio *nihil est intellectum, quod non fuerit in sensu* (nada hay en la inteligencia que no haya estado en los sentidos). De manera que el fundamento sustantivo de su método de conocimiento será la experiencia sensible, la impresión de los elementos últimos, “átomos de la experiencia” (“Introducción a la fenomenología egológica”, art. cit., p. 41).

44 AFTALIÓN y VILANOVA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 125.

45 Cossío, *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, ob. cit., p. 79.

El *método dialéctico-materialista*. Los griegos entendían por dialéctica al método que permitía encontrar la verdad mediante la confrontación de ideas contrapuestas. HEGEL desarrolló la dialéctica en la ciencia de la lógica, desde una perspectiva idealista; consiste en el paso de un término o de una situación al término o a la situación contradictorias; llama *momento dialéctico* a la contradicción misma y al paso de uno de sus términos al otro, paso en que consiste el proceso de la idea; un término o situación (tesis o afirmación) implica necesariamente otro término o situación que lo contradice (antítesis o negación), y esos dos términos se resuelven, en el proceso dialéctico, en un tercero que los abarca y supera (síntesis o negación de la negación). Carlos MARX fundamentó a la dialéctica no como leyes del espíritu sino de la naturaleza, pero la aplica a los procesos históricos y sociales que están condicionados por el factor económico. Se basa en la concatenación universal de los fenómenos, el tránsito de los cambios cuantitativos a los cualitativos, la unidad y lucha de contradictorios, la negación de la negación, entre otras leyes.

La *dialéctica* —nos recuerda HEGENBERG⁴⁶— es una teoría que asevera que el pensamiento humano se desarrolla de acuerdo con una *triada dialéctica*: hay, en primer lugar, una idea, un movimiento, o una teoría, llamada *tesis*. La tesis, generalmente, provocará oposiciones, puesto que, al igual que casi todo lo que sucede en este mundo, tiene un alcance limitado y ciertos puntos vulnerables. La idea opuesta es la llamada *antítesis*. La discusión sobre la tesis y la antítesis dura hasta que se llegue a alguna solución. Esta solución sobrepasa de algún modo tanto a la tesis como a la antítesis, reconociendo sus méritos respectivos, que trata de conservar, pero superándolos al limitar sus diferencias. La solución, que es el tercer momento de la triada dialéctica, es la *síntesis*. Esta, una vez formulada, puede volverse tesis de una nueva triada dialéctica, y esto sucede, especialmente, cuando la síntesis no es satisfactoria (Hegel).

Es innegable que la triada dialéctica —agrega HEGENBERG— describe acertadamente los pasos que registra la historia en la marcha evolutiva de las ideas y las teorías, sobre todo en el caso de los movimientos sociales basados en ideas o teorías. Pero el método dialéctico puede ser considerado como caso especial de otro método más amplio, el método de *ensayo y error*. Este método no se limita a los casos en los que inicialmente hay una tesis, aplicándose también a las situaciones en que se contraponen diversas opiniones independientes, constituyendo un falseamiento ilegítimo el reducir las a solo dos opuestas. Dicho método se contenta con afirmar que una teoría, una vez sometida a comprobaciones que no pueda superar, y habiendo revelado sus debilidades, es rechazada. El método dialéctico, en cambio, afirma que hay que considerar los aspectos *positivos* de cualquier teoría, para conservarlos en la síntesis.

46 HEGENBERG, Leónidas, *Introducción a la filosofía de la ciencia*; traducción por J. A. Iglesias Sans, Barcelona: Herder, 1969, p. 205.

El *método histórico*. Los hechos, sucesos o fenómenos se hallan sujetos al devenir histórico. El método histórico consiste en el estudio de los antecedentes y condiciones en que aparecen y se desarrollan los objetos. Ayuda a descubrir y fundamentar el principio de desarrollo de los objetos;

[E]s así que en biología constituye la base metodológica general de la teoría evolutiva (darwinismo), así como en otras ciencias naturales, por ejemplo, la geología histórica que se ocupa del desarrollo de la tierra; y también básicamente en los fenómenos sociales⁴⁷.

Por el *método experimental* se controlan algunas variables y luego se observa su influencia sobre determinados fenómenos consecuentes o variables dependientes. La variable es la característica, calidad o propiedad de un fenómeno que tiende a variar y que se puede medir o evaluar (tasa de nacimientos, rendimiento intelectual, comportamiento económico, cantidad de medicamento que se puede ingerir, personalidad, color, etc.).

Por el *método de observación controlada* se obtiene información de la realidad observada, a veces la observación requiere de la utilización de ciertos instrumentos (telescopios, microscopios, etc.).

Por el *método analítico* se descompone un todo en sus elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos de un hecho en particular y así comprender su esencia.

Max⁴⁸ dice que los pasos de la investigación analítica son: a) la observación del fenómeno; b) la descripción de lo que se encuentra con la observación; c) el examen crítico del fenómeno; d) la descomposición del fenómeno a fin de conocerlo en todos sus detalles y aspectos; e) la enumeración de las partes para facilitar su estudio; f) la ordenación para facilitar la comprensión del estudio; g) la clasificación es el paso definitivo de la investigación, conduce a establecer la claridad del fenómeno como un todo.

Siempre se ha considerado que el método de las ciencias formales es la deducción o inferencia lógica a partir de ciertos postulados o axiomas (nombre que se da a los principios en las ciencias formales).

Por el *método estadístico o probabilístico*, que se sustenta en la lógica inductiva, se recurre a técnicas de muestreo y a medidas cuantitativas en la organización,

⁴⁷ SOLÍS ESPINOZA, *Metodología de la investigación jurídico social*, ob. cit., p. 84.

⁴⁸ MAX, Hermann, *Investigación económica, su metodología y sus técnicas*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 43.

análisis e interpretación de los datos. Este método permite predecir los hechos, antes que explicarlos.

Las ciencias formales utilizan el *método lógico* para la demostración de sus teoremas. Las ciencias formales, a diferencia de las naturales y sociales, no necesitan de la observación y la experimentación, puesto que carecen de una base empírica; tienen objetos ideales.

La lógica y la matemática no necesitan de la experiencia; requieren del *método racional-deductivo*, por el cual la razón establece *a priori* ciertas verdades extraídas de su propia naturaleza, las cuales no requieren comprobación: son verdades de razón, los axiomas, los postulados, los principios fundamentales de la lógica, como el de identidad, el de contradicción, el tercero excluido, etc., de las cuales se van deduciendo principios, normas, leyes, etc.; el método racional deductivo se vale del silogismo como instrumento lógico en el proceso de la deducción.

35. El método en las ciencias sociales

La base empírica de las ciencias sociales (llamadas también *ciencias culturales*, *ciencias del espíritu*, *ciencias históricas*) es la conducta humana.

Hay una tesis que sostiene que existen leyes inmutables que rigen el curso de la historia, opuesta a la que considera que la historia es obra de los seres humanos dotados de libre albedrío. Para la primera, la conducta de los seres humanos se debe a causas que ellos no pueden controlar, como el clima, la geografía, la raza, la condición social, la religión, etc. Para esta tesis, la historia se rige por las mismas leyes con que se rige la naturaleza, por lo cual, reprochar la conducta de un avezado criminal es como reprochar a un maremoto que sepulta a una ciudad. De acuerdo con esta concepción, los métodos de investigación de las ciencias sociales son los mismos de las ciencias naturales. El monismo metodológico es sostenido también por el positivismo de Comte, que propone que la explicación causal de las ciencias naturales es de aplicación a las ciencias humanas. Desde esta perspectiva, los métodos de las ciencias sociales son los mismos que hemos mencionado para las ciencias naturales y formales.

El dualismo metodológico es defendido por autores como Simmel, Dilthey, Weber, Croce, Windelband, Rikert, entre otros, quienes, a fines del siglo XIX, reaccionaron contra el positivismo, polarizando la distinción entre explicación (*Erklären*) como método propio de las ciencias naturales y comprensión (*Verstehen*) para las ciencias socioculturales.

AFTALIÓN y VILANOVA⁴⁹, siguiendo a SCHUTZ, sostienen que la comprensión no constituye un método específico de las ciencias sociales sino la forma como los seres humanos tienen experiencia de su mundo sociocultural. La oposición no es entre comprensión y explicación, sino entre comprensión y observación. Las ciencias naturales tienen base empírica de “observables” y las socioculturales tienen base empírica de “comprensibles”. Las acciones humanas, objeto de las ciencias sociales, pueden comprenderse pero no observarse. La objeción en el sentido de que siempre observamos algún movimiento del agente que ejecuta la acción, según estos autores, no resiste al análisis crítico. Así, un mismo movimiento constituye acciones distintas, por ejemplo, alguien levanta la mano derecha, y ello puede constituir que un miembro de una asamblea pide la palabra, que un alumno pide permiso para abandonar el aula, que un parlamentario vota, que un paciente obedece al médico, o que saluda al estilo romano. Diferentes clases de movimientos pueden constituir la misma acción, v. gr., la acción de abrir una puerta vaivén puede cumplirse con el movimiento de una mano, de las dos, con los pies, con todo el cuerpo, con la espalda. Existen acciones en las que no se observa movimiento alguno, como dejarse crecer la barba, ayunar, cumplir un voto de silencio, etc.

La distinción entre el acto mental y el objeto (unidad de sentido) es importante para evitar errores metodológicos frecuentes.

El mundo cotidiano constituye el presupuesto de nuestras acciones; cada uno tiene en él su propia biografía, su propio bagaje de conocimientos, pero a la vez tiene una comunicación efectiva, acciones concertadas, comunidad de intereses, etc. Hay construcciones de conocimiento de sentido común con arreglo a las cuales se comprenden y valoran las acciones humanas; estas construcciones tipifican el sentido que una acción cualquiera tiene para los miembros del grupo.

Toda acción presupone la intención del agente, pero la intención es un hecho mental al que solo tiene acceso el agente mismo; por ello, la conducta individual no interesa a las ciencias sociales, como la sociología, la economía, etc., pero sí al derecho, especialmente al penal. AFTALIÓN hace referencia a los aportes de VON WRIGHT, quien sostiene que comprender es ver la acción a través del prisma de la intencionalidad. Acción e intención son inescindibles. Para este autor, hay que distinguir entre resultado y consecuencia de la acción. Lo que es abarcado por la intención es resultado. Si el motivo de mover pies y manos en forma esotérica, es provocar un susto y no una ceremonia, la acción intencional incluye al susto, la acción será la de asustar, y ello indica que no estamos ante una consecuencia, sino ante un resultado de la acción. La consecuencia de una acción es un efecto causal. Si alguien abre la ventana a fin de ventilar la habitación y penetra una corriente de aire frío que provoca enfermedad en un individuo, este hecho

es una consecuencia de la acción, mas no el resultado de esta, es decir, lo intencionado al efectuarla.

Los motivos son los que determinan la conducta. SCHUTZ distingue entre motivos “para” y motivos “porque”. Los primeros son conscientes para el agente cuando ejecuta la acción, los segundos no. El motivo para cometer un asalto puede consistir en obtener una suma significativa de dinero sin emplear en ello mucho tiempo, pero el verdadero motivo por que comete el asalto puede deberse a que se encuentra sin empleo, al que se crió abandonado en la calle sin hogar, sin escuela y sin cariño, etc. Los “motivos porque” ejercen una influencia de tipo causal que explican por qué el agente realizó tal acción.

Todas estas razones exigen que las ciencias sociales elaboren sus propios métodos especiales, distintos de los de las ciencias naturales, para ajustarse a la experiencia común del mundo social.

En realidad, cada objeto de investigación reclama sus técnicas propias. No creamos que tanto el método científico, el de las ciencias naturales, como el inductivo, el deductivo, el hipotético deductivo, etc., no puedan ser aplicados a las ciencias sociales. Lo que sucede es que en las ciencias naturales y formales estos métodos siempre conducen a establecer con exactitud la verdad o la falsedad de los fenómenos. En cambio, en las ciencias sociales no nos movemos en un mundo de verdades absolutas o más o menos absolutas, sino en una realidad relativa; por consiguiente, la investigación de lo relativo jamás puede conducir a verdades absolutas. En la investigación de la conducta humana, que es individual y social a la vez, por más riguroso que sea el método utilizado, nunca se puede estar seguro del éxito en los resultados, peor aun cuando el sector de las intenciones es prácticamente impenetrable.

Al margen de la discusión doctrinaria, en las ciencias sociales se usa el método de la comprensión, el sicológico, histórico, el método de análisis, síntesis, inducción, deducción, descriptivo, experimental, dialéctico, etc.

36. Métodos de investigación de la ciencia o dogmática jurídica

36.1 Introducción

Nos referimos a los métodos de investigación para la creación o mejoramiento del conocimiento jurídico útil para los estudiantes de Derecho, abogados, jueces, fiscales, procuradores, notarios y para todos los que tienen necesidad de valerse del Derecho. Es decir, nos referimos únicamente a la disciplina que en las universidades europeas y latinoamericanas se denomina ciencia o dogmática jurídica.

En el objeto del Derecho hay elementos normativos, sociales, axiológicos, espaciales y temporales, en interrelación recíproca. El Derecho no pertenece al mundo del *ser* sino del *deber ser*; el mundo del *ser* se rige por la ley de la causalidad (si es A es B), el del *deber ser* se rige por el principio de imputación (si es A debe ser B). En el mundo del Derecho, el creador de la norma imputa una consecuencia jurídica al supuesto normativo, en el cual describe un hecho social de acuerdo a ciertos valores; los hechos y los valores son los vigentes en una determinada sociedad y por cierto tiempo.

El Derecho responde a necesidades perentorias, inaplazables, de la vida real, obedece a una razón práctica condicionada por la finalidad y no a una razón pura determinada por la causalidad; no se basa en verdades absolutas que no puedan ser contradichas por la realidad, prácticamente no existe regla jurídica que no presente excepciones.

Por ello, en la investigación jurídica no se trabaja con variables orientadas a establecer relaciones de causalidad, ni con hipótesis que no puedan ser contradichas por la realidad. La investigación de las ciencias sociales distintas al Derecho, requieren necesariamente del trabajo empírico. El Derecho como ciencia de lo justo y del valor relativo, cuando los necesita, utiliza los datos obtenidos por las investigaciones experimentales y empíricas; en ocasiones es imposible que se pueda librar de ellos, pero los toma de prestado de las otras ciencias.

Si el Derecho es el *ordenamiento jurídico* que regula *vida humana social* relevante de acuerdo a ciertos *valores* en una *sociedad y tiempo* determinados, o sea el objeto de estudio e investigación jurídica son todos estos elementos, pero comenzando siempre por el elemento normativo, privilegiando sus fuentes: la ley, la doctrina, la jurisprudencia. La pluralidad de objetos del Derecho exige también pluralidad de métodos de investigación.

Nada impide que el investigador jurídico en el curso de su trabajo incursione, si es necesario y está preparado para ello, en la investigación empírica⁵⁰ propia de economistas, sociólogos, antropólogos, psicólogos o de otras ramas del saber, utilizando los métodos propios de estas ciencias, pero siempre tendrá que partir de la ciencia jurídica para luego volver a ella.

Aquí nos referimos solamente a los métodos de la investigación jurídica, a esa investigación útil para todo operador del Derecho y para todo interesado en prevenir o resolver un conflicto de intereses o una incertidumbre, realizada por los juristas en

50 La investigación jurídica empírica trata de establecer la eficacia social de la norma, utilizando los métodos y técnicas de la investigación social, en la que es determinante la encuesta, la entrevista, el cuestionario, para establecer objetivamente el nivel de acercamiento entre el Derecho positivo y la realidad social. Los datos obtenidos pueden ser útiles para la investigación jurídica dogmática. Nada impide que se combine la investigación documental-bibliográfica con la empírica.

cualquier parte del mundo (Enneccerus, Messineo, Mazeaud, Díez-Picazo, Héctor Lafaille, Arturo Alessandri, Devis Echandía, Miguel Reale, Jorge Castañeda, por citar solamente algunos).

El objetivo de la investigación jurídica es adquirir nuevos conocimientos o mejorar los existentes; interpretar el ordenamiento jurídico para establecer su sentido y alcance con el fin de su aplicación práctica; uniformizar la jurisprudencia; profundizar el conocimiento de las teorías existentes o conocer las nuevas y su influencia o consagración en la legislación; proponer modificaciones, derogaciones o dación de nuevas normas; regular las nuevas instituciones jurídicas; adecuar el ordenamiento a las nuevas transformaciones sociales; vincular el deber ser con el ser social; elaborar la teoría que sustente un determinado sector del ordenamiento, del cual carece; en fin, encontrar soluciones a los problemas jurídicos que plantea la vida de relación social.

La sociedad moderna se caracteriza por ser muy dinámica, lo que determina que el ordenamiento jurídico también lo sea, lo que hace necesario que la ciencia jurídica se mantenga permanentemente actualizada mediante un proceso de investigación continuo. Los problemas jurídicos objeto de investigación son inagotables.

36.2. El Derecho. Interrelación de teoría y práctica

En el cosmos, las regiones ontológicas son: la región de los seres naturales materiales, la de los seres naturales psicológicos, la de los seres ideales y la de los seres culturales. El ser humano participa de estas cuatro regiones ontológicas: tiene una estructura biológica (existe en él materia orgánica e inorgánica); es vida psicológica (cuenta con inteligencia racional, voluntad, libertad, dignidad, tiene conciencia de su ser y de los demás seres del universo); participa de los seres ideales (es estructuralmente valorativo y finalista); es estructuralmente cultural (recibe el legado de las generaciones pasadas y contribuye a modificarlo). El ser humano es un microcosmos tanto o más complicado que el cosmos. Es estructuralmente individuo y como tal es único, irrepetible e insustituible; a la vez es estructuralmente social y como tal no solamente vive sino convive con los demás, sin los cuales, por ser imperfecto, no podría sobrevivir. Por tener la necesidad de relacionarse permanente con los demás, tiene la absoluta necesidad de que sus relaciones sociales, capaces de generar conflictos o incertidumbres, estén reguladas por normas jurídicas, sin estas no es posible una sociedad civilizada.

El Derecho es una ciencia cultural eminentemente práctica e interpretativa. En Derecho la dación de las leyes, la elaboración de las teorías (doctrina), la jurisprudencia, los principios generales están impulsados por la realidad social. A diferencia de las ciencias formales y naturales (mundo del *ser*), en las que las leyes son absolutas, inderogables, universales, intemporales, en el campo del Derecho (mundo del *deber*)

ser) las normas jurídicas son relativas (admiten excepciones), modificables, derogables, espaciales, temporales.

Como dice Eco⁵¹, para algunos la ciencia se identifica con las ciencias naturales o con las investigaciones sobre bases cuantitativas: una investigación no es científica si no procede con fórmulas o diagramas. Por tanto, no será científica una investigación sobre la moral en Aristóteles, tampoco lo será una investigación sobre la conciencia de clase y la revolución de los agricultores durante la reforma protestante. Evidentemente no es este el sentido que se da al término “científico” en la universidad. Por tanto, tratamos de definir un trabajo científico en su sentido amplio. En nuestro medio, la Universidad de San Marcos tiene la Facultad denominada de “Ciencias Humanas”. En algunas universidades europeas no se habla de facultad de Derecho, sino de facultad de “jurisprudencia”; esta palabra se usa con su significado de “ciencia jurídica” que viene desde el Derecho romano y no para indicar los fallos de los tribunales.

Como señala ENNECCERUS⁵², el más grande jurista alemán, la idea del fin es la estrella polar de la ciencia jurídica y de la evolución del Derecho (Ihering). La ciencia y la jurisprudencia propenden, cada vez más, a examinar el Derecho a través del fin, a ponderar si las instituciones y disposiciones jurídicas concretas se ajustan efectivamente a los intereses a los cuales sirven, o a los cuales deben nivelar.

La ciencia jurídica y la jurisprudencia se fecundan mutuamente. Pero la ciencia jurídica tiene que ser siempre consciente de su misión conductora, tiene que mantenerse alejada, tanto del doctrinamiento extraño a la vida e irreal, como de repetir sin espíritu crítico las decisiones de los tribunales.

En las ciencias experimentales es el laboratorio el que proporciona los datos y elementos de juicio que no suministra la experiencia de la vida social. En cambio, la base y sustento del tratamiento jurídico es la vida social. El profesional del Derecho comienza su trabajo por conocer los hechos sociales que pueden generar o que han generado un conflicto o una incertidumbre, los que le son suministrados por las personas involucradas; luego enuncia esos hechos ordenadamente, si es posible cronológicamente y busca una respuesta jurídica que la encuentra en una norma jurídica cuyo supuesto normativo es idéntico al hecho enunciado.

Para determinar la norma aplicable a la solución de un caso concreto se recurre no solamente a la teoría jurídica elaborada en torno a ella, sino también, según lo exija el caso, a la teoría construida por otras ciencias (economía, medicina, sociología, filosofía, etc.); por ello se dice que el Derecho no tiene categorías propias, sino que

⁵¹ Eco, Umberto, *Come si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche*, Milano: Bompiani, 2016, p. 41.

⁵² ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP y Martín WOLF, *Tratado de derecho civil*, traducción por Blas Pérez González y José Alguer, t. I (Parte general por Ludwig Ennecerus, vol. I: *Introducción. Derecho objetivo y derechos subjetivos. Sujeto del derecho y objeto del derecho*), 2.^a ed., Barcelona: Bosch, 1953, p. 77 y ss.

vive de prestado. En el trabajo del abogado (sea defensor, asesor, magistrado, notario) se combinan la práctica con la teoría, no solamente en el ejercicio profesional, sino también en la pura especulación teórica. El Derecho es una ciencia cultural eminentemente práctica (no hay Derecho fuera de la convivencia social) e interpretativa (la norma para ser aplicada tiene que ser interpretada a la luz de la teoría, para establecer lo que quiere decir a la luz del hecho social del que se trate). La práctica jurídica es la aplicación de la teoría y esta se alimenta epistemológicamente de la práctica.

A la disciplina que estudia el Derecho se le denomina dogmática jurídica (o ciencia dogmática, sistemática jurídica, jurisprudencia —en su acepción clásica—, teoría del Derecho positivo). En ella la teoría y la práctica constituyen una unidad, la práctica no es otra cosa que la aplicación de la teoría, y no hay teoría jurídica que no esté referida a un sector de la realidad social. Como dice HERNÁNDEZ⁵³:

[D]ijo mucho de creer que la teoría y la práctica, a propósito del saber acerca del derecho, se alojen en mundos distintos. La práctica, a mi juicio, no aparece solo en la aplicación del derecho, sino que es un factor exigido por la propia especulación teórica. La teoría se enriquece epistemológicamente en la medida en que incorpora mayores datos de la práctica. Tratar solo prácticamente los temas de derecho es conformarse con un rudimentario empirismo que se sitúa fuera de la ciencia y difícilmente sirve a los propios intereses prácticos. El jurista que se enfrenta con un caso o un problema y busca argumentos es más seguro que los encuentre a través de la teoría que en un estudio estrictamente empírico. Tratar solamente teóricamente los temas del derecho no es un agravio contra la práctica; lo es contra la propia ciencia jurídica, que empequeñece su objeto si no comprende que en él se encuentran los acontecimientos y los conflictos de la vida social y no solo las normas.

36.3. ¿Dónde y cómo lo encontramos al Derecho?

Para hablar de metodología o metodologías de la investigación jurídica es necesario contestar a la pregunta: ¿Dónde y cómo lo encontramos al Derecho?

En cualquier lugar de la tierra, desde las tribus de los no contactados de Madre de Dios hasta las sociedades más avanzadas en civilización, al Derecho lo encontramos como normas vinculantes (consuetudinarias, legales, jurisprudenciales, doctrinarias, negociales, principios generales) reguladoras de hechos sociales (matrimonios, contratos, testamentos, propiedad, lavado de activos, estafas, etc.), de acuerdo a ciertos valores (justicia, libertad, seguridad en el tráfico jurídico, bien común, cumplimiento de las obligaciones, dignidad de la persona, igualdad de todas las personas ante la ley, equidad, etc.), en una sociedad determinada (peruana, argentina, francesa, etc.) y por cierto tiempo.

53 HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La posesión como institución jurídica y social*, t. II, Madrid: Espasa-Calpe, 1987, p. 11.

La columna vertebral del Derecho es la norma jurídica o mejor el ordenamiento jurídico. No hay regulación jurídica de la sociedad desprovista de valor, debido a que la vida humana es estructuralmente valorativa y finalista, pongamos como ejemplo un caso ocurrido en nuestra realidad social: cuando se descubrió que nos habían estado vendiendo como leche de vaca lo que no era, las vacas no se dieron cuenta de ello, no se indignaron, no valoraron como un hecho ilícito el que se haya estado vendiendo como su leche lo que no era; fuimos los seres humanos los que advertimos el engaño y el daño del que hemos sido víctimas; el ser humano es estructuralmente valorativo, los otros seres vivientes no valoran. El Derecho es espacial (no hay un Código Civil universal, etc.) esto sin desconocer sus elementos universales. Además, es temporal, no está compuesto por leyes absolutas, eternas (los códigos civiles de 1852 y de 1936 ya no nos rigen, etc.).

La espacialidad del Derecho no le priva de elementos universales. Así, p. ej., la estructura de la norma jurídica es la misma en el *civil law* y en el *common law*; la jerarquización de las normas en el Estado constitucional si no es la misma, las diferencias son pocas; los mecanismos de solución de conflictos se han vuelto universales; muchas instituciones jurídicas nacieron en Roma y evolucionaron con algunas diferencias en cada país, de ahí que Savigny adjetivó al Derecho romano recepcionado en Alemania como Derecho romano actual (título de su monumental obra en varios tomos). En un mundo globalizado, el Derecho se globaliza (se globalizan los contratos, los delitos, etc.).

Por sus características, en Derecho sabemos cuándo comenzamos a estudiarlo, pero no cuando lo terminamos; esto puede ocurrir en el momento que abandonamos definitivamente su ejercicio profesional o cuando morimos. En Derecho no podemos decir “pienso luego existo”, sino “existo para pensar”. El Derecho es tan dinámico como dinámica es la sociedad; después de tanto estudio y meditación escribimos un libro con el convencimiento de que hemos encontrado la verdad jurídica, pero al releerlo el criterio puede ser otro.

El Derecho no es un logos del ser (dado A es B), sino del deber ser (dado A debe ser B). En él hay elementos normativos, sociales, políticos, morales, religiosos, históricos, económicos, geográficos, etc. El Derecho no siempre vive de categorías propias, sino también de categorías prestadas que son el resultado de investigaciones realizadas por otras ciencias, v. gr., la historia, la economía, sociología, medicina, biología, psicología, entre otras. Lo dado en estas ciencias son datos importantes para que el profesional del Derecho construya su ideal de justicia sobre la base de las fuentes formales.

La variedad de elementos que integran el objeto del Derecho determinan que en la investigación jurídica no es de aplicación el método de investigación científica de las ciencias naturales o de las formales. Tampoco el método desarrollado por la

sociología, economía, criminología, psiquiatría o de cualquier otra ciencia que toman en consideración solamente elementos fácticos puros, que cuando forman parte integrante del supuesto normativo son aprovechados por el jurista para formular su teoría, previa valoración. En el objeto del Derecho, además de los elementos fácticos, están el valor, el espacio, el tiempo, el clima; sin una base moral no hay Derecho.

En la investigación dogmática, de acuerdo a las exigencias del objeto de estudio, se recurrirá al método lógico deductivo, pero también al inductivo⁵⁴ (así se ha construido, por ej., la teoría general del acto jurídico, la teoría general del proceso), no puede estar ausente la lógica de lo razonable, al histórico, al filosófico, al método del Derecho comparado, etc. Según el caso, habrá la necesidad de utilizar los datos obtenidos por las investigaciones de otras ciencias: como la biología, psiquiatría, psicología, sociología, economía, etc.

El hilo conductor para no perdernos en la indagación jurídica lo constituye el proceso orientado a lograr la realización de la justicia, prevenir y resolver los conflictos e incertidumbres sociales, lograr el bien común, la paz social, la seguridad jurídica, la no discriminación entre seres humanos, la búsqueda de la verdad y demás valores trascendentales. El investigador debe despojarse de subjetivismos e ideologías extremas, estar dispuestos a un debate sereno, a aceptar las ideas constructivas y tener ansias de aprender.

Claro que el investigador del Derecho observa la realidad social y puede hacer entrevistas y encuestas, pero no con el nivel con que las hacen los especialistas para la captación cuantitativa y cualitativa de los hechos sociales; por ello, tiene que utilizar los datos obtenidos con el trabajo de campo realizados por sociólogos, economistas, psiquiatras, psicólogos, antropólogos, etc., para completar el conocimiento del fenómeno jurídico. Pero la investigación jurídica jamás puede reducirse a los resultados de las encuestas o entrevistas, de las estadísticas o del análisis de unas variables.

Como en cualquier otra ciencia, la investigación en Derecho parte de una teoría para arribar a otra más avanzada; el conocimiento es acumulativo. En la investigación jurídica el punto de partida y el de llegada es la ciencia jurídica. No podría enseñar investigación jurídica quien no tiene una formación jurídica, si ello ocurre es un amoral, tanto el profesor que lo hace como los alumnos que lo admiten, pues estos últimos lo único que están persiguiendo es aprobar el curso. Lamentablemente en el

54 “Por ejemplo, si el derecho de un cierto país no hubiese establecido con carácter general la responsabilidad por culpa leve en las obligaciones, pero la hubiera impuesto, en virtud de reglas singulares, al comprador, al vendedor, el arrendatario, al arrendador, al comodatario, al depositante, mas no al donante, al comodante y al depositario, se desenvolvería a base de esas disposiciones singulares, mediante *inducción*, el siguiente principio general: ‘el deudor responde de culpa en aquellas relaciones de obligación, que tiende en todo o en parte a su ventaja y se aplicará por analogía iuris a todas las relaciones de esa índole’” (ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de derecho civil*, ob. cit., p. 212).

Perú está ocurriendo esto, por ello los grados de bachillerato, maestría y doctorado en Derecho no son signos de idoneidad profesional, menos de probidad.

Así como no puede existir una facultad de ciencias naturales (biología, química, etc.) sin un laboratorio con equipos de última generación, tampoco puede existir una facultad de Derecho sin una biblioteca actualizada permanentemente con las mejores publicaciones nacionales y extranjeras, con equipos de cómputo de última generación.

De lo dicho se deduce que en Derecho no se puede hablar de método, sino de métodos o metodologías. Como en cualquier investigación, en la jurídica no se puede incurrir en plagio o ciberplagio; las citas deben ser fidedignas.

36.4. La investigación jurídica. Diseño

En este trabajo nos ocupamos solamente de la investigación de la ciencia o dogmática jurídica⁵⁵, no de las otras ciencias del Derecho como la sociología jurídica, antropología jurídica, etc., que tienen su propio método. Tampoco nos referimos a la investigación *ius filosófica*.

El diseño de investigación es el programa que seguirá el investigador para lograr los objetivos que se ha trazado. Sus etapas se reducen a: 1) la selección y delimitación del tema; 2) el planteamiento del problema; 3) marco teórico y formulación de hipótesis; 4) objetivos (generales y específicos) y justificación; 5) análisis crítico del resultado de la investigación y redacción final.

En la investigación jurídica no se puede hablar de método experimental con el que se manipulan variables independientes para establecer las modificaciones que se producen en las variables dependientes; esto es propio de las ciencias naturales y de las fácticas ajena al valor. Tampoco se puede hablar de estudios explicativos de la relación causal de los fenómenos del ser; el Derecho pertenece al mundo del deber ser. Recordamos que el Derecho, de acuerdo a sus necesidades, utiliza los conocimientos obtenidos por las ciencias que estudian fenómenos del ser.

El *diseño del problema* elegido requiere de bastante conocimiento a priori del sector del ordenamiento jurídico (elemento formal) regulador de las relaciones sociales, que genera conflictos o incertidumbres (elementos fácticos), de acuerdo a ciertos valores (elementos axiológicos), en una sociedad determinada (elemento espacial).

55 “La ciencia del Derecho tal y como hoy solemos entenderla —es decir, la dogmática jurídica— surge en Europa a comienzos del XIX y tiene tres grandes centros de desarrollo: Alemania, Francia e Inglaterra. En cada uno de estos países se desenvuelve —en forma relativamente autónoma— una tendencia de pensamiento jurídico que dejará una huella duradera: en Alemania, la escuela histórica del Derecho; en Francia, la escuela de la exégesis y, en Inglaterra, la jurisprudencia analítica” (ATIENZA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 196).

No existe Derecho sin normas, hechos, valores, tiempo y espacio, por ello se requiere la revisión previa de la legislación, doctrina y jurisprudencia, su evolución histórica, su interpretación, su aplicación en la vida de relación. El diseño de investigación es descriptivo de esta realidad compleja llamada Derecho, pero también presupone valoraciones y finalidades, puesto que está orientado a su aplicación práctica.

Reiteramos que con la investigación jurídica no se pretende descubrir leyes universales, inmodificables, inderogables que no puedan ser contradichas por la realidad, obtenidas a través del experimento, las encuestas y otros métodos cuantificables; eso es propio de las ciencias naturales y de las factuales ajena al valor; las normas jurídicas son derogables, modificables al ritmo de las transformaciones sociales, rigen en una determinada sociedad y por cierto tiempo; en este tipo de investigación no se habla de hipótesis que no puedan ser contradichas por la realidad. Por ello se ha dicho que en Derecho no hay regla que no presente excepciones; que la excepción confirma la regla.

36.5. Investigación teórico-práctica

En Derecho no hay investigación puramente teórica o puramente práctica, por cuanto no hay teoría que no esté referida a *hechos sociales* ni práctica que no sea la aplicación de la teoría⁵⁶.

Con la investigación jurídica se pretende descubrir soluciones jurídicas para los problemas que presenta la vida de relación social cada vez más dinámica y cambiante, de allí la impostergable necesidad de analizar pormenorizadamente dichos problemas con el fin de adecuar el ordenamiento jurídico, la teoría elaborada sobre él, la jurisprudencia y las valoraciones a las transformaciones sociales.

Las exposiciones puramente teóricas han llevado a afirmar descomunales inexactitudes, como que la libertad del ser humano no se puede limitar o que las personas jurídicas no son titulares de derechos y deberes. Si la capacidad de goce no se puede limitar, ¿por qué la regulan? El Derecho no regula conducta humana imposible o necesaria, sino solamente conducta posible, y únicamente mediante esas tres modalidades deónicas: de lo obligatorio, de lo prohibido y de lo permitido. La fórmula en Derecho no es: “dado A es B”, sino “dado A debe ser B”. Producido un hecho o acto jurídico lícito (nacimiento de una persona, celebración de un contrato, otorgamiento de un

56 La teoría y la práctica, a propósito del saber jurídico, no se alojan en mundos distintos. “La práctica no aparece solo en la aplicación del Derecho, sino que es un factor exigido por la propia especulación teórica: La teoría se enriquece epistemológicamente en la medida en que incorpora mayores datos de la práctica. Tratar solo prácticamente los temas de derecho es conformarse con un rudimentario empirismo que se sitúa fuera de la ciencia y difícilmente sirve a los propios intereses prácticos. El jurista que se enfrenta con un caso o un problema y busca argumentos es más seguro que los encuentra a través de la teoría que en un estudio estrictamente empírico” (HERNÁNDEZ GIL, *La posesión como institución jurídica y social*, t. II, ob. cit., p. 11).

testamento, etc.) o ilícito (homicidio, estafa, falta de pago de impuestos, etc.) debe ser la consecuencia jurídica prevista en la norma jurídica. El objeto de la investigación es la norma jurídica, el sector de la realidad social descrito en el supuesto normativo, los valores que han servido de sustento para la regulación. Todos estos elementos son infaltables en la investigación de la ciencia o dogmática jurídica.

La investigación de la ciencia o dogmática jurídica, como señala DÍAZ, analiza el ordenamiento jurídico sin desentenderse de los comportamientos de hecho para analizar las prescripciones de conductas y el establecimiento de consecuencias, positivas o negativas, en caso de cumplimiento o de incumplimiento, por cuanto una investigación dogmática-jurídica estudia las prescripciones contenidas en normas y también las estructuras internas del sistema normativo, pero nunca desentendida definitivamente de comportamientos fácticos y de criterios empíricos⁵⁷, menos puede prescindir de las valoraciones que han determinado las prescripciones normativas, en una sociedad y tiempo determinados. Los valores como: dignidad, libertad, honestidad, solidaridad, lealtad, tolerancia, sinceridad, responsabilidad, identidad cultural, buena fe, sociabilidad, laboriosidad, paz, etcétera, son fundamentales para la convivencia social.

Los filósofos y los juristas pueden tratar sobre los mismos temas como ocurre con el estudio de los valores. Pero los filósofos trabajan con ideas puras, independiente de las personas que las viven, y *a fortiori* de sus circunstancias sociales⁵⁸. En cambio, el jurista estudia los valores que los piensan y practican las personas en su vida de relación en una determinada sociedad; el jurista, no trata, como el filósofo, de la esencia de las cosas, de conceptos absolutos o ideas puras, ni puede discutir sus problemas por decenas, centenas o miles de años, sino muchas veces le basta un mínimo de valores sin los cuales la sociedad no sería posible, y en ocasiones tiene que contentarse con el mal menor, porque tiene que dar respuestas inaplazables a los problemas de la vida real, a fin de evitar el desarreglo social. Luego, los métodos de investigación de la ciencia jurídica y de la filosofía son distintos⁵⁹. La filosofía trata de absolutizar los valores, en cambio, al Derecho los relativiza en la medida que lo exige la coexistencia social con paz y justicia, y a veces ampara el mal menor. Los objetos ideales, como los valores, son cognoscibles mediante el método racional.

57 DÍAZ, Elías, *Curso de filosofía del derecho*, Barcelona: Marcial Pons, 1998, p. 198 y ss.

58 BUNGE, Mario, *Las ciencias sociales en discusión. Una perspectiva filosófica*, Buenos Aires: Sudamericana, 1999, p. 27.

59 El filósofo, sobre la base del razonamiento, pretende explicar el porqué de los fenómenos para dar una explicación global de los objetos. Parte de conocer bien aquello que ha sido examinado por la ciencia. Su método para producir conocimiento es el análisis y la crítica del conocimiento científico, para encontrar las fallas y contradicciones, refutarlas y proponer soluciones globales, universales.

No podemos olvidar que el jurista siempre se vale de los conocimientos aportados por la filosofía y las otras ciencias, según como lo requiere el tema jurídico objeto de su investigación.

36.6. Métodos de la ciencia o dogmática jurídica

1. Generalidades

La palabra *método* proviene del griego *méthodo*, que se deriva de las raíces *metá* (hacia, a lo largo) y *odos* (camino, senda, dirección). Significa el camino o procedimiento a seguir para el estudio de un objeto⁶⁰.

El método es el procedimiento intelectual o material, integrado por un conjunto de técnicas y reglas, que se desarrolla en fases o etapas sucesivas, destinado a la producción de conocimiento científico, sin el cual no hay progreso. El método científico es la única vía que posibilita la falsabilidad de los resultados que arroja la investigación, la comprobación y refutación del conocimiento que produce⁶¹. Las peculiaridades del objeto determinan que cada una de las ciencias tenga su propio método de conocimiento; por ello se habla de diversidad de métodos o metodologías. Especialmente en ciencias sociales, no hay supremacía de un método respecto de otro, cada uno tiene sus propias fortalezas y debilidades, frecuentemente se complementan.

El objeto del Derecho, como el de ninguna otra ciencia, es el complejo, por estar involucrado el ser humano que es un microcosmos tanto o más complejo que el cosmos. Dicho objeto es la unidad inescindible de normas, hechos sociales o también naturales que inciden en la vida de relación⁶², valores, espacio y tiempo. Es decir, el Derecho es el ordenamiento jurídico que regula la vida humana social, de acuerdo a ciertos valores, en una sociedad determinada y por cierto tiempo. De esto se deriva que no puede haber investigación de ninguna actividad social (política, económica, etc.) sin contemplar las normas que la regulan; los movimientos sociales siempre tienden a cambiar algún sector del ordenamiento jurídico. En tiempos actuales, la realidad social y el Derecho que la regula evolucionan aceleradamente; existe una interrelación dinámica entre realidad social y Derecho, lo que no significa que el mé-

60 Los métodos clásicos son: 1) El *baconiano*, que postula el desarrollo de la inducción; 2) El *galileano*, que postula la experimentación; y 3) El *cartesiano*, que postula la duda fundamentada en el análisis y la síntesis de los problemas.

61 POPPER, Karl R., *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones*, Barcelona: Paidós, 1983, p. 369.

62 Ejemplo: La muerte del ser humano pone fin a la persona como sujeto de derecho (art. 61 del CC); el transcurso del tiempo es elemento decisivo de la prescripción, la caducidad, la adquisición de la capacidad de ejercicio, etc.

todo de investigación del Derecho (dogmático) sea el mismo de las ciencias sociales (teórico-empírico).

La ciencia jurídica tiene una base empírica (la conducta humana social), una base normativa (el ordenamiento jurídico) y una base ideal (los valores); las tres están íntimamente interrelacionadas. El estudio del Derecho comprende estos tres aspectos: social, normativo y valorativo. El investigador jurídico no puede prescindir de ninguno de estos elementos, pero sí puede, de acuerdo a sus necesidades y especialidad, incidir con mayor énfasis en alguno o algunos de ellos. El estudio del Derecho no es puramente descriptivo, sino que es necesario penetrar en las razones de los cambios sociales, en su acción sobre la sociedad y en las reacciones que provoca.

La investigación jurídica es el conjunto de actividades intelectuales tendientes a encontrar respuestas jurídicas para prevenir o resolver los conflictos o incertidumbres que genera o es posible de generar una determinada sociedad, cada vez más dinámica y cambiante en sus aspectos sociales, morales, económicos, políticos, culturales; su fin es adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales⁶³.

Afirma DILTHEY⁶⁴, el mundo de la naturaleza es el mundo de la realidad mecánica. Todo es analizable conforme al principio de la causalidad. Todo está predeterminado. Por el contrario, el mundo del espíritu es el reino de la libertad. Lo decisivo es la intencionalidad humana: el hombre es creador, es sujeto activo. Por tanto, el objeto último de la ciencia del espíritu es la vida humana. Frente a las ciencias naturales que operan mediante leyes generales, conceptos formales y explicación causal, las ciencias del espíritu utilizan el método de la comprensión. De acuerdo con esta línea de pensamiento, REALE⁶⁵ dice que las ciencias físicas y naturales se explican; la explicación consiste en ordenar los hechos según nexos objetivos de causalidad y de funcionalidad. Las ciencias de la cultura se comprenden; comprender significa ordenar los hechos sociales e históricos según sus conexiones de sentido, es decir, finalísticamente, según un orden de valores; los juicios elaborados por el jurista son juicios de valor; la experiencia jurídica ni es, ni debe ser, sino que es y debe ser a un mismo tiempo, es decir, es en cuanto debe ser. Siendo el Derecho un hecho histórico cultural que es y, concomitante-

63 Fix-ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, 8.^a ed., México: ed. Porrúa, 2000, p. 416: La investigación jurídica es “la actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas, adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aun cuando formalmente parezca anticuado”.

64 FARIÑAS DULCE, *La sociología del derecho de Max Weber*, ob. cit., p. 82.

65 REALE, Miguel, *Introducción al derecho*, 6.^a ed., Madrid: Pirámide, 1984, p. 253.

mente, debe ser, cualquiera de las ciencias que lo estudian no puede dejar de ser comprensiva.

Cossío, el creador de la teoría egológica del Derecho, dice que las ciencias culturales, a las cuales pertenece el Derecho, exigen el método empírico-dialéctico: empírico, porque los objetos de cultura son reales, están en la experiencia; dialéctico, porque el acto de conocimiento no consiste simplemente en inducciones o deducciones —ir de lo singular a lo general, o viceversa—, sino en ir del sustrato del objeto hacia el sentido, luego viceversa, y así sucesivamente hasta que se considere lograda la comprensión. Se ha de transitar en forma circular dialéctica, entre las dos instancias de que consta el objeto cultural: su sustrato material y su sentido espiritual.

Karl POPPER⁶⁶ propone sustituir el método inductivo por el método de conjecturas y deducción contrastadora de estas, a lo cual denomina *método hipotético deductivo*, que resume en estas palabras:

Una vez presentada a título provisional una nueva idea, aún no justificada en absoluto —sea una anticipación, una hipótesis, un sistema teórico o lo que se quiera— se extraen conclusiones de ella por medio de una deducción lógica; estas conclusiones se comparan entre sí y con otros enunciados pertinentes, con el objeto de hallar las relaciones lógicas (tales como equivalencia, deductibilidad, compatibilidad e incompatibilidad, etc.) que existan entre ellas.

Asimismo, el autor agrega:

[S]i queremos, podemos distinguir cuatro procedimientos de llevar la contrastación de una teoría. En primer lugar, se encuentra la comparación lógica de las conclusiones unas con otras; con lo cual se somete a contraste la coherencia interna del sistema. Después, está el estudio de la forma lógica de la teoría, con objeto de determinar su carácter; si es una teoría empírica, científica o si, por ejemplo, es tautológica. En tercer término, tenemos la comparación con otras teorías que tiene por principal mira la de averiguar si la teoría examinada constituiría un adelanto científico en caso de que sobreviviera a las diferentes contrastaciones a que la sometemos y, finalmente, viene el contrastarla por medio de la aplicación empírica de las conclusiones que pueden deducirse de ella.

No todas las ciencias obtienen resultados absolutamente ciertos, verificables por igual. La verificación puede ser analítica o sintética. Se dice que una verdad es analíticamente verificable cuando es evidente o puede ser reconducida, vía inferencia, a una verdad evidente o a un presupuesto admitido como cierto y válido. La verdad evidente se impone por sí misma, sin necesidad de prueba, como cuando se

66 POPPER, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, Buenos Aires: Edit. Tecnos, 1967, p. 10 y ss.

dice que “el todo es mayor que la parte”. La lógica y las matemáticas pertenecen al tipo de conocimiento analíticamente verificable. La verificación sintética subordina las hipótesis al control de la experiencia, como acontece con la física, la química, la biología, etcétera⁶⁷.

En las ciencias sociales, como la sociología, la economía, el Derecho, entre otras, la certeza se obtiene mediante el rigor del raciocinio, la objetividad de la observación de los hechos y la concordancia de sus enunciados, exigencias que son necesarias para establecer principios y leyes, no de causalidad sino de tendencia, que aseguren un cierto grado de certeza y previsibilidad. Estas ciencias no son exactas, pero deben ser rigurosas para evitar contradicciones.

Si el método es el camino a seguir para lograr un resultado determinado, entonces nos preguntamos: ¿cuál es el método de la ciencia o dogmática jurídica? Como la ciencia del Derecho es la investigación del Derecho positivo regulador de la vida intersubjetiva de acuerdo a ciertos valores, en una determinada sociedad, no puede dejar de obedecer a las leyes de la lógica, ni dejar de seguir métodos adecuados a sus finalidades. Por ser una ciencia de la cultura, no son válidos los métodos de las ciencias formales o naturales. Wilhelm DILTHEY (1833-1911) expresa que la naturaleza se explica, en cambio, la vida del espíritu se comprende; las ciencias naturales explican los objetos en términos de causa-efecto, mientras que las ciencias humanísticas o subjetivas tratan de comprender y penetrar los fenómenos en los que participa el ser humano. Wilhelm WINDELBAND (1848-1915) diferenció entre disciplinas ideográficas y nomotéticas; las primeras estudian los hechos singulares y cambiantes y emplean métodos que aprehenden racionalmente el objeto que abordan con la intención de comprenderlo. Las nomotéticas estudian fenómenos objetivos e invariables y emplean métodos que posibilitan observar el objeto de estudio y medir sus propiedades con el propósito de verificar variables. Carlos Cossío, el creador de la teoría egológica, afirma que las ciencias de la naturaleza explican los hechos y los fenómenos. El Derecho es fundamentalmente interpretativo de la realidad social mediante la norma.

De otro lado, las ciencias *formales* (la lógica y la matemática) establecen teoremas racionales demostrables mediante métodos lógicos; en cambio las ciencias *fácticas* (economía, sociología, antropología, etc.) abordan sucesos de la realidad, cuyas variables necesitan de la observación, medición o experimentación para captarse; únicamente después de pasar el proceso de verificación empírica podrán considerarse verdaderos⁶⁸. La investigación *cuantitativa* está relacionada con el paradigma positivista de la ciencia;

67 GIOJA, *Ideas para una filosofía del derecho*, t. II, ob. cit., p. 9 y ss.

68 BUNGE, Mario; *La ciencia. Su método y su filosofía*, p. 11. Recuperado de <<https://bit.ly/2Mvpohb>>; “El conocimiento científico es fáctico: parte de los hechos, los respeta hasta cierto punto, y siempre vuelve a ellos. La ciencia intenta describir los hechos tal como son, independientemente de su valor emocional o comercial: la ciencia no poetiza los hechos ni los vende, si bien sus hazañas son una fuente de poesía y de

aborda el objeto a través de sus propiedades y manifestaciones observables, por lo cual se centra en recolectar datos, cuantificar magnitudes y hacer análisis estadísticos. Tiene la finalidad de medir y verificar hipótesis; sus resultados correlacionan variables sobre las que explican nexos causales, y su fin es establecer patrones de comportamiento y generalizaciones⁶⁹. El Derecho no se puede ubicar en la categorización de las ciencias formales ni de las factuales, pues si bien tiene un aspecto factual (la realidad social) también es de su esencia la norma jurídica y la valoración.

La investigación jurídica es cualitativa por cuanto aborda problemas sociales en los que está involucrado el ser humano, su propósito no es la medición, sino la descripción de los objetos que estudia, su interpretación y comprensión. No hay investigación jurídica que no tenga como punto de partida y de llegada al ordenamiento jurídico (creado o por crearse) en el cual converge la jurisprudencia, la labor científica y la doctrina. Sin embargo, la investigación jurídica se sirve también de la investigación cuantitativa realizada por otras ciencias, no solo jurídicas (sociología jurídica, etc.), sino también metajurídicas (v.gr., análisis económico del Derecho, medicina, etc.). En realidad, las investigaciones cuantitativas y cualitativas se complementan, en su conjunto nos aproximan al conocimiento científico. Pero en la investigación jurídica prevalece lo cualitativo, sin que se desmerezca los resultados cuantitativos obtenidos en las ciencias empíricas, que pueden ser muy útiles para el investigador jurídico.

Para elegir el método que se debe seguir es necesario establecer la naturaleza del objeto de la ciencia que se quiere llevar adelante. Por tanto, debe establecerse qué es el Derecho como objeto. Sea cual fuere la definición que del Derecho se acepte, en él encontramos elementos normativos, axiológicos y sociológicos en interacción dinámica. No hay Derecho sin norma (elemento normativo). No hay norma jurídica que no regule conducta humana social auténtica u objetivada (elemento *fáctico*). No hay regulación jurídica de la realidad social que no se haga con sustento en ciertos valores comunes que se quiere conservar y promover (elemento *axiológico*). Por la espacialidad del Derecho, “las relaciones jurídicas singulares tienen que estar sujetas al derecho del territorio en que tienen su sede” (SAVIGNY), aunque hay cuestiones que plantea una misma relación jurídica que han de juzgarse a tenor de derechos diferentes⁷⁰. La pluralidad de elementos existentes en el “objeto Derecho” determina también un pluralismo metodológico congruente con este. Según que el investigador incida

negocios. En todos los campos, la ciencia comienza estableciendo los hechos; esto requiere curiosidad impersonal, desconfianza por la opinión prevaleciente, y sensibilidad a la novedad”.

69 VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones*. Recuperado de <<https://bit.ly/1tfWiTc>>.

70 ENNECCERUS; KIPP y WOLFE, *Tratado de derecho civil*, ob. cit., p. 266: “donde quiera que la esfera del imperio personal o territorial de otro Estado se vea también afectada, el Estado hará muy bien en limitar la aplicabilidad de sus normas jurídicas a aquellas relaciones o cuestiones, cuya conexión con su propia esfera de soberanía personal o espacial sea la más fuerte y en cuanto tal la decisión”.

predominantemente en uno de estos elementos: la norma, el valor o la experiencia social, seleccionará el método o métodos de que se valdrá para realizar su actividad. La elección del método en Derecho no se produce en función de un examen científico, sino que es un asunto de decisión, de valoración del investigador.

2. Variables e hipótesis

En la investigación jurídica no se trabaja con variables ni con hipótesis.

Variables. En las ciencias cuyo objeto se rige por la causalidad (producida la causa, viene fatalmente el efecto), ciegas a la valoración, son absolutamente necesarias las *variables* (algo que cambia o varía), o sea los factores que pueden ser controlados, manipulados, medidos, cuantificados, comprobados científicamente mediante la experimentación, la muestra, la encuesta. El investigador establece un vínculo entre diversas variables para encontrar una relación de causa a efecto. Se mide los cambios que en una cosa hacen que los efectos se repitan sin excepción alguna⁷¹. Es obvio que las variables de investigación no son propias de una investigación jurídica, que, por la naturaleza de su objeto, no está orientada a establecer relaciones de causalidad.

Hipótesis. Del griego *hipo* (subordinación o por debajo) y *thesis* (conclusión que se mantiene con razonamiento). La hipótesis es una proposición⁷² afirmativa como solución provisional a un problema, cuya veracidad o falsedad está sujeta a corroboración⁷³. La hipótesis se deduce del problema de investigación; enlaza lo conocido con lo desconocido, lo conocido con anterioridad con lo que se conocerá al final de la investigación, que validará o refutará la hipótesis. Como señala CHÁVEZ⁷⁴, citando a GALTUNG, “la razón de ser de una hipótesis es dejar de ser hipótesis; para ello, debe ser contrastada con la realidad empírica”.

El investigador, después de planteado el problema, deriva de él una o más hipótesis, las que pueden ser parcial o totalmente modificadas en el curso de la investigación. La verdad o falsedad de la hipótesis se corroborará con el experimento en las

71 Las variables son de varias clases. Mencionemos dos: 1) *variables independientes* son las que no dependen del valor de otras. Es la causa o fenómeno a investigar, la cual es manipulada por el científico; 2) variable dependiente es el resultado que se obtiene con la manipulación del fenómeno que se investiga. Por ejemplo, si se quiere establecer la reacción que produce el sonido en el comportamiento humano, la variable independiente será el sonido, la independiente será la reacción del sujeto ante los cambios de intensidad del sonido.

72 La proposición es una oración que contiene una declaración afirmativa que puede ser verdadera o falsa. No se puede formular una hipótesis con oraciones que expresen dudas, deseos, obligaciones, por cuanto no pueden ser verdaderas o falsas.

73 Real Academia Española: Hipótesis de trabajo es la que se establece provisionalmente como base de una investigación que puede confirmar o negar la validez de aquella.

74 CHÁVEZ DE PAZ, Dennis, *Teoría y práctica de la investigación social*, 2.^a ed., Lima: AC, 2019, p. 78.

ciencias naturales, con las entrevistas o encuestas en las ciencias fácticas. Las pruebas estadísticas generalmente muestran tendencias, debido a que pueden existir otros factores que influyen en los resultados. Si la hipótesis resulta falsa se puede formular otra hipótesis con los datos obtenidos.

Expresa KUHN⁷⁵ que en la investigación normal, el investigador busca resolver un acertijo que reta a su ingenio, con cuyo fin hará uso de las hipótesis, si estas no resuelven el problema, ha fallado la destreza del investigador y no la ciencia prevaleciente, razón por la que en última instancia lo sometido a prueba es el propio científico y no la teoría prevaleciente.

La hipótesis formulada como relación de causalidad es la brújula de la investigación cuantitativa de las ciencias naturales y fácticas, pero no de la investigación cualitativa⁷⁶ como la del Derecho. Por su objeto en la investigación jurídica no es posible formular hipótesis verificables estadísticamente. Como dice MARTÍNEZ⁷⁷:

[E]n la metodología cualitativa tampoco se formula una hipótesis que se va a verificar, ya que está abierto a todas las hipótesis plausibles y se espera que la mejor emerja del estudio de los datos y se imponga por su fuerza convincente.

El Derecho es una ciencia eminentemente práctica e interpretativa, por ello los estudios jurídicos son descriptivos y hermenéuticos. No hay hipótesis que asocien dos o más variables. No hay resultados medibles con exactitud⁷⁸. Hay un estudio en profundidad del problema y su entorno, analizándolo e interpretándolo. De formularse

75 KUHN, Thomas, *La tensión esencial*, traducción por Roberto Helier, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 395.

76 MARIANE KRAUSE, Mariane, *La investigación cualitativa. Un campo de posibilidades*, n.º 7, Santiago de Chile: Revista Temas de Educación, 1995, pp. 19-39: “La metodología cualitativa se refiere a procedimientos que posibilitan una construcción de conocimiento que ocurre sobre la base de conceptos. Son los conceptos los que permiten la reducción de complejidad y es mediante el establecimiento de relaciones entre estos conceptos que se genera la coherencia interna del producto científico”.

77 MARTÍNEZ MIGUÉLEZ, Miguel, *Ciencia y el arte de la metodología y técnica de la producción científica*, Lima: Nova Print, 2009, p. 74, citado por ARANZAMENDI, Lino, *Instructivo teórico-práctico del diseño y redacción de la tesis en derecho*, 2.ª ed., Lima: Grijley, 2015, p. 71.

78 HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, Carlos Fernández-Collado y Pilar BAPTISTA LUCIO, *Metodología de la investigación*, 4.ª ed., Ciudad de México: McGraw Hill Interamericana, 2006, p. 533: Con referencia a las investigaciones sociales cualitativas, no a las jurídicas, escriben: “En los estudios cualitativos, las hipótesis adquieren un papel distinto al que tienen en la investigación cuantitativa. En primer término, en raras ocasiones se establecen antes de ingresar en el ambiente o contexto y comenzar la recolección de los datos (Williams, Unrau y Grinnell, 2005). Más bien, durante el proceso, el investigador va generando hipótesis de trabajo que se afinan paulatinamente conforme se recaban más datos, o las hipótesis son uno de los resultados del estudio. Las hipótesis se modifican sobre la base de los razonamientos del investigador y, desde luego, no se prueban estadísticamente. Las hipótesis de trabajo cualitativas son pues, emergentes, flexibles y contextuales, se adaptan a los datos y avatares del curso de la investigación”.

hipótesis serán cualitativas que no obedecen a una estructura formal estadística, sino que son expresiones con las que se supone que se da una respuesta teórica al problema formulado. El proceso de investigación se mueve de manera dinámica entre las normas, los hechos, los valores y su interpretación, que no necesita de hipótesis que no es posible o necesario verificarlas.

3. Métodos de investigación jurídica

No es aplicable a la investigación jurídica el método de las ciencias formales o de las ciencias naturales o el de las ciencias sociales puramente fácticas como el de la sociología general o jurídica, la antropología jurídica, criminología, psicología jurídica, entre otras. El jurista utiliza los conocimientos creados por estas ciencias, obtenidos por sus propios métodos. En estas ciencias se trabajan con variables.

En Derecho no hay método sino métodos de investigación. Los métodos que más se utilizan son los siguientes:

- a) *Método intuitivo.* Se basa en la acción y efecto de intuir. El sujeto capta o aprehende en forma directa (instantánea) el objeto jurídico y, sin mayor razonamiento, da una primera respuesta inmediata por intuición, la que puede someterse a comprobación mediante los otros métodos. Ante cada problema social tenemos una idea, una respuesta, a veces insipiente que, con la ayuda de los otros métodos, comprobamos o descartamos.
- b) *Método discursivo.* Se contempla el objeto desde sus diversas perspectivas hasta conseguir fijar su concepto.
- c) *Método sistemático.* Ordena los conocimientos agrupándolos en un todo sistemático y coherente, apoyándose en los métodos inductivo y deductivo. Generalmente se usa para la conformación de las codificaciones. El Derecho no es una norma, sino un conjunto de normas que constituyen una unidad sistematizada, razón por la que es imposible captar la naturaleza del Derecho limitando la atención a una norma aislada. La poca o nula aplicación de este método determina una legislación caótica.

El ordenamiento jurídico está sistematizado gradualmente conforme a relaciones de fundamentación y derivación lógica a modo de una pirámide, en cuya cúspide se encuentra la Constitución: descendiendo la pirámide se encuentran sucesivamente las normas con rango de ley, los decretos, las resoluciones, las normas particulares (contratos, testamentos, etc.), las normas individualizadas (sentencias, laudos). Toda norma encuentra su fundamento en una norma superior y sirve de fundamento de otra inferior. El fundamento último de todo el ordenamiento jurídico es la Constitución. La investigación jurídica no puede

llegar a resultados que contradigan la gradación jerárquica del ordenamiento jurídico.

- d) *Método inductivo.* El método inductivo es el procedimiento de raciocinio que, partiendo de las observaciones de los hechos jurídicos, elabora principios de carácter general que explican lo que hay de constante en los hechos observados u otros de la misma naturaleza. Por ejemplo, mediante el procedimiento inductivo, los pandectistas alemanes y los juristas italianos elaboraron la teoría del negocio jurídico. En el momento de la elaboración de la ley, la observación de los hechos debe estar en el punto de partida, por lo cual el método inductivo desempeña un papel importante, pero no único.
- e) *Método deductivo.* El método deductivo es una forma de raciocinio que, partiendo de principios admitidos como ciertos o establecidos previamente como verdaderos, ya sea por su evidencia, su demostración lógica, se llega a una nueva verdad. Elaborados los principios o leyes generales, lo que prevalece es el método deductivo; de las leyes vigentes se infieren consecuencias reguladoras de los hechos sociales. Hay dos formas de deducción: la silogística y la amplificadora. La deducción silogística consiste en la puesta de dos proposiciones llamadas *premisas*, de las cuales resulta una conclusión: dada la premisa mayor (la ley) y la premisa menor (los hechos) resulta una conclusión (la sentencia). En la deducción amplificadora del cotejo lógico de dos o más proposiciones podemos elevarnos a una verdad nueva que no se reduce a las proposiciones antecedentes.

PUCHTA postula un sistema jurídico deductivista en consideración a que el Derecho es una totalidad sistemática de proposiciones que se condicionan y presuponen entre sí, de tal modo que lo singular es parte del todo y el todo es un cuerpo que se manifiesta como órganos especiales.

- f) *Método analógico.* Por el procedimiento de la analogía, cuando nos encontramos ante dos conductas: una que está regulada y otra que no lo está, pero entre las cuales hay semejanzas e identidad de razón, a la no regulada se le aplica la misma solución legal que a la regulada. No se aplica en el Derecho penal.
- g) *Método histórico.* Se desarrolló por Hugo GROCIOS (1583-1645) y por Friedrich Karl von SAVIGNY (1779-1881). El método histórico se sustenta en el devenir histórico. La historia del Derecho es la fuente primaria y fundamental para el conocimiento y la investigación del Derecho. Se interrelaciona con la técnica de investigación documental. El Derecho no puede ser aislado del contexto social al cual regula en un momento y lugar determinados.

El método histórico permite comprender los antecedentes y las condiciones en que aparecen y se desarrollan las instituciones jurídicas, los sistemas jurídicos,

la legislación, la jurisprudencia, la doctrina. Conociendo el pasado comprendemos el presente y nos proyectamos hacia el futuro.

Se hace un seguimiento de la institución jurídica desde sus orígenes, generalmente desde el Derecho romano, hasta el presente. El Derecho que no es estudiado en conexión con su evolución histórica, la jurisprudencia y la doctrina elaborada entorno a él, a fin de darle un impulso progresivo, está condenado a su estancamiento y regresión.

- h) *Método dialéctico.* Se basa en la confrontación de conocimientos e ideas. Se estructura en tres momentos: 1) la tesis, que es la exposición de una idea primaria; 2) la antítesis, una idea contraria a la primaria; y 3) de la interacción y enfrentamiento entre estos dos conocimientos se deriva una conclusión denominada síntesis.

Respecto del método dialéctico —como dice REALE—, cuando se habla de dialéctica, no se debe pensar solamente en la dialéctica hegeliana o la marxista⁷⁹, que son dialécticas de términos contradictorios: los elementos contrarios como los contradictorios se concilian progresivamente en una englobante unidad superadora, por medio de un esquema triádico de tesis, antítesis y síntesis. Al lado de esta dialéctica de la contradicción está la dialéctica de la implicación-complementariedad o simplemente dialéctica de la complementariedad, que comprende el proceso histórico como un proceso abierto en donde los factores opuestos se implican y se complementan, sin que se reduzcan el uno al otro.

- i) *Método fenomenológico.* La fenomenología proviene de los vocablos griegos: *fainomai* (mostrarse o aparecer) y *logos* (razón o explicación). Es un método filosófico consistente en el análisis intuitivo de los objetos tal como se encuentran en la realidad y son captados y aprehendidos por la conciencia cognosciente. En el campo del Derecho ayuda a obtener y generar conocimiento científico jurídico, eliminando los elementos subjetivos del observador del fenómeno, que, sin emitir opinión personal alguna, describe los hechos tal como han sucedido.
- j) *Método exegético.* “Exegesis” significa extraer el significado de un determinado texto. En Derecho, la exégesis es el método de estudio de las normas jurídicas en el mismo orden plasmado por legislador; su fin es extraer de su texto la vo-

⁷⁹ Para HEGEL, explicar dialécticamente un objeto es mostrar la ley interna de su desarrollo, la misma que no puede ser captada desde fuera. El conocimiento tiene lugar mediante el ascenso de lo abstracto a lo concreto, siguiendo la evolución del ser. MARX, luego de sustituir la ontología idealista de HEGEL por otra de cuño materialista, sostiene que el buen método asciende de lo abstracto a lo concreto, esto es, se debe partir de los elementos más simples y abstractos, para llegar a los elementos más complejos y concretos. MARX también sostuvo que hacer ciencia significa enfrentarse con las concepciones científicas preexistentes y criticarlas.

luntad del legislador. Se desarrolló con la dación del Código Civil de Napoleón (promulgado el 21 de marzo de 1804); sus comentaristas consideraron que el Derecho solamente está en el código, el cual es completo, sin lagunas; los jueces son solamente la boca de la ley, no la pueden interpretar⁸⁰. Sus principios son: el Derecho está en los códigos⁸¹; el código constituye una plenitud hermética que no tiene fisuras; en la interpretación predomina la intención del legislador; el Derecho se autointegra mediante la analogía.

No existe norma jurídica perfecta, menos un ordenamiento escrito cerrado que no presente fisuras, con el cual se pueda resolver todos los problemas que presente la realidad social. Esta evoluciona, cambia permanentemente, por tanto, las normas deben adecuarse permanentemente a esas transformaciones sociales, económicas, políticas, morales, culturales. La voluntad de la ley será la del legislador en los primeros momentos de su entrada en vigencia, pero luego esa voluntad será la que adquiera con la cambiante realidad social; el texto de la ley será el mismo, pero su significado y alcance evoluciona.

Esta crítica no puede servir para el estudio, enseñanza e investigación jurídica se haga sin tener como norte el ordenamiento jurídico que regula la vida social de acuerdo a ciertos valores. Sin normas (legales, consuetudinarias, particulares, jurisprudenciales) no hay Derecho. No se puede negar que es interés primordial de la dogmática proponer, patrocinar, determinar ciertas interpretaciones sobre el sentido y alcance del Derecho positivo con el fin de hacerlo inteligible y aplicable. Los conceptos jurídicos se redefinen, precisan o se rechazan por carecer de utilidad.

- k) *Método dogmático.* Tanto en el Derecho nacional como en el comparado se habla de “dogmática jurídica” para referirse a la ciencia del Derecho como para indicar a uno de los métodos de la investigación en Derecho.

Hay autores que sostienen que el “el método dogmático consiste en averiguar la naturaleza jurídica de una determinada institución”⁸², una investigación que

⁸⁰ Sus principales representantes son: Teodoro Troplong, Florencio Demolombe, Francisco Laurent, Aubry, Rau, Baudry Lacatinerie, Duranton, Bugnet.

⁸¹ La Revolución francesa asignó la soberanía al pueblo y prácticamente al órgano legislativo, su órgano de expresión. “Así, quien tiene el poder formula la norma y a nadie le es dado variar su contenido. La tarea del intérprete y del investigador es tratar de descifrar lo más auténticamente posible lo que el legislador quiso decir. En efecto, la exegesis, a partir de este supuesto, considera la norma como algo perfecto y estático: ‘lo que el legislador diga, dicho está, y lo que calla, callado está; tanto lo afirmado como lo omitido es inobjetable; el legislador sabe lo que hace, nunca se equivoca’. En este contexto, toda controversia debe necesariamente encontrar respuesta en los textos legales, y al juez corresponde la función un tanto silogística y mecánica de aplicar la ley. Este método utiliza los elementos gramaticales, semánticos, extensivos, etc.”: WITKER V., Jorge, *Técnicas de la enseñanza del derecho*, Ciudad de México: Pac, 1985, pp. 186 y 187.

⁸² RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*, Lima: Gaceta Jurídica, 2007, pp. 111 y 112.

concibe al Derecho como “estrictamente formalista, desconectado de todo elemento fáctico”, como una variable dependiente de la sociedad con autonomía metodológica y técnica⁸³. No compartimos esta opinión, por cuanto no es concebible una investigación jurídica estrictamente formalista. Después de los *ius* positivistas que se han quedado estancados en la historia, ningún jurista lo entiende así, porque el Derecho no solamente es norma, sino también es realidad social, valor, espacio, tiempo. No hay Derecho que no tenga como norte la realización de la justicia. Son ciencias formales la matemática y la lógica, el Derecho no lo es, no utiliza el lenguaje formal (matemático o lógico), nadie ha señalado cuáles son sus axiomas y reglas de inferencia.

No existe investigación jurídica estrictamente formalista desconectada de todo elemento fáctico como lo consideran algunos metodólogos, porque sería una investigación teórica desconectada de la práctica, lo que no se puede llamar Derecho. Los que así piensan todavía no han comprendido que en el supuesto de toda norma jurídica se describe un sector de la realidad social (económica, social, política, moral, etc.) y los valores vigentes en ella (libertad, paz, buena fe, etc.), por tanto, no hay investigación jurídica que no se refiera a todos los elementos del complejo objeto jurídico. Aun cuando la investigación se centre en el aspecto formal del Derecho, por ejemplo, la jerarquización del ordenamiento jurídico, siempre está referida a una determinada sociedad (peruana, boliviana, etc.).

Toda investigación jurídica utiliza el método dogmático consistente en la recolección de información de fuentes documentales que contienen las fuentes formales del Derecho (leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas, tratados internacionales, principios generales, jurisprudencia, actos jurídicos, doctrina etc.). Ninguna investigación jurídica sería se puede realizar sin examinar, analizar, una y otra vez, el Derecho positivo a la luz de la doctrina, de la jurisprudencia, de su evolución histórica, su comparación con otros ordenamientos jurídicos, etcétera, ya sea para formular la norma jurídica que se origina en las profundidades de la realidad social, o para interpretarla, modificarla o derogarla, en la tarea incesante de adecuar el Derecho a la cambiante vida social. Al margen del método dogmático, así entendido, lo que se pretenda llamar estudio jurídico no pasará de ser un cuento, una novela, o quizás una obra de filosofía jurídica si ha sido realizada con la rigurosidad del caso.

El investigador jurídico trabaja con libros, tratados, revistas, manuales, publicaciones en internet, etc., que contengan las fuentes formales y la doctrina que tiene un valor descollante en la formación, interpretación, modificación o de-

rogación de las fuentes formales; obligadamente tiene que analizar la jurisprudencia dictada por los tribunales sobre las fuentes formales; revisa actas de los debates parlamentarios, escrituras públicas, partidas registrales, la legislación y jurisprudencia comparadas; las actas de congresos, seminarios, fórum nacionales y extranjeros, etc. Según lo requiera el caso concreto en examen, utiliza los conocimientos de otras ciencias o técnicas (biología, economía, psiquiatría, ingeniería, etc.). Hay que preguntarnos, ¿qué investigación jurídica importante no ha seguido este camino? Como respuesta, ahí están las obras, por ej., de Enneccerus, Kipp, Wolff, Mazeaud, Messineo, Betti, Diez-Picazzo, Albadalejo, Borda, Castañeda, León Barandiarán, por citar solamente algunos.

- l) *Método comparativo.* Se comparan las instituciones jurídicas del mismo género de los distintos países, para identificar las similitudes y diferencias, tanto normativas, jurisprudenciales y doctrinales. No existe investigación jurídica seria que no compare el Derecho y la realidad de los distintos países. Ahora con la globalización de la economía y el crimen se compara no solamente los Derechos del *civil law*, sino también estos con los del *common law*.
- m) *Método etnográfico.* Este método se aplica para estudios analítico-descriptivos de comportamientos, costumbres, creencias y prácticas sociales, en los cuales opera una institución jurídica o un problema legal. Se persigue comprender el modo de vida y comportamiento de las comunidades, etnias, minorías culturales o un grupo de personas que viven en un hábitat cerrado, generando particularidades. Por ejemplo: estudios sobre comunidades indígenas o comunidades campesinas.
- n) *Método hermenéutico.* Es el que mediante la interpretación se entiende y comprende el significado y alcance de las normas jurídicas y de las instituciones que se estudian. El Derecho es una ciencia cultural eminentemente interpretativa, sin interpretación no hay Derecho, se interpretan las normas para poder aplicarlas a los casos concretos y también para adecuarlas a la cambiante realidad social.

36.7. Fases o etapas del proyecto de investigación

Las fases o etapas de un esquema general de investigación jurídica (técnica de investigación jurídica) son las siguientes:

1. La elección del tema

El primer paso de toda investigación es la identificación de un tema problematizado. Se hace una selección *provisional* del objeto de investigación, revisando

fuentes bibliográficas, documentales (ej., libros, revistas, legajos que se encuentran empaquetados), jurisprudencia; se examinan expedientes judiciales, administrativos, arbitrajes; se puede recurrir al testimonio de otros autores o testigos sobre determinados hechos. Se recurre a bibliotecas, hemerotecas, filmotecas, al archivo de libros, revistas, periódicos empaquetados. Se selecciona un problema en base a los conocimientos existentes y no sobre una información inventada.

Como señala TORREGROSA⁸⁴:

La elección del tema de investigación constituye uno de los momentos centrales de un proceso de investigación, y no solamente su inicio cronológico. No suele ser conveniente precipitarse en la elección, pero tampoco es recomendable demorarse excesivamente en la etapa de elección de un tema. Muchas veces basta con poseer una idea general que irá perfilándose al trabajar sobre ella y contar con información adicional.

En el estudio o en el ejercicio del Derecho con frecuencia nos topamos con dificultades para prevenir o resolver un conflicto de intereses, surgiendo así la idea de un problema, cuya solución la buscamos en la teoría existente sobre el tema de que se trate. Si el problema es importante y es de nuestro interés, nos proponemos investigarlo, lo que significa la inversión de tiempo y recursos, con el fin de generar el conocimiento que conduzca a una solución justa socialmente.

La elección del tema problematizado debe ser de preferencia de la especialidad jurídica a la que se dedica o a la que se va a dedicar el investigador (como es el caso de una tesis para optar el grado de bachiller en Derecho). La idea de la investigación también puede surgir del contacto con un hecho social; del estudio y manejo de un tema; de las necesidades o exigencias institucionales.

La realidad social regulada o que necesita de regulación jurídica es fuente inagotable de temas de investigación; los temas de investigación jurídica son tan numerosos como amplio y dinámico es el Derecho. Por ejemplo, toda la vida de un jurista no es suficiente para investigar todos los problemas que presenta el Derecho civil en materia de personas, acto jurídico, familia, sucesiones, reales, obligaciones y sus fuentes.

El investigador elegirá el tema que le guste y que tenga interés⁸⁵ en resolver un problema que se presenta en sus estudios, en el ejercicio de la profesión como asesor, defensor, magistrado, notario, docente, etc. Debe ser un tema importante para

⁸⁴ TORREGROSA, Marta, *Metodología de la investigación*, Navarra: Universidad de Navarra. Recuperado de <<https://bit.ly/2YPbtZz>>. (Última actualización: 1 de agosto del 2018).

⁸⁵ El interés es triple: *sicológico*, porque la investigación reclama que se realice con pasión y entrega; *profesional*, porque debe haber concordancia entre el tema elegido y la orientación profesional inmediata o futura; y el interés *social*, o sea, la utilidad próxima o remota para la comunidad (SIERRA BRAVO, *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*, ob. cit., p. 108 y ss.).

resolver un problema jurídico. La investigación sobre un tema que no es de interés del investigador está destinada al fracaso.

Debe ser viable en el sentido que deben existir las posibilidades personales y materiales para el desarrollo de la investigación. No se puede elegir, por ejemplo, un tema que requiere el dominio de una lengua extranjera que no se conoce o de un costo económico superior a las posibilidades del investigador.

El tema debe ser original, porque la disertación debe constituir una contribución real para la búsqueda científica. Pero esta originalidad puede ser asegurada de dos maneras: o bien, por la elección de un tema verdaderamente nuevo, o bien, de un problema ya estudiado, pero que ha sido resuelto en sentido diverso y permanentemente controvertible⁸⁶. En Derecho no se puede pretender crear o inventar soluciones jurídicas que solo existen en la mente del investigador, inaplicables en la realidad social; desde hace miles de años el rey Hammurabi dijo que su misión es establecer “un orden social”.

Se puede elegir como temas de investigación, por ejemplo: las deficiencias que presenta la legislación o la falta de ella; la jurisprudencia contradictoria sobre un mismo hecho o acto jurídico o contraria al ordenamiento jurídico; las diversas teorías sobre una misma materia; las incapacidades y las discapacidades; el principio de la nueva vida humana (concepción); la planificación familiar; las uniones homosexuales; el surgimiento de nuevas instituciones jurídicas como consecuencia de los adelantos científicos y tecnológicos o de la globalización; la usucapición de predios urbanos o de predios rústicos; la criminalización y descriminalización de conductas; las nuevas interpretaciones del ordenamiento jurídico; la falta de idoneidad o probidad de los magistrados; las causas de la corrupción en el sistema de justicia. Sin exageración podemos decir que en el Perú si buscas un tema de investigación jurídica civil, con lo contradictorio y asistemático del código, especialmente con las modificaciones introducidas, abres cualquier página y observas el articulado y la jurisprudencia dictada en torno a él, encontrarás un problema que requiere urgente solución.

El tema ha de ser uno de dogmática o ciencia jurídica en sentido estricto, o sea de esa disciplina que en las facultades de Derecho o jurisprudencia se enseña en las universidades europeas y latinoamericanas y también en el *common law*.

Elegido el tema, debe formular un título, el cual puede ser reajustado en el transcurso de la investigación.

86 VAN STEENBERGHEN, Fernando, *Directives pour les dissertations doctorales*, Louvain: Editions de l'Institut supérieur de Philosophie, 1940, p. 17, citado por BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, *Manual de técnica de la investigación jurídica*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1971, p. 81.

2. Planteamiento del problema

El problema es una dificultad, una inconformidad, una incongruencia o una inquietud de naturaleza jurídica que se quiere resolver con la investigación. El problema desencadena el quehacer científico en cualquier rama del conocimiento⁸⁷. No hay investigación científica que no esté orientada a resolver un problema.

El problema de investigación surge de la ausencia o vacíos en el conocimiento de una institución jurídica; de los resultados contradictorios en las investigaciones existentes; de las prácticas inadecuadas o las respuestas legales ineficaces; del interés o necesidad de presentar, describir, interpretar un hecho o acto jurídico; de la necesidad de comprender, interpretar un determinado sector del ordenamiento jurídico, de superar sus contradicciones, llenar sus vacíos, de elaborar la teoría inexistente en un determinado sector del ordenamiento jurídico.

No se puede plantear el problema de investigación jurídica sin haber revisado previamente con relación al tema: el ordenamiento positivo si existe, la doctrina nacional y extranjera⁸⁸, la jurisprudencia, y, en su caso, los usos y costumbres. Se revisará, de existir, otros trabajos de investigación sobre el mismo tema, para determinar cómo ha sido tratado y a qué conclusiones se ha llegado, qué aspectos faltan tratar, qué debates persisten, toda vez que en Derecho siempre hay la posibilidad de refutar las explicaciones jurídicas vigentes sobre la cambiante realidad social. Así, si se trata de una tesis de bachiller, maestro o doctor en Derecho, además de la bibliografía correspondiente, se debe revisar todas las tesis sobre el tema que han realizado con anterioridad otros tesistas. Un tema jurídico a investigar debe contemplar toda la información disponible al respecto y con esa información se convierte al tema en problema y se procede a su planteamiento.

También previamente el investigador verificará sus posibilidades personales y materiales para la realización del estudio, las técnicas y los procesos metodológicos que utilizará (deductivo, inductivo, dialéctico, comparativo, axiológico, etc.), las bibliotecas a las que le será posible acceder.

Sobre todo para los tesistas, no es aconsejable una investigación panorámica que abarque todos los problemas que origine el tema de investigación, sino se debe

⁸⁷ “Concepto de problema científico. El problema es el punto de partida de la investigación científica. No puede haber investigación científica sino hay un problema, cuya solución ayude a comprender los hechos. El problema en la investigación científica es la búsqueda de nuevos conocimientos que expliquen la realidad”: CHÁVEZ DE PAZ, Dennis, *El método de la investigación de la sociología jurídica*, 2.^a ed., Lima: AC, 2019, p. 220.

⁸⁸ Eco, *Come si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche*, ob. cit., pp. 66 y 67: cuando se trabaja con libros, es fuente de primera mano una edición original en su propio idioma y no traducciones, porque estas a lo más pueden ser fuente de segunda mano; no se debe citar a un autor a través de la citación hecha por otro. Los trabajos realizados por otros autores, aun cuando sean de amplia citación, no son una fuente: a lo más son fuentes de segunda mano.

escoger solamente alguno o algunos de ellos; mientras más se reduce y concretiza el problema de investigación mejor se trabaja y se va sobre seguro⁸⁹, lo que no significa perder la perspectiva panorámica.

Como señala TORRES⁹⁰:

[U]n planteamiento incorrecto del problema, tiene repercusiones en todas las etapas de la investigación, dificulta, en muchos casos, continuar con el estudio, con la consiguiente pérdida de tiempo y economía. Debido a este motivo, los estudiantes que están realizando tesis cambian el trabajo inicial por otro; sin embargo, seguirán cometiendo los mismos errores si es que no rectifican las causas fundamentales que originan las equivocaciones.

Identificado y delimitado el problema debe ser enunciado en forma clara, coherente y precisa, estableciendo sus características en el contexto actual, precisando sus antecedentes y situación actual, afrontándolo desde sus dimensiones normativa, fáctica y axiológica.

Se suele afirmar que la investigación jurídica dogmática es estrictamente formalista, libre de todo elemento fáctico y valorativo; que el Derecho es una ciencia o técnica formal, por consiguiente, es una variable independiente de la sociedad, dotada de autosuficiencia metodológica y técnica⁹¹. Los que afirman esto, desconocen que no hay norma jurídica que no regule hechos de la vida social del ser humano, de acuerdo a ciertos valores (políticos, económicos, morales, culturales, religiosos, etc.), en un lugar y época determinados. Puede ser entendible tal afirmación en los “investigadores” que no ejercen el Derecho, pero en los que lo ejercen, especialmente en la magistratura, es alarmante; de ahí las soluciones “jurídicas” contrarias no solamente al Derecho, sino al

89 ECO, *Come si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche*, ob. cit., p. 27.

90 TORRES BARDALES, Colonibol, *El proyecto de investigación científica*, Lima: 1997, p. 79.

91 “Una investigación jurídico-dogmática concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa. De allí que el método dogmático se manifieste a través de estas palabras: ‘El Derecho objetivo es formal’. Este lema de la dogmática ha sido claramente expuesto por uno de los cultores más importantes de esta tendencia, MESSINEO, cuando afirma que el jurista no debe permanecer extraño al ambiente político en el que se desenvuelve, por ejemplo, cuando colabora con la actividad legislativa. Sin embargo, en su cometido básico, que es la interpretación del Derecho objetivo, su trabajo es esencialmente formal, por lo que, si bien puede ejercer una valoración crítica desde el punto de vista técnico, de ningún modo debe hacerlo desde el punto de vista político”: RAMOS NÚÑEZ, Carlos, *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*, Lima: Gaceta Jurídica, 2007). Debemos decir que MESSINEO, como todos los grandes juristas de Europa continental, en sus principales obras: *Manual de Derecho civil y comercial*, en varios tomos, y *Teoría general del contrato*, en dos tomos, investiga el Derecho sobre la base del ordenamiento jurídico civil que regula la vida de relación social italiana, de acuerdo a sus propios valores sociales, culturales, morales, políticos, religiosos; analiza la evolución histórica del Derecho italiano, remontándose frecuentemente hasta el Derecho romano; lo compara con otros derechos no solamente del *civil law*, sino también del *common law*, no falta el uso de los métodos: exegético, deductivo, inductivo, dialéctico, filosófico, se vale de los conocimientos aportados por otras ciencias naturales o sociales.

sentido común, como el de liberar a gobernantes corruptos o a avezados delincuentes, lo que descalifica al sistema de justicia en el concepto público.

La investigación en Derecho comprende todos sus elementos, pudiendo incidir sobre algunos de ellos. Como señala SIERRA⁹², el planteamiento y descripción del problema deben ser claros, considerando sus aspectos históricos, económicos, sociales, ideológicos, políticos, jurídicos. En el planteamiento se hace una exposición de hechos, se describen las causas que originan el problema.

Desde la dimensión normativa se reflexiona y cuestiona sobre las antinomias jurídicas, la validez o invalidez formal o material de la norma jurídica, su interpretación errada o contradictoria en su aplicación a la solución de casos semejantes, o su no aplicación.

En cuanto a la dimensión axiológica, se cuestionará las valoraciones de las fuentes del Derecho y de los hechos que no apuntan a la realización de la justicia, del bien común, del interés general, de la estabilidad o seguridad en el tráfico jurídico, la no discriminación, entre otros valores. En este aspecto, la investigación propende a que la función teleológica del Derecho se adecue a la realización de los valores mencionados.

Respecto al enfoque fáctico, se cuestionará, por ejemplo, que las sentencias, laudos, resoluciones administrativas no se sustentan en los hechos probados, que un mismo hecho sea calificado como delito en un caso y en otro no, que de un acto jurídico se seleccione una cláusula para sacar una conclusión que es contraria a la que se deriva del acto considerado como una unidad. Los hechos están allí en la realidad social, en la ley, la jurisprudencia, la doctrina, por lo que no necesariamente requieren de trabajo de campo a través de las técnicas de investigación como las entrevistas, encuestas, observación bajo el paradigma cuantitativo, trabajo propio de sociólogos, economistas, polítólogos. Al jurista le basta el trabajo realizado por esas otras ciencias sociales o también la simple observación directa o el método teórico-documental, por eso se dice que la mejor sociología, economía, psicología, antropología, etcétera, están en la ley.

3. Formulación del problema de investigación

Después de planteado el problema, o también antes, sobre la base de la revisión provisional de las investigaciones previas, se formula adecuadamente el problema, para luego continuar con una exhaustiva investigación sobre la teoría existente, contenida en el ordenamiento jurídico, la doctrina, la jurisprudencia, para ampliarla, profundizarla, completarla, criticarla, negarla o también crearla allí donde falta.

El problema se formula mediante una o más preguntas en forma precisa, clara y concreta, que sintetice el planteamiento esbozado⁹³. Por ejemplo, si el tema es “La teoría de los hechos consumados”, se puede problematizar el aspecto siguiente: ¿Cuál es la vigencia en el Perú de la teoría de los hechos consumados, sus diferencias con la teoría de los derechos adquiridos y su aplicabilidad a la solución de conflictos de leyes en el tiempo? En un trabajo de tesis es aconsejable una o dos preguntas; muchas preguntas pueden conducir a una investigación muy extensa y poco profunda.

De este ejemplo se evidencia el contenido temático de la investigación que se analizará en el curso de la investigación: se habla de la teoría de los hechos consumados (elemento fáctico) regulada por el ordenamiento jurídico (elemento normativo), pre-firiéndola a la teoría de los derechos adquiridos (aspecto axiológico), se contextualiza desde el orden jurídico vigente en el Perú.

Otro ejemplo: si el tema es “La nueva ley de corrupción” se puede formular problemas como: ¿Qué finalidad persiguió el legislador al sancionar la nueva ley de corrupción?; ¿Es constitucional la nueva ley de corrupción?

Se puede formular varias preguntas, pero siempre deben ser claras, precisas, evitando la ambigüedad, que orienten el objetivo de la investigación, es decir, buscando una respuesta que se quiere aportar.

A esta altura ya se está en condiciones de elaborar un índice provisional.

4. Hipótesis

En la investigación dogmática no se formulan hipótesis. En todo caso, se puede formular una hipótesis cualitativa, por ejemplo, “la teoría de los hechos consumados está consagrada en el ordenamiento jurídico peruano, se debe difundir para que sea conocida y utilizada por todos los operadores del Derecho”. No es necesaria⁹⁴.

La hipótesis es una suposición de una cosa posible o imposible para sacar de ella una consecuencia (Real Academia Española). La hipótesis de trabajo (una o más) se establece como una respuesta provisional al problema planteado, susceptible de demostración en cuanto a su veracidad o falsedad, mediante contrastación con lo

93 “La pregunta impone el tono del proyecto de investigación y le ayuda al investigador a mantenerse centrado, aun cuando haya gran cantidad de datos”: Strauss, Anselm y Juliet Corbin, *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada* (Título original: *Basics of qualitative research. Techniques and procedures for developing grounded*; 2da. ed. en inglés, — United States, London, New Delhi— 1998), Medellín: Editorial Universidad de Antioquia, 2002, p. 59.

94 La opinión contraria sostiene que en el campo del derecho, la hipótesis tiene la misma función que en otras ciencias y su utilización parece ampliamente conveniente en los trabajos de investigación: Escudero Alday, Rafael y José García Añón, como se hace un trabajo de investigación en Derecho, Madrid: Catarata, 2013, p. 68.

empírico⁹⁵; de ahí que al plantearla se va a ver qué posibilidad de contrastación tiene realmente. Debe ser específica en cuanto al problema y a los indicadores que se van a emplear para medir las variables en estudio⁹⁶.

La hipótesis como respuesta tentativa es el eje central de la investigación cuantitativa, mas no de la cualitativa, como es la investigación jurídica.

La investigación jurídica (sustancialmente interpretativa) no es cuantitativa, sino cualitativa, puesto que no hay respuestas independientes de la manera de pensar o de sentir del sujeto. No es posible formularse hipótesis objetivas sin juicios de valor, porque en la esencia del derecho está el valor: lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto, lo lícito y lo ilícito, la buena y la mala fe, etc. En la investigación jurídica si se formula una pregunta de investigación cualitativa debe tener una respuesta cualitativa, en la que no hay pruebas experimentales o estadísticas; no hay una realidad que se pueda medir exactamente, matemáticamente. No se puede pretender, como se está haciendo en algunas universidades, formular hipótesis cuantitativas, como proposiciones carentes y cerradas; ello implica un absoluto desconocimiento de la ciencia jurídica. La investigación jurídica no plantea hipótesis cuantificables estadísticamente, sino construye interpretaciones, propuestas y conclusiones sobre el problema estudiado⁹⁷.

5. Objetivos de la investigación

Los objetivos de la investigación son lo que el investigador se propone entregar como resultado de su trabajo sobre el tema elegido. Por ejemplo, se propone investigar su evolución histórica; conocer lo que se ha resuelto en otros países; encontrar una

95 La hipótesis que no pueda ser sometida a una verificación empírica carece de validez; si no tiene una referencia empírica constituye un juicio de valor.

96 “2. Las hipótesis constituyen instrumentos muy poderosos para el avance del conocimiento, puesto que, aunque sean formuladas por el hombre, pueden ser sometidas a prueba y demostrarse como probablemente correctas o incorrectas sin que interfieran los valores y las creencias del individuo. Dan solución a los diversos problemas fácticos, en tanto significan instrumentos teóricos y metodológicos que guían y orientan al investigador en las etapas de proceso de investigación. 3. La hipótesis es un enunciado presumible de la relación entre dos o más variables. Son pautas para una investigación, pues muestran lo que estamos buscando o tratando de probar y se definen como explicaciones tentativas del fenómeno investigado, formuladas a manera de proposiciones. Deben referirse a una situación social real, sus términos deben ser claros, precisos, así como observables y medibles. La relación entre variables propuesta por una hipótesis debe ser clara y verosímil”. ESPINOZA FREIRE, Enrique, *La hipótesis en la investigación*, en Revista de Educación, Universidad Técnica de Machala, vol. 16, n.º 1, Mendoza: enero del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/316qjY>>.

97 La investigación cualitativa, especialmente la jurídica, es interpretativa, estudia la realidad social regulada por normas jurídicas de acuerdo a ciertos valores, no plantea hipótesis, sino a la luz de un análisis profundo de la teoría o teorías existentes sobre el tema de estudio construye interpretaciones y conclusiones sobre el problema investigado. Recurre a diversos métodos (multimétodo o método plural) que le permite tener una visión global y holística de problema, pues cada método le ofrece perspectivas diferentes del problema. Presenta el riesgo de verse interferida por los prejuicios o juicios de valor del investigador.

solución legislativa; buscar una respuesta para el problema, etc. Surgen directamente del planteamiento del problema. Son las metas posibles que el investigador persigue alcanzar con la investigación. Deben formularse en coherencia con el problema que se quiere solucionar, con los recursos metodológicos y humanos con que se cuentan, con el tiempo disponible para la realización del estudio y la profundidad de los conocimientos a adquirir.

El *objetivo general* se deriva directamente de la formulación del problema que se transforma en un enunciado que comienza con un verbo en infinitivo: indagar, analizar, conocer, cuestionar, comprender, establecer, constatar, determinar, etc., por ejemplo, “*Constatar la consagración legal de la teoría de los hechos consumados y su aplicabilidad en el Derecho peruano*”.

De cada uno de los elementos que se encuentran en el objetivo general se puede formular objetivos específicos. Ejemplos: analizar en qué consiste la teoría de los hechos consumados; establecer las diferencias de la teoría de los hechos consumados con la de los derechos adquiridos; indagar la aparición y evolución de la teoría de los hechos consumados; comprender la aplicación de la teoría de los hechos consumados. Para establecer los objetivos específicos se puede formular preguntas sobre cada uno de los elementos del objetivo general, por ejemplo, de la pregunta ¿tiene vigencia la aplicación de la teoría de los hechos consumados?, surge el objetivo específico: *Establecer la vigencia de la teoría de los hechos consumados*.

Los objetivos delimitan el tema y orientan el proceso de investigación, determinan la selección del material y el método a utilizar de acuerdo a cada una de las partes del trabajo de investigación. Las partes o capítulos del trabajo investigatorio generalmente corresponden a cada uno de los objetivos específicos.

6. Justificación de la investigación

Se enuncian las razones que sustentan la investigación del tema escogido, ya porque no ha sido abordado por otros investigadores o ya para refutar o completar las soluciones a que han llegado otros investigadores.

Se señala los aportes que brindará la investigación para dar solución al o a los problemas jurídicos objeto de la investigación. Por ejemplo, la investigación pretende: ilustrar el contenido del Derecho de propiedad y colmar sus lagunas; contribuir a dar solución a la falta de regulación o la regulación deficiente o contradictoria del contrato de *joint venture*; elaborar la teoría del Derecho objetivo que ayude a comprender su nacimiento, interpretación y aplicación temporal y espacial; elaborar la doctrina para una cabal comprensión de las uniones de hecho.

La investigación de la mayoría de juristas del sistema del Derecho romano-germánico se justifica por la necesidad de elaborar la doctrina para una cabal comprensión, interpretación, aplicación, modificación o integración de un sector del Derecho positivo, eliminar antinomias, colmar las lagunas y, “dentro de los límites accesibles a la ciencia y a la jurisprudencia, contribuir a darles impulso progresivo” en la dirección de sus propias ideas fundamentales y de las necesidades y experiencias de la vida⁹⁸.

7. Marco teórico

Esta es la etapa de información o erudición, llamada también etapa heurística-búsqueda-encuentro, que consiste en la identificación, localización y selección de las fuentes de conocimiento sobre el tema en investigación. Esas fuentes son los cuerpos normativos, libros, revistas, monografías, tesis, trabajos presentados en seminarios, conferencias, talleres, congresos, artículos periodísticos, entrevistas a expertos, actas de los debates parlamentarios, boletines, ensayos, grabaciones de videos, USB, publicaciones en internet; es infaltable la jurisprudencia publicada en el Diario *El Peruano*, en recopilaciones o recurriendo a los expedientes en donde ha sido emitida; las visitas a museos, Poder Judicial, Ministerio Público, establecimientos carcelarios, etcétera.

El marco teórico (denominado también marco conceptual, marco de referencia) es el resultado de la selección de las teorías, interpretaciones, conceptos y conocimientos, métodos y procedimientos que el investigador o el tesista necesita para describir y explicar el objeto de investigación en su contexto histórico, actual y con proyecciones futuras⁹⁹. Es una de las pautas de la investigación que orienta para que la investigación se realice con criterios científicos.

En Derecho, como en cualquier otra ciencia, se parte de una teoría para llegar a otra más avanzada¹⁰⁰, solo que en Derecho no hay una teoría sino teorías, generalmente elaboradas paralelamente a la creación de las normas jurídicas.

La teoría o doctrina existente sobre el tema de investigación es básica y fundamental para la elaboración del proyecto, a nivel de una revisión previa (no se puede

⁹⁸ LUDWING, Ennecerus, Theodor KIPP y Martín WOLE, *Tratado de derecho civil*, traducción por Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona: Bosch, 1953, en Prefacio a la 11.^a revisión.

⁹⁹ “El marco teórico es el resultado de la selección de teorías, conceptos y conocimientos científicos, métodos y procedimientos que el investigador requiere para describir y explicar objetivamente el objeto de investigación en su estado histórico, actual y futuro” (DIETERICH, Heinz, *Nueva guía para la investigación científica*, Buenos Aires: Editorial 21, 1999, p. 81)

¹⁰⁰ “Nadie puede decirse prácticamente versado en una ciencia y a la vez despreciar la teoría, pues así mostraría simplemente que es un ignorante en su oficio, en cuanto cree poder avanzar más de lo que le permitiría la teoría, mediante ensayos y experiencias hechas a tientas, sin reunir ciertos principios (que propiamente constituyen lo que se llama teoría)”, Immanuel KANT (1724-1804). “Es la teoría la que decide sobre lo que podemos observar”, Albert Einstein (1879-1955).

separar el marco teórico del planteamiento del problema), y de la investigación misma, a nivel de un análisis en profundidad. Ninguna investigación jurídica puede carecer de un marco teórico completo¹⁰¹. Ninguna investigación parte de cero, sino sobre la base de otras investigaciones anteriores, con el objetivo de rechazar soluciones injustas y reemplazarlas por otras que se adecuen a los nuevos tiempos, lo que exige revisiones muy rigurosas de los nuevos conocimientos. Cuando falta la teoría sobre determinados problemas, la investigación concluirá con la elaboración de la teoría faltante.

Lo primero que se requiere en la búsqueda del nuevo conocimiento jurídico es el conocimiento del conocimiento ya existente sobre el tema problematizado seleccionado, conocimiento que está consagrado en los paradigmas compartidos por la comunidad de investigadores de cada disciplina jurídica. El marco teórico ya debe contener una exposición crítica del conocimiento existente, a fin de que la investigación se presente como una alternativa de corrección del conocimiento anterior para la solución del problema.

Planteado el problema y fijados los objetivos se está en condiciones de encuadrar el problema en un contexto teórico. La teoría pertinente se encuentra en la bibliografía existente sobre la materia (libros, revistas, periódicos, etc.), las actas del congreso, las exposiciones de motivos de la ley, los trabajos de consultoría de los organismos internacionales, la jurisprudencia; en los expedientes judiciales, arbitrales o administrativos; en los estudios realizados por otras ramas del saber sobre el tema (sociología, economía, antropología, psicología, medicina, filosofía, etc.); en la información que pueda proporcionar otras personas o instituciones vinculadas al problema. Como dice LASSO¹⁰², nadie puede comenzar un trabajo de investigación científica sin:

[E]mpezar por la información sobre qué se ha publicado en forma de libro, artículos de revistas, actas de conferencias, congresos, academias, etc., sobre la materia. El que se aparta de este método inicial puede, después de un periodo más o menos largo de tiempo y de mayores o menores esfuerzos, sufrir la decepción dramática de encontrarse con que ha logrado descubrir el Mediterráneo o la rueda.

101 A diferencia de las otras ciencias sociales en las que no puede haber investigación teórica sin investigación empírica, ni investigación empírica sin teoría, el Derecho tiene una identidad y legitimidad diferente, no es posible apartarlo de su meta dogmática, lo que implica un marco teórico completo, que no requiere de investigación empírica. Precisamente, esto último es lo que diferencia a la investigación jurídica de la investigación social. La investigación jurídica toma en cuenta los elementos normativos, sociales y axiológicos. Los elementos sociales los toma de los estudios realizados por los especialistas si es que los hay, de su propia observación y experiencia, pero especialmente de los que están descritos en el supuesto normativo, en la doctrina y en la jurisprudencia. El producto de la ciencia dogmática es el utilizado por los profesionales del Derecho y de la comunidad en general. En la realidad social prima lo dogmático sobre los experimentos sociales e incluso sobre el trabajo filosófico, tanto en el *civil law* como en el *common law*.

102 LASSO DE LA VEGA, Javier, *Cómo se hace una tesis doctoral*, Madrid: Fundación Universitaria Española, 1987, p. 121.

La bibliografía más reciente puede contener las actualizaciones más completas, lo que permite ahorrar esfuerzos. Siempre hay que buscar los autores más destacados, pero no se puede despreciar ninguna investigación, pues los autores menos famosos pueden tener algo que enseñarnos.

Cada libro, revista, artículo que se lee se debe fichar (fichas: bibliográficas, de registro, textuales, de resumen, de estudio, cuadro sinóptico, cuadro comparativo, de análisis u opinión). El fichaje se puede hacer en tarjetas de papel en blanco, en la computadora (en word, etc.), USB, videos, etc.

El investigador jurídico tiene que ser consciente que en el mundo del Derecho existen: leyes, decretos, ordenanzas, tratados, sentencias, laudos; usos y costumbres sociales, hechos y actos jurídicos; personas físicas y jurídicas; legislación ambigua, contradictoria o en evolución para resolver los conflictos e incertidumbres sociales o falta de legislación; valores y desvalores como justicia e injusticia, equidad e inequidad, bien privado y bien común, seguridad e inseguridad, aspectos que se tienen que tener presentes para que la investigación no resulte inferior a otras. Además, tiene que ser consciente de que la ciencia jurídica no es meramente descriptiva sino también tiene un carácter prescriptivo para su aplicación por los operadores del Derecho. El profesional del Derecho debe afrontar la paradoja de que por un lado la solución a los problemas está dado de antemano y por el otro que esas soluciones no siempre son suficientes o no sirven para resolver los problemas en su contexto actual.

El estudio del Derecho no se limita al aspecto puramente normativo, sino en su interrelación con la realidad social, económica, cultural, moral, histórica; se comparan normas para llegar a su encadenamiento racional; se analizan sistemas jurídicos, teorías, para determinar cuáles y cómo se consagran en el ordenamiento, cómo funciona este realmente en la sociedad, es o no eficaz, qué transformaciones sociales ha originado y qué modificaciones necesita.

Con miras al marco teórico, basta observar la investigación de los más grandes juristas a nivel mundial, que producen conocimiento jurídico útil, para advertir que en el estudio del Derecho no puede estar ausente el ordenamiento jurídico, sus fuentes formales y materiales, su real eficacia o ineficacia, su evolución, los usos y costumbres sociales que pueden ser englobados como Derecho consuetudinario (en el Perú existen comportamientos sociales, especialmente en las comunidades nativas y campesinas, que no son admitidos por el Derecho oficial), su comparación con otros ordenamientos, las consecuencias de su aplicación, la doctrina y la jurisprudencia (los jueces crean Derecho interpretando las normas jurídicas para su aplicación a un caso concreto).

El marco teórico cumple las siguientes funciones: 1) previene al investigador que caiga en errores o que no incurra en los mismos errores de otras investigaciones; 2) orienta sobre el procedimiento a seguir en la investigación; 3) da luces para en-

contrar las respuestas faltantes en otras investigaciones o a corregirlas o a sustituirlas por otras; 4) inspira nuevas líneas y áreas de investigación; 5) ayuda a delimitar la investigación; 6) señala los puntos relevantes que hay que profundizar; 7) orienta en los objetivos perseguidos; 8) permite encontrar nuevas posibilidad de soluciones positivas y de interpretación de los textos; 9) evita que se llegue a conclusiones que ya están en investigaciones pasadas; 10) ayuda a sistematizar los conocimientos; y 11) facilita la determinación de las conclusiones finales.

El investigador que ha interiorizado el marco teórico cuenta con un panorama completo del problema, de los valores en juego, de las soluciones dadas en el Derecho comparado y de los conceptos más relevantes, todo lo cual brinda al investigador la posibilidad de ver un horizonte mucho más amplio que la teoría existente, que le permite encontrar que el problema, que al inicio consideraba que no tenía solución o era muy difícil de resolverlo, tiene una fácil solución. Es, como alguien ha dicho, un enano (el investigador) encaramado en los hombros de un gigante (la teoría existente) que ve mayor horizonte que el mismo gigante.

La investigación dogmática parte de algunas premisas normativas que conecten con hechos sociales, valores, fines y principios relevantes, es decir, requiere de presupuestos o premisas teóricas, metodológicas y axiológicas. El sentido de los enunciados jurídicos será para prohibir, obligar o permitir (modalidades deonticas) determinadas conductas.

Se explicitarán los criterios metodológicos (referidos a definiciones, clasificaciones, interpretación, sistematización, etc.) a seguir para fundamentar los enunciados prácticos que se propone elaborar. Como en la dogmática no se recurre al experimento, como dice SARLO¹⁰³:

[L]a fundamentación de conclusiones dogmáticas depende de un agregado de argumentos de distinto tipo, y que van de la invocación de una autoridad (intención del legislador, interpretación literal de un texto, interpretación jurisprudencial, opinión de la doctrina más recibida, etc.) hasta criterios racionales (coherencia, sistematización, justificación moral, consecuencias prácticas, etc.), pasando, inclusive por criterios empíricos (imposibilidad fáctica, consecuencias absurdas, etc.).

Si los enunciados dogmáticos no son suficientes para acercarnos a la solución del problema, se recurrirá a las premisas teórico-fácticas que provienen de las disciplinas meta-jurídicas como la sociología, la economía, la psicología, etc., que nos indicarán como son o como se comportan las instituciones jurídicas.

103 SARLO, Oscar, *El marco teórico en la investigación dogmática*, Montevideo: Universidad de la República de Uruguay, 2006. Recuperado de <<https://bit.ly/2Kd5rst>>.

A esta altura, el investigador puede presentar el marco teórico sintetizado, en forma de enunciados que guarden relación con el problema (pertinencia). La bibliografía debe ser la más relevante y se debe encontrar en ella la más reciente (actualidad); las citas se deben hacer de manera que se pueda ejercer un control sobre la misma.

El investigador sujeta sus conclusiones a ciertos valores asumidos previamente, por ejemplo, que las conclusiones estarán orientadas a reforzar el interés superior del niño, el ejercicio del derecho de propiedad en armonía con el interés común, el fortalecimiento del Estado de Derecho.

8. Análisis y crítica. Redacción final

Aquí empieza la verdadera labor creativa del investigador con miras a la solución del problema jurídico investigado. Es la etapa del procesamiento de los resultados adquiridos, ordenándolos, confrontándolos, revisándolos críticamente, interpretándolos y haciendo una clasificación definitiva de los materiales. Sobre la base de los materiales reunidos y los conocimientos adquiridos en la etapa anterior, mediante un esfuerzo de reflexión y crítica, compara, confronta, las posiciones legales, doctrinarias, jurisprudenciales, consuetudinarias; descubre la verdadera complejidad del problema y empieza a encontrar soluciones, por ejemplo, para la creación de la ley que falta o para modificar, derogar, sustituir la existente o para llenar sus lagunas; mediante la interpretación encuentra el sentido justo de las normas o el que corresponde para su aplicación a la realidad social que ha cambiado; elabora la doctrina adecuada que sustenta a la ley, especialmente de la nueva que carece de exposición de motivos. Es el momento en el que el investigador advierte si los materiales acopiados son suficientes para el desarrollo de su trabajo o si faltan continuarán en la búsqueda de fuentes hasta que estas sean suficientes para proseguir con su labor.

Si se ha formulado hipótesis se continuará con el análisis del material acopiado hasta concluir que la investigación responde a tales hipótesis desde determinado marco teórico (no existe prueba de hipótesis estadística), en caso contrario formulará nuevos supuestos verificables con el material acopiado y los conocimientos asimilados o abriendo nuevas vías de indagación.

Una investigación concluye con la redacción final del texto (informe), con una exposición analítica y crítica del material utilizado¹⁰⁴, con una clara visión de los

104 “Cuando nos hacemos conscientes de lo que hemos investigado, adquirimos penetración y entendimiento, que transmitimos a los demás mediante su exposición y la escritura. Por difícil que esto sea para algunos, solamente cuando exponemos nuestros hallazgos, con la discusión, el diálogo y la crítica que ellos generan, se arraigan las ideas y nace la ciencia”: STRAUSS, Anselm y Juliet CORBIN, *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*, Medellín: Universidad de Antioquia, 2002, p. 263.

resultados obtenidos; el texto debe ser claro, de fácil entendimiento para el lector, a cuyo efecto es necesario completar la teoría con la práctica mediante la utilización de ejemplos sacados de la realidad viviente, de la jurisprudencia o también de la doctrina.

Pongamos un ejemplo de claridad de texto:

[...] el *cuerpo* del hombre vivo no es una cosa, ni tampoco un objeto. A él pertenece también aquello que en las concepciones del tráfico es considerado como miembro o parte de la personalidad humana (por ejemplo, el pelo, dientes orificios). Pero con la muerte, el cuerpo (el cadáver) se convierte en cosa, aunque no pertenezca en propiedad al heredero (como lo revela también el deber de enterrar) ni sea susceptible de apropiación. Así mismo algunas partes del cuerpo se convierten en cosas al ser separadas del cuerpo vivo. Las momias, los esqueletos, las preparaciones anatómicas son cosas, habiendo de reconocerse la propiedad sobre ellas¹⁰⁵.

El momento en que el investigador se dispone a escribir el texto final es de mucha responsabilidad, es la hora de la verdad, implica que el investigar se siente un conocedor de la materia, que ya cuenta con la solución o soluciones del problema investigado, implica la valoración y organización de las distintas posiciones doctrinarias, jurisprudenciales, de sus propios criterios adoptados, de las interpretaciones y de las conclusiones tentativas que han ido surgiendo a lo largo del trabajo. Es la hora de desechar las doctrinas, tesis, ideas que resultan irrelevantes para formar parte del escrito final o cuando no encajan en el cuadro general que progresivamente ha ido construyendo. Es el momento en que puede descubrir que le falta profundizar sobre algunos puntos de la investigación, que el material con que cuenta no le es suficiente, que es necesario abrir nuevas vías para la comprensión, releer sus materiales o completarlos con otros, reexaminar detenidamente las conclusiones a que ha llegado, recoger nuevos datos, reexaminar detenidamente teorías, jurisprudencia, la legislación nacional y comparada. Esto es lo que ocurre con frecuencia en la investigación jurídica.

Por este motivo, algunos autores recomiendan a comenzar a escribir pronto, entendiendo que la tarea de redacción facilita el análisis de los datos. En consecuencia, el informe en la investigación cualitativa tendría por finalidad la comunicación, pero también el pensamiento sobre la realidad y la generación de ideas. En este sentido se ha llegado a afirmar que la redacción del informe es un método de indagación, una vía para el descubrimiento y el análisis¹⁰⁶.

Un trabajo de tesis siempre debe finalizar con las conclusiones, propuestas y recomendaciones que habrán de adoptarse.

¹⁰⁵ ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho civil. Parte general*, traducción de la 39.^a edición alemana por Blas Pérez González y José Algúer, vol. 1, 2.^a ed., Barcelona: Bosch, 1953, p. 533.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ GÓMEZ, Gregorio, Javier GIL FLORES y Eduardo GARCÍA JIMÉNEZ, Metodología de la investigación cualitativa, Málaga: Aljibe, 1966, p. 3.

Las conclusiones revisten tal importancia que algunos lo identifican con el escrito final. Se les conoce también con el nombre de síntesis, en cuanto ordenan los conocimientos aportados. Expresan los nuevos conocimientos que aporta la investigación o sintetizan los resultados más importantes. Las coincidencias o discrepancias con estudios similares. Las formas en que los resultados obtenidos crean o incrementan el conocimiento sobre la realidad jurídica estudiada. Las cuestiones que quedan pendientes, que podrán ser punto de partida de futuras investigaciones.

9. Índice

Con el conocimiento de la teoría existente sobre el objeto de investigación se elaborará el índice. El primer índice es provisional, el cual puede ser reajustado e incluso asumir una forma del todo diversa en el transcurso del trabajo. Como en el índice está el contenido de la obra y sirve de orientación al lector para ir directamente a aquello que quiere leer, debe estar colocado al inicio de la tesis o libro¹⁰⁷.

Es claro que la introducción y el índice serán reestructurados de continuo conforme se avanza en el trabajo de investigación. Es así como se hace. El índice definitivo y la introducción que se redactan al final casi siempre son diversos de los iniciales. Eso es normal, si no fuese así significaría que de toda la investigación hecha no ha surgido ninguna idea nueva, por tanto, la investigación será inútil¹⁰⁸.

10. Bibliografía

La bibliografía o listado de referencias bibliográficas final se redactará al finalizar el trabajo y se coloca al final de la tesis o libro, a fin de que cualquier interesado pueda dirigirse a las fuentes citadas. Ejemplos:

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Angela Arias-Schreiber y Elvira Martínez Coco, *Exégesis*, t. 1, 1986.

IHIERING, Rudolf von, *La posesión* (La voluntad en la posesión), versión española de Adolfo Posada, Madrid: ed. Reus, 1926.

MAYNZ, Carlos, *Curso de derecho romano*, trad. de D. Antonio José Pou y Ordinas, t. I, Barcelona: ed. Molinas, 1887.

¹⁰⁷ Una de las primeras cosas que se debe hacer para comenzar el trabajo de una tesis es escribir el título, la introducción y el índice final y esto es exactamente lo que cada autor hace al final. El consejo parece paradójico: ¿comenzar por el final? ¿Pero quién ha dicho que el índice vaya al final? En ciertos libros está al inicio, de modo que el lector pueda hacerse una idea inmediata de aquello que encontrará leyendo. En otras palabras, escribir el índice como hipótesis de trabajo sirve para definir súbito el contenido de la tesis (Eco, *Come si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche*, ob. cit., p. 124).

¹⁰⁸ Eco, *Come si fa una tesi di laurea. Le materie umanistiche*, ob. cit., p. 128.

RIPERT, Georges y Jean Boulanger, *Tratado de derecho civil*, t. IV, Buenos Aires: ed. La Ley, 1965.

WINDSCHEID, Bernardo, *Diritto delle pandette*, traducción del alemán por Carlo Fadda y Paolo Emilio Bensa, ed. Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930.

Con relación a la bibliografía dentro del texto, en nuestro medio, los estilos de citas más usados en Derecho son: ISO y APA.

El estilo ISO (International Organization for Standardization, organismos no gubernamentales de la ONU) utiliza la letra cursiva para el título de la fuente, o las comillas y la cursiva para el título del artículo y la revista respectivamente en caso de contribuciones periódicas. Usa la coma como signo de puntuación para diferenciar los datos, en el siguiente orden: Autor, Título, número de edición, editorial, lugar de edición, año de publicación. Las referencias bibliográficas deben ordenarse alfabéticamente. Ejemplos:

MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentis Melendo, t. III, Derechos de la personalidad – Derecho de la familia – Derechos Reales, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

MASEAUD, Henri, León, Jean, *Lecciones Derecho civil*, Parte segunda, vol. IV Derechos reales principales: el derecho de propiedad y sus desmembraciones, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

Las citas y notas al pie de página se ordenan numéricamente.

En el estilo APA (American Psychological Association), a continuación del autor se coloca la fecha de publicación. Utiliza cursivas para los títulos de la fuente, artículo y revistas. Ejemplo: Autor, año de publicación, título. Número de edición. Lugar de edición: editorial. Las citas se hacen dentro del texto, no al pie de página.

En cualquiera de estas variantes, los apellidos del autor van separados del nombre mediante coma. Si son varios autores se emplea la coma o el punto y coma para distinguirlos. Se utilizan los paréntesis o corchetes para aclarar datos no precisos o añadir datos complementarios.

37. Disciplinas que estudian el Derecho

El Derecho es una realidad social, de una importancia tan evidente en todos los órdenes de la vida social, que es el regulador de la propia realidad social, lo cual deter-

mina que sea un saber complejo que es estudiado por diversas disciplinas¹⁰⁹ jurídicas, cada una desde su propia perspectiva, sin que por ello se afecte la coherencia unitaria que existe entre ellas. Veamos esto con un ejemplo: Juan presta una cantidad de dinero a su amigo Enrique para que compre una casa. Vencido el plazo para la devolución del préstamo, Juan se apersona a cobrar su crédito al domicilio de Enrique y se halla con la ingrata sorpresa de que este ha viajado a radicar en el extranjero, dejando impaga su deuda. Juan concurre a una fiesta en casa de un amigo y ante varias personas, indignado, cuenta lo que le ha sucedido con Enrique, produciéndose el siguiente diálogo:

Juan. - Enrique es un estafador; se ha fugado al extranjero para no devolverme el dinero que le presté; ese dinero es el producto de los ahorros de toda mi vida... Este delincuente debe ir a la cárcel... Sinvergüenzas como este individuo no deberían existir; no tardará en que Dios lo castigue por todo el mal que me ha hecho.

- a) Moralista: Lo que ha hecho Enrique realmente está mal... un bien no debe ser pagado con un mal sino con otro bien... Sin embargo, no alcanzo a comprender por qué Enrique ha hecho eso; parecía un hombre bueno, incapaz de robar o estafar a alguien.
- b) Sacerdote: Enrique ha violado la ley de Dios, que dice no robar... Pero, Juan, debes calmarte; no puedes vivir odiando; tienes que saber perdonar; la mala acción de Enrique será juzgada por Dios.
- c) Filósofo del Derecho: la acción de Enrique ha perjudicado a Juan... lo que ha hecho es injusto, por lo cual debe ser sancionado.
- d) Abogado: lo que ha hecho Enrique está muy mal, pero no es un ladrón; ladrón sería si hubiera sustraído el dinero empleando violencia contra Juan o amenazándolo con un peligro inminente para su vida o integridad física; por tanto, Enrique no ha cometido un delito; solamente ha incumplido con una obligación contractual, por lo cual Juan puede demandarlo civilmente para que pague; a la cárcel no puede ir porque, según el Derecho peruano, no hay prisión por deudas.
- e) Historiador del Derecho: Eso será así ahora, pero en tiempos pasados no era así... El que no pagaba sus deudas era castigado severamente; de manera que nadie se atrevía a defraudar a sus acreedores como lo ha hecho Enrique.
- f) Sociólogo del Derecho: Ciento, con esas penas que se aplicaban ¿quién se atrevía a no pagar sus deudas? Pero en esas épocas la realidad era otra: las personas se conocían más de cerca, las poblaciones eran pequeñas, las transacciones comerciales reducidas... Pero ahora el crecimiento desorbitado de la población,

¹⁰⁹ Como dice REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 21, el que impone disciplina es aquel que rige los comportamientos humanos y sabe imponer o inspirar una forma de conducta a los individuos. Disciplina es un sistema de principios al que los hombres deben atenerse en su comportamiento. Importa tener presente que, en el concepto de disciplina, late siempre la idea de límite que discrimina lo que puede hacerse, lo que debe ser hecho y lo que no debe ser hecho.

de la industria y del comercio no permiten mantener un régimen igual al de aquellos tiempos; además, ahora, repugna a los sentimientos de las gentes el ver a una persona encarcelada por el hecho de no poder pagar sus deudas.

- g) Iuseconomista: Enrique realmente ha causado un daño económico a Juan, quien por más que demande no podrá cobrar porque Enrique ya no tiene bienes en el país... Juan, al otorgar el préstamo, debió tomar un seguro de crédito; si así hubiera procedido, ahora estuvieran a buen recaudo los ahorros de toda su vida.

El protagonista Juan, afectado gravemente por el hecho, confunde, sin ningún orden ni sistema, elementos sociales, económicos, morales, religiosos, jurídicos. El sacerdote juzga el hecho a luz de la ley divina. El moralista y el filósofo del Derecho condenan el hecho y lo refieren a valores absolutos como el bien, el mal, la justicia y la injusticia que da lugar a una sanción. El abogado hace una calificación jurídica del hecho de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. El historiador del Derecho hace referencia a los hechos pasados que tienen conexión con el hecho de que se trata. El sociólogo del Derecho analiza el hecho en el contexto de la realidad social. El iuseconomista hace un análisis económico del hecho. El filósofo, el jurista, el historiador, el sociólogo y el iuseconomista hacen del hecho un objeto de conocimiento científico. El fenómeno jurídico se estudia, mediante sus varias perspectivas, por diversas ciencias o disciplinas jurídicas, conexas entre sí, debido a que el Derecho es norma, realidad social, economía, valor, historia, espacio, tiempo.

Las múltiples dimensiones del Derecho han originado las diversas disciplinas o ciencias jurídicas, sin que ello afecte la unidad de la ciencia, porque todas ellas están orientadas al conocimiento del Derecho, de la realidad jurídica y sus problemas.

Las ciencias jurídicas se clasifican en ciencias estrictamente normativas o de estudio interno del Derecho (como la dogmática jurídica, la lógica jurídica, etc.) y ciencias sobre el Derecho o de estudio externo (como la sociología jurídica, la historia del Derecho, la filosofía del Derecho, etc.).

Veamos a continuación las diversas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico:

37.1. Dogmática jurídica

La dogmática jurídica estudia el ordenamiento jurídico vigente en un cierto ámbito espacial, que generalmente coincide con el Derecho de un país. NINO dice que:

[E]n la labor dogmática está implícita una adhesión formal al sistema legislado que se expresa mediante la recomendación de que el Derecho sea aplicado y obedecido tal como es... El dogmático describe el Derecho y, al describirlo, recomienda su aplicación tal como surge de esa descripción¹¹⁰.

En una primera acepción, la ciencia del Derecho comprende a todo el saber jurídico; en un segundo sentido, todas las ciencias jurídicas, con exclusión de la filosofía del Derecho; y en un tercer sentido la ciencia jurídica comprende solamente a la dogmática jurídica.

A la dogmática jurídica se la denomina también *ciencia dogmática, sistemática jurídica, jurisprudencia*¹¹¹ (en su acepción clásica), *teoría del Derecho positivo*, o simplemente, *ciencia jurídica o ciencia del Derecho*. Su objeto de estudio es el ordenamiento jurídico vigente en un determinado espacio y tiempo.

Por cierto, que la dogmática jurídica no estudia únicamente la estructura del ordenamiento jurídico desprovisto de todo elemento social y valorativo (aspecto formal del Derecho), sino relacionándolo con la realidad social a la cual se aplica (aspecto social del Derecho) en lugar y momentos determinantes (perspectiva temporo-espacial), y con las valoraciones predominantes en esa sociedad (aspecto axiológico). Los conceptos, doctrinas y teorías jurídicas no se construyen solamente en torno a la ley (el esqueleto formal del Derecho), sino, esencialmente, sobre la base de la realidad social en la cual se crea, interpreta y aplica el Derecho y a las valoraciones que en ella son predominantes.

RADBRUCH¹¹² dice que la ciencia jurídica en sentido estricto, o sea, la ciencia dogmática del Derecho, puede ser definida como la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del Derecho positivo; esto es lo que diferencia a la ciencia jurídica en sentido estricto de la filosofía del Derecho y de la política jurídica, que tratan, respectivamente, del valor del Derecho y de los medios de que se sirven para la realización de este valor. El sentido objetivo del Derecho positivo es lo que diferencia a la ciencia jurídica en sentido estricto de la historia del Derecho y de la ciencia del Derecho comparado, de la sociología y la sicología jurídica, disciplinas que versan sobre la existencia del Derecho y sobre los hechos de la vida jurídica.

El sociólogo se interesa por las causas de hecho o conducta intersubjetiva; el historiador atiende a ese hecho en lo que fue en el pasado; el filósofo se ocupa en general, sin limitación de tiempo ni de espacio, del sentido absoluto del hecho; el jurista estudia el sentido del hecho aquí y ahora. La dogmática jurídica es la ciencia

¹¹¹ En los sistemas de Derecho codificado, la voz *jurisprudencia* también se utiliza para designar a los fallos judiciales como fuente de Derecho. En el Derecho peruano se entiende por *doctrina jurisprudencial* a las decisiones que la sala plena de la Corte Suprema tome en mayoría absoluta; la doctrina jurisprudencial vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado (C. de P. C., art. 400). En los países del *Common law*, la palabra *jurisprudencia* se reserva para designar a la Ciencia del Derecho; a los fallos de los tribunales se les llama *precedentes*.

¹¹² RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción por Wenceslao Roces, 2.^a ed., 1.^a reimpr., Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 9.

del jurista. Es tarea del jurista interpretar, integrar y sistematizar un ordenamiento jurídico determinado, para su justa aplicación.

La dogmática jurídica tiene como objeto al Derecho positivo, esto es, a un ordenamiento jurídico determinado. En cambio, la filosofía indaga los fundamentos y las primeras causas del ordenamiento jurídico.

En consideración a la amplitud del contenido de la dogmática jurídica, para facilitar su estudio metódico y ordenado, se ha dividido en ciencia del Derecho constitucional, ciencia del Derecho civil, ciencia del Derecho penal, etc.

37.2. Derecho comparado

Siempre ha existido interés por el estudio de los Derechos extranjeros, utilizando métodos comparativos. Se llama Derecho comparado a la disciplina que compara las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para las mismas cuestiones planteadas. Se discute si es una rama del Derecho o una metodología de análisis jurídico.

Según la tradición, la redacción de las leyes de Solón y de las *doce tablas* fue precedida por investigaciones propias de Derecho comparado; la comparación de las costumbres permitió a los antiguos juristas franceses la formulación de los principios de un Derecho común consuetudinario o, en el caso de Alemania, de un Derecho privado alemán; también en Inglaterra se compararon y confrontaron el *commune ley* y el Derecho canónico.

Pese a todo, no se empleó la expresión *Derecho comparado* sino en una fecha relativamente reciente¹¹³. Pero el estudio regular del Derecho comparado data de finales del siglo XIX en que comienza a afirmarse la utilización del método comparativo en el estudio del Derecho a fin de descubrir las leyes que gobiernan la evolución de los Derechos, la búsqueda de las notas comunes y diferencias de los diversos sistemas jurídicos positivos, con miras a impulsar la unificación del Derecho de los diversos países por vía legislativa como una nueva necesidad que surge a causa del progresivo desarrollo de las relaciones de interdependencia internacionales o, por lo menos, para lograr un acercamiento del Derecho de los diferentes países, y también como instrumento que facilite el conocimiento y perfeccionamiento del Derecho propio de cada país.

Se ha criticado el uso de esta expresión porque en realidad lo que existe es un Derecho peruano, francés, inglés, italiano, alemán, etc., que se pueden comparar entre sí:

113 DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción por Pedro Bravo Gala, Madrid: Aguilar, 1973, p. 3.

[P]ero no existe un *Derecho comparado* como tal en tanto que objeto de la investigación jurídica. La comparación es una puesta en relación, es decir, que supone (como toda comparación) a lo menos dos elementos, un *comparatum* y un *comparandum* mutuamente ligados por un *tertium comparationis*. Incluso desde el punto de vista del objeto del conocimiento, no se trata, por tanto, de un *Derecho comparado*, sino de dos Derechos (a lo menos) comparados (entre sí)¹¹⁴.

Claro que hubiera sido mejor utilizar las expresiones “comparación de Derechos” o “estudio comparativo de los Derechos”; pero la expresión “Derecho comparado” se halla sólidamente asentada y sirve para indicar a la ciencia comparativa del Derecho o, simplemente, al método de estudio comparativo de este, o sea, la investigación que utiliza como método la comparación de ordenamientos jurídicos de diversos países, o también de un mismo país (Derecho comparado interno). La comparación de ordenamientos jurídicos implica la comparación de las realidades sociales en las cuales aquello operan. No se comparan solamente las normas, sino fundamentalmente realidades sociales reguladas por esas normas.

37.3. Teoría general del Derecho

Teoría, del griego *theoresis*, significa la conversión de un asunto en problema, sujeto a investigación, a fin de superar la particularidad de los casos aislados para englobarlos en una forma de comprensión que correlacione entre sí las partes y el todo. También significa conocimiento especulativo considerado con independencia de toda aplicación.

La *teoría general del Derecho* trata del estudio de los conceptos jurídicos fundamentales, esenciales, comunes a las diversas ramas de un ordenamiento jurídico determinado o comunes a todo el Derecho (conceptos jurídicos universales), sin apartarse de la realidad. Por ejemplo, el concepto de Derecho y el séquito de conceptos jurídicos que lo acompañan (sujeto, objeto, norma jurídica, ordenamiento jurídico, coercibilidad, sanción, etc.).

Al respecto, KORKOUNOV¹¹⁵ expresa lo siguiente:

La teoría general del Derecho verifica sobre todo el Derecho positivo desde el punto de vista técnico y lógico, extrae los principios generales del Derecho, muestra su vínculo interno, la esencia del organismo social, y los conduce a los principios generales de la actividad humana en la sociedad y el Estado.

¹¹⁴ KNAPP, Viktor, *La ciencia jurídica*, Unesco: Tecnos, 1982, p. 74.

¹¹⁵ Cit., de MOUCHET, Carlos y Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *Introducción al derecho*, 11.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, p. 79.

La *teoría general del Derecho*, valiéndose de la inducción generalizadora o del análisis comparativo de los diversos ordenamientos positivos, ofrece los conceptos fundamentales, válidos para todo el Derecho. Como opina REALE¹¹⁶, la ciencia jurídica se eleva por encima del plano de una teoría general del Derecho, que constituye la parte general común a todas las formas de conocimiento positivo del Derecho, en la que se fijan los principios y directrices capaces de ilustrarnos acerca de la estructura de las reglas jurídicas, y de su concatenación lógica y sobre los motivos que rigen los distintos campos de la experiencia jurídica.

La teoría jurídica es, como dice RECASÉNS SICHES¹¹⁷, el *a priori* formal del Derecho: es decir, la esencia de lo jurídico, aquello en virtud de lo cual el Derecho es como es, y las formas jurídicas esenciales que tienen una validez universal para todo lo jurídico; o sea, la esencia determinante del género Derecho y las formas esenciales en que todo lo jurídico ha de presentarse necesariamente. El objeto de la *teoría fundamental del Derecho* está constituido por complejos invariantes, *a priori*, de significaciones, por estructuras esenciales a todo Derecho, esencias formales, universales. El concepto de Derecho y las formas jurídicas fundamentales constituyen esencias ideales, que se dan necesariamente en toda institución jurídica, estructuras formales que constituyen el perfil apriorístico del Derecho y el esquema fundamental de la ciencia sobre este.

37.4. Sociología jurídica

La *sociología jurídica*, como parte de la *sociología general*¹¹⁸, estudia el hecho social en su estructura y funcionamiento a fin de conocer cómo los grupos humanos se organizan y se desenvuelven en función de los múltiples factores que actúan sobre las formas de convivencia¹¹⁹, y cómo la vida social interviene en la elaboración y desarrollo del Derecho y los efectos que el ordenamiento jurídico produce en la colectividad, dando lugar a nuevas formas de convivencia humana.

116 REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 33.

117 RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 71.

118 Para COMTE, las ciencias fundamentales son las matemáticas, la astronomía, la física, la química, la fisiología y la física social. A la física social la denominó *sociología*, que a su juicio ocupaba la escala jerárquica superior de los conocimientos. Y la dividió en *estática social*, que investiga las leyes de coexistencia, esto es, las acciones y reacciones que ejercen las partes del sistema social; y *dinámica social*, cuyo objeto es la búsqueda de las leyes de sucesión, o sea, una teoría del desarrollo colectivo sometido a leyes naturales. DURKHEIM dividió a la sociología en *morfología social*, que trata de las formas de asentamiento de la población, su volumen y densidad, y *fisiología social*, que estudia las manifestaciones religiosas, morales, jurídicas, económicas, lingüísticas y estéticas de la comunidad.

La *sociología* describe y explica los hechos de la convivencia humana, su desarrollo y la acción recíproca que ejercen los seres humanos entre sí, procurando descubrir las leyes generales que gobiernan la formación, organización, transformación y evolución de las sociedades humanas.

La Sociología y el Derecho son ciencias sociales o culturales.

119 Véase a REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 34.

La *sociología jurídica* estudia el Derecho como fenómeno social, conforme aparece en la realidad; no mira al ordenamiento jurídico como tal, sino a su eficacia en el plano de la realidad social; cuál es su función en la colectividad y de qué manera influye en la vida social. En otros términos, ella estudia las relaciones que existen entre el ordenamiento jurídico y la vida social, así como sus influencias recíprocas.

La escuela del Derecho libre representó la aparición de la sociología del Derecho y se propuso dos objetivos:

- 1) Reivindicar la sociologización del pensamiento jurídico; la ciencia que no atiende a los hechos de la realidad no es, en verdad, ciencia. Este argumento fue utilizado contra la dogmática jurídica, en cuanto esta tiene por objeto el estudio de las normas jurídicas, a fin de hallar el contenido y sentido de estas y formar un sistema cerrado y coherente.
- 2) La reivindicación de la función judicial como creadora de Derecho, cuestionando la plenitud del ordenamiento jurídico que solo presenta una visión deformada de la realidad.

EHRLICH, considerado uno de los padres de la *sociología jurídica*, la separa de la *dogmática jurídica*, sea por lo referente a su área de relevancia, que comprende el Derecho vivo; sea por lo tocante al método de investigación, que es aquel experimental de las ciencias naturales; sea en cuanto al fin, que es cognoscitivo, no práctico como el de la *dogmática jurídica*; la *sociología jurídica* estudia la realidad vital, esto es, el Derecho como realidad sociológica que el jurista debe buscar y que no actúa sobre ficciones como lo hace la *dogmática jurídica*; la ciencia independiente del Derecho, que no quiere servir a fines prácticos, sino al puro conocimiento, que no se ocupa de palabras sino de hechos, es la *sociología del Derecho*.

Para Max WEBER (verdadero padre de la *sociología del Derecho*), por el contrario, existen dos tipos de aproximación al Derecho: el sociológico y el jurídico, y consiguientemente, dos métodos diferentes, pero ambos así mismo válidos desde un punto de vista científico; no hay predominio del uno sobre el otro: se trata de una distinción metodológica, que da lugar a dos tipos de aproximaciones científicas que giran en torno al Derecho; no hay primacía de la ciencia sociológico-jurídica sobre la *dogmática jurídica*.

Al parecer, Weber estuvo influido por Jellinek, que fue uno de los primeros en defender el dualismo metodológico existente respecto al análisis del fenómeno jurídico; Jellinek había diferenciado en 1909 entre la doctrina social del Estado y la doctrina jurídica de este, diferencia que se basa en la distinción entre conocimiento causal y conocimiento normativo; Jellinek pensó que los diferentes métodos de

estudio, el jurídico y el sociológico, tienen el mismo objeto de estudio: el fenómeno jurídico. WEBER, en cambio, señaló la existencia de un objeto propio de investigación empírico-causal o sociológico-jurídica, distinto del objeto de la *dogmática jurídica*. WEBER señaló lo siguiente:

Cuando se habla de “Derecho”, “orden jurídico”, “preceptos jurídicos”, debe tenerse en cuenta de un modo particularmente riguroso la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta lo que idealmente vale como Derecho. Esto es: qué significación o qué sentido normativo lógicamente correcto debe corresponder a una formación verbal, que se presenta como una norma jurídica. Por el contrario, la sociológica se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad en razón de que existe la probabilidad de que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo aquellos que pueden influir considerablemente en esa actividad, consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica.

La aproximación científico-sociológica al Derecho, dice WEBER, utiliza el método empírico de análisis causal, puesto que trata de analizar las causas y los efectos de la existencia *fáctica* de un orden jurídico; en cambio, la aproximación científico-dogmática utiliza el método lógico-normativo de carácter abstracto y formal (permanece en el mundo de los conceptos).

En cuanto a la finalidad, la sociológica intenta averiguar lo que sucede de hecho en la realidad, esto es, determinar cuál es el comportamiento de los miembros de una asociación o grupo acerca de un orden jurídico en vigor; en cambio, la dogmática jurídica tiene como finalidad investigar el recto sentido de los preceptos y establecer la coherencia lógica de las proposiciones jurídicas, ordenándolas en un sistema exento de contradicciones.

Desde el punto de vista sociológico, el objeto está constituido por comportamientos jurídicos; desde el punto de vista jurídico, el objeto es un precepto jurídico, cuyo contenido lógico-ideal hay que ordenar sistemáticamente; el jurista estudia el mundo normativo del deber ser, y el sociólogo lo que es, es decir, el mundo del ser.

Para WEBER hay dos conceptos de orden jurídico: desde el punto de vista dogmático es “un sistema de pensamientos y conceptos, que utiliza el científico dogmático del Derecho”, o sea, un conjunto de reglas formalmente válidas, que los juristas y el juez han de interpretar, para aplicarlas a los casos concretos; en sentido sociológico, orden jurídico significa “un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real” o, en otras palabras, “un complejo de máximas que operan como precisas determinaciones en el pensamiento de los seres humanos”; es decir, el orden jurídico en sentido empírico es uno de los motivos determinantes que orienta los compor-

tamientos sociales de los individuos y que permite explicar por qué estos actúan de cierta manera en un contexto social dado (Derecho como experiencia).

Los métodos de investigación de la sociología jurídica son los mismos de la sociología general (histórico, comparativo, estadístico, sondeo, etc.). Siendo las ciencias sociales de orden calculable, las investigaciones cuantitativas (trata de fenómenos susceptibles de cuantificación) y cualitativas (se orienta a la interpretación de los sujetos que son objeto de la investigación) se complementan, incluso las cuantitativas son anteriores a las cualitativas.

Las etapas de la investigación son: 1) la formulación del problema; 2) el planteamiento de las hipótesis; 3) la contrastación empírica de las hipótesis; y 4) el análisis y la discusión de los resultados.

Las técnicas de recolección de datos son las encuestas, los cuestionarios, las entrevistas, la observación, la documentación y la experimentación.

La entrevista permite la recopilación de información a partir de una conversación planificada y controlada con un interlocutor.

El cuestionario posibilita recoger información sobre asuntos con implicancia social, a partir de preguntas estandarizadas y escritas que se aplica a un grupo de personas.

Las encuestas permiten obtener datos mediante la consulta o interrogatorio a una población de personas utilizada como muestra. Las técnicas utilizadas en las encuestas son el diseño de la muestra, la elaboración del cuestionario, la medición y la construcción de índices y escalas, la entrevista, la codificación, la organización y seguimiento del trabajo de campo, la preparación de los datos para el análisis, el análisis, la presentación de resultados.

La observación implica una interacción duradera con las personas y los grupos a investigar. El investigador registra lo observado.

La sociología del Derecho no se propone conocer el contenido de sentido lógicamente correcto de un orden jurídico, sino su existencia empírica, como consecuencia de la validez jurídica de aquél; por ello, el orden jurídico, en su sentido dogmático-normativo, tiene un valor instrumental para los fines cognoscitivos de la sociología del Derecho weberiana. Después de la Segunda Guerra Mundial, lo que caracteriza a la sociología del Derecho es la realización de investigaciones empíricas, esto es, utiliza los mismos métodos de las otras ramas de la sociología: el muestreo, la entrevista, el cuestionario, el experimento, las escalas, etc. Junto a las investigaciones empíricas se han realizado también investigaciones teóricas.

37.5. Derecho económico (iuseconomía)

La economía tiene por objeto la correcta asignación de recursos escasos a la satisfacción de las necesidades de la población mediante el sistema de precios que rigen el mercado.

La interrelación entre economía y Derecho se da desde los albores de la prehistoria. Los hombres primitivos buscaron formas de utilización de los recursos naturales para una más adecuada subsistencia, castigando severamente a los que violaban los hábitos ancestrales de los que dependía el éxito de las actividades de la caza y la pesca. Posteriormente se impide el fraccionamiento de la tierra cuando la actividad principal es el pastoreo, o se impide este cuando la actividad principal es la agricultura. En las pequeñas comunidades primitivas gobiernan los instintos de altruismo y solidaridad. Cuando estas comunidades crecen, surge la propiedad privada plural, el intercambio, el comercio y la competencia. En una etapa más avanzada se trata de asegurar el *status* de los grandes señores sobre los vasallos, etc.

Las circunstancias económicas han condicionado siempre la situación social, jurídica y política de los individuos. En un sistema neoliberal el Derecho cumple la función de garantizar la libertad y seguridad del mercado, que se regulan por sus leyes naturales: la oferta y la demanda. Pero como en la realidad no se da un mercado de competencia perfecta, el Derecho debe corregir las distorsiones del mercado generadas por los monopolios, oligopolios, las diferencias de productos, los costos de transacción, etc.

Son normas de expresión económica las relativas a la propiedad, posesión, intereses, títulos valores, créditos, inversión extranjera, reestructuración empresarial y quiebra, tributos, seguros, delitos económicos, monopolios, protección al consumidor, contratación, responsabilidad civil, etc. El contrato es el instrumento principal por medio del cual se realizan los intercambios de bienes y servicios.

El mercado procura espontáneamente la asignación de los recursos mediante el marco institucional del Derecho, en especial del contrato y de la propiedad.

Como dice TORRES¹²⁰:

[E]l sistema de derechos de propiedad y el derecho de los contratos constituyen los mecanismos apropiados a través de los cuales se hace posible que los recursos fluyan hacia sus usos más valiosos en la medida en que quede garantizado el fluir libre y seguro de la dinámica de los cambios en el mercado.

El Derecho no es, pues, una pura forma abstracta vacía de contenido económico; hay una permanente interacción dialéctica entre lo económico y lo jurídico; esto, sin dejar de reconocer que hay sectores del Derecho ajenos a cualquier finalidad económica, lo que es entendible porque el Derecho recoge diversidad de valores: económicos, religiosos, morales, políticos, artísticos, etc., regulándolos según su propia estructura y fines, convirtiéndolos en jurídicos¹²¹.

Sin embargo, algunas opiniones consideran que en toda conducta humana hay un contenido económico y que este no es solamente patrimonial (campo tradicional de la economía), sino que también puede ser extrapatrimonial. Así, Rudolf STAMMLER, a fines del siglo XIX, afirmó que el contenido de los actos humanos es económico y su forma es necesariamente jurídica. Recientemente, Gary BECKER, premio nobel de economía, reformula la definición de economía para que pueda comprender aspectos tradicionalmente no económicos; para este autor, la economía no es un problema de inflación, de producción, de producto bruto interno, ni es un problema sobre decisiones empresariales o de decisiones de consumo de los particulares, sino que la economía implica el estudio de la racionalidad individual, por la cual el individuo, sobre la base del cálculo costo-beneficio, toma decisiones orientadas a maximizar sus beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales (v. gr., una persona decide casarse porque los beneficios de tener cónyuge son superiores a los costos de no tenerlo). Esto es, traslada la economía desde el ámbito material al de la racionalidad individual.

Los criterios que se han adoptado, sostiene SIERRALTA¹²², para explicar la conexión entre Derecho y economía son: La *relación de causalidad* defendida por el materialismo histórico de Marx, donde la economía es la causa de todo y el Derecho uno de sus efectos; la economía es la infraestructura y todos los demás elementos, como el Derecho, la religión, la literatura, la política, son la superestructura. La *relación de integración* defendida por Stammler, quien sostiene que lo jurídico y lo económico forman un bloque único; la vida social es la mezcla de una parte sustancial (economía) y otra formal (Derecho); el Derecho y la economía constituyen toda la vida social. La *relación de interacción*, sostenida por Max Weber, se explica por intermedio del paralelismo con el principio físico de que a toda acción corresponde una reacción en sentido contrario; de este modo, a toda preeminencia de una acción económica corresponderá una reacción contraria del Derecho.

121 REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 36. "Diríamos que el derecho es como el rey Midas. Si en la leyenda griega este monarca convertía en oro todo aquello que tocaba, aniquilándose en su propia riqueza, el Derecho, no por castigo, sino por destino ético, convierte en jurídico todo aquello que toca, para ponerlo en condiciones de poder realizarse con garantía y en armonía con los demás valores sociales".

122 SIERRALTA Ríos, Aníbal, *Introducción a la iuseconomía*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1988, p. 11 y ss.

La necesaria correlación entre Derecho y realidad social determina que al progreso de la economía corresponde un progreso equivalente del Derecho. COMMONS¹²³ llegó a calificar a la Corte Suprema de los Estados Unidos como “la suprema facultad de economía política de la nación”, frase que grafica la estrecha relación entre economía y Derecho. Este condiciona, neutraliza o dinamiza el acontecer de los hechos económicos y sociales en general; a su vez, la economía y la realidad social en general convierten en un organismo vivo a la letra de las leyes, llenando sus lagunas y defectos.

El Derecho no tiene existencia independiente de la realidad social. Para adoptar con acierto un modelo jurídico es imprescindible conocer la verdadera naturaleza del orden social. Esto exige buscar fuera de la ciencia jurídica los criterios que permitan enjuiciar adecuadamente al Derecho. La ciencia económica es una de las fuentes de inspiración en cuya base debe articularse la legislación, siempre que se parta de una “ciencia económica solvente y no de mitos y fábulas que en general inspiran el pensamiento jurídico actual”. El Derecho no tiene una existencia independiente de la economía. Una falsa ciencia económica puede conducir a los juristas a optar por una desacertada transformación del orden social, pues, “muchos de los males que a este mundo afligen no son obras de gentes malintencionadas, sino de auténticos idealistas”, de intelectuales honestos y bien intencionados que no advirtieron que de la semilla que sembraron surgiría la barbarie totalitaria que ahora y por siempre debe sufrir el descrédito histórico. La labor del jurista “será beneficiosa o perniciosa según la bondad o la falsedad de los precedentes que lo orienten, por lo que tanta probabilidad existe de que se perpetúen pretéritos errores como que se renueven pasados aciertos”. No se debe olvidar que “aunque lo que impulsa al comportamiento es sobre todo el interés individual, hallase sin embargo ese interés, como todo lo humano, totalmente sometido a la opinión general”¹²⁴.

La historia social y económica de la humanidad, esto es, la realidad social de ayer y de hoy, nos muestra cuán negativos son los extremos dados por un liberalismo a ultranza y el totalitarismo comunista, fascista o nazista. La seguridad y certidumbre de la justicia social exigen una economía estable, basada en la correspondencia que debe existir entre la posibilidad material y la justicia de un orden social y económico, y de un Derecho que respete la relación de medio a fin que debe darse entre lo económico y lo social, para que no se atente contra la dignidad del ser humano que tiene derechos fundamentales tanto individuales como sociales y colectivos.

La iuseconomía o Derecho económico estudia al Derecho regulador de la actividad económica de las personas o entes jurídicos que participan o intervienen en el proceso económico (producción, distribución, circulación y consumo de bienes y

123 TORRES LÓPEZ, *Análisis económico del derecho*, ob. cit., p. 18.

124 HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., p. 131 y ss.

servicios). En este sentido se habla de Derecho comercial y económico, de Derecho administrativo económico, de Derecho penal económico, etc.

El profesor español Rojo¹²⁵ define al Derecho económico como:

[A]quel Derecho (estatal o no, legal o no) en el que se integran aquellas normas —nuevas o viejas— que determinan los principios ordenadores de la economía en un concreto espacio —incluidas las medidas de política económica de carácter coyuntural—. El régimen jurídico del mercado o mercados comprendidos en ese espacio, la organización y el funcionamiento de los sujetos económicos que operan en él o en ellos y las relaciones entre ellos, el régimen jurídico de las actividades que desarrollan, así como de los bienes y servicios en relación con esas actividades.

37.6. Derecho y economía o economía del Derecho

No es lo mismo “Derecho económico” que “Derecho y economía” o “economía del Derecho”.

El contenido del “Derecho económico” es el análisis sistemático de la parte del ordenamiento jurídico que regula la actividad económica de las personas naturales o jurídicas (comercio exterior, importaciones, cambios, promoción fabril, la actividad económica del Estado, etc.).

En cambio, la disciplina “Derecho y economía”, a la que podemos denominar también “economía del Derecho”, se encarga del análisis económico del Derecho positivo vigente, aplicando el método de análisis económico puro, a fin de evaluar su eficiencia (mediante la medición de los costos y beneficios) en el momento de su aplicación.

El “Derecho económico” es una ciencia jurídica y la disciplina “Derecho y economía” es una ciencia metajurídica.

“Derecho y economía” es una disciplina nueva incorporada desde hace poco en casi todas las facultades de Derecho de los Estados Unidos. La partida de nacimiento del análisis económico del Derecho lo constituye el artículo titulado *The problem of social cost (El problema del costo social)* de Ronald H. Coase, publicado en 1960. Esta es la piedra fundamental de todo el desarrollo posterior de la disciplina *Derecho y economía* como una nueva rama de la economía.

La racionalidad individual indica que en toda conducta humana se pondera entre un beneficio esperado y el costo de aplicar recursos escasos para alcanzarlo (apreciación

125 ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “El derecho económico como categoría sistemática”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1980, p. 222.

costo-beneficio). Normalmente, las personas actúan en función de lo que es mejor para ellas, en procura de la mayor utilidad. Se presume que toda persona que realiza voluntariamente una actividad es porque el costo de llevarla a cabo es inferior a la utilidad pretendida y, por ende, es eficiente. De esta apreciación surge la posibilidad de usar la metodología analítica de los economistas para explicar actividades ajenas a la producción de bienes y servicios. Esto ha permitido que la economía haga aportes importantes para la ciencia política, la sociología, la criminología y el Derecho.

Para esta nueva disciplina, el Derecho es el marco institucional que condiciona la actividad humana económica, dinamizando, obstaculizando o neutralizando la adopción de conductas eficientes mediante el sistema de premios y castigos implícito en todo Derecho positivo.

El “ser humano racional”, paradigma de la economía, actúa en función de una descarnada evaluación costo-beneficio ante cada situación planteada. Por el contrario, el “ser humano razonable”, paradigma jurídico, actúa con la prudencia y diligencia que de él se esperan en cada circunstancia.

Como dice BUSTAMANTE¹²⁶, el análisis económico del Derecho vigente en su faz descriptiva, de *lege lata* (ley existente), intenta explicar determinada institución jurídica en términos económicos con el fin de establecer si es eficiente para inducir a la realización de la actividad que se pretende lograr, mediante un comportamiento que identifique en cada caso a una persona racional con una persona razonable. Si hay discrepancia entre ambos paradigmas, el economista propondrá al jurista alternativas para que se establezca una identidad o acercamiento entre ambos. Esto es, para que una persona racional se comporte como una persona razonable.

La ciencia económica, expresa BUSTAMANTE, también analiza el Derecho positivo en términos normativos, de *lege ferenda* (para una futura reforma de la ley), con el propósito de verificar si modificaciones en el Derecho positivo permitirían un funcionamiento más eficiente de los mercados (marco del contrato) o de las actividades susceptibles de causar daños (marco de la responsabilidad civil). Se trata de determinar, no si un hombre racional se comporta como el hombre razonable que prevé el Derecho positivo, sino de modificar la conducta esperada del paradigma jurídico.

El Derecho, a la vez que se propone aumentar la riqueza colectiva mediante la eficiencia económica, debe tender a la realización de la justicia distributiva.

En la labor de legisladores, jueces y juristas debe coincidir la solución jurídica y la consideración de la eficiencia económica.

126 BUSTAMANTE, Jorge Eduardo, “Análisis económico de la responsabilidad civil”, en *Responsabilidad por daños. Libro homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, t. I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 160.

37.7. Antropología jurídica

La antropología jurídica, concebida en su sentido de etnología jurídica o etnografía jurídica, surgió en la segunda mitad del siglo XIX, como una disciplina de la antropología cultural que estudia el conocimiento del ser humano por medio de sus costumbres, relaciones parentales, estructuras políticas y económicas, urbanismo, medios de alimentación, salubridad, mitos, creencias, relaciones de grupos humanos con el ecosistema¹²⁷.

La antropología jurídica estudia los Derechos primitivos y de los Derechos de los pueblos de tecnología sencilla, pertenezcan o no a una época pasada; también se dice que se ocupa del estudio de los fenómenos de mentalidad jurídica primitiva que pueden encontrarse aún en los derechos más evolucionados. Estudia las reglas tradicionales del comportamiento humano en el contexto étnico, es decir, como un elemento de la civilización de la etnia considerada.

El punto de vista etnológico es diferente del punto de vista jurídico, razón por la cual el estudio etnológico del Derecho es considerado como parte integrante de la etnología general (ciencia que estudia las razas y los pueblos en todos sus aspectos y relaciones) y no como una disciplina perteneciente a la ciencia jurídica. El estudio de las circunstancias antropológicas está considerado como una parte de la sociología del Derecho, de la investigación relativa al papel de este en la sociedad; sin embargo, esto distingue entre etnología jurídica y antropología jurídica¹²⁸.

37.8. Sicología jurídica

La sicología jurídica pretende, por un lado, elaborar teorías que configuran el Derecho como un fenómeno de naturaleza sicológica, y por otro, se trata de hacer de aquella una sicología en el Derecho, esto es, una sicología aplicada, que utiliza los métodos del análisis sicológico (sicología experimental) para facilitar y mejorar el funcionamiento del Derecho.

127 EVANS-PRITCHARD, Edward Evan, *Antropología social*, Buenos Aires: Nueva Visión, 1967.

128 La investigación antropológica en Perú es incipiente; no ha contribuido a impulsar y descubrir los usos normativos, ni a formular la legislación apropiada a la condición cultural de los investigados. Núñez del Prado (Proyecto Pachacutec, en Cusco, en 1986) logra determinar lo que denomina *síndrome colonial*, dentro del cual confirma que todas las leyes de Perú se han generado en Lima y que los campesinos nunca han sido preguntados sobre su real necesidad de nuevas leyes. Núñez menciona como ejemplo la ley de reforma agraria, dada por el gobierno del general Velasco Alvarado y los modelos organizativos dispuestos en ella. En la encuesta que realizó entre los comuneros de Espinar (Cusco), sobre las SAIS, resultó que los campesinos pretendían, antes que nada: parcela individual, chola blanca y camión de carga.

El sicoanálisis puede ser utilizado como instrumento de política legislativa, dirigido a proponer cambios en las sanciones penales, en la regulación de la responsabilidad civil, en la forma de regular el derecho de familia, etc.

37.9. Historia del Derecho

La historia del Derecho (nace en el siglo XIX con la escuela histórica) se dedica al estudio de los ordenamientos jurídicos del pasado. Así, el estudio del Derecho romano que ha influido decisivamente en la configuración de los ordenamientos jurídicos que se afilan a la familia romano-germánica. Por lo general, la historia de cualquier rama del Derecho (civil, penal, constitucional, etc.) se vincula con la historia política, social y económica.

El surgimiento, progreso, desenvolvimiento y evolución del Derecho es objeto de estudio de la historia de este.

La historia del Derecho es un capítulo de la historia de la cultura. BASADRE¹²⁹ siguiendo en parte a Stammel, dice que la vida jurídica está impregnada de un aiento histórico; el Derecho tiene un fin de estabilidad y, por tanto, no puede dejar de trabajar con los materiales que el pasado suministra desde el punto de vista jurídico y social en general, pero tiene, a un mismo tiempo, un destino dinámico, porque vive solo en función con la civilización a que pertenece y con las transformaciones que en ella ocurren: por tanto, recibe de ella constantemente un impulso creador. La historia estudia cómo ha llegado a ser Derecho lo que actualmente recibe valor jurídico. Agrega BASADRE que:

[M]ediante el estudio de la historia del Derecho será posible ver qué hubo de perecedero y qué hay de permanente en las instituciones, el origen, el significado y la evolución de ellas, el juego de las diversas influencias que en una vida nacional se suceden y en las que la realidad pone luego su sello propio.

129 BASADRE GROHMANN, Jorge, *Historia del derecho peruano*, 2.^a ed., Lima: Edigraf, 1985, p. 14 y ss. BASADRE AYULO, Jorge, *Historia del derecho*, Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Puente, 1994, p. 23. Define a la historia del Derecho como "la disciplina que describe y explica las instituciones jurídicas y la vida jurídica en el pasado en sus variados y múltiples aspectos tanto normativos, prácticos, científicos y culturales". Agrega que la historia del Derecho es ciencia jurídica con preponderancia frente a lo meramente histórico. VARGAS, Javier, *Historia del derecho peruano*, Lima: Universidad de Lima, 1993, p. 23. "La historia del Derecho es la rama de la historia que se consagra a estudiar las normas jurídicas desde sus orígenes y a través del tiempo y en toda la humanidad. Podría denominarse, en ese caso, historia general del Derecho, que puede comprender no solo el que supervive sino el que ha desaparecido por diversas circunstancias. Si se limita a un pueblo, sería la historia jurídica de ese pueblo (Derecho romano, Derecho germano, Derecho peruano). Si se refiere a una etapa histórica, tendríamos la de esa etapa: por ejemplo, Derecho medieval, Derecho incaico, Derecho republicano. Si es de una de sus secciones, sería la historia jurídica de esa sección: civil, penal, constitucional, etc., y dentro de estas divisiones cabe todavía analizar la historia de las instituciones como la del matrimonio, propiedad, sucesiones y otras, pulverizando así el universo histórico-jurídico".

Cuando GAYO comienza su exposición de la *Ley de las XII Tablas* con una referencia a la fundación de la ciudad, cree necesario disculparse: una cosa es perfecta —indica— cuando está completa en todas sus partes; y el comienzo de una cosa es una de sus partes, por lo cual una exposición ideal o natural ha de incluir la historia.

Fue la escuela histórica fundada por SAVIGNY la que relevó la importancia de la historia del Derecho, al considerar a este como un fenómeno de cultura condicionado históricamente, producido por el espíritu nacional o popular, por lo cual la misión del jurista debe consistir en recoger, exponer y sistematizar los datos de la convicción jurídica popular expresada en la costumbre, y en indagar la evolución y proceso históricos del derecho para su mejor interpretación.

LEIBNIZ dividió a la historia del Derecho en historia interna del Derecho que estudia los hechos pasados de contenido jurídico, e historia externa del Derecho donde encuentran ubicación los factores no jurídicos indispensables para explicar la evolución de él (como los factores políticos, sociales, económicos, etc.). La significación de esta división ha variado posteriormente, al considerar que la historia externa es la de las fuentes formales del Derecho (ley, jurisprudencia, costumbres, etc.) y la historia interna trata de la evolución y progreso de las instituciones jurídicas. Cualquier historiógrafo puede hacer historia externa; en cambio, la interna requiere poseer conocimientos jurídicos. La doctrina moderna tiende a abandonar esta distinción, pues no es posible conocer el pasado jurídico con apoyo solamente en el estudio de elementos jurídicos (leyes, jurisprudencia, costumbres, etc.) sin considerar factores no jurídicos que han determinado la evolución del Derecho, como son los elementos sociales, económicos, políticos, religiosos, etc.

Como bien dice VARGAS¹³⁰:

[L]a historia del Derecho, como la historia general, no debe considerarse como las ciencias de la naturaleza en cuanto obedecen a causas y efectos fatales, sino como ciencia social que sufre cambios con el desarrollo cultural del hombre pero que sirve de enseñanza en cuanto a la experiencia que engendra. Como ciencia, nos muestra los principios normativos de las instituciones sociales, lo que sirvió para el desarrollo de la experiencia humana y lo que trastornó o inhibió su marcha.

El estudio de la historia debe servir de lección para el presente: “Examinar sus resultados positivos y aun negativos para no repetir errores”.

El conocimiento del pasado jurídico de una sociedad determinada o del mundo en general es el punto de partida indispensable de toda tarea renovadora y de perfeccionamiento del Derecho.

130 VARGAS, *Historia del derecho peruano*, ob. cit., p. 25.

37.10. Lógica jurídica

La lógica es la ciencia que estudia las leyes y reglas del pensamiento o del raciocinio, por ejemplo, los principios de razón suficiente (todo lo que ocurre tiene una razón suficiente para ser así y no de otra manera; nada existe sin una razón, sin una causa), de tercero excluido (toda proposición es verdadera o falsa, entre estos dos valores de verdad no se admite nada intermedio o un tercero), de identidad (todo objeto es idéntico a sí mismo: A es A), de no contradicción (es imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo y en el mismo sentido), etc.

La lógica, dice ATIENZA¹³¹, es una disciplina formal, porque se ocupa de la estructura, de la forma de los enunciados y argumentos, haciendo de lado cualquier contenido. La lógica formal tiene un lenguaje simbólico que permite un grado de precisión y univocidad mayor que el que ofrece el lenguaje natural. Se ocupa de las relaciones de deducibilidad entre proposiciones; los argumentos deductivos se caracterizan porque en ellos el paso de las premisas a la conclusión se realiza de modo necesario o analítico: la conclusión no va más allá de las premisas; cuando la conclusión va más allá de las premisas estamos ante un razonamiento inductivo. La proposición es un segmento lingüístico que tiene un sentido completo y que puede ser afirmado como verdadero o falso (v. gr., “la Constitución peruana vigente data de 1993”, esta es una proposición verdadera; “Lima es una ciudad donde no existen delincuentes”, es una proposición falsa). Todas las reglas de inferencia de la lógica son tautologías, esto es, verdades necesarias o analíticas que, por sí mismas, no proporcionan ninguna información empírica (a diferencia de las verdades sintéticas).

En la *lógica proposicional* los enunciados son informativos o descriptivos del ser (ejemplo, los metales se dilatan con el calor) y, por tanto, se puede proclamar de ellos la verdad o la falsedad (valores veritativos). En cambio, en la *lógica deóntica* los enunciados normativos son preceptivos y, por tanto, pertenecen al mundo del deber ser (v. gr., quien cause un daño a otro debe indemnizarlo) de los cuales se habla que son válidos o inválidos (valores deónticos).

Todo juicio se integra por un sujeto y un predicado, unidos o copulados por un verbo. En los *juicios del ser* (relaciones de la naturaleza) la causa originaria produce necesariamente el efecto, por ejemplo, un cuerpo metálico sometido al calor se dilata (“S es P” o “si S es, P es necesariamente”). La experimentación demuestra la verdad de la proposición lógica; si se produjera alguna excepción, la ley natural que enuncia el fenómeno se destruye.

En el *logos del deber ser*, el juicio implica una relación imputativa, según la cual a una condición de hecho condicionante se implica arbitrariamente una consecuencia

131 ATIENZA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 304 y ss.

condicionada, por ejemplo, el que roba debe ir a la cárcel (“S debe ser P”). A diferencia del *logos del ser* en que el efecto se produce necesariamente, en el *logos del deber ser*, que se realice o no la consecuencia no torna al juicio en verdadero o falso, lo enunciado sigue siendo verdadero, aunque no se produzca el efecto: si el ladrón no va a la cárcel porque se ha fugado o porque prescribe la acción, el juicio mentado en la norma sigue siendo verdadero, la norma sigue vigente, no se destruye.

ULRICH KLUG y J. KALINOWSKI definen a la lógica como teoría de la deducción, lo cual los lleva a examinar de modo exclusivo las cuestiones conexas con las tareas interpretativas. Esta postura es defendida por MIRÓ QUESADA¹³²:

Todo sistema de lógica es un sistema deductivo, toda teoría lógica, ya sea pura o aplicada, un cuerpo de doctrina que determina reglas de derivación, mediante las cuales es posible pasar de la verdad de unas proposiciones a la verdad de otras. En este sentido, en toda teoría de la derivación, la lógica ha hecho progresos notables en lo que va del siglo. Como lógica pura, se ha expandido en una serie de sistemas deductivos que hace posible la realización de complicadas y fecundísimas derivaciones preposicionales.

El análisis lógico de las normas y de las relaciones entre las normas es objeto de estudio de una rama de la lógica formal que recibe el nombre de *lógica deontica o lógica de las normas*, qué es una lógica del Derecho. El análisis de los razonamientos o argumentaciones que efectúan los juristas en el proceso de establecimiento, interpretación, aplicación y explicación del Derecho, es objeto de lo que se llama la *lógica de los juristas*.

El silogismo subsuntivo es una operación lógica que consiste en que el juez subsume los hechos —premisa menor— en la norma —premisa mayor— y la conclusión es la sentencia.

La lógica jurídica formal estudia el pensamiento jurídico en cuanto tal: la norma como *juicio imputativo del deber ser* (KELSEN), y la lógica jurídica trascendental considera también el pensamiento jurídico, pero ya no en cuanto pensamiento, sino en cuanto importa conocimiento de su objeto propio, esto es, se interesa por el pensamiento, no ya en su referencia formal o vacía, sino en la efectiva referencia cognoscitiva. Por ejemplo, si se nos dice que una ley es inconstitucional, habrá que cotejarla con la Constitución para cerciorarnos de la validez de tal afirmación¹³³.

132 MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, Francisco, *Problemas fundamentales de la lógica jurídica*. Lima: Biblioteca de la Sociedad Peruana de Filosofía, 1956, p. 11.

133 AFTALIÓN y VILANOVA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 78. SARMIENTO GARCÍA, Luis E., ob. cit., p. 59: “La lógica es la disciplina que estudia el pensamiento y las reglas a las que está sometido... Cuando versa sobre el mero pensamiento desprovisto de contenido que se expresará en fórmulas abstractas, es lógica formal ($A = B$; $B = C$; luego $A = C$ - Si $A = C$ y $C < B$ luego $A > C$, etc.). Si, por el contrario, el pensamiento implica un conocimiento de su objeto, es lógica trascendental (Juan es hombre y todos

Según PERELMAN, citado por ATIENZA¹³⁴, hay tres teorías sobre el razonamiento judicial:

- 1) La primera que dominó a partir de la vigencia del *Code Napoleón* hasta alrededor de 1880, se caracterizó por la concepción del Derecho como un sistema deductivo; la administración de justicia se realiza con base en el silogismo sub-suntivo, sin interesar el carácter razonable o no de la sentencia.
- 2) La segunda es la concepción teleológica, funcional y sociológica del Derecho, que lo considera no como un sistema cerrado, que los jueces deben aplicar utilizando métodos deductivos a partir de unos textos convenientemente interpretados, sino como un medio del cual el legislador se sirve para alcanzar unos fines y para promover determinados valores. Por tanto, el juez no puede contentarse con una operación silogística, sino que debe averiguar la intención del legislador, porque lo que cuenta son los fines sociales pretendidos por este, lo cual lo obliga a salirse de los esquemas de la lógica formal y a utilizar técnicas argumentativas en la indagación de la voluntad del legislador (argumentos *a simili*, a contrario, sicológico, teleológico, etc.).
- 3) La tercera es la concepción tópica o retórica del razonamiento jurídico que predomina después de 1945, esto es, después de la experiencia nacional socialista en que se aumenta el poder de los jueces, produce un mayor acercamiento entre el sistema jurídico continental y el anglosajón, se da mayor importancia a los principios generales del Derecho; el razonamiento jurídico no es ya una simple deducción silogística, tampoco la simple búsqueda de una solución equitativa, sino la búsqueda de una solución que sea no solo conforme con la ley, sino también razonable y aceptable. La *tópica*, que es un modo de pensamiento, que dominó desde la antigüedad hasta la aparición del racionalismo, constituye un procedimiento de búsqueda de premisas (de tópicos) [asuntos], que deben entenderse de modo funcional como posibilidades de orientación que permiten alcanzar conclusiones cortas; la *tópica* o retórica sirve para resolver aporías, problemas que no son posibles de apartar. El *Ius Civilis* era una colección de reglas o tópicos [*sic*] que se legitimaban en cuanto eran aceptados por hombres dotados de prestigio.

Dentro del campo de la lógica jurídica, RECASÉNS SICHES distingue entre la lógica formal, de tipo puro, *a priori*, esto es la lógica tradicional de lo racional, que se ocupa del tratamiento de las formas jurídicas, o sea, de la aclaración y el análisis de los conceptos jurídicos puros y fundamentales; y la lógica material que tiene su

los hombres son animales; luego Juan es animal y los hombres son animales racionales; luego Juan es animal racional).

134 ATIENZA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 342 y ss.

aplicación en el ámbito del contenido de las normas jurídicas generales, particulares o individualizadas; es la lógica propia de la interpretación jurídica, es decir, la lógica de lo razonable.

La lógica tradicional —dice RECASÉNS SICHES— es la lógica formal o pura, la lógica matemática o físico-matemática, la lógica sistemática de lo racional, es decir, una lógica deductiva, instrumento adecuado para tratar con ideas puras *a priori*, que estudia las conexiones ideales y trata de la corrección formal de las inferencias, es casi absolutamente irrelevante para decidir sobre los contenidos de las normas jurídicas.

En cuanto a que el Derecho no consiste en una operación de lógica deductiva, o, por lo menos, no consiste solamente en eso, esto es, que no es un mero asunto de lógica, ni debe serlo, ha determinado que RECASÉNS SICHES aborde la afirmación y el análisis de la lógica de lo razonable o de lo humano o *logos de lo humano*, que, según él, debe ser el único método de interpretación jurídica.

Para comprender y captar los productos histórico-culturales —expresa RECASÉNS SICHES— no sirve la lógica, sobre la cual descansa la formación de los conceptos de las ciencias naturales. La ciencia dogmática se propone entender la ley, mejor de lo que la entendieron sus creadores. Pensarla lógicamente hasta sus últimos extremos y consecuencias, según la lógica de lo razonable que debe extraer el sentido que está contenido en la ley e integrarlo con el trasfondo de valoraciones o convicciones vigentes en las que se articula el Derecho legislado que varía con el correr del tiempo; y asimismo, referir las leyes a las situaciones vitales del momento, tal vez no previstas por el legislador, con el cual la ley puede cobrar nuevas derivaciones.

37.11. Informática jurídica y Derecho informático

El lenguaje oral no permite la adquisición y acumulación de conocimientos. El lenguaje escrito e impreso ocasiona grandes dificultades para modificar y sintetizar la información almacenada, para localizar una información específica dentro de un campus amplio, etc. En cambio, el uso de ordenadores hace posible el control de impresionante material normativo que integra el Derecho vigente en un país. El empleo de la computadora como instrumento de memorización y de exploración en el campo jurídico significó un progreso sin precedentes en la difusión del conocimiento del Derecho.

La palabra informática, de origen francés (en 1962, Philippe DREYFUS inventó el término *informatique*), es una abreviación de la expresión “información automática” y significa el tratamiento automático, por medio de ordenadores de la información. El ordenador es una máquina automática que realiza, sin intervención humana, ciertas operaciones intelectuales; es electrónica (utiliza circuitos electrónicos) y programable

(ejecuta todas aquellas operaciones para las que se le ha programado); la computadora goza de una inteligencia artificial que le permite identificar, seleccionar y comparar la información y producir información nueva¹³⁵. Todo lo que es material en el ordenador, esto es, su parte física, se denomina *hardware* y la parte lógica o inmaterial se llama *software*. El ordenador transforma una información de entrada (problema) en una información de salida (solución).

La informática jurídica es la utilización en el campo del Derecho de las técnicas de almacenamiento y recuperación automática, por medio del ordenador, de la documentación jurídica (legislación, jurisprudencia, doctrina). También se puede usar la informática para que la máquina nos dé algunas soluciones puramente lógicas a determinado problema.

La informática jurídica se clasifica en:

- 1) *Informática jurídica documental*, que es la que facilita la actividad del jurista suministrándole los documentos que contienen información relevante (legislación, jurisprudencia, doctrina) para solucionar cierto problema jurídico. El desarrollo de las bases de datos jurídicos está experimentando un desarrollo extraordinario en los últimos años.
- 2) *Informática jurídica decisional*, la que facilita a los juristas la toma de decisiones, como la aplicación de normas jurídicas, la evacuación de consultas, la resolución de una controversia ante un juzgado, etc. La informática desempeña un papel decisivo en el aspecto formal del Derecho, pero no en el de contenido o material. Para que ella resuelva los aspectos de contenido del Derecho será necesario crear una máquina con sentimientos y pensamientos, con inteligencia emocional y racional, lo cual no está dentro de las posibilidades del ser humano. El ordenador no puede decirnos cuándo una decisión jurídica es justa o injusta, conveniente o inconveniente, oportuna o inoportuna, gravosa o tolerante, razonable o caprichosa. Por tanto, los operadores del derecho no pueden ser sustituidos por las máquinas.
- 3) *Informática jurídica de gestión y control*, por la cual el ordenador es un eficaz instrumento en la tramitación de los procesos judiciales y en la realización de actividades que pueden automatizarse y racionalizarse con la ayuda del ordenador, por ejemplo, organizar las oficinas jurídicas (notarías, juzgados, registros, etc.), extender certificados de antecedentes penales, redactar textos jurídicos rutinarios, etc.

135 FROSINI, Vittorio, *Informática y derecho*, traducción por Jorge GUERRERO y Marino AYERRA Redin, Bogotá: Temis, 1988, p. 142.

- 4) *Informática jurídica teórica* es la rama de la informática que no utiliza directamente el ordenador, sino que hace investigaciones teóricas a fin de preparar el camino para un futuro uso avanzado del ordenador.

El *derecho de la informática* no pertenece estrictamente al campo de la *informática jurídica*, sino que se trata de una rama del Derecho que estudia el ordenamiento jurídico que regula el uso de la informática. El Derecho positivo regula el empleo de la informática, protegiendo adecuadamente el *software*, el derecho a la intimidad, estableciendo la validez probatoria de las informaciones memorizadas en discuetes, el control jurídico de los bancos de datos, las trasferencias electrónicas de fondos de las instituciones bancarias, etc.

El *derecho informático*, a diferencia de la *informática jurídica*, regula el mundo informático. Fruto de él son la protección jurídica del *software* o leyes de protección intelectual, la regulación de la protección de datos de carácter personal, la transferencia electrónica de datos, el documento electrónico, la sanción del delito informático, etc.

El uso indebido de medios informáticos exige la tipificación del delito informático, que puede ser de varios tipos: a) manipulación de datos de entrada; b) cambios no autorizados en los programas; c) alteración de los ficheros de datos; d) transmisión ilegal, interceptación o desviación de la información teleprocesada. Las consecuencias de la comisión de un delito informático son: la destrucción, la modificación, la revelación, el uso indebido y la imposibilidad de uso de información¹³⁶.

Mucho falta por hacer en materia de seguridad de la información, proponiendo medidas de seguridad, tanto físicas como lógicas y jurídicas.

Un buen profesional debe dominar las lenguas básicas del mundo del siglo XXI: su lengua nacional, una lengua extranjera moderna, el lenguaje de la lógica, la lengua de la ciencia de su profesión y el lenguaje de la computación.

Por esta razón, en un buen plan de estudios de una facultad de Derecho deben figurar como obligatorios los cursos de lógica, inglés, computación e informática jurídica.

37.12. Filosofía del derecho

La palabra *filosofía* proviene del griego *philo* (amor) y *sophia* (sabiduría). El filósofo se dedica constante y desinteresadamente a la búsqueda del conocimiento del bien y la verdad, sin pretender una finalidad práctica o utilitaria.

136 LÓPEZ, Antonio, *Enciclopedia de información y computación. Deontología informática*, Madrid: Cultural, 1998, p. 98.

Según RECASÉNS SICHES, *filosofía* significa esfuerzo total que se revela en aquel “propósito de conocimiento del universo en tanto que universo, es decir, en tanto que totalidad, mediante razones fundadas” o como dice ORTEGA y GASSET¹³⁷, “conocimiento del universo y de todo cuanto hay” que, por cierto, “contiene al hombre”. Dos notas esenciales precisan el contenido de este saber: autonomía (“que tenga fundamento en sí misma”, “que renuncie a apoyarse en nada anterior a la filosofía”) y pantonomía (que sea un “criterio universal de lo que cada cosa es en función del mismo”, o sea total, omnicomprendsivo). “La filosofía es el problema de lo absoluto, y el absoluto problema”.

La filosofía es un conocimiento absoluto que investiga por medio de la razón los principios universales de todas las cosas, las causas primeras y las fundamentaciones últimas, más allá de las cuales no puede remontarse la inteligencia humana. La ciencia investiga un sector de la realidad; en cambio, la filosofía investiga la totalidad de lo que es¹³⁸.

La ciencia es un saber con supuestos, a los que asume dogmáticamente como verdaderos.

137 ORTEGA y GASSET, José, *¿Qué es filosofía?*, 5.^a ed., Madrid: 1966, pp. 18 y 106. “Necesitamos, pues, corregir el punto de partida de la filosofía. El dato radical del universo no es simplemente: el pensamiento existe o yo pensante existo —sino que si existe el pensamiento existen, *ipso facto*, el yo que pienso y el mundo en que pienso— y existe el uno con el otro, sin posible separación. Pero ni yo soy un ser sustancial ni el mundo tampoco —sino ambos somos en activa correlación: yo soy el que ve el mundo y el mundo es lo visto por mí. Yo soy para el mundo y el mundo es para mí. Si no hay cosas que ver, pensar e imaginar, yo no vería, pensaría o imaginaría— es decir, yo no sería” (p. 402).

138 VILLEY, “Prefacio al volumen ‘Le langage du droit’” (citado por VIGO, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, cit., pp. 213-215). Mientras “es algo esencial a la ciencia de tipo moderno su especialización, su limitación a un dominio particular, la sola consideración de un aspecto de las cosas [...] la filosofía aparece como un esfuerzo de conocimiento cuyo objeto parece ilimitado, una especie de ciencia universal”, la visión del filósofo es global y no sectorial, intenta “conocer la estructura general del mundo, la organización del todo”; la filosofía es una disciplina “arquitectónica”, en tanto se ubica por encima de las ciencias, contribuyendo a precisar los objetos de estas, fijando sus límites y regulando “los frecuentes conflictos de competencia que surgen entre ellas”; “las ciencias modernas hacen abstracción de las cualidades y valores que están en las cosas, despojando al mundo de su valor”; la filosofía mira al mundo exterior, pero en este mundo externo y objeto de observación, están incluidos los valores, “el bien, lo bello o lo justo, sin que esto le impida ser una ciencia objetiva”. La filosofía es un intento de conocimiento esencialmente especulativo; los auténticos problemas filosóficos son “esencialmente especulativos [...] y la filosofía especula sobre aquello que hay de más estable en la realidad universal, la estructura general de las cosas”. En cuanto a la metodología, VILLEY dice que la ciencia, “como los modernos empezaron a constituirla, se construye sobre unas ideas simples y perfectamente definidas, sobre las cuales quepa efectuarse cálculos matemáticos o inferencias rigurosas: así los átomos de los nominalistas; o las ideas claras y distintas tan queridas por Descartes; o las máximas prácticas de la razón pura, de las cuales se dedujeron las ciencias normativas”. El método tradicional de la filosofía no se apoya en estas creencias, sino que será el camino del “diálogo, la dialéctica, en el sentido clásico de la palabra: arte de discusión bien organizada. La dialéctica fue, al principio, el método filosófico por excelencia, en las escuelas griegas y en la escolástica aún no degenerada de la Edad Media. Sólidas razones hacen suponer que lo es todavía, y que los modernos han fracasado al hacer de la filosofía una ciencia rigurosa”.

Los métodos y los actos gnoseológicos son más adecuados para la investigación; que los entes son; que los valores valen. No interesa a la ciencia cuál es el ser del conocimiento; cuál es la entidad de los objetos; cuál el ser de los entes, etc. Si la ciencia cuestionara sus propios supuestos, cuestionaría así el sustento de su propia estructura de conocimiento, y por esta vía podría lograr su extinción, lo que no figura en sus planes. A la filosofía corresponde, en cambio, la pregunta por la cosa; por la entidad de la cosa; por el ser del ente¹³⁹.

La filosofía es un saber sin supuestos, por cuanto a estos los convierte en objeto de su estudio. La filosofía está en una actitud de crítica permanente; en su pretensión de fundamentación absoluta, revisa, problematiza y analiza permanentemente todos los supuestos de conocimiento, mientras que la ciencia se desentiende de estos problemas porque entorpecen su trabajo indagatorio. La filosofía es un conocimiento especulativo y la ciencia un conocimiento experimental. Los conceptos de la ciencia nunca se apartan de la realidad; en cambio, los de la filosofía se fundan directamente en la razón. La ciencia se funda en la realidad de los hechos y la filosofía procede por medios puramente racionales, a la determinación de los principios más elevados de las cosas y las acciones, las causas primeras y los fundamentos últimos. Las causas inmediatas o próximas constituyen objeto de estudio de la ciencia. La filosofía juzga, orienta, defiende y problematiza los principios científicos; por eso se dice que la filosofía es la ciencia rectora por excelencia.

El Derecho es estudiado tanto por la ciencia como por la filosofía.

La ciencia jurídica es un conocimiento particular y concreto, limitado dentro de un círculo de ciertos objetos, tiene limitaciones lógico-ontológicas, limitaciones axiológicas y limitaciones prácticas. Deja al descubierto diversas preocupaciones al no dar respuesta a una larga serie de interrogantes, como ¿qué es el Derecho?, ¿cuáles son los conceptos básicos de la ciencia jurídica?, ¿por qué deben ser obedecidas las normas?, ¿es posible la existencia de normas jurídicas injustas?, ¿qué es lo que hace que una norma sea considerada vigente y vinculante?, etc. La ciencia jurídica no da una respuesta definitiva sobre los fundamentos conceptuales en que se apoya. Ninguna de las ciencias particulares que aplican su investigación a las distintas ramas del Derecho aclaran de modo suficiente y riguroso ciertos conceptos fundamentales, tales como derecho subjetivo, persona, deber jurídico, relación jurídica, etc.

El conocimiento científico incompleto encuentra su complemento en la filosofía del Derecho¹⁴⁰, que tiene como tarea explicar los conceptos jurídicos que están sobre

139 Daniel E. HERRENDORF, en Cossío, *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, ob. cit., pp. 16 y 17.

140 La expresión *filosofía del Derecho* la usó por primera vez Gustavo Hugo, que tituló a su libro: *Tratado de derecho natural o filosofía del derecho* (1797). La filosofía griega trató los problemas del Derecho, pero sin separarlos de los demás problemas éticos. DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estu-*

la base de la ciencia jurídica e indagar las ideas o valores situados más allá de la ciencia, los mismos que dan explicación y sentido al Derecho. Como expresa GIOJA¹⁴¹, la filosofía trabaja con esencias, la ciencia con hechos. Pero la filosofía jurídica y la ciencia jurídica no son sino una única labor: descubrir, para que se nos dé, tal como es lo jurídico. Iusfilósofos y científicos del Derecho tenemos una meta común. Nuestra búsqueda es una búsqueda única: la verdad del Derecho. Entre ciencia y filosofía hay una única diferencia: “Un único conocimiento racional puede dividirse en conocimiento racional del mundo y conocimiento racional de la razón, autoconocimiento racional”. El hombre de ciencia se propone fines y realiza actividades en consecución de estos; el fin último al que apunta, es adquirir un conocimiento verdadero sobre algo. En el conocimiento científico de la conducta humana se trata de conocer dicho objeto comprendiéndolo o, en su caso, relacionándolo ya como causa o efecto, ya como medio o fin.

La filosofía del Derecho es una parte de la filosofía general, que busca la verdad última, completa y fundamental del Derecho que sirva de base y justificación de todas las demás verdades jurídicas, articulando lo jurídico en una visión total del mundo¹⁴².

El filósofo del Derecho inquiere e indaga en forma permanente y desinteresada para penetrar en las causas primeras y en los fundamentos últimos: morales, lógicos e históricos del fenómeno jurídico y de la ciencia del Derecho; en cambio, el científico del Derecho estudia el Derecho positivo vigente aquí y ahora, o también el Derecho vigente en la comunidad mundial; el filósofo del Derecho se ocupa, sin limitación de tiempo ni espacio, del sentido absoluto del fenómeno jurídico. La ciencia se ocupa solo del Derecho constituido; en cambio, la justificación del contenido de este, la determinación de sus principios directivos y de su fin último son tarea de la filosofía. A diferencia de la ciencia del Derecho, la filosofía del Derecho valora los ordenamientos jurídicos según un ideal de justicia. La filosofía del Derecho carece de supuestos, su objeto es la ciencia del derecho; proporciona los principios que fundamentan a la ciencia jurídica; problematiza y analiza el objeto de la ciencia jurídica. RECASÉNS

¹⁴¹ GIOJA, *Ideas para una filosofía del derecho*, ob. cit., p. 5. Dice que la filosofía del Derecho comprende tres temas: lógica, fenomenología y deontología.

¹⁴² GIOJA, *Ideas para una filosofía del derecho*, t. II, ob. cit., p. 10 y ss.

Según Kant, la ciencia del Derecho busca la respuesta a la pregunta *¿quid iuris?* (qué ha sido establecido como Derecho por un cierto sistema). En cambio, la filosofía del Derecho interroga *¿quid ius?* ¿qué es Derecho? (que es lo que debe entenderse en general por Derecho). STAMMLER dice lo siguiente: “Entendemos por filosofía del Derecho aquellas doctrinas generales que se pueden proclamar dentro del campo jurídico con un alcance absoluto”. DEL VECCHIO manifiesta que dicha filosofía es “la disciplina que define el Derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico y lo valora según el ideal de justicia trazado por la pura razón”. “El estudio del Derecho en sus ingredientes universales constituye el objeto de la filosofía jurídica”. Para la teoría egológica no hay una filosofía sobre el Derecho a secas, sino una filosofía de la ciencia del Derecho. La dogmática suministra los temas a la filosofía del derecho. Esta es una filosofía de la ciencia del Derecho.

SICHES¹⁴³ explica que las principales interrogantes sobre el Derecho brotan de las dos limitaciones de la ciencia jurídica: más acá de esta y como supuesto de ella, los temas de la teoría fundamental del Derecho; más allá de ella, las cuestiones de la estimativa jurídica, es decir, la indagación sobre los valores que deben orientar la formación del Derecho positivo.

Un sistema jurídico se edifica sobre la base de los principios fundamentales proporcionados por una singular corriente filosófica, como el liberalismo, el marxismo, el positivismo, el racionalismo, el tridimensionalismo, etc. Investigar las raíces filosóficas de un ordenamiento jurídico nos ayudará a conocerlo mejor. Como dice SARMIENTO¹⁴⁴, la filosofía es una toma de posición en la vida, y la filosofía del Derecho es una toma de posición en el Derecho. No se puede escindir al gobernante, al político, al magistrado, al profesor, en su personalidad filosófica y jurídica. Un gobernante marxista no podrá instrumentar jurídicamente el sistema de la propiedad privada en función social como lo propugna la doctrina social católica, y un positivista kelseniano no admitirá la integración del Derecho con la justicia.

Se distingue entre filosofía aplicada o práctica y filosofía analítica o especulativa del Derecho. La primera examina y estudia los principios supremos del Derecho con el propósito de aplicar los conocimientos a un campo particular de la actividad humana, y la filosofía analítica es una reflexión realizada por juristas con intereses filosóficos que no tratan tanto de construir un sistema, como de analizar una serie de problemas típicos.

El Derecho que hoy conocemos existe desde hace milenios, lo encontramos en las leyes de *Hammurabi* (Babilonia), en las leyes del griego SOLÓN, en la *Ley de las XII Tablas* del mundo romano, etc.; pero es verdad que las normas jurídicas hoy vigentes no son las mismas de aquellas épocas, así como es cierto que no hay exacta identidad entre el Derecho peruano y el italiano o el de cualquier otro país. Como dice MIGUEL REALE¹⁴⁵, el Derecho es un fenómeno histórico-social, sujeto siempre a variaciones e intercomunicaciones, a flujos y refluxos en el espacio y en el tiempo, por lo cual hay que preguntarse: ¿habrá algo permanente que nos permita saber en qué consiste el derecho? Si este cambia, ¿será posible determinar las razones de la mutación? Si el Derecho se desenvuelve a través del tiempo, ¿habrá leyes que gobiernan tal proceso?, ¿cómo explicar la aparición del Derecho y el sentido de sus transformaciones? Si el Derecho exige peculiares formas de conducta a las personas, surge la pregunta: ¿por qué estoy obligado a obedecer las reglas del Derecho que son tan diversas? Si la respuesta es: porque así me lo ordena el Estado, surge la duda: ¿por ventura el Derecho será

143 RECASÉNS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 14.

144 SARMIENTO GARCÍA, Luis E., ob. cit., p. 56.

145 REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 30.

aquellos que se manda? ¿Se reduce el Derecho a ser una expresión de la fuerza? Estas y otras consideraciones conducen, según REALE, a tres órdenes de investigación, a los que responde la filosofía del Derecho: ¿Qué es el Derecho? ¿En qué se funda o cómo se legitima el Derecho? ¿Cuál es el sentido de la historia del Derecho?

Son temas fundamentales de la filosofía del derecho:

- 1) La *Ontología*¹⁴⁶ jurídica, que trata del problema de la esencia del objeto del Derecho, de su ser; investiga la noción esencial del Derecho y de todos los demás conceptos jurídicos que constituyen los supuestos fundamentales de toda ciencia jurídica. Precisa el concepto de Derecho para ubicarlo como un sistema normativo de conducta social y relacionarlo con los demás sistemas sociales.
- 2) La *noseología* jurídica se ocupa del problema del conocimiento del Derecho, para determinar si se puede alcanzar una noción cabal de este y la justicia, y si se puede contemplar como objeto solamente al Derecho positivo o hay que buscar algún otro sistema más elevado e ideal (como el Derecho natural).
- 3) La *deontología* jurídica (o axiología jurídica o estimativa jurídica) se refiere al problema del fin o ideal del Derecho o problema de los valores (*axil* = valor); nos indica cuál debe ser, en el Derecho, su finalidad propia y el fundamento de su obligatoriedad. Indaga y descubre los valores que deben orientar la formación del ordenamiento jurídico y los objetivos que este debe pretender. A diferencia de otras disciplinas jurídicas, la filosofía valora a los sistemas jurídicos de acuerdo con un ideal de justicia¹⁴⁷.
- 4) La *metodología jurídica* trata del problema de los medios o el camino que se debe seguir para alcanzar el Derecho; como dice VILLEY¹⁴⁸, establecido que el Derecho se ocupa de lo suyo de cada uno, es necesario dilucidar a dónde hay que buscar el Derecho, o sea, el tema de las fuentes naturales y positivas de este; también los problemas de la dialéctica jurídica y la reflexión acerca del lenguaje jurídico.
- 5) La *filosofía de la interpretación del Derecho* que estudia los contenidos de las normas jurídicas para establecer su sentido, alcance y su proyección sobre las actividades jurisdiccional y legislativa.

Se comprende que no hay una división tajante entre ciencia y filosofía. De un lado, están los supuestos que brindan la base sobre la cual discurre la ciencia jurídica. Del otro, como dice Cossío, “el dato empírico de las ciencias dogmáticas es axiológico”, esto es, la realidad social que exige ser regulada jurídica-

146 HUSSERL lo denomina *eidética* (indagación del *eidos* o *esencia*).

147 MOUCHET y ZORRAQUÍN, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 75.

148 Citado por VIGO, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, ob. cit., p. 218.

mente es valorada según un ideal de justicia. Por consiguiente, el conocimiento serio y profundo del Derecho requiere de la concurrencia, las ciencias y la filosofía del Derecho. Saber científico y filosófico se complementan, los cuales exigen una permanente comunicación entre científicos y iusfilósofos del Derecho.

37.13. Introducción al Derecho

- a) *Necesidad y carácter de la disciplina.* La introducción al Derecho, como su nombre lo dice, es una disciplina introductoria de iniciación y promoción del estudio de aquél. Su finalidad es de naturaleza pedagógica: el de orientar y facilitar, a los que se inician en su estudio, la comprensión de los conceptos jurídicos fundamentales comunes a todas sus ramas. Se la denomina también *introducción a la ciencia del Derecho, introducción a las ciencias jurídicas y sociales, introducción a las ciencias jurídicas y políticas, introducción a la jurisprudencia, etc.*

AUSTIN¹⁴⁹, en su lección inaugural, cuando intentó la docencia jurídica en 1828, hizo constar, en primer término, que un estudio fundamental de los principios que constituyen el objeto de la jurisprudencia, es un preparativo para el estudio del Derecho inglés. Al estudiante que comienza tal estudio sin ningún conocimiento previo, tiene que parecerle inevitablemente un conglomerado de normas arbitrarias e inconexas.

Si se le aproxima a él, en cambio, con un conocimiento profundo de los principios generales de la jurisprudencia, y con el esquema de un sistema de Derecho claramente impreso en la mente, podrá obtener una concepción clara de él — como un sistema o totalidad orgánica —, con relativa facilidad y rapidez.

El estudio preliminar de los principios generales de la jurisprudencia faculta al estudiante para adquirir los principios de la jurisprudencia inglesa en particular, mucho más rápida y precisamente que hubiera podido hacerlo si hubiera comenzado su estudio sin aquella disciplina preparatoria.

Como dice ALZAMORA en el prólogo a la primera de edición de su libro *Introducción a la ciencia del derecho*, publicado en 1964, obra clásica del Derecho peruano, para que el derecho alcance su dignidad científica

debe ser encauzado por una disciplina que, a la vez que punto de partida, sea su sustento y base. Esta disciplina no es otra que la “introducción a la ciencia del Derecho” [...] se trata de una verdadera propedéutica en la que se discute, como una de sus primeras

149 AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, traducción por Felipe González Vicén, Madrid: Civitas, 1981.

cuestiones, el carácter científico del estudio del Derecho [...] Es sumamente difícil, por decir lo menos, el conocimiento científico de las distintas ramas del Derecho sin investigar los principios generales en que se sustentan, que deben ser objeto de una disciplina especial, porque de otro modo o se prescinde de ellos, o su explicación se repite en cada rama, con los inconvenientes que de tal procedimiento pudieran derivarse.

La introducción al Derecho carece de un objeto exclusivamente propio, como lo tienen la filosofía del Derecho, la ciencia jurídica y las diversas ramas particulares en que este se divide. En la introducción al Derecho se integran un conjunto sistemático de conocimientos provenientes de múltiples fuentes de información correspondientes a las diversas disciplinas que estudian el fenómeno jurídico a fin de familiarizar al estudiante con los conceptos jurídicos fundamentales.

Estos conceptos fundamentales aproximan al estudiante, con una visión de conjunto, a los estudios de las diversas ramas del Derecho positivo (constitucional, civil, penal, etc.), a la filosofía jurídica y a las diversas ciencias jurídicas (sociología jurídica, historia del Derecho, lógica jurídica, etc.).

La introducción al Derecho no constituye una rama autónoma de la ciencia jurídica, por ejemplo, el Derecho civil o el penal, porque en cuanto indaga verdades necesarias y universales es filosofía jurídica; en cuanto indaga verdades meramente generales es ciencia jurídica (bajo la forma conocida como *teoría general del Derecho*) y en cuanto expone en forma enciclopédica los conceptos más importantes de cada una de las ramas del Derecho, asume un carácter expositivo y no indagatorio¹⁵⁰.

Es casi general la opinión en el sentido de que la introducción al Derecho carece de objeto exclusivamente propio, como lo tienen la filosofía del Derecho o la ciencia jurídica. Su contenido proviene de otras disciplinas y puede clasificarse en tres partes: 1) la teoría general del Derecho que mediante la inducción generalizante sobre los diversos ordenamientos jurídicos obtiene conceptos válidos para todo el Derecho. Como hemos visto antes, esta teoría general constituye ya una disciplina aparte; 2) la enciclopedia jurídica, que intenta reunir en forma resumida las materias de todas las ciencias jurídicas; y 3) reseña sintética de la evolución del Derecho, y de las diferentes escuelas que han predominado a través de su historia, para familiarizar al estudiante con las corrientes fundamentales del pensamiento jurídico¹⁵¹.

150 AFTALIÓN y VILANOVA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 88.

151 MOUCHET y ZORRAQUÍN, *Introducción al derecho*, ob. cit., pp. 82 y 83.

AFTALIÓN y VILANOVA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 89. Afirman que, con la idea de erigir una ciencia jurídica autónoma, a la vez que sintética y enciclopédica, se ha constituido la asignatura sin una clara división de límites. Reseñan algunas direcciones del pensamiento: 1) enciclopedia jurídica; 2) jurisprudencia analítica. La escuela analítica de jurisprudencia inglesa, mediante el análisis de los orde-

- b) *Contenido.* La introducción al Derecho debe presentar a la vez una visión panorámica y sintética, coherente y unitaria de las nociones generales y más comunes a las diversas ciencias jurídicas y a la filosofía jurídica en que se diversifica el saber jurídico. Esos temas generales que deben ser tratados en una introducción al estudio del Derecho son los siguientes: una aproximación al ser humano, la sociedad y el Derecho; las reglas de conducta y el Derecho; el estudio de las normas jurídicas y del ordenamiento jurídico; la ciencia jurídica; las fuentes del Derecho; la interpretación de este; el Derecho subjetivo; la relación jurídica y sus elementos; conceptos jurídicos fundamentales, los valores fundamentales, los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, entre otros.

En las Jornadas de profesores del primer año de las facultades de Derecho, celebradas en la Universidad Hispanoamericana de La Rábida en 1975, el profesor FERNÁNDEZ-CARBAJAL dijo:

[...] Lo que desde una perspectiva estrictamente pedagógica creo que necesitan los alumnos de primer año es una “Introducción al Derecho” que integre hechos, valores y normas, introducción en la que por supuesto tendría una función nuclear la teoría del Derecho natural, pero en la que también deberían abordarse temas como el de las fuentes del Derecho, la aplicación del mismo en el tiempo y en el espacio, la interpretación, la relación jurídica y sus elementos, el significado de la sociología jurídica, etc.

El real decreto español de 26 de octubre de 1990, que establece las directrices generales de los planes de estudios conducentes a la obtención del título oficial de licenciado en Derecho, al enumerar las materias troncales, dice: “El Derecho como forma de organización y como sistema normativo. La ciencia del Derecho. Teoría del Derecho: la norma jurídica y el sistema jurídico. Interpretación y aplicación del Derecho. Conceptos jurídicos fundamentales. Los problemas del derecho justo y la eficacia del Derecho”¹⁵².

- c) *Origen y evolución.* La necesidad de impartir a los alumnos del primer año de Derecho los conocimientos jurídicos generales, muchas veces contradictorios, comunes a todas las ramas del Derecho, en forma ordenada y sistemática, de tal modo que estas no aparezcan como distintas y heterogéneas, sino que estén vinculadas entre sí, integrando la ciencia jurídica, ha determinado el nacimiento de la introducción al Derecho.

namientos jurídicos en vigor se proponía determinar los conceptos comunes al Derecho en general; 3) teoría general del Derechos; 4) Derecho puro. Edmond Picard (*Le droit pur*, 1899) y Ernest Roguin (*La science juridique pure*, 1923) pretendieron elevar de los datos contingentes y variables del Derecho, por vía inductiva, a sus estructuras necesarias y permanentes.

152 DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Una teoría del derecho (Introducción al estudio del derecho)*, 6.^a ed., Madrid: Civitas, 1993, pp. 11 y 16.

El primer libro que llevó el título de *Enciclopedia jurídica* fue el que escribió HUNNIUS en 1638 (*Encyclopediæ iuris universi*). Antes se habían escrito libros de orientación análoga; entre estas se menciona al *Speculun iuris* (1275) de GUGLIELMO DURANTI; *Methodica iuris utrisque traditio* (1543), *De Lagus*, entre otras obras de esta naturaleza.

En 1808, el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad francesa de Rennes, G. L. CARRÉ, se hizo receptor de la necesidad de impartir a los alumnos que se inician en el estudio del Derecho, los conocimientos generales comunes a todas las ramas del Derecho, al publicar una *Introducción general al estudio del Derecho*. En 1819, LHERBETTE publicó su obra *Introducción al estudio filosófico del Derecho*. En 1829, LERMINIER editó su *Introducción general a la historia del Derecho*. En 1837, el profesor argentino Juan BAUTISTA ALBERDI escribió *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*, en el cual hace un elogio a la obra de LERMINIER:

Cuando descubrí a LERMINIER, sus ardientes páginas hicieron en mis ideas el mismo cambio que en las suyas había operado el libro de SAVIGNY. Dejé de concebir el Derecho como una colección de leyes escritas. Encontré que era nada menos que la ley moral del desarrollo armónico de los seres sociales: la constitución misma de la sociedad, el orden obligatorio en que se desenvuelven las individualidades que la constituyen. Concebí el Derecho como un fenómeno vivo que era menester estudiar en la economía orgánica del Estado. De esta manera la ciencia del Derecho, como la física, debía volverse experimental; y cobrar así un interés y una animación que no tenía en los textos escritos, ni en las doctrinas abstractas.

En 1840, el célebre filósofo COUSIN, ministro de Instrucción Pública de Francia, expresó:

Los estudiantes, al entrar a nuestras facultades, no encuentran allí un curso preliminar que los haga conocer el objeto y el fin de la ciencia jurídica, las diversas partes de las cuales se compone, el vínculo de todas estas partes, el orden como deben ser tratadas sucesivamente y, sobre todo, el método que debe presidir esta ciencia. Ustedes no ignoran que en Alemania, donde florece tanto la jurisprudencia, no existe una sola facultad que no tenga tal curso, bajo el nombre de metodología.

Gracias a esta iniciativa la Universidad de París, y luego las demás universidades francesas, crearon la cátedra referida a esta disciplina. En 1847 la Cámara de los Pares resaltó la necesidad de que se considere a la introducción general al estudio del Derecho como materia obligatoria.

En España, por decreto del 1 de octubre de 1842, se dispuso que se diera principio a la carrera de jurisprudencia en los *Prolegómenos del Derecho*.

En Argentina, en 1875, se implantó en la Facultad de Derecho de Buenos Aires la cátedra de Introducción general al estudio del Derecho o Enciclopedia jurídica.

- d) *Su enseñanza en la Universidad de San Marcos.* Desde que se creó la Real y Pontificia Universidad de San Marcos el 12 de mayo de 1551 se enseñó jurisprudencia en las cátedras de Derecho romano y Derecho canónico.

Pocos años después de fundada la universidad, el virrey de Perú, García Hurtado de Mendoza, marqués de Cañete, funda dentro de la universidad, el Colegio Real de San Felipe, destinado a la enseñanza de las leyes.

Entre 1576 y 1577, siendo rector de la universidad el doctor Marcos de Lucio y el virrey don Francisco de Toledo, se crearon las cátedras de *Prima de leyes*, *Víspera de leyes*, *Instituta*, *Decreto*, *Código*, *Digesto viejo*, *Prima de cánones* y *Víspera de cánones*.

En 1770, durante el gobierno del virrey Amat y Junyent, se fundó el Real Conventorio de San Carlos, fusionando los colegios de San Felipe (Derecho) y San Martín (filosofía y letras). Estos colegios se encontraban en crisis por falta de maestros, pues debido a la expulsión de España y de América de la Compañía de Jesús, los jesuitas abandonaron paulatinamente las cátedras que tenían a su cargo. En las aulas de San Carlos se formaron los ideólogos de la Revolución Emancipadora (José Faustino Sánchez Carrión, José Joaquín Olmedo, Manuel Lorenzo de Vidaurre, Francisco Javier Mariátegui, José Joaquín Larriba, Luis José de Orbegoso, Manuel Pérez de Tudela, Juan Manuel Iturregui, entre otros), durante el periodo del rector Toribio Rodríguez de Mendoza, conocedor del pensamiento político de LOCKE y ROUSSEAU, y estudiioso de las teorías de NEWTON, DESCARTES y LEIBNIZ, Rodríguez de Mendoza hizo una importante reforma en el plan de estudios jurídicos, al incluir, en 1785, las cátedras de *Derecho natural y de gentes* (en cuyo dictado se siguió las enseñanzas de HEINECIO) y *Derecho Civil Patrio*. Se enseñaba Derecho constitucional con el nombre *tranquilizador* de filosofía moral.

En los inicios de la república, en uno de sus períodos de mayor turbulencia, llegó al rectorado de San Carlos, Bartolomé Herrera.

Los viejos autores, gracias a él, fueron reemplazados por otros, en los textos y en las lecciones. El sensualismo de CADILLAC abrió paso al eclecticismo de COUSIN y a la metafísica de lo absoluto, influenciada por KRAUSE; el iusnaturalismo de HEINECIO fue reemplazado por la filosofía del Derecho de AHRENS y por el tratado del comentador D. SILVESTRE PINHEIRO FERREYRA sobre *Derecho público interno y externo* que el mismo HERRERA tradujo y comentó porque Pinheiro había abandonado los errores de la escuela histórica, uniéndose a la corriente idealista; nuevas teorías

sobre el Derecho correccional, como se llamaba el Derecho penal en esa época; y el Derecho constitucional, vinieron a reemplazar a las antiguas¹⁵³.

El plan de estudios del Convictorio carolino comprendió los cursos de Derecho natural, civil patrio, constitucional, internacional o de gentes, romano y canónico y práctica forense. Desde 1845 se enseñó economía política y desde 1846 teneduría de libros.

El 7 de abril de 1855, el presidente Ramón Castilla promulgó el decreto supremo de la reforma universitaria y dispuso: “Art. 6. Las facultades de jurisprudencia, matemáticas y ciencias naturales funcionarán, por ahora, en el Colegio de San Carlos; y la facultad de medicina en la escuela que lleva ese nombre”.

El 15 de marzo de 1866, el general Mariano Ignacio Prado, jefe supremo de la república, dicta el decreto de reforma que dispone: “Art. 1.- El Convictorio de San Carlos se destinará exclusivamente a la enseñanza de las facultades de jurisprudencia, ciencias y letras”. “Art. 4.- Cada una de las facultades será dirigida por un decano nombrado por el Gobierno”. Se dispuso que los cursos de la facultad de jurisprudencia fueran: Derecho civil (comprendía Código Civil, Mercantil y Minería), Derecho romano, Derecho penal, Derecho filosófico (comprendía el natural, político y de gentes), Derecho eclesiástico (comprendía el canónico y la historia eclesiástica), Práctica de Derecho (teoría positiva del enjuiciamiento civil y penal, la práctica y la oratoria forense) y Economía política (que además de esta ciencia, comprendía estudios de hacienda pública y estadística).

En 1875 se creó la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas que se integró con algunas materias que correspondían a la jurisprudencia (Economía política, Derecho constitucional, Derecho internacional, Derecho administrativo y Estadística).

El Reglamento de Instrucción Pública, promulgado en 1876, mantuvo los estudios de Derecho natural en la Facultad de Jurisprudencia y creó el curso de Enciclopedia jurídica en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas.

La reforma de 1884 mantuvo en la Facultad de Jurisprudencia la cátedra de Derecho natural y ciencia de la legislación, hasta que en 1902 fue reemplazada por la de Filosofía del Derecho. En el plan de estudios aprobado el 26 de julio de 1935, se creó la cátedra de Introducción a las ciencias jurídicas y políticas en la sección profesional y se trasladó la de Filosofía del Derecho al doctorado.

En la actualidad, el curso de Introducción al Derecho figura en el plan de estudios como curso obligatorio en el primer año de facultad, con un sílabo (*sillabus*), al cual hemos adecuado el contenido de este libro.

153 ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 71.

V

CAPÍTULO

ESTUDIO DE LA NORMA JURÍDICA

SECCIÓN I.- LA NORMA JURÍDICA

38. Concepto de norma jurídica

Etimológicamente la palabra *norma* —del latín *norma*, la escuadra para trazar ángulos rectos— es una metáfora para indicar los criterios impuestos por la potestad imperativa, mientras que los criterios en general, aunque no sean oficialmente imperativos, se llaman *reglas*, esto es, por metáfora del instrumento que sirve para trazar líneas rectas (*regula*, en latín). La palabra *norma* aparece en el siglo IV d. C. para designar los reglamentos de los tributos, pero se generalizó y difundió en el siglo XIX, por influencia alemana (*die norm*). *Regla* es una palabra usada desde antiguo y equivalía a la palabra griega *canon*, que se utiliza para designar los preceptos del Derecho de la Iglesia; el término *regla* se utiliza comúnmente entre los anglosajones (*rule of law*)¹.

Las palabras *norma* y *regla* son usadas como sinónimas para indicar la directiva conforme a la cual debemos orientar nuestra conducta. Lo *normativo* se refiere al deber ser; no es expresión de lo que es o de lo que acontece, o de lo que ha sido o de lo que será (juicio enunciativo de la lógica del ser), sino de lo que debe ser o acontecer (juicio prescriptivo de la lógica deontica o del deber ser fundada por George Henrik Von Wright). Las normas son juicios de la lógica del deber ser o juicios imputativos, cuya fórmula es: Si A es, entonces B debe ser. “A” es el antecedente al cual está con-

1 D'ORS, Álvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, 8.^a ed., Madrid: Rialp, 1989, p. 24.

dicionada la aplicación de la consecuencia “B”. En otros términos, “B” está imputada a “A” (Kelsen).

La norma o regla jurídica es un esquema o programa de conducta que disciplina la convivencia social, en un lugar y momento determinados, mediante la prescripción de derechos y deberes, cuya observancia puede ser impuesta coactivamente.

Mediante las normas jurídicas se regulan solamente las acciones posibles con una de estas tres modalidades deonticas (normativas): de lo obligatorio, de lo prohibido y de lo permitido. Las normas jurídicas no regulan las acciones necesarias o imposibles. Si una norma ordena una acción necesaria (ejemplo, los seres humanos para vivir deben alimentarse) o prohíbe una acción imposible (ejemplo, los seres humanos no deben vivir eternamente) es inútil, o si prohíbe una acción necesaria (v. gr., el hombre no debe respirar) u ordena una acción imposible (v. gr., el hombre debe caminar sobre el agua sin ayuda de otros medios que sus propios pies) es inejecutable.

Las normas jurídicas tienen orígenes diversos: unas son creadas por los organismos competentes del Estado (los titulares del poder político, etc.). Al órgano emisor de la norma se le llama *autoridad normativa* y al destinatario se le denomina *sujeto normativo*. Las normas de origen estatal deben ser promulgadas y publicadas con el fin de que los destinatarios puedan conocerlas. Otras normas tienen un origen consuetudinario, es decir, nacen en la sociedad mediante una indefinida reiteración de actos iguales, ejecutados por los miembros de la comunidad con la convicción de su obligatoriedad; no emanan de autoridad alguna, son prescripciones anónimas. Y otras son creadas en ejercicio del poder de la autonomía de la voluntad privada (normas particulares, como son los contratos, etc.). Toda norma jurídica envuelve, o expresa implícitamente, una sanción para el caso de inobservancia.

La norma jurídica tiene la forma lingüística de una proposición² (“proposición jurídica”), es decir, un conjunto de palabras que tienen un significado entre sí, esto es, en su conjunto³. En la proposición hay un enlace entre una cosa con otra. Desde

2 En la lógica proposicional los juicios se simbolizan con letras. Por ejemplo, el juicio “Sócrates es griego” podemos representarlo con la letra “p” y “Sócrates es filósofo” con la letra “q”. A los juicios simbolizados por letras se los denomina *variables proposicionales* y cada uno de ellos es una proposición “atómica”. Dos o más proposiciones atómicas componen una proposición “molecular”. Las proposiciones atómicas, para conformar proposiciones moleculares se unen por “conectivas” lógicas. La conectiva denominada *conjunción* se suele simbolizar por “”; por ejemplo, “Sócrates es griego y filósofo: “p q”. La *disyunción inclusiva* tiene como símbolo usual “v”, v. gr., Ticio es honrado e inteligente: p v q. La *disyunción exclusiva* se simboliza con “w”, por ejemplo, “vamos al teatro o vamos al cine: “p w q”. La conectiva *condicional* se simboliza con “→”, por ejemplo, “Si Sócrates es griego, entonces es filósofo” (si p, entonces q): “p→q”

3 Como dice BOBBIO, *Teoría general del derecho*, traducción por Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1992, p. 42. “La forma más común de una proposición es lo que en la lógica clásica se llama juicio, que es una proposición compuesta de un sujeto y dejan predicado, Unidos por una cópula (S es P)”.

esta perspectiva, una norma jurídica es un juicio o proposición preceptiva⁴, o sea, un conjunto de palabras coordinadas que expresan un mandato, al cual se vincula una sanción para el caso de inobservancia. El mandato contenido en la norma es doble, porque se resuelve en dos mandatos distintos: un mandato primario, que establece determinadas reglas de conducta que disponen lo que se debe hacer o lo que no se debe hacer, y un mandato secundario o sancionatorio, que prevé la aplicación de la sanción, o sea, de un mal a que se hace merecedor quien ha violado el mandato primario. La sanción actúa sobre la acción que contraviene el mandato a fin de prevenirla, mediante el efecto sicológico que la sanción ejerce sobre el sujeto conminado, o de invalidar o eliminar la consecuencia nociva. El objeto de la proposición es la conducta en interferencia intersubjetiva.

Para precisar mejor la noción de norma es necesario referirnos brevemente a las distintas funciones del lenguaje. Entre estas sobresalen las siguientes: *descriptiva* (o informativa o asertórica), *expresiva* y *prescriptiva* (o directiva). Estas funciones dan origen a tres tipos de lenguaje: el *lenguaje científico*, que consiste en dar informaciones sobre la realidad, que puede ser verdadera o falsa (v. gr., un tratado de física); el *poético*, que hace evidente ciertos sentimientos o emociones (ejemplo, un poema), y el *normativo*, que consiste en dar órdenes o mandatos (v. gr., el Código Civil), advertencias, consejos, súplicas, pedidos, ruegos, imposiciones, etc., que van a influir en el comportamiento de otro u otros para modificarlo. Desde esta perspectiva de las funciones del lenguaje, las normas jurídicas se presentan como proposiciones prescriptivas, como órdenes o mandatos.

Ante una proposición descriptiva, dice BOBBIO⁵, se puede hablar de la aceptación del destinatario. En una proposición prescriptiva, la aceptación del destinatario se manifiesta en el hecho de que la cumpla (que haga algo). De la proposición descriptiva se puede decir que es verdadera o falsa (v. gr., Lima es la capital del Perú), mas no de la prescriptiva que puede ser evaluada de justa o injusta o de válida o inválida, de oportuna o inoportuna, conveniente o inconveniente (ejemplo, “se ruega limpiarse los zapatos antes de entrar”); la verdad de una proposición científica puede ser demostrada, mientras que la justicia de una norma solo trata de persuadir a los demás, “de donde se desprende la diferencia, que está logrando aceptación en nuestros días, entre lógica o teoría de la demostración y retórica o teoría de la persuasión”. La función prescriptiva del lenguaje tiende a modificar el comportamiento humano; el sujeto debe

4 Las normas establecen preceptos que pretenden que los destinatarios se comporten de acuerdo con ellos, independientemente de que en efecto se observe o no el precepto. Por ejemplo, en la norma jurídica que impone al arrendatario la obligación de pagar puntualmente la renta, se aprecia un imperativo, a saber: el precepto dirigido a todos los arrendatarios de comportarse de acuerdo con ello. Las normas jurídicas no son proposiciones enunciativas, como sí lo son las leyes naturales que afirman algo, sino proposiciones normativas que ordenan algo, esto es, son normas preceptivas (imperativos).

5 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 49.

hacer o no hacer algo. La norma jurídica es siempre una proposición prescriptiva, no descriptiva, porque en su segunda parte tiene una prescripción: "... Debe ser B". Una norma jurídica no describe que algo es, sino que prescribe un deber ser de forma objetiva y obligatoria. La norma vale de acuerdo o en contra de la voluntad del obligado.

Solo en parte compartimos la opinión del maestro de Turín, pues es cierto que la norma jurídica es una prescripción porque en su segunda parte prescribe un deber ser y porque vale de acuerdo o en contra de la voluntad de los ciudadanos. Pero también es una descripción abstracta de la realidad social; la norma es un concepto de la realidad social; este concepto está contenido en la primera parte de la norma (si A es...). En esta parte la norma describe en forma abstracta la conducta social valorada conforme a ciertos criterios políticos, económicos, morales, etc. La conducta en interferencia intersubjetiva es el objeto de la norma. Como dice la teoría egológica⁶, las normas:

[S]on conceptos que hacen referencia a un objeto muy especial: la libertad fenomenalizada (o sea: la conducta). Por ello hay la posibilidad de constatar si las normas son verdaderas o no. Una norma será verdadera cuando dé efectiva cuenta del sentido jurídico de la conducta a la cual se refiere. Por la misma razón, será falsa cuando no brinde el sentido jurídico de la conducta en cuestión.

En las normas jurídicas, como expresan AFTALIÓN y VILANOVA⁷ con referencia a las normas éticas, la determinación deóntica (debes hacer, o te está prohibido hacer, o te está permitido hacer tal o cual cosa) se encuentra relacionada, en forma explícita o implícita, con una descripción de hechos (que constituyen la situación dada a la libertad como punto de partida). Toda norma es el compuesto de una expresión óntica o descripción (proposición) y de una expresión deóntica (prescripción), donde la última señala a la libertad un camino dado, considerando la situación de hecho descrita en la primera parte. La decisión indicada a la libertad aparece relacionada o condicionada por una representación de la situación dada.

La norma jurídica prescribe simultáneamente deberes y derechos. Empero, es frecuente que ciertas normas prescriban solo deberes o solo derechos, casos en los cuales son completadas, integradas, con otras normas del mismo ordenamiento jurídico al cual pertenecen. Así, una norma constitucional puede prescribir un derecho subjetivo, mientras que una norma reglamentaria establece las condiciones y modos en que debe ejercerse dicho derecho y las sanciones que han de imponerse a quienes no lo respeten.

⁶ AFTALIÓN, ENRIQUE Y JOSÉ VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 476.

⁷ AFTALIÓN y VILANOVA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 478.

Como el Derecho regula coactivamente la conducta social, toda norma prescribe también una sanción para el caso en que no se cumpla con el deber. Por eso existen normas llamadas sancionadoras que complementan otras que establecen solamente deberes y derechos. De allí que sea preferible hablar, no de coercibilidad de la norma jurídica, sino de coercibilidad del ordenamiento jurídico que está integrado por todas las normas de un país. La obligación de conducirse de una manera especial se cumple siempre, si es que el ordenamiento jurídico estatuye un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Así, el que incumple una obligación contractual puede ser sancionado al pago de los daños y perjuicios que cause con su incumplimiento.

39. Características de la norma jurídica

Siendo la norma jurídica un elemento constitutivo del Derecho, en ella se encuentran las características de este, tales como la heteronomía (la norma es impuesta a los destinatarios por terceros), la exterioridad (regula las acciones humanas solo desde el momento en que son exteriorizadas), la bilateralidad (regula la vida intersubjetiva), la determinación (tiene un contenido más o menos cierto), la imperatividad (contiene un mandato positivo o negativo), la coercibilidad (puede ser impuesta coactivamente), la finalidad (tiende a establecer un orden justo).

39.1. Heteronomía

La norma jurídica es heterónoma porque nos es impuesta a los destinatarios de ella por terceros: el legislador, los jueces, los usos y costumbres, etc., y debemos acatarla, independientemente de que sus mandatos coincidan o no con nuestras convicciones.

39.2. Exterioridad

La norma jurídica regula la conducta humana social a partir del momento en que ella es exteriorizada. La voluntad que permanece en la mente del sujeto es indiferente para el Derecho. Si una persona desea asesinar a otra, ese deseo no es sancionado por el Derecho. Pero si lleva a cabo su propósito es sancionado como homicida y al juzgarlo se toma en consideración no solamente su conducta exterior, sino también la interior, o sea, su intención y voluntad. En otros casos, el Derecho se contenta con la conducta exterior; por ejemplo, basta que con el ejercicio de una actividad riesgosa se haya causado un daño a otro para que surja la obligación de indemnizar (CC, art. 1970).

39.3. Bilateralidad

El Derecho no regula la conducta humana individual, sino la conducta humana social y no toda conducta social, sino solamente aquella necesaria para la existencia y subsistencia del grupo. El Derecho regula la vida de relación de los individuos, imponiendo deberes y las correspondientes facultades. En toda vida de relación de trascendencia social hay un sujeto pasivo que debe cumplir con una prestación y otro sujeto activo facultado para exigir el cumplimiento de esa prestación.

39.4. La imperatividad

La norma contiene un mandato o imperativo⁸ dirigido al sujeto de derecho ordenándole (mandato de hacer) o prohibiéndole (mandato de no hacer) algo (determinado comportamiento). Un ejemplo del primero: “El usufructuario debe explotar el bien en la forma normal y acostumbrada” (CC, art. 1008); un ejemplo del segundo: “Los casados no pueden contraer matrimonio” (CC, art. 241.5). Toda conducta humana se reduce a un hacer o no hacer algo. El dar algo también constituye un hacer. Tan cierto es el carácter imperativo de la norma jurídica, que el poder ejecutivo al promulgar una ley proclama: “Mando se publique y cumpla”. La imperatividad se observa hasta en la formulación gramatical de las normas: “deberá”, “está obligado a”, “será castigado”, “no podrá”, “quedá prohibido”, “será preciso”, “no puede ser...”, “habrá”, “será removido”, “es nulo” etc., son fórmulas habituales en los textos normativos. Inclusive, en las normas permisivas está latente una orden implícita: la de prohibir que alguien impida la efectividad del permiso concedido por la norma. Por ejemplo, el art. 965 del CC dice: “El propietario de un bien tiene derecho a cercarlo”. En este texto está implícito el imperativo que dice: nadie puede impedir al propietario que cerque su predio si él así lo desea.

El Derecho, al regular la conducta, ordena hacer algo (imperativo positivo) o a no hacer algo (imperativo negativo). El mandato contenido en la norma jurídica coloca frente a frente a dos sujetos, atribuyéndole a uno un derecho subjetivo e imponiéndole al otro un deber. Como expresa BOBBIO⁹, la atribución del derecho y la imposición del deber son momentos correlativos de un mismo proceso; el derecho y el deber son las dos caras de la relación jurídica, no pudiendo estar la una sin la otra.

⁸ Los imperativos pueden ser personales o impersonales. En los primeros el sujeto que da la regla de conducta es determinado, como la sentencia emitida por un juez o la orden dada por un rey absoluto o por un despota; y en los segundos el sujeto que da la norma es indeterminado, como sucede con los diez mandamientos o con la mayoría de normas estatales en las cuales no se puede establecer con claridad si el que expresó el mandato es el que elaboró el proyecto o el parlamento que lo aprueba o el presidente que lo promulga.

⁹ BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 83.

El Derecho permite solo en cuanto al mismo tiempo ordena. Las normas permisivas (atribuyen facultades que permiten hacer o no hacer) suponen las normas imperativas. Así, se permite la libre contratación, siempre que sea con fines lícitos (el ordenamiento imperativo prohíbe la ilicitud).

Ciertamente, no en todas las normas se expresa en forma literal el mandato. No todas las normas hablan como esta: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”. Hay normas que solo atribuyen derechos (v. gr., “el propietario tiene derecho a usar, disfrutar, disponer y reivindicar”); pero el deber es proclamado para los otros, en cuanto ellos deben dejar hacer al propietario lo que la ley le consiente hacer. Otras veces simplemente se regula un precepto, por ejemplo, “los requisitos de validez del acto jurídico son”; aquí el imperativo se revela en que la ley prohíbe hacer valer derechos en virtud de un acto jurídico que no tenga los requisitos de validez establecidos.

El mandato viene implícito en el juicio hipotético¹⁰: si sucede A, debe ser B, no siendo necesario que la norma esté redactada en términos imperativos. No se debe olvidar que toda norma, a la vez que manda o prohíbe algo, correlativamente concede a los otros el derecho a que se cumpla el deber; al imponer determinada conducta, prohíbe el comportamiento que le sea incompatible, y lo mismo a la inversa. En estas dos clases de normas (preceptivas: que mandan algo y prohibitivas: que prohíben algo), el carácter imperativo es evidente, pero junto a las normas imperativas existen también las normas permisivas que no mandan ni prohíben, sino que implican la concesión de un permiso (v. gr., “pueden renunciar herencias y legados quienes tienen la libre disposición de sus bienes”, CC, art. 674).

Debido a la existencia de normas permisivas, se ha cuestionado la imperatividad del Derecho. AFTALIÓN y VILANOVA¹¹ sostienen que las normas no son órdenes o mandatos, porque una orden es la expresión de voluntad de un individuo dirigida a otro individuo, determinando la conducta de este último (por ejemplo, la orden que un padre da a su hijo diciéndole: ¡cierra esa puerta!), pues hay normas que nunca han sido enunciadas como mandatos, como las consuetudinarias, y otras que subsisten pese a que haya desaparecido la voluntad que les dio origen, v. gr., el testamento surte sus efectos después de la muerte del testador; la ley no puede ser la voluntad del parlamento por cuanto este carece de voluntad sicológica; el Estado no existe, ni es

¹⁰ Kelsen negó el carácter imperativo del Derecho al sostener que las normas morales son mandatos y las normas jurídicas son juicios. Según este autor, la norma jurídica no es un mandato sino un juicio hipotético que establece un nexo entre una condición (el ilícito) y una consecuencia (la sanción). Pero un juicio hipotético en el cual se expresa la norma es siempre un juicio hipotético prescriptivo (contiene una prescripción: ... debe ser B) y no descriptivo, y toda proposición prescriptiva es imperativa porque tiene por función dirigir las acciones de los demás.

¹¹ AFTALIÓN y VILANOVA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 447; 467 y ss.

capaz de voluntad, de la misma forma que existe el sujeto individual; la ley obliga al propio legislador (es un absurdo que este se pueda dar una orden a sí mismo), y a las generaciones venideras (porque se estaría dando órdenes a sujetos que no nacieron todavía); el sujeto que recibe la orden debe entender el sentido imperativo de ella, y esto choca con la regla jurídica según la cual la ignorancia del Derecho no excusa la obligación de cumplirlo; por eso es un absurdo considerar que se deben obedecer órdenes que se desconocen. Por su parte, KALINOWSKI¹² sostiene que el imperativo que es intimación dirigida a una persona no corresponde a la norma, que es una regla de conducta que establece una obligación o una permisión de hacer y/o de no hacer, mientras que el imperativo es un juicio que penaliza o prohíbe, pero jamás un juicio que permite.

La teoría que niega la imperatividad de las normas es rechazada por autores como DEL VECCHIO¹³, quien sostiene que el permiso, de por sí, no requiere ser pronunciado por el Derecho, porque por regla general es jurídicamente lícito todo aquello que no está jurídicamente prohibido. Por ende, una norma jurídica permisiva ni tiene razón de ser, ni es pensable por sí misma; mas puede en cambio tener sentido respecto a otras normas de carácter imperativo, cuya esfera de aplicación restrinja o limite en cierto modo.

Por ejemplo, la fórmula permisiva: “el acreedor puede exigir del deudor el cumplimiento de la obligación prometida”, sustancialmente dice que el cumplimiento es un deber del deudor; en otros casos, la norma permisiva tiene el significado de limitación de una norma precedente: se establece una prohibición general, pero se exime de ella a ciertos sujetos; por ejemplo, perfeccionado un contrato, las partes no pueden separarse de él por su sola decisión, salvo que el ordenamiento lo permita (v. gr., en el contrato de mandato, cualquiera de las partes se puede desligar del vínculo por su propia voluntad); las leyes que establecen excepciones o que restringen derechos, si contienen un permiso, este se encuentra referido a un mandato o a una prohibición anterior y más general. La norma permisiva existe solamente para limitar o definir un mandato o una prohibición preexistente; por tanto, las normas permisivas suponen las normas imperativas. Si no existiera la imperatividad no habría necesidad de eliminar o restringir el imperativo, en determinadas circunstancias, en relación con determinadas personas.

12 Cita de ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, 10.^a ed., Lima: Eddili, 1987, p. 116.

13 DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Utcha, 1946, p. 133.

La tesis antiimperativista de Kelsen, dice BOBBIO¹⁴, no es contraria a la tesis de la norma jurídica como prescripción. KELSEN mismo, en sus obras posteriores (*Teoría general del derecho y del Estado*); atenúa su posición antiimperativista al sostener que el legislador usa frecuentemente el futuro cuando afirma que un ladrón será castigado de esta o de aquella manera. Entonces presupone que el problema sobre quién es el ladrón ha sido resuelto en alguna parte, en la misma ley o en otro texto legal. La frase “será castigado” no implica la prevención de un hecho futuro —el legislador no es un profeta— sino que constituye un imperativo o un mandato, tomando tales términos en sentido figurado.

En el ordenamiento jurídico encontramos unas normas que nos obligan a observar un singular comportamiento, porque si no lo hacemos violamos la norma; y otras normas que nos dejan en libertad de no hacer lo que prescriben sin violarla. A estas últimas se las denomina *normas finalistas*, y aparentemente no serían imperativas. Por ejemplo, las que regulan el acto testamentario. Aquí es libre el fin, pero es imperativa la ejecución de los medios una vez que se ha elegido el fin, que ya no es libre. Soy libre de otorgar testamento, pero una vez tomada la decisión de hacerlo, debo observar la forma fijada para la modalidad testamentaria que he elegido y debo respetar los límites de contenido fijados por la ley para otorgar testamento, porque si no lo hago violo la norma.

En definitiva, el carácter imperativo es propio de toda norma jurídica, sea de modo directo o inmediato o indirecto o mediato. La norma impone, o bien un hacer (prescribe lo que ha de hacerse) o un no hacer (prescribe aquello de que hay que abstenerse). En uno y otro caso prescribe comportamientos. La norma es un imperativo (un mandato), no tanto porque hay un poder que la establece y que exige su observancia; es un imperativo porque tiene valor objetivo y está, como se dice, “por encima de los sujetos que están obligados a ajustarse a ella”¹⁵.

En la norma jurídica hay un presupuesto de hecho al cual se le imputa normativamente una consecuencia jurídica. Esto quiere decir que ciertos hechos, más que otros, son obligatorios en cuanto están prescritos por la norma; esta les atribuye determinadas consecuencias. Así, ciertos comportamientos que sin la norma serían lícitos están prohibidos, o determinados hechos que sin la norma serían ilícitos se tornan lícitos. Las prescripciones jurídicas tienden a la modificación del comportamiento de los demás, o sea, las consecuencias fijadas por la norma jurídica son obligatorias. Luego toda norma jurídica, directa o indirectamente, es imperativa.

14 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 94.

15 MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, traducción por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1979, t. I, pp. 119 y 120.

39.5. Coercibilidad

El Derecho es coercible. La coerción es el elemento indispensable para distinguir la norma jurídica de la no jurídica (IHERING). En el centro de los ordenamientos, dice WAGNER, se sitúa la coercibilidad de las normas y la posibilidad de imponerlas, pero no solo por vía de sanción, sino también (o primero que todo) por vía de la persuasión. Fórmulas como que tan solo está uno legalmente obligado a no robar, por cuanto el que robe será castigado, no se compadecen con el modo de entender el Derecho¹⁶.

Las palabras *coacción* y *sanción* expresan la misma idea. Sin embargo, en sentido estricto, se distingue entre *coerción*, *sanción* y *coacción*, como tres términos correlativos en el cumplimiento del Derecho. La *coerción* significa constreñir al sujeto para que cumpla la prestación debida. En este sentido, ella se manifiesta por el temor a las consecuencias perjudiciales que puede acarrear el comportarse contrariamente a las exigencias del deber ser. Si la coerción resulta insuficiente para mantener al sujeto en la vereda del Derecho, viene la *sanción*, que es un mal infligido por un órgano del Estado, y si el sujeto no acata la sanción, esta puede ser ejecutada *coactivamente* (ejecución forzosa de la sanción). La coercibilidad es la posibilidad del uso de la fuerza y la coacción es el uso efectivo de la fuerza cuando el sujeto no cumple espontáneamente la sanción.

Sostiene KANT¹⁷ que el Derecho está vinculado a la autorización de usar la coerción, y se apoya en la posibilidad de una fuerza exterior conciliable con la libertad de todos según leyes generales. Así, el autor afirma lo siguiente:

[U]n acreedor tiene el derecho de exigir de su deudor el pago de su deuda, no se quiere decir que pueda persuadirle a que su propia razón le obligue a esta devolución, sino que el forzarle a esta devolución, fuerza que se extiende a todos, puede subsistir con la libertad general; por consiguiente, hasta con la del mismo deudor, según una ley general exterior. El derecho y la facultad de obligar son, pues, una misma cosa.

Para que el Derecho sea eficaz debe contar con la adhesión espontánea de la mayoría de los miembros componentes del grupo social, pero esto no es suficiente, pues requiere que en última instancia la eficacia jurídica esté respaldada por la sanción organizada como una respuesta a la conducta contraria a las exigencias del deber ser. En la esencia del Derecho está el poder ser impuesto coercitivamente a sus destinatarios,

¹⁶ WAGNER, Heinz, *La teoría pura del derecho y la teoría marxista del derecho*, Ponencia presentada en el simposio organizado por el Instituto Hans Kelsen, bajo el lema de teoría pura del Derecho y teoría marxista del Derecho, efectuado los días 9 y 10 de marzo de 1975, traducción por Ernesto Volkenning, Bogotá: Temis, 1984, p. 152.

¹⁷ KANT, Immanuel, *Principios metafísicas del derecho*, Buenos Aires: Americalee, 1943, p. 49.

como prueba de su obligatoriedad incondicionada que determina que los sujetos se ajusten a sus preceptos espontáneamente, porque saben que en caso contrario se puede ejercer contra ellos la fuerza pública para que cumplan lo mandado o, en su defecto, se les puede aplicar la sanción establecida. Preguntémonos: ¿qué pasaría si se priva de toda sanción jurídica a la violación de los derechos fundamentales (individuales, sociales y colectivos) del ser humano? Sin duda, la sociedad civilizada desaparecería; el Derecho dejaría de ser tal, comenzando a regir la fuerza bruta. La coerción (amenaza de castigo para el caso de incumplimiento) es la nota característica del Derecho. Un mandato sin sanción externa no puede ser sino un precepto moral. La norma debidamente establecida es eficiente socialmente cuando es obedecida, o en caso de desobediencia, cuando es aplicada en forma coactiva.

Sin embargo, hay que advertir que no toda norma jurídica prescribe un acto coactivo, una sanción, pues hay normas que no prescriben sanción alguna. Por ejemplo, una serie de normas constitucionales que solo prescriben derechos y garantías, o normas del Código Civil que apenas establecen los requisitos para celebrar un contrato, un matrimonio, etc.; pero estas solo adquieren eficacia cuando son conectadas con otras normas que prescriben actos coactivos. No tendría razón de ser que una norma prescriba que “los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes” (CC, art. 1352) si no hubieran otras que sancionan ese acto con la nulidad cuando falta el consentimiento (art. 219.1); de nada valdría que se prescriba que “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos” (art. 1361) si no existiera otra que estipule que el contratante que falte al cumplimiento de su prestación queda obligado a la “indemnización de daños y perjuicios” (art. 1428).

Como expresa BARBERO¹⁸:

[L]a coercibilidad no quiere decir siempre posibilidad de realizar coactivamente, mediante el empleo de la fuerza, la observancia de la norma y el cumplimiento del deber. Ninguna fuerza puede arrancar del cerebro del arquitecto el diseño que no quiere hacer, de la batuta del director el concierto que no quiere dirigir, de las tijeras del sastre el traje que no quiere cortar: *nemo ad factum cogipotest* (nadie puede ser constreñido al hecho). Mediante la fuerza se puede, en cambio, quitar al arquitecto, al director de orquesta, al sastre, mil, diez mil, cien mil liras, y entregarlas a quien esperaba el traje, la dirección del concierto, el diseño negociado, en sustitución y en función del equivalente económico.

La coercibilidad de una norma se funda en otra norma que ordena la aplicación de la fuerza a la violación de la regla. Si la segunda norma es violada, hay la necesidad

¹⁸ BARBERO, Doménico, *Sistema del derecho privado*, t. II, traducción por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1967, t. I, p. 72.

de una tercera, de una cuarta, de una quinta, cada una de las cuales imponga coercitivamente el mandato anterior.

Es más apropiado hablar no de normas coactivas sino de ordenamientos jurídicos coactivos, porque es el ordenamiento el que contiene normas coactivas, sin que por esto todas sus normas deban contener sanciones. Un ordenamiento normativo que no puede ser impuesto coercivamente a los miembros de la colectividad no es un ordenamiento jurídico. Norma jurídica es aquella cuyo cumplimiento está garantizado por una sanción externa e institucionalizada. Externa, porque es impuesta por el organismo competente del Estado. Institucionalizada, porque está regulada en la misma o en otra norma del ordenamiento jurídico que regula tanto los comportamientos de los sujetos como la reacción contra los comportamientos contrarios. No se trata de una sanción interna como la moral, o de una sanción externa pero no institucionalizada como en la norma de trato social; se trata de una sanción externa, organizada e institucionalizada.

Cuando decimos que la norma jurídica está garantizada por la coerción, no queremos significar que el Derecho está garantizado por la violencia en el sentido de coerción física, pues hay normas cuyo incumplimiento solamente dan lugar a amonestaciones que no envuelven coerción física, sino que expresamos que la garantía de la coerción:

[D]epende de la disponibilidad de que exista un aparato coercitivo, organizado para la aplicación no violenta de la coerción jurídica. Ese aparato debe contar con poder suficiente como para que exista de hecho una probabilidad significativa que la norma será respetada, precisamente, debido a la posibilidad que se aplique tal coerción jurídica¹⁹.

No le falta razón a KELSEN²⁰ cuando afirma que el Derecho no proscribe el uso de la fuerza, sino que la organiza y sistematiza; autoriza la práctica de actos coercitivos solo a ciertos individuos (órganos de la comunidad) y en ciertas circunstancias. Alf Ross dice que “un orden jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado”²¹. Para el jurista danés, los destinatarios de las normas jurídicas son los jueces y el objeto de ellas es el ejercicio de la fuerza.

La sanción es impuesta al que transgrede el mandato contenido en la norma. La transgresión es el hecho antecedente al que se encuentra imputada la sanción. El

19 WEBER, Max, *On law in economy and society*, Nueva York: Oxford University Press, 1954, p. 14.

20 KELSEN, Hans, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 33.

21 ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 1963, p. 34.

responsable de la transgresión es la persona a la cual se aplica la sanción, independientemente de que sea o no el transgresor, como sucede, por ejemplo, con la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores.

La sanción jurídica reviste ciertos caracteres: a) se trata de un acto coercitivo, o sea, un acto de fuerza en potencia o efectiva; b) tiene por objeto la privación de un bien (la vida, la libertad, la propiedad, etc.), o sea, es un mal para el sancionado y es recibida así por él; c) se encuentra prevista específicamente en el ordenamiento jurídico que establece qué órgano y en qué condiciones debe aplicarla.

Como afirma BOBBIO, el Derecho tiene respecto del poder coactivo cuatro funciones:

- a) determinar las condiciones en las que el poder coactivo puede o debe ser ejercitado;
- b) las personas que pueden y deben ejercerlo; c) el procedimiento que debe ser ejercido en esas determinadas circunstancias y por esas determinadas personas; y d) el *quantum* de fuerza del que puede y debe disponer quién, observando ciertos procedimientos, está encargado de ejercer en determinadas circunstancias el poder coactivo. Decir que el derecho es la regla de la fuerza significa, en otras palabras, decir que el derecho es el conjunto de las normas que regulan el cuándo, el quién, el cómo y el cuánto del ejercicio del poder coactivo²².

Todo ordenamiento normativo encuentra en la realidad resistencias y reacciones, pero no todas responden de un mismo modo a las violaciones. En las normas morales la sanción es puramente interior (el sujeto sufre remordimiento o arrepentimiento). En las normas de trato social la sanción es externa, pero no institucionalizada; la sanción social se caracteriza por su falta de proporcionalidad entre la violación y la respuesta (puede consistir en una simple reprobación o en la expulsión del grupo, o puede llegar hasta el linchamiento como una expresión espontánea e irreflexiva del grupo social). La sanción jurídica que se caracteriza por ser externa, organizada, proporcional e institucionalizada.

A los que niegan que la coerción es una característica de la norma jurídica porque hay normas jurídicas sin sanción y, más aún, hay ordenamientos jurídicos completos desprovistos de sanción, como el ordenamiento internacional, hay que preguntarles: ¿qué pasaría, por ejemplo, si se eliminara del ordenamiento jurídico toda sanción contra los deudores que no pagan sus deudas? La respuesta es que la mayoría de deudores no pagarían a sus acreedores y estos terminarían en la ruina; ¿qué pasaría si se elimina del Código Penal la pena privativa de la libertad para el que roba?; a partir de ese momento se crea un estado de inseguridad para

22 BOBBIO, Norberto, "Derecho y fuerza", en *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia: Fernando Torres, 1980, p. 342.

el patrimonio de las personas con consecuencias impredecibles que pondrían en peligro al mismo Estado de Derecho. El Derecho internacional nace junto a la institucionalización de la guerra como sanción, además de otras sanciones como las económicas, etc.

Las sanciones pueden ser; penales, como la pena privativa de la libertad, la inhabilitación, la expatriación (tratándose de nacionales), la expulsión (tratándose de extranjeros), la prestación de servicios a la comunidad, la limitación de días libres, la pena de multa; administrativas, como la amonestación, el cese temporal o definitivo de un servidor, cancelación del permiso para manejar un vehículo, multas fiscales; civiles, como la pérdida de la patria potestad, la desheredación, el divorcio, la ejecución forzada de la prestación debida, el lanzamiento de un inquilino, la expulsión de un socio, la nulidad, anulabilidad, resolución, rescisión o revocación de un acto o negocio jurídico, la indemnización de daños; internacionales, como el bloqueo económico, la intervención.

39.6. La generalidad y la abstracción

El carácter general y abstracto de las normas jurídicas es discutible, puesto que al lado de las normas generales y abstractas existen las normas individuales y concretas.

La norma es general por cuanto los destinatarios de ella son todos los asociados, o bien una clase compuesta de varios miembros, por ejemplo, los obreros, los militares (*ius es commine paeceptum. Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*).

La generalidad de la norma satisface el ideal de justicia, según el cual todas las personas son iguales ante la ley. La Constitución Política dispone que la ley es igual para todos, sin discriminación alguna (art. 2.2), pudiéndose dictar leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de las personas (art. 103). Esta disposición del Derecho positivo nos indica que a las normas generales se contraponen las especiales o individuales que tienen destinatarios individuales. Por ejemplo, las de nombramiento o promoción de funcionarios públicos. Pero la regla es la generalidad de la norma y la excepción la especialidad²³. En Derecho no hay reglas

23 Konrad HUBER, citado por STARCK, Christian, *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, traducción por Luis Legaz Lacamra, Madrid: Maribel, 1979, pp. 86 y 87. Dice que para determinar si existe o no ley singular no hay que preguntar si es determinable o indeterminado el número de personas afectadas; lo decisivo es más bien si el objeto de la regulación es o no un caso particular. “En el moderno Estado, continúa HUBER, un cambio transitorio coyuntural, una caída de los precios en el mercado mundial, el hundimiento de una gran empresa industrial, pueden requerir medidas públicas de ayuda, cuya índole y amplitud no pueden estar predeterminadas por la ley jurídica”.

absolutas; siempre la excepción confirma la regla. En este sentido podemos afirmar el carácter general de la norma jurídica.

Pero aun cuando la norma regule intereses individuales (privilegios, dispensas, honores, reconocimientos, concesiones, etc.), hay indirectamente un mandato dirigido a la generalidad de respetar o reconocer lo que se ha otorgado al individuo.

La norma es abstracta por ser de aplicación a todos los casos de la realidad social que sean iguales al hecho que constituye el supuesto de la norma del cual se hace depender la consecuencia jurídica. Si la hipótesis normativa dice que “todo servidor público después de un determinado número de años de servicios tiene derecho a una pensión de cesantía”, está prescribiendo la conducta que se debe observar en todos los casos en que un servidor público cumpla ese tiempo de servicios, no se refiere al caso concreto de cumplimiento de tiempo de servicios por un determinado servidor.

El carácter abstracto de la norma satisface el ideal de justicia consistente en la certeza de las acciones prescritas, lo cual constituye una garantía de seguridad para los asociados que están en la posibilidad de conocer anteladamente cuáles son los efectos que la norma atribuye a cierto comportamiento; pueden saber con anticipación si sus actos son o no conformes al Derecho.

A las normas abstractas se contraponen las normas concretas que regulan un caso particular. Las normas abstractas constituyen la regla y las concretas la excepción, lo cual justifica el carácter abstracto de la norma jurídica en particular y del Derecho en general.

39.7. Hipotecidad

La norma es hipotética porque en ella se da una situación de hecho condicionante vinculada a una consecuencia condicionada. Por ejemplo, “aquel que por dolo causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”. Esto quiere decir que a fin de que se realice la tesis (“estar obligado a indemnizar el daño”), tiene que haberse verificado antes la hipótesis (“haber cometido un hecho doloso que cause a otro un daño”).

39.8. Finalidad

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.

39.9. Espacialidad y temporalidad

Las normas jurídicas tienen validez espacial y temporal. Por ejemplo, el Código Civil peruano de 1984 rige apenas en Perú y solamente a las relaciones y situaciones que se produzcan durante su vigencia. La validez espacial del Derecho se debe a la existencia de diversas entidades políticas llamadas Perú, Argentina, Italia, Japón, etc. Pero en esencia, la mayoría de las normas jurídicas que integran el Derecho son universales. Por ejemplo, el homicidio es castigado en Perú como en cualquier otro país; celebrado un contrato de compraventa, el vendedor debe entregar el bien y el comprador pagar el precio; esto sucede tanto en Perú como en cualquier otra parte del mundo. La misma regla se adapta a las distintas realidades políticas. Por tanto, el Derecho, aunque solo potencialmente, es universal. Si caen las barreras políticas (el mundo actual se orienta a eso), caen las barreras del Derecho y se universaliza.

40. Ley y norma jurídica

Se suele identificar “ley y norma jurídica”, pero la ley, así como la costumbre, el precedente judicial, el contrato, etc., son modos de manifestación de normas jurídicas; la ley y las otras fuentes formales del Derecho crean normas jurídicas. Estas son el contenido y aquellas el continente. La ley, la costumbre, el precedente judicial y el contrato contienen normas jurídicas.

La norma es el mandato jurídico con eficacia reguladora de conducta humana social; en cambio, la ley, la costumbre, etc., son los signos sensibles mediante los cuales se manifiestan las normas. Una norma puede estar contenida en una sola disposición legal o en varios textos legales, caso en el cual será necesario poner en contacto esos textos para poder obtener la norma. Por ejemplo, el art. 388 del CC prescribe lo siguiente: “El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos”. Para construir la norma hay que reunir el texto de este dispositivo con el texto del art. 386 del mismo Código, que nos explica que “son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”.

Se suele distinguir entre disposiciones jurídicas completas que contienen una norma y disposiciones jurídicas incompletas o fragmentarias o no autónomas o auxiliares. Pero también una sola disposición jurídica puede contener dos o más normas jurídicas. Por ejemplo, el art. 1969 del CC dice: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”. En esta disposición legal hay dos normas; una de ellas dice: “Aquel que por dolo causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo” y la otra expresa: “Aquel que por culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”.

Ley, en su acepción amplia, material, es toda regla de conducta, escrita, emanada del órgano competente del Estado (Constitución, ley, decreto legislativo, decreto supremo, resolución suprema, ordenanza municipal, etc.). A las normas jurídicas contenidas en las leyes llamamos *normas legales*, a las contenidas en los usos y costumbres las denominamos *normas consuetudinarias*, a las contenidas en los precedentes judiciales las conocemos como *normas jurisprudenciales*, etc.

41. La norma jurídica como juicio categórico

Las normas categóricas²⁴ establecen deberes genéricos, indiscriminados, no condicionados y sin consecuencias imputables a su incumplimiento. Tal el sentido regulador del *Decálogo* de Moisés, “no matarás”, “no robarás”, etc., u otras que dicen “deben cumplirse los pactos”, “paga tus deudas”, etc.

En el juicio categórico, el sujeto es incondicionado, no está sometido a condición alguna; por ejemplo. Pedro es bueno o Pedro debe ser bueno. Su forma es “S es P”. La norma categórica establece determinada acción que debe ser cumplida. Es un *deber ser* establecido pura o simplemente, no está sujeto a la condición de que ciertos hechos sucedan efectivamente.

Por mucho tiempo la teoría jurídica tomó en consideración apenas este tipo de normas, negando la categoría de tales a los preceptos que estatúan sanciones.

24 Romero y P. Ucciarelli (citado por AFTALIÓN, Enrique; Fernando GARCÍA OLANO y José VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980, p. 102), dicen: “En el juicio categórico, la enunciación no está supeditada a condición alguna, es independiente: “Pedro es honrado”, “mañana es lunes”.

“Cuando la enunciación se formula condicionadamente, sometida a una hipótesis, a una situación que no aseguramos, sino que suponemos, el juicio es *hipotético*. Dejamos suspendido el cumplimiento de la enunciación hasta que se realice lo postulado por la hipótesis, y nos limitamos a registrar entretanto la dependencia entre lo que enuncia el juicio propiamente dicho y la situación a que la hipótesis se refiere. Lo característico del juicio hipotético es tanto su dependencia respecto de una situación previa, que le es determinante, como el sentido hipotético de esta misma que se refleja sobre el juicio. Por ejemplo, “si hace buen tiempo, iré de paseo”. Es hipotético que vaya de paseo porque lo es que haga buen tiempo. En cambio, la dependencia entre la enunciación y la hipótesis es terminante: el juicio dice que, si la condición establecida se cumple, iré de paseo seguramente.

“En el juicio hipotético se anudan aparentemente dos juicios, uno que pone la condición y otro condicionado. Pero el condicionante es uniendo juicio evidentemente... En los juicios disyuntivos, como en los hipotéticos lo condicionante es una situación previa y como externa al juicio propiamente dicho; en el juicio disyuntivo la condición funciona dentro de la predicación. En efecto, en este tipo de juicios hay dos o más determinaciones predicadas que se excluyen mutuamente, de manera que una sola de ellas puede ser verdadera: la verdad de una arrastra consigo la falsedad de las demás. La condición para que tal determinación contenida en el predicado sea verdadera es, pues, que la otra (o las otras) no lo sea. La fórmula del juicio disyuntivo es: ‘S es P o Q’. Cuando la disyunción es compleja. Ejemplo este triángulo es equilátero, isósceles o escaleno. En este ejemplo la disyunción se refiere al predicado, pero puede también estar en el sujeto del juicio (S o R es P) o abarcar todo el juicio (S es P o N es S)”.

Aun para autores como John AUSTIN, los mandatos y deberes primarios dirigidos a la generalidad de individuos y los mandatos y deberes secundarios dirigidos a los órganos encargados de aplicar las sanciones, no son sino proposiciones imperativas categóricas que funcionan alternativamente.

42. La norma jurídica como juicio hipotético

En las normas hipotéticas la condicionalidad del sujeto presupone una hipótesis que puede o no darse: “El que roba debe ir a la cárcel”: si la hipótesis planteada, que un sujeto robe, se da, entonces debe ir a la cárcel. Si no es así, no irá a la cárcel. La norma hipotética preceptúa que una cierta acción debe ser ejecutada si se verifica determinada condición. Hay un enlace entre una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada: si A es, entonces B debe ser. La condicionalidad supedita la aplicación de la consecuencia B a que ocurra el hecho antecedente A.

KELSEN²⁵ descartó la concepción tradicional del Derecho, según la cual las normas jurídicas son juicios categóricos²⁶: no matar, no robar, cumplir los pactos, etc.

25 KELSEN, *La teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 49.

26 Los juicios se dividen en categóricos, hipotéticos y disyuntivos. “En el *juicio categórico*, la enunciación no está supeditada a condición alguna: ‘Pedro es honrado’, ‘mañana es lunes (S es P)’”.

“En el *juicio hipotético* la enunciación se formula condicionalmente sometida a una hipótesis, a una situación que no aseguramos, sino que suponemos. Lo característico del juicio hipotético es tanto su dependencia respecto de una situación previa, que le es determinante, como el sentido hipotético de esta misma que se refleja sobre el juicio. Ejemplo: ‘si hace buen tiempo, iré de paseo’. Es hipotético que vaya de paseo porque lo es que haga buen tiempo. En cambio, la dependencia entre el enunciado y la hipótesis es terminante: el juicio dice que si la condición establecida se cumple, iré de paseo seguramente (si Q es R, S es P). La distinción que hizo Kant entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos ha sido utilizada para distinguir la moral del derecho. El imperativo categórico prescribe una acción buena en sí misma, buena en sentido absoluto, que debe cumplirse sin condiciones, o sea, sin ningún otro fin diferente al cumplimiento de la acción en cuanto acción obligatoria. Ejemplo, “no debes mentir”. El imperativo hipotético prescribe una acción buena para lograr un fin, o sea, una acción que no es buena en sentido absoluto, sino que es buena si se desea para obtener un cierto fin, se cumple *condicionalmente* a la obtención del fin. Ejemplo, “si deseas mejorarte del resfriado debes tomar aspirina”. Según Kant, los imperativos categóricos son propios de la legislación moral. Kant subdivide a los imperativos hipotéticos en consideración al *fin* que la norma persigue, el *fin de habilidad* que es un fin posible, un fin que los hombres pueden perseguirlo o no. Ejemplo, “si deseas aprender latín debes hacer ejercicios de traducción del castellano al latín” y *fin de prudencia* que es un fin real, un fin obligatorio de perseguir. Ejemplo, “si quieres ser feliz, debes dominar las pasiones”; para Kant la felicidad es un fin cuya obtención no se ha dejado a la libre voluntad del individuo, como la de aprender latín, sino que es un fin intrínseco a la misma naturaleza del hombre. En rigor, un imperativo de este género, aunque condicionado (o sea, condicionado a la obtención de un fin) no se expresa en una proposición hipotética. Su fórmula correcta es: “Como debes Y, debes X”. Según la terminología de Kant, que podemos adoptar, los imperativos condicionados del primer tipo son normas técnicas y los del segundo tipo son normas pragmáticas. Concluyendo, para Kant, con base en la fórmula se pueden distinguir tres tipos de normas: la norma ética, cuya fórmula es “debes A”; la norma técnica, cuya fórmula es “si quieres Y, debes X”.

Amparándose en la distinción kantiana entre *ser* y *deber ser*, postuló que la norma jurídica se estructura bajo la forma de un juicio o proposición hipotética y estableció que entre la consecuencia condicionada y el hecho condicionante de la norma hay una relación de imputación, distinta a la relación de causalidad de las leyes naturales.

Las reglas de Derecho y las leyes naturales son juicios hipotéticos (no categóricos) que generan relación entre una condición y una consecuencia, según el esquema “si A entonces B”. La naturaleza de esta relación no es, sin embargo, la misma en los dos casos. La ley natural enuncia: si A es, entonces B es. Dicho, en otros términos, si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B le sigue necesariamente; la consecuencia está causalmente producida por la condición. Ejemplo: “Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación”. La regla de Derecho recurre a un esquema diferente: si A es, entonces B debe ser; es decir, si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Verbigracia: “Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión”.

La idea de imputación como un concepto relacional en la estructura de la norma de conducta “permite no solo prescribir un deber jurídico dirigido al comportamiento humano, sino también relacionar los actos prescritos como debidos con otros hechos y supuestos que los condicionan”. Todo acto humano está condicionado por otro acto también humano o por un hecho exterior, o por uno y otro a la vez. Así, se establecen penas para el homicidio y para la tentativa de homicidio, pero la conducta humana puede ser la misma; la diferencia de penas estriba en un hecho exterior: la muerte o la supervivencia del individuo que debió ser muerto. Toda acción u omisión se dan solamente en determinadas condiciones: “No se puede mentir, matar, o cometer adulterio, no importa dónde ni cómo”. El acto está condicionado por un conjunto de circunstancias en medio de las cuales debe ser cumplido; por eso la norma jurídica tiene una estructura relacional hipotética que expresa el enlace de una consecuencia jurídica (sanción) a una condición jurídica (ilicitud), según el esquema “si es A, debe ser B”. Las normas que prohíben matar, mentir, robar, etc., pueden ser observadas solamente en determinadas condiciones; además, toda prohibición admite reservas,

X”; la norma pragmática, cuya fórmula es “como debes Y, debes también X” (BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., pp. 57 y 58).

“En el *juicio disyuntivo* hay dos o más determinaciones predicadas que se excluyen mutuamente, de manera que una sola de ellas pueda ser verdadera: la verdad de una arrastra consigo la falsedad de las demás. La condición para que tal determinación contenida en el predicado sea verdadera es, pues, que la otra (o las otras) no lo sea. La fórmula del juicio disyuntivo es: S es P o Q, cuando la disyunción es compleja. Por ejemplo, este triángulo es equilátero, isósceles o escaleno. Aquí la disyunción se refiere al predicado, pero puede también estar en el sujeto del juicio. Ejemplo, S o R es P, o abarcar todo el juicio. Por ejemplo, S es P o N es S” (véase ROMERO y PUCCIARELLI, cita de AFTALIÓN y VILANOVA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 461).

ya que hay circunstancias en que está permitido matar, mentir, robar, etc. La norma jurídica, sea que prescriba una acción o una omisión, es tan solo aplicable en ciertas condiciones porque “establece siempre una relación entre una condición y una consecuencia y prescribe que la consecuencia debe seguir a la condición”. Por ejemplo, “el que mata a otro (condición) será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de veinte años (consecuencia)” (CP, art. 106).

Para KELSEN, la proposición jurídica completa es una especie de doble norma integrada por una norma secundaria: “Bajo ciertas condiciones una persona debe conducirse de un modo determinado” (dado A debe ser P), y una *primaria*: “Si no se comporta así, entonces otra persona —el órgano del Estado— debe realizar contra ella un acto coactivo determinado” (dado no P, debe ser S). La norma secundaria define la conducta que evita la sanción (S) al estatuir el deber jurídico o prestación (P); por ejemplo, “dada una cierta situación de convivencia y libertad, debe ser el respeto de la vida del prójimo”. La norma primaria es la que lleva la nota de la coacción, v. gr., “dado un homicidio debe ser la prisión del que lo cometió”.

Sin embargo, no toda norma jurídica se presenta como un juicio hipotético. Como expresa BOBBIO²⁷, la distinción entre normas categóricas y normas hipotéticas se formula teniendo por modelo la tradicional distinción de los juicios en apodícticos (“Sócrates es mortal”) e hipotéticos (“si Sócrates es un hombre, entonces Sócrates es mortal”). La norma categórica estatuye que determinada acción debe ser cumplida; la norma hipotética establece que cierta acción debe ser ejecutada si se verifica cierta condición. Toda norma reforzada por sanciones puede ser formulada como proposición hipotética: “Si no quieres someterte a la pena Y, debes cumplir la acción X”. Pero, como no se excluye que haya normas que no estén reforzadas por sanciones, es necesario admitir la existencia de normas categóricas, o sea, formuladas en forma apodíctica, sin condiciones.

En opinión de REALE²⁸, no toda norma jurídica se reduce a un juicio o proposición hipotética en el cual se prevé un hecho (H) al cual se liga una consecuencia (C) de acuerdo con la fórmula: si es H debe ser C. Este autor cree, que esta estructura lógica corresponde a ciertas categorías de normas jurídicas, como son, por ejemplo, las destinadas a regir los comportamientos sociales, pero que no tienen aplicación a todas las especies de normas, v. gr., las que tanto en el orden público como en el privado se refieren a la organización, las dirigidas a los órganos del Estado o las que fijan atribuciones. En estas especies de normas nada se dice acerca de la forma condicional o hipotética y queda excluida cualquier condición.

27 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 136.

28 REALE, Miguel, *Introducción al derecho*, 6.^a ed., Madrid: Pirámide, 1984, p. 74.

No hay una relación condicional o hipotética en normas jurídicas como las siguientes:

- a) “La república del Perú es democrática, social, independiente, y soberana” (Const. Pol., art. 43).
- b) “La capital de la república del Perú es la ciudad de Lima. Su capital histórica es la ciudad del Cusco” (Const. Pol., art. 49).
- c) “La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges” (CC, art. 292).
- d) “Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad: [...] 3. darles buenos ejemplos de vida y corregirlos” (CC, art. 423 inc., modificado por la segunda disposición final y por el art. 82, incs. d) y e) del CNA).

Las reglas que regulan la organización de los poderes del Estado, las que estructuran los órganos y distribuyen competencias y atribuciones y las que rigen la identificación, modificación y aplicación de otras normas, no se presentan como juicios hipotéticos: lo que las caracteriza es la obligación objetiva de hacer algo que debe ser hecho, sin que el deber enunciado quede subordinado a que se dé un hecho previsto del cual puedan o no derivarse especiales consecuencias. Pero no habiendo la alternativa del cumplimiento o incumplimiento de la regla, no se puede hablar de carácter hipotético. Lo que efectivamente caracteriza a cualquier norma jurídica es el hecho de ser una estructura proposicional enunciativa de una forma de organización o de conducta que debe ser acatada de manera objetiva y obligatoria. La estructura de la norma es proposicional porque su contenido puede ser enunciado mediante una o más proposiciones que mantienen entre sí una correlación (por ejemplo, el caso citado del art. 43 de la Constitución): el significado pleno de una regla jurídica de este tipo solamente es dado por la integración lógico-complementaria de las proporciones que en ella se contienen. Toda norma jurídica enuncia un deber ser porque ninguna norma describe que algo es, incluso cuando, por facilidad de expresión, empleamos el verbo “ser”. Es cierto que el art. 43 de la Constitución dice que “la república del Perú es democrática”, pero es evidente que la república no es algo que esté delante de nosotros como si se tratara de un árbol o de una placa de bronce: aquella norma enuncia que “el Perú debe ser organizado y considerado como una república democrática”. La república democrática es una realidad de deber ser, una construcción cultural de tipo finalístico o, en otras palabras, una realidad normativa en la cual se integran hechos y valores.

La regla jurídica enuncia un deber ser en forma objetiva y obligatoria, por cuanto es propio del Derecho valer de manera heterónoma; esto es, de acuerdo con la voluntad de los obligados o en contra de ella en el caso de las reglas de conducta, o sin plantear la alternativa de aplicación cuando se trata de reglas de organización.

GARCÍA MÁYNEZ²⁹ sostiene que toda norma es a la vez categórica e hipotética según el momento funcional en que se la considere. Antes de la verificación del supuesto condicionante es hipotética, y cuando dicho supuesto se ha realizado, la norma funciona de modo categórico. Así, la norma que impone a los hijos el deber de respetar a los padres es hipotética, pues la obligación de respetar presupone, como condición, la preexistencia del vínculo filial. Pero cuando esta condición se cumple, el deber de respetar se impone de un modo incondicionado; la norma que impone al vendedor entregar el bien vendido es hipotética, presupone la preexistencia de un contrato de compraventa. Cuando esta condición se ha cumplido, el deber de entregar el bien se impone de modo incondicionado.

En opinión de GARCÍA MÁYNEZ, la fórmula kelseniana, “si A es, debe ser B”, resulta insuficiente por aludir tan solo a una de las consecuencias: el deber, por lo cual debe admitirse que la cópula de la norma jurídica no se agota en un mero “debe ser”. Las normas jurídicas otorgan facultades correlativas a deberes, a diferencia de otras normas no jurídicas que imponen al sujeto ciertos deberes que no son correlativos de derechos. En la norma jurídica:

[A]l cumplir su función imperativo-atributiva, la cópula no imputa las consecuencias normativas a los sujetos de la regulación como cualidades de estos o expresión de ciertas características de su conducta objetiva, sino, en un caso, como exigencia que el obligado se comporte en la forma prescrita y, en el otro, como autorización, concedida al pretensor, para proceder de tal o cual manera. La referencia a cada uno de los sujetos implica una referencia correlativa al otro, puesto que el imponer a uno un deber supone otorgar al otro el derecho de exigir el cumplimiento: del mismo modo que el atribuir a uno un derecho implica el imponer a otro el deber de observar la conducta exigida para la satisfacción de las facultades del pretensor.

43. La norma jurídica como juicio disyuntivo

Cossío³⁰ estructura a las normas jurídicas como juicios disyuntivos, cuyos términos: la *endonorma* y la *perinorma* no son separables y distintas, sino que constituyen una sola expresión que contiene tanto el deber jurídico o prestación (*endonorma*) como la transgresión y la aplicación de la sanción (*perinorma*). El esquema es: dado H, debe ser P o, dado no P, debe ser S.

²⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Ciudad de México: Editorial Cultura, 1949, p. 37.

³⁰ Cossío, Carlos, *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires: Losada, 1945.

Lo cual significa, contrariamente a KELSEN, que la estructura formal de la norma jurídica no es con base en una proposición hipotética, sino bajo la forma de un juicio disyuntivo del tipo preposicional constituida por diez conceptos fundamentales:

Endonorma

- 1) Dado un hecho antecedente con su determinación temporal (H)
- 2) Debe ser
- 3) La prestación (P)
- 4) Por alguien obligado (Ao)
- 5) Frente a alguien pretensor (Ap)
- 6) O (disyunción de endonorma y perinorma).

Perinorma

- 1) Dada la no prestación (no P)
- 2) Debe ser
- 3) La sanción (S)
- 4) A cargo de un funcionario obligado (Fo)
- 5) Frente a la comunidad pretensora (Cp).

Estos diez conceptos fundamentales, todos ellos y solo ellos, son interdependientes. Dos de ellos el deber ser (2) y la conjunción o (6) son puramente funcionales, constantes, mientras que los demás son de naturaleza *entitativa*, variables.

Por ejemplo, dado la venta de un bien (H) debe ser el pago del precio (P), por el comprador (Ao) al vendedor (Ap) o, dado el no pago del precio (no P) debe ser la ejecución forzada del comprador (S) impuesto por un tribunal competente (Fo) por pretensión de la comunidad de que se respete el derecho de propiedad (Cp).

Veamos estos conceptos jurídicos:

El hecho antecedente es cualquier suceso o falta de él que tiene un significado jurídico. Verbigracia, celebrado un matrimonio, debe ser la obligación de los cónyuges de hacer vida en común.

El *deber ser* es la categoría opuesta al *ser* que permite pensar la conducta como libertad y no como naturaleza.

La prestación es el deber jurídico a que está constreñido el sujeto pasivo de la relación jurídica para satisfacer el interés del sujeto activo.

Alguien, obligado frente al sujeto pretensor. Esta frase hace referencia a los dos sujetos de la relación jurídica: el sujeto pasivo (titular del deber) y el activo (titular del derecho). O es la conjunción que expresa el sentido disyuntivo de la norma jurídica completa. Permite pensar disyuntivamente los actos contrario P y no P, v. gr., pagar o no pagar.

No prestación. Esta locución hace referencia al entuerto o transgresión o acto ilícito al que se imputa una sanción.

Sanción es lo que está imputado al entuerto. Es el mal que le ocurre al responsable desde que el acto de fuerza se inserta en su vida.

Cossío critica a Kelsen por considerar como auténtica o verdadera norma jurídica a la norma primaria y relegar la norma secundaria a un mero recurso lingüístico. La crítica se basa en el hecho de que hay conducta en interferencia intersubjetiva, tanto en la transgresión y aplicación de la sanción, como en el cumplimiento espontáneo de la prestación. Siendo el Derecho conducta intersubjetiva, se integra tanto con la conducta lícita como con la ilícita, por lo cual la norma es un juicio disyuntivo cuyos términos están unidos por la conjunción *o*, en el cual la *endonorma* se refiere a la conducta lícita y la *perinorma* al acto ilícito o entuerto.

Para Kelsen, la norma jurídica expresa exclusivamente un acto coactivo condicionado, puesto que, según él, el fin del orden jurídico es motivar a los hombres a una conducta por la representación del mal que los amenaza para el caso de determinada conducta contraria; de allí que llame primaria a la parte de la proposición jurídica que trae la nota de la coacción; en cambio, la norma secundaria es solo un artificio intelectual o una hipótesis auxiliar para pensar por su revés lo que la primaria ya expresa derechosamente; por ejemplo, cuando decimos “el inquilino debe pagar el alquiler”, lo que en verdad queremos decir es que “si el inquilino no paga el alquiler es procedente el desalojo y el proceso judicial para obtener el cobro compulsivo”.

Como la verdadera norma es la primaria, pues la secundaria es solo un artificio, el juicio hipotético está dirigido a crear un nexo entre una condición: el ilícito, y una consecuencia: la sanción, por lo cual la fórmula se reduce a “si es P, debe ser S”, donde P representa el ilícito y S la sanción. El autor sostiene que con esta reducción se logra “que la norma jurídica, contrariamente a la doctrina tradicional, fuera entendida no como imperativa al igual que la norma moral, sino más bien como juicio hipotético que expresa la relación específica de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada”.

En cambio, Cossío reivindica para la norma secundaria su pleno sentido ontológico y no de mera hipótesis auxiliar del pensamiento; por ello la denomina *endonorma*, pues es el núcleo desde el cual se despliega el principio ontológico de todo ordenamiento jurídico, según el cual la libertad es lo primero: todo lo que no está prohibido está permitido.

tido. La norma jurídica completa no puede ser otra que un juicio disyuntivo, cuyos dos términos, unidos por la conjunción “o”, aluden a realidades de conducta humana, que solo difieren por su distinto sentido jurídico; la *endonorma* menciona la conducta que es lícita y la *perinorma* considera al acto ilícito. Por ejemplo: dada una cierta situación de convivencia y libertad, debe ser no matar, o dado el homicidio, debe ser la prisión del reo (dado A, debe ser P –prestación–, o dado no P, debe ser S – sanción).

En conclusión, tanto KELSEN como COSSIO coinciden en sostener que en toda proposición jurídica hay una suerte de doble norma: 1) Norma secundaria o endonorma: bajo ciertas condiciones una persona debe conducirse de un modo determinado (dado A, debe ser P). 2) Norma primaria o perinorma: si no se comporta así, entonces otra persona —el órgano del Estado— debe realizar contra ella un acto coactivo determinado (dado no P, debe ser S). Pero para KELSEN la norma secundaria y la primaria son dos juicios hipotéticos separables y distintos. Es más, la norma jurídica solo consistiría en la conceptualización de la sanción. De allí que el esquema: “Dado no P, debe ser S”, queda reducido a “dado P, debe ser S”. En cambio, para COSSIO las normas jurídicas no son juicios hipotéticos sino disyuntivos, cuyo esquema es: “Dado A, debe ser P, o dado no P, debe ser S”. La partícula “o”, vincula a la endonorma y perinorma como dos tramos de una sola unidad: la norma jurídica no consiste en una endonorma y en una perinorma, consideradas aisladamente, sino el todo que forman ambas en su vinculación.

SECCIÓN II.- ESTRUCTURA DE LA NORMA JURÍDICA

44. Introducción

En toda norma jurídica encontramos un presupuesto de hecho al que se le enlaza, mediante una relación de debe ser, una consecuencia de derecho. Por consiguiente, los elementos de la estructura de la norma jurídica son tres: presupuesto de hecho, consecuencia y vínculo o nexo³¹.

Antes de dictar la norma, su creador (el organismo competente del Estado) investiga la realidad, la valora, formándose un concepto de ella, proyectándose hacia el futuro conforme a la concepción política imperante; ese concepto es

³¹ STARCK, Christian, *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, ob. cit., p. 263. “La estructura de un precepto jurídico consiste en el enlace conceptual —hipotético o categórico— de un tipo legal abstracto de la realidad con una consecuencia jurídica posible, que debe convertirse en realidad y, por eso, necesita algún modo de ejecución”.

descrito abstractamente en el presupuesto de hecho de la norma. Por eso decimos que la norma jurídica y, por tanto, el Derecho, es el resultado del pensamiento humano, que pone sobre la realidad un criterio o medida según la cual debe regirse la conducta de los miembros de la colectividad. El creador de la norma jurídica configura la realidad social con apoyo en una relación de deber ser, o sea, de un ser posible; no trata de establecer normas abstractas que expresen un ser, como sucede con las leyes físicas.

Entre realidad social (*ser*) y su concepto (*deber ser*)³² hay discrepancias, debido a que la primera es variable, está en constante mutación, su descripción normativa es simplificada, no puede comprender todos sus matices; en cambio, la norma (descripción parcial de la realidad) es más o menos permanente, pero la discrepancia entre *ser* y *deber ser* no puede ser absoluta, sino, por el contrario, entre ambas esferas hay una continua interacción, tanto desde el punto de vista del presupuesto de hecho como de la consecuencia. Desde la perspectiva del primero, el *deber ser* no puede ser configurado sin ninguna referencia al *ser*, así como el *deber ser* ejerce alguna influencia sobre el *ser* (el derecho surge de la realidad, pero también a veces crea realidades, o, mejor dicho, modifica o transforma la realidad); y por el lado de la consecuencia, siendo esta una realidad potencial, su posible verificación no puede estar desligada del *ser*. Tomemos como ejemplo la norma jurídica contenida en art. 1529 del CC, que dice: "Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero". Esta norma así configurada, como cualquier otra, con abstracción de la realidad tempo-espacial y de la valoración que de ella se puede hacer como buena o no, encontramos que presenta tres elementos estructurales, que son: a) el presupuesto o supuesto de hecho: el contrato de compraventa; b) la consecuencia: obligación del vendedor de transferir la propiedad y del comprador de pagar el precio; y c) el nexo: vínculo de *deber ser*, es decir, la consecuencia queda vinculada al supuesto como algo *debido* (possible), independientemente de que el supuesto y sus consecuencias se den o no en la realidad *fáctica*. Es posible que en la realidad se celebre un contrato de compraventa; si se celebra, la consecuencia debe ser entregar el bien y pagar el precio; solo si estas obligaciones se ejecutan, la consecuencia se hace realidad. El *deber ser* es el proyecto de un *ser debido*, es decir, siempre posible.

32 El *deber ser* fue descubierto por KANT para distinguir la autonomía del mundo moral del natural. El *ser* carece de valor y el *deber ser* se caracteriza por su intrínseco valimiento.

KELSEN (creador de la *Teoría pura del derecho*) utilizó el *deber ser* en 1911 como una cópula de dos proposiciones normativas. Pero KELSEN no admitió que el *deber ser* constituya una nueva lógica, pues consideró que la única lógica es la aristotélica.

Carlos Cossío (creador de la *Teoría ecológica del derecho*) descubrió la lógica del *deber ser* (denominada también *deóntica*) como opuesta a la lógica aristotélica del *ser*.

Compartimos la opinión de KELSEN en cuanto a que el precepto jurídico expresa que, bajo determinadas condiciones jurídicamente establecidas, deben producirse determinadas consecuencias. En realidad, en toda norma jurídica, sea que se trate de una norma primaria o de una secundaria, de una endonorma o de una perinorma, encontramos un supuesto o presupuesto de hecho (si es A ...) y una consecuencia o efecto jurídico (... debe ser B), vinculados por un nexo jurídico de *deber ser*.

No hay norma jurídica en la cual no encontremos un enlace conceptual, hipotético o categórico, entre un hecho abstraído de la realidad con una consecuencia. La verificación del supuesto es la condición necesaria para que se produzca la consecuencia. El efecto está vinculado al presupuesto por una relación de *deber ser*. El efecto consiste en deberes y los derechos correlativos a esos deberes. El supuesto de hecho está enunciado en la norma en forma abstracta, hipotética, pues mientras en la vida real no se produzca un hecho (si es humano, en forma de cumplimiento de un deber jurídico o ejercicio de un derecho) igual o semejante al presupuesto señalado por la norma, no puede haber consecuencia jurídica. En el ejemplo del art. 1529, antes señalado, la norma jurídica prescribe que, celebrado un contrato de compraventa (presupuesto de hecho), el vendedor debe transferir la propiedad del bien y el comprador pagar el precio (consecuencia jurídica). Esta sola declaración normativa no es suficiente para que surjan las obligaciones recíprocas de transferir la propiedad y de pagar el precio; para ello es necesario que en la vida real se celebre un contrato de compraventa sin el cual no puede darse la consecuencia señalada por la norma. Es hipotético tanto el presupuesto de hecho (no es una realidad sino una hipótesis que puede o no darse en la realidad. Será realidad si efectivamente se celebra un contrato de compraventa) como la consecuencia (esta es también una hipótesis que puede o no darse en la realidad. Será realidad si efectivamente se transfiere la propiedad y se paga el precio).

Decimos que el supuesto de hecho y el efecto jurídico (parte dispositiva de la norma) están normativamente vinculados por una relación de *deber ser* (vinculación de imputación) y no de *ser* (vinculación causal); esto es, así en la vida real se cumpla o no el efecto jurídico (se cumpla o no el deber, se ejercite o no el derecho) y no que ese efecto se deba dar fatalmente en la realidad. En esta, en el ejemplo propuesto, puede suceder que el vendedor no entregue el bien o que el comprador no pague el precio; sin embargo, ello no destruye la norma; el efecto sigue siendo el mismo; en todo caso, el incumplimiento de la obligación por parte del vendedor o del comprador servirá de presupuesto de otro efecto señalado por otra norma que en tal caso obliga a indemnizar los daños y perjuicios causados con el incumplimiento del deber. Entonces, el Derecho es una ciencia normativa que nos dice cuál debe ser el efecto jurídico de cierto presupuesto (cualquier acontecimiento) y qué se debe hacer en caso de que no se cumpla ese efecto.

45. El presupuesto de hecho

Se lo denomina también “supuesto de hecho”, “hecho antecedente”, “antecedente normativo”, “hipótesis”, “hecho-tipo” o *factum* (*tatbestand*, en alemán; *fattispecie*, en italiano).

Como dice STARCK³³, profesor de Derecho constitucional en la Universidad alemana de Gotinga, mediante el Derecho positivo:

[L]a vida queda sometida a un deber ser; ciertos hechos posibles tomados del ámbito del ser, son configurados con arreglo a determinados puntos de vista, relevantes para el orden normativo como tipos jurídicos abstractos, a los que se vinculan consecuencias jurídicas.

Los hechos posibles que forman el presupuesto de la norma pueden consistir en cualquier acontecimiento que provenga de la naturaleza, que incida en la vida de relación de las personas (ejemplo, la muerte de una persona, un cataclismo), o en una conducta humana o falta de ella (v. gr., un contrato, el reconocimiento de un hijo, el dejar que un ciego se precipite a un abismo), algunos conceptos jurídicos (el concepto de nacionabilidad, de persona jurídica), o instituciones jurídicas (una junta general de accionistas, un consejo de ministros) y también los derechos y obligaciones que son consecuencias jurídicas, en ocasiones sirven de presupuestos de otras consecuencias (ejemplo, celebrado un contrato de compraventa surge para el vendedor la obligación de entregar el bien y para el comprador la obligación de pagar el precio; el incumplimiento doloso o culposo de estas obligaciones es el supuesto de la consecuencia consistente en la obligación de indemnizar daños y perjuicios). En fin, cualquier acontecimiento, suceso o falta de él puede servir de presupuesto de la consecuencia jurídica.

El presupuesto de hecho está integrado por hechos tomados del mundo del ser y configurados en tipos jurídicos abstractos, porque estos son conceptos o modos de concebir la realidad y no la realidad misma. ENGISCH³⁴ enfatiza lo siguiente:

[E]l concepto del hecho y el hecho son cosas distintas. A través de una descripción factual de un caso, tan diferenciada como se quiera, no llegaré al hecho mismo. Una descripción factual es una operación puramente mental, mientras que la constatación de un hecho se produce en última instancia sobre la base de la percepción.

La realidad que se configura en nuestros pensamientos y descrita en el tipo jurídico es diferente de la realidad concreta; solo la primera forma parte de la norma.

³³ STARCK, *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, ob. cit., p. 251.

³⁴ ENGISCH, Karl, *Logische Studien Sur Gesetzesanwendung*, cita de STARCK, *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, ob. cit., p. 256.

En efecto, una cosa es el concepto o significación que se da a la realidad y otra la realidad misma. La norma no es la realidad sino solamente un concepto de esta.

El presupuesto de hecho puede ser simple o complejo, según que contenga uno o más elementos. Así, por ejemplo, el art. 61 del CC dice: “La muerte pone fin a la persona”; aquí el presupuesto es simple porque está dado por un solo hecho: la muerte, que es suficiente para que se produzca la consecuencia: la terminación de la persona humana. En cambio, el efecto jurídico: sucesión testamentaria, tiene como presupuesto de hecho: al acto testamentario, el fallecimiento del testador y la aceptación del instituido. Los supuestos de hecho complejos constituyen la hipótesis más frecuente. Solo excepcionalmente el supuesto se encuentra constituido por un solo acontecimiento.

Solamente tienen el carácter de presupuesto de Derecho los hechos a los que la norma atribuye consecuencias jurídicas. Los que no son mentados en los presupuestos normativos son intrascendentes para el Derecho. Por ejemplo, invitar a un amigo a un paseo, cantar, bailar, escribir una carta, por sí solos no son hipótesis que, cuando se den en la realidad, puedan desencadenar efectos jurídicos, por no existir norma que así lo establezca.

Un solo dispositivo legal puede contener una o más normas, las que a su vez pueden tener presupuestos de hecho simples o complejos. Así, v. gr., la primera parte del art. 1969 del CC dice: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo”; aquí hay dos normas jurídicas cuyos presupuestos tienen tres elementos cada uno: según la primera norma, el que por dolo causa daño a otro está obligado a indemnizarlo; los elementos son: 1) un hecho atribuible a un sujeto agresor; 2) que el agresor actúe a título de dolo (intencionalmente), y 3) que cause daño a la víctima; la ausencia de uno solo de estos elementos determina que no se produzca la consecuencia consistente en la obligación de indemnizar. La segunda norma dispone que aquel que con su culpa causa daño a otro está en la obligación de indemnizarlo; los elementos del presupuesto, también son tres: 1) un hecho atribuible a un sujeto agresor; 2) que el agresor actúe a título de culpa (negligencia, imprudencia, impericia), y 3) que cause daño a la víctima.

El ordenamiento jurídico está dispuesto como un todo coherente y sistemático, de tal suerte que el contenido de una norma puede constituir el supuesto o la consecuencia de otra. Por ejemplo, la primera parte del art. 201 de la Constitución preceptúa: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución”. No podríamos entender con precisión el supuesto de esta norma sin recurrir a otras de la misma Constitución sobre la composición y organización del citado tribunal, a efecto de que se dé la consecuencia jurídica que consiste en la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes.

Algunos autores sostienen que existen normas jurídicas que carecen de supuestos, normas que se enunciarían bajo la fórmula general “debe ser B”; serían juicios categóricos, por ejemplo, los derechos absolutos como el de transitar libremente, libertad de conciencia, etc.; algunos deberes generales como la obligación de pagar impuestos, de sufragar, de honrar a Perú, resguardar y proteger los intereses nacionales, etc. Sin embargo, como dice ALZAMORA³⁵, en uno u otro caso se descubre la existencia de condiciones como el Estado, la capacidad, la ciudadanía, la percepción de utilidad, la tenencia de una propiedad, la existencia de una sociedad, de las personas jurídicas, etc., que tienen la calidad de supuestos universales que no precisan individualización.

No en toda norma jurídica están señalados explícitamente todos los elementos componentes del presupuesto de hecho. Por ejemplo, el art. 107 del Código Penal derogado de 1924 establecía que “el que, a sabiendas, mata a ... su cónyuge ..., será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de quince años”. Los elementos del presupuesto de esta norma son: a) el matrimonio, b) que uno de los cónyuges mate al otro, c) que lo mate sabiendo que es su cónyuge. El primer elemento: el matrimonio no está señalado explícitamente, ni es necesario hacerlo porque el vocablo *cónyuge* lo implica. Si faltara uno solo de estos elementos no existiría delito de uxoricidio (con esta denominación se conoce al homicidio causado por uno de los cónyuges al otro).

De lo expuesto se deduce que el supuesto de la norma jurídica se refiere a un sector de la realidad, enlazándolo con una consecuencia también posible de ser real; por eso, la necesidad de comprobar si en el hecho de la vida real se dan todos y cada uno de los elementos señalados en el presupuesto de la norma, pues la falta de uno solo de ellos determinará que no se pueda desencadenar la consecuencia. La norma jurídica se aplicará a la solución de un caso concreto, solo cuando todos los elementos de este, correspondientes a los del presupuesto de la norma, se hayan verificado totalmente, se hayan consumado.

46. La consecuencia de Derecho

También se le denomina “efecto jurídico”, “disposición” o “precepto”.

Como hemos visto, en la estructura de la norma jurídica al supuesto de hecho abstracto se le enlaza una consecuencia jurídica posible, predeterminada y obligatoria, mediante una relación de *deber ser*. Verificado el supuesto en la realidad (si es A ...), es necesario que se produzca la consecuencia (... debe ser B). Esta no es real sino potencial; para ser efectiva necesita ser ejecutada, ya se trate de una norma hipotética

(general) o de una concreta (individualizada) como es, por ejemplo, una sentencia³⁶. Sin que en la realidad ocurra un hecho semejante al presupuesto normativo, no hay consecuencia.

Un solo supuesto puede tener más de una consecuencia; v. gr., “en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando una de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios” (CC, art. 1428), es decir, el acreedor puede optar por una de estas dos consecuencias: o bien solicita el cumplimiento del contrato, o bien demanda la resolución de este. También, a la inversa, varios supuestos jurídicos pueden tener la misma consecuencia; por ejemplo, el art. 274.2 del CC dispone que “es nulo el matrimonio del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable”. En este dispositivo legal hay tres normas jurídicas y por consiguiente tres presupuestos, que son: 1) el matrimonio del sordomudo que no sepa expresar su voluntad de manera indubitable; 2) el matrimonio del ciegosordo que no sepa expresar su voluntad de manera indubitable; y 3) el matrimonio del ciegomudo que no sepa expresar su voluntad de manera indubitable. Estos tres presupuestos tienen la misma consecuencia jurídica: la nulidad del matrimonio.

La consecuencia no es real sino potencial; para llegar a ser realidad necesita de una ejecución efectiva; “entre consecuencia enunciada y su cumplimiento existe una relación de contingencia” (ALZAMORA). Aun cuando la consecuencia esté enunciada de modo tan preciso como sea posible, no deja de ser solamente una realidad potencial. Así, la Constitución de 1979 disponía: “La Corte Suprema de Justicia tiene su sede en la capital de la república” (art. 237.1); la consecuencia consistente en que la capital de la república sea la sede del supremo tribunal de justicia no necesita de más precisión, pero aun si el dispositivo legal dijera que la sede es el Palacio de Justicia, ubicado en la avenida Paseo de la República sin número de la ciudad de Lima, esta precisión no convierte en realidad a la consecuencia, que sigue siendo solo posible; puede suceder que por diversas razones el tribunal supremo no pueda instalarse o no pueda seguir funcionando en este edificio. Por eso, las normas jurídicas, tanto del lado del supuesto

³⁶ STARCK, *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, ob. cit., p. 262. “El enlace entre tipo abstracto y consecuencia posible, contenido en el precepto, puede ser condicional o incondicional. Si el enlace se reduce a la fórmula gramatical, ‘si-luego’, la orden de tener en cuenta un tipo legal determinado es condicional, es decir, un precepto jurídico hipotético”. Pero el hecho y la consecuencia pueden también estar enlazados en el precepto de un modo incondicional, es decir, en el precepto jurídico puede constatarse la realización de un hecho jurídico y enlazársele una consecuencia. Estos preceptos categóricos se distinguen de los hipotéticos, principalmente por su carácter individualizador y la especial autoridad de que se revisten; por así decirlo, habla más directamente al destinatario. De aquí no debe deducirse, por cierto, que el derecho se manifieste, en general, en esta forma categórica, pues existen suficientes preceptos hipotéticos que, de ordinario, no precisan de individualización autoritaria, sino que sus destinatarios se rigen por sí mismos con arreglo a ellos”.

como de la consecuencia, son abstractas y no realidades; existe entre ellas distintos grados de abstracción.

La consecuencia de derecho puede consistir en la atribución de facultades, poderes, autorizaciones, o en la imposición de deberes u obligaciones, sanciones (penas), o en la creación de instituciones y situaciones jurídicas. En otros términos, la consecuencia jurídica consiste en la creación, modificación, regulación o extinción de relaciones jurídicas, etc.

47. El nexo jurídico

El nexo entre el presupuesto de hecho y la consecuencia de derecho es de *deber ser*. En el núcleo de la estructura normativa está el nexo, llamado también *cúpula o vínculo*, de *deber ser*, que no está expresado en palabras, no consta en la redacción del precepto jurídico, sino que es obtenido mediante una abstracción lógico-jurídica como elemento constante e invariable, a diferencia del presupuesto y la consecuencia, que son elementos que pueden sufrir variaciones y además figuran expresamente en el texto normativo.

El supuesto es una simple hipótesis que puede o no verificarse en la realidad, aunque hay algunos, como el de la muerte de una persona, el transcurso del tiempo, etc., que no pueden dejar de verificarse; pero en casos como estos la realización del supuesto no es el resultado de la hipótesis normativa, sino la consecuencia de la naturaleza de las cosas. Si el hecho acaecido efectivamente en la vida real presenta las mismas notas distintivas que el hecho descrito en abstracto como presupuesto normativo (que es contingente), *ipso facto* surge la consecuencia, cuyo cumplimiento efectivo queda librado al albedrío del sujeto obligado; esto es, el cumplimiento efectivo de la consecuencia es también contingente, por ser el enlace entre supuesto y consecuencia solamente de *deber ser* y no de *ser*. Así, el deudor puede dejar de cumplir su obligación o el acreedor abstenerse de ejercer su derecho, o sea, obligación y derecho son consecuencias que pueden o no llegar a ser realidades. Tanto el supuesto como la consecuencia son hipotéticos y no realidades, es decir, se pueden o no dar en la realidad. Así, cuando la norma dice: "El que robe debe ir a la cárcel", el supuesto de que una persona robe es hipotético porque puede o no darse en la realidad; si roba, el presupuesto se ha verificado realmente, por lo cual *ipso facto* surge la consecuencia consistente en que el ladrón debe ir a la cárcel; pero esta consecuencia también es hipotética, porque el ladrón puede o no ir a la cárcel; no va si, por ejemplo, muere o se fuga, y solamente si va a la cárcel la consecuencia se ha hecho realidad.

Cualquiera que sea la concepción filosófica que se adopte sobre la norma jurídica, no podrá dejar de admitirse que regula conducta social y por eso el enlace entre supuesto y efecto es solamente de *deber ser* y no de *ser*. Tanto la norma primaria como

la secundaria, en la concepción de KELSEN, o la endonorma y la perinorma, en la de COSSIO, representan conducta jurídica (conducta valiosa) o antijurídica (conducta desvaliosa); en una o en otra concepción la cópula entre supuesto y consecuencia no es de *ser* sino de *deber ser*. En el juicio hipotético, la fórmula, tanto de la norma primaria como el de la secundaria, es: “Si es A, debe ser B”. Y en el juicio disyuntivo, la fórmula de la disyunción proposicional es: “Dado A debe ser B o dado no B debe ser C”, por ejemplo, “celebrado un contrato de compraventa debe ser el pago del precio” (endonorma) o “dado el no pago del precio, debe ser la sanción” (perinorma).

48. Diferencia entre ley natural y norma jurídica

Es oportuno aquí establecer los criterios de distinción entre lo que es el mundo real, de *ser* (ontológico), o sea, de la ley natural, y el mundo del Derecho, del *deber ser* (deontológico), esto es, de la norma jurídica. En principio todo juicio o proposición, ya del mundo de la naturaleza o del mundo del Derecho, establecen que a determinado supuesto corresponde determinada consecuencia o efecto; gramaticalmente no hay diferencia alguna, pero la ley natural enlaza una situación de hecho como *causa*, con otra como *efecto*, que se produce de manera ineluctable; en cambio, en la norma jurídica el vínculo se produce entre la verificación de un hecho y determinados derechos y deberes. La ley natural vincula fenómenos naturales mediante una relación de *ser*, mientras que el precepto jurídico es puramente normativo, prescribe el deber de observar determinada conducta, o sea, es de *deber ser* la relación entre el supuesto y la consecuencia.

Las bases de la distinción entre ley natural y norma jurídica se encuentran en HUSSERL³⁷, pero alcanzó su máximo desarrollo con la obra de KELSEN³⁸.

³⁷ HUSSERL, Edmund, cita de SOLER, *Ley, historia y libertad*, ob. cit., p. 29: distinguió entre las proposiciones predictivas que afirman de una cosa que es, de las proposiciones normativas del deber ser; estas últimas no son privativas del derecho sino también lo mismo sucede en otras disciplinas como la lógica, la ética, la gramática. Para determinar la estructura de las proposiciones normativas se vale del siguiente ejemplo: “¿qué se quiere decir con ese deber ser opuesto al ser puro y simple?”. Si decimos “un guerrero debe ser valiente”, esto no quiere decir que nosotros ordenemos o exijamos tal cosa. Más bien diríamos que semejante deseo o exigencia está justificado en general, esto es, con respecto a todo guerrero. “Un guerrero debe ser valiente” significa más bien “solo un guerrero valiente es un buen guerrero”. Porque este juicio de valor es válido, tiene razón todo aquel que exija de un guerrero que sea valiente. “Vemos, pues, por estos análisis, que toda proposición normativa supone cierta clase de valoración (apreciación, estimación) por obra de la cual surge el concepto de lo —bueno— (valioso) o —malo— (no valioso) en un sentido determinado y con respecto a cierta clase de objeto, los cuales se dividen en buenos y malos con arreglo de ese concepto”.

³⁸ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, traducción por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires: Losada, 1941, pp. 46-50: “Denomina relación imputativa a la no predicativa, por cuanto la segunda parte de la proposición normativa solo se vincula a su antecedente como una consecuencia que debe ocurrir, pero que no es fatal que ocurra. La norma es un juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de

Todo juicio o proposición es una estructura lingüística que contiene el enlace entre una cosa con otra. Tanto la ley natural como la norma jurídica son juicios hipotéticos. En la ley natural, la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto (relación de causalidad involuntaria, descriptiva); en cambio, en la regla de Derecho la consecuencia es imputada a la condición (relación de imputación voluntaria, prescriptiva). Pero en ambos casos estamos ante juicios hipotéticos que permiten establecer una analogía entre la regla natural y la regla de Derecho, entre el principio de imputación y el de causalidad. Mientras la cópula *ser* es propia de los juicios de las ciencias de la naturaleza, la cópula del *deber ser* lo es de las normas jurídicas.

Las leyes científicas, de las que hablan los físicos, químicos, biólogos, astrónomos, matemáticos, etc., son juicios hipotéticos que enuncian una relación constante entre una condición (la causa) y una consecuencia (el efecto). Contienen, con frecuencia, el enlace entre un objeto y una propiedad o un modo de comportarse que es afirmado de él, correspondiéndole el predicado de verdadero o falso, por lo cual se construyen con la cópula *ser*; en cambio, las normas jurídicas son juicios imputativos que se construyen con la cópula *deber ser*. Las normas jurídicas son juicios hipotéticos que expresan la relación específica de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada. Tomemos como ejemplo la norma jurídica que dice: “El transferente de un bien está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia” (CC, art. 1503). Esto nos indica que los transferentes se comportan siempre de acuerdo con este precepto o que en el futuro habrán de comportarse así. Esta disposición prescribe a todo transferente un especial comportamiento cuando el bien transferido adolece de ciertos vicios ocultos. Tampoco se puede preguntar si esta norma es verdadera o falsa, sino tan solo si es una norma vigente, integrante del ordenamiento jurídico, esto es, si es válida. El sentido del enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia es que, siempre que se dé el hecho señalado en el supuesto de hecho, surge la consecuencia jurídica, es decir, es válida para ser aplicada al caso concreto. En la proposición normativa, el sentido del enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia no es, como en la proposición enunciativa, una afirmación,

hecho condicionante con una consecuencia condicionada [...] Así como la ley natural enlaza una determinada situación de hecho como causa con otra como efecto, la ley jurídica enlaza la condición jurídica con la consecuencia jurídica [...] En un caso la forma del enlace de los hechos es la causalidad, en el otro, la imputación [...] Si la ley natural dice: si A es, tiene que ser B; dice la ley jurídica: si A es, debe ser B, sin que con eso se enuncie alguna cosa sobre el valor, es decir, sobre el valor moral o político de esta conexión [...] Esta categoría de Derecho tiene carácter puramente formal [...] aplicable cualquiera sea el contenido que tengan los hechos así enlazados [...] es categoría gnoseológico trascendental en el estilo de la filosofía kantiana, no metafísico-trascendente [...] por eso conserva su tendencia radicalmente antiideológica; por lo que cunde la más violenta resistencia de parte de la doctrina jurídica tradicional, que difícilmente puede soportar que el orden de la república soviética deba ser concebido como orden jurídico, del mismo modo que el de la Italia fascista o el de la Francia democrático-capitalista”.

sino un mandato. En la norma jurídica no se dice que así *es* de hecho, sino que así *debe ser* por Derecho.

La ley científica dice: "Si es A es también B"; la ley jurídica: "Si es A debe ser B". El nexo que une A y B en una ley científica es un nexo de causalidad, en el sentido de que A es la causa de B, y B el efecto de A. El nexo que une A y B en una norma jurídica es un nexo de imputación, en el sentido de que la consecuencia B no es el efecto de la condición A, sino que está imputada a A por un hecho humano: una norma jurídica. La relación causal no es voluntaria, no depende de una autoridad que la impone: en cambio, la relación de imputación es voluntaria, depende de una autoridad que la impone. La ley científica natural es descriptiva, la norma jurídica es prescriptiva; es un juicio que en su segunda parte contiene una prescripción: "... debe ser B".

Las leyes naturales enuncian en qué consiste el ser de las cosas, hechos o fenómenos naturales, espirituales y sociales, cómo acontecieron, acontecen o acontecerán. Veamos algunos ejemplos: las leyes naturales enseñan que es imposible atrapar un rayo luminoso por puros medios mecánicos; que si un cuerpo metálico es sometido a la influencia del calor, aumentará de volumen; que los monos son mamíferos del orden de los primates; que el Nilo es el río más largo del mundo; que entre la Tierra y el Sol hay una distancia de 194 501 000 kilómetros; etc.; todas estas proposiciones expresan algo que es, que concuerda con la realidad, son verdades absolutas y universales, o sea, válidas en cualquier tiempo y lugar, no siendo posible que sean violadas. Los elementos de las leyes naturales están vinculados por una relación causal fatal, siendo imposible separar entre supuesto y efecto sin que haya contradicción; la menor discrepancia entre la ley y la realidad es prueba irrefutable de que aquella ha sido formulada erróneamente, que es falsa: si en la realidad se llega a atrapar un rayo luminoso por puros medios mecánicos, la ley que antes negaba esta posibilidad *ipso facto* pierde validez, queda destruida por los hechos que obligan a efectuar nuevas investigaciones a fin de formular la ley de tal forma que coincida efectivamente con la realidad.

Contrario a lo que sucede con las leyes naturales, las normas jurídicas solo nos dicen lo que debe ser y lo que se debe hacer cuando aquel deber no se cumple; "no enuncian lo que ha sucedido, sucede o sucederá, sino lo que debe ser cumplido, aparte e independientemente de que en la realidad ocurra o no"³⁹. Verificado el presupuesto de hecho, la consecuencia es la establecida por la norma y no otra, independientemente de que se cumpla o no en la realidad, porque lo estatuido por la norma, como *deber ser*, no tiene por qué acontecer necesaria o fatalmente en el mundo real, pues si así fuera perdería su carácter normativo para devenir en una ley natural: no tendría sentido que la norma jurídica dijese que las personas se deben comunicar por medio

del lenguaje, o que deben ingerir alimentos para poder vivir, o que el sol al salir por las mañanas debe alumbrarnos porque siempre y necesariamente así ocurre.

La norma jurídica conserva su validez a pesar de su no coincidencia con la realidad, debido a que no expresa cómo es esta, sino que prescribe una conducta humana, un deber de dar, hacer o no hacer algo, existiendo siempre la posibilidad de que el sujeto obligado viole el deber impuesto cuando no procede de acuerdo con lo prescrito; pero el hecho en que consista la violación no afecta en absoluto la validez de la norma, que permanece incólume, pues no puede ser destruida por los hechos que la contradigan. Tomemos como ejemplo la norma que enuncia que los padres tienen el deber de cuidar a sus hijos menores (CC, art. 418); si en el mundo real un padre abandona a su hijo menor, este hecho no merma ni suprime la validez de la norma, que sigue rigiendo igual que antes a pesar de ser contradicha por el sujeto obligado.

El *debe ser* de la norma no corresponde necesariamente a lo que *es*. Si la conducta real no corresponde a la prescrita, se dice que la norma es violada. En efecto, la posibilidad de violación de la norma jurídica diferencia a esta de la ley natural que no puede ser violada; aquella enuncia lo que *debe ser*, aunque en el mundo del *ser* no lo sea: frente a la norma que prohíbe robar no faltarán quienes lo hagan. El que la norma jurídica pueda ser violada y la ley natural no, se debe a que esta tiene por contenido hechos o fenómenos naturales, mientras que el contenido de la norma jurídica es siempre conducta humana (libertad) y cuando se refiere a los hechos naturales solamente lo hace en cuanto son condicionantes de modos de conducta; no hay dificultad en entender la posibilidad de violación, puesto que el derecho atribuye poderes, facultades, autorizaciones que el sujeto puede ejercerlos conforme o contrariamente a la norma que los confiere.

La ley natural concuerda con los hechos, guarda con estos una dependencia absoluta, su vigencia depende de los hechos que la confirmen. Contrariamente, la norma jurídica no depende de los hechos, por lo menos no en forma absoluta; no evita los hechos sino que apenas los prohíbe; la realización, por el sujeto, del hecho prohibido, es el supuesto para que se aplique la sanción. Por medio de la ley natural se capta y entiende la realidad; en cambio, la norma jurídica no tiene por objeto la intelección sino un modo de actuar; en su momento estático predetermina la conducta que el sujeto de derecho debe observar y en su momento dinámico, o sea el de su aplicación, desencadena una serie de consecuencias normativas que van a parar hasta la ejecución coactiva o la aplicación de una pena. La ley natural como unificación y síntesis de conocimientos tiene tendencias totalizantes, establece relaciones necesarias de las que no pueden escapar los fenómenos comprendidos, mientras que la norma de Derecho regula la conducta humana social; y la conducta humana, que es la fuerza creadora de valores, enriquecedora de la realidad, renovadora e histórica, no puede ser prevista totalmente en la norma, solo una utopía de pesadilla puede concebir una regulación

normativa total sobre la idea disparatada de que todo lo que no está prohibido es obligatorio, pues la vida de relación solo es posible sobre la base de que todo lo que no está prohibido es permitido⁴⁰.

No solamente las leyes generales sino también las individuales y las individualizadas (por ejemplo, la sentencia) enuncian algo posible, que no es, sino que debe ser; en efecto, como manifiesta STARCK, citando a Albert HAENEL:

[T]ambién la sentencia, que adjudica o deniega, es una medida, en verdad mucho más pequeña y más afinada, pero una medida para la realidad, que debe configurarse con arreglo a ella, y por eso, la sentencia necesita ser ejecutada y traducirse en realidad⁴¹.

En la norma jurídica hay una realidad valorada presupuesta; en otras palabras, para que ella tenga vigencia efectiva debe sustentarse en una base social, histórica, cultural (a este sector de la realidad se refiere el presupuesto); pero el sustento normativo no solamente lo constituyen los hechos externos, sino hechos valorados conforme a concepciones políticas, filosóficas, religiosas, morales, imperantes en cierto momento y lugar (la cópula de “deber ser” nos remite a esa valoración); “toda ley supone, en primer lugar, antes de sancionarse, la verificación de un estado de hecho; luego, una finalidad o aspiración de parte de los hombres, hija esta, a su vez, de una forma de concebir el mundo y la vida”; a la norma jurídica solamente se ingresa por el peldaño de la valoración⁴². Esto no impide que se pueda aislar la connotación real y ética del sistema normativo, lo cual le otorga cierta autonomía para que pueda existir en el plano del *deber ser*, si no fuera posible separar la connotación ética de la norma, esta podría ser impugnada por considerar que su contenido es injusto, lo cual no está permitido en nuestro sistema de Derecho constitucional, pues cuando el contenido de la norma es manifiestamente injusto y así lo denuncia la opinión pública, corresponde al legislador, no al agente aplicador de la norma, remediar este defecto derogándola y sustituyéndola por otra que se inspire en el valor justicia a que aspira y debe aspirar todo ser humano civilizado. Admitir que una ley puede ser impugnada por considerarla injusta, puede ser peligroso, sobre todo en sociedades en desarrollo en que los encargados de aplicar las normas jurídicas han dado suficientes muestras para considerar que es injusto todo aquello que afecte a singulares grupos de poder, aunque con ello se cometan graves injusticias.

⁴⁰ Véase SOLER, *Ley, historia y libertad*, ob. cit., p. 27 y ss.

⁴¹ STARCK, *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, ob. cit., p. 263. Dice: “Según eso, la estructura de un precepto jurídico consiste en el enlace conceptual —hipotético o categórico— de un tipo legal abstraído de la realidad con una consecuencia jurídica posible, que debe convertirse en realidad y que, por eso, necesita algún modo de ejecución”.

⁴² SOLER, *Ley, historia y libertad*, ob. cit., p. 19.

Todo Derecho, en cualquier forma que sea, procura la realización de la justicia; de allí que no sea posible concebir que un sistema jurídico en su totalidad sea injusto, aunque sí pueden y suelen existir normas particulares injustas; pero estando justificada la pretensión de validez del ordenamiento en su totalidad, no se puede discutir la validez de una norma particular por el hecho de que en un momento dado se la considere injusta. Una norma particular injusta, por ejemplo, un plazo rígido, cuando lo justo sería uno flexible, puede servir al interés de la seguridad jurídica. Los magistrados pueden atenuar o eliminar la injusticia de una norma por vía de interpretación o del recurso a la presunta voluntad de las partes o de la remisión a una cláusula general, y, si no obstante ello, no es posible encontrarle un sentido conforme a la norma inadecuada, corresponde al legislador tomar una decisión: “solo ante una injusticia crasa y evidente hay que negar la obligatoriedad de la norma, que ya no puede quedar legitimada por la fuerza de la validez del ordenamiento jurídico en su totalidad”⁴³.

La realidad del Derecho no es exacta, la valoración jurídica es meramente relativa. La realidad exacta es ajena al Derecho; es propia de la ley natural, así como el valor absoluto es propio de la moral y no de lo jurídico. El contenido de la norma de Derecho no es realidad pura ni pura valoración:

[S]ino finalidad concreta, condicionada a determinadas circunstancias, que no constituye la pura materia de unos valores, que no constituye unos valores puros, sino la interpretación humana más o menos afortunada que unos sujetos dan de las exigencias de esos valores en cierta situación o momento⁴⁴.

La cuestión de que el Derecho se asiente sobre una compleja realidad fenoménica y valorativa nos lleva a establecer que puede ser examinado desde dos perspectivas: la del *ser* y la del *deber ser*. Desde el punto de vista del *deber ser* examinamos la estructura que le es propia, su contenido, su *modus operandi*, la integración e interpretación de las normas para ser aplicadas a la solución de conflictos, hacemos lo que se llama *dogmática jurídica*. Aquí el ordenamiento normativo es el instrumento seguro para medir el mundo de los hechos en su infinita variedad, conservándose siempre actual en su fuerza ordenadora y creadora de libertad responsable y solidaria al margen de las mutaciones sufridas por la realidad del tiempo en que tuvo origen, asegurando de este modo el acatamiento de su vigencia más allá de particulares consideraciones políticas o especulaciones filosóficas, morales y religiosas. Desde la perspectiva del *ser*, el Derecho es objeto de consideración fenoménica como cualquier producto cultural que ha nacido, desarrollado, desaparecido y a veces resucitado. Así hablamos, por ejemplo, de Derecho romano, bárbaro, griego, etc.; también el Derecho vigente

43 LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, traducción por Luis Diez-Picazo, Madrid: Civitas, 1985, pp. 29 y 30.

44 RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 186.

puede ser objeto de un examen semejante, cuando el observador, cobrando distancia, se extraña del Derecho que lo envuelve; así se hace sociología, filosofía, historia, antropología, psicología jurídica.

SECCIÓN III.- CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

49. Introducción

El conjunto de normas jurídicas que tienen valor en determinada sociedad constituyen el Derecho u ordenamiento jurídico. Con la coincidencia de la idea del Derecho con aquella del ordenamiento jurídico se quiere significar que el Derecho no debe entenderse con referencia a las normas jurídicas que lo componen, aisladamente consideradas, sino en su conjunto, como un solo todo. Las normas jurídicas, de cualquier clase que sean, no son entes estáticos, aislados, sino dinámicos, que se implican y correlacionan, disponiéndose en un ordenamiento jurídico, de tal modo que se condicionan mutuamente.

Hecha esta salvedad, podemos afirmar que hay varias clases de normas jurídicas. Veamos en los puntos siguientes las más importantes.

50. Normas de Derecho público y normas de Derecho privado

Esta distinción de las normas divide al Derecho en dos sectores sometidos a principios y reglas diferentes: Derecho público y Derecho privado.

Las normas de Derecho público establecen la constitución del Estado y de las entidades públicas y disciplinan su actividad, ya en las relaciones recíprocas entre las diversas instituciones estatales o entre Estados, o ya en las relaciones con los particulares. Estas últimas se caracterizan por el *ius imperii* del Estado y de los entes públicos por el cual gozan de una posición de supremacía respecto de los particulares que vienen a encontrarse en una posición de sujeción.

Las normas de Derecho privado rigen las relaciones entre los particulares considerados en una posición de paridad recíproca. En estas relaciones también pueden participar el Estado y los demás entes públicos desprovistos del *ius imperii*, quedando sometidos a la disciplina común de las relaciones privadas (ejemplo, el Estado toma en arrendamiento un bien para uso de uno de sus funcionarios).

51. Normas de organización, de conducta y de composición

Por la función que cumplen, las normas jurídicas pueden definirse como las normas sociales premunidas de fuerza coactiva, que organizan una colectividad, prescriben la conducta que se debe o no observar y fijan los criterios para la solución de los conflictos de intereses. De acuerdo con este triple objetivo, las normas jurídicas se distinguen en normas de organización, normas de conducta y normas de composición.

En las *normas de organización* (llamadas también *normas de estructura o de competencia*) están comprendidas las normas constitucionales y otras de Derecho público que regulan la organización y funcionamiento de los órganos estatales, su estructura, atribuciones, competencias y procedimientos, la división de los poderes⁴⁵, etc.; o bien las normas de Derecho privado referidas a las condiciones de las personas o de los bienes, a los elementos de los actos jurídicos, a la capacidad de los sujetos de derecho, la aptitud de las cosas para formar parte de un patrimonio, los requisitos de los contratos, etc.

Las normas de organización tienen carácter instrumental, en cuanto se refieren a la estructura y funcionamiento de los órganos o a la regulación de procesos técnicos de identificación y aplicación de normas a fin de asegurar una convivencia jurídicamente ordenada⁴⁶. Se encuentran al servicio de la construcción deliberada de una organización orientada al logro de fines específicos. Son el fruto de la libre creación del intelecto del legislador, quien, por ejemplo, puede optar, con entera libertad, por una democracia o por una monarquía, etc. No prescriben directamente la conducta que se debe o no observar.

Como expresa BOBBIO⁴⁷, las normas de estructura o de competencia no prescriben la conducta que se debe o no observar, sino las condiciones y los procedimientos mediante los cuales se dictan normas de conducta válida. Una norma que ordena conducir por la derecha es una norma de conducta; una norma que dispone que dos personas están autorizadas para regular sus propios intereses en cierto ámbito mediante una norma vinculante y coactiva es una norma de estructura, por cuanto

⁴⁵ STARCK, *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, ob. cit., pp. 322 y 323. “Si el Estado no fuera objeto de una configuración y articulación jurídica, se daría lugar a una monstruosa excrecencia de poder en quienes ocupan las posiciones claves del ejército, de la policía, de las finanzas, etc. Por eso hay que delimitar unas de otras e inordinar recíprocamente las funciones de los distintos órganos públicos, por medio de normas jurídicas obligatorias [...] la libertad solo puede florecer donde se ejerce un poder controlado y jurídicamente ordenado. La impotencia y el desorden dan libertad solo a los más fuertes, pero amenguan el standard de libertad e igualdad en el Estado. Por eso, las leyes de organización no pueden tener un contenido arbitrario ni puede ser su única medida la comodidad de la administración y del gobierno. No se excluyen, ciertamente, las ideas de oportunidad y de economía de procedimiento, pero siempre medidas con el superior punto de vista de una óptima garantía de la libertad y la igualdad”.

⁴⁶ REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 76.

⁴⁷ BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 151.

no determina una conducta, sino que fija las condiciones y los procedimientos para producir normas válidas de conducta.

Las *normas de conducta* son normas de comportamiento dirigidas a los ciudadanos; regulan la conducta intersubjetiva de las personas y las actividades de los grupos y entidades sociales en general, prescribiendo lo que se debe hacer o no hacer o lo que está permitido hacer. Por lo general, no son creadas libremente por el legislador, sino que son descubiertas, en el sentido de que deben limitarse a expresar prácticas ya vigentes en la sociedad. Solo por excepción las normas de conducta son creadas libremente. Por ejemplo, en EE.UU. la práctica social de no admitir niños de raza negra en un colegio de niños blancos fue modificada por ley que obliga a admitir en esos colegios a niños de color. La ley es usada con frecuencia como un instrumento eficaz para eliminar prácticas sociales (costumbres) injustas.

Con un alcance más restringido, la distinción entre normas de conducta y normas de organización ya fue mencionada por IHERING cuando se refería a las que establecen lo que debe o no debe ser hecho y las que se destinan a la organización del poder judicial o del poder ejecutivo, para asegurar el cumplimiento de las primeras en las hipótesis de que sean violadas.

De entre las normas de organización sobresalen las de orden constitucional que distribuyen el poder político en los diversos órganos estatales; las de Derecho administrativo, en la medida en que determinan el modo según el cual los órganos gubernamentales deben utilizar los recursos personales y materiales puestos a su disposición; las relativas al Derecho fiscal integrado por un conjunto de instrucciones relativas tanto a los fines por alcanzar como a la manera según la cual a tal efecto deban ser utilizados los medios puestos a disposición del gobierno; las leyes procesales como las relativas a la organización de los tribunales⁴⁸.

Junto a las normas de organización y de procedimiento en sentido estricto existen las *normas de planificación*. Por ejemplo, el Estado no puede ser regido racionalmente sin un plan sobre la distribución de las tareas por realizar y de los ingresos con que cuenta. A la organización del Estado pertenece también la distribución del dinero percibido por las contribuciones e impuestos.

Las *normas de composición* son aquellas que resuelven el problema de la distribución de los bienes entre los asociados, fijando los criterios mediante los cuales ciertos intereses de los particulares deben prevalecer y otros deben ser sacrificados en beneficio de los primeros, v. gr., la prevalencia del interés del acreedor sobre el del deudor con relación a la prestación; o la prevalencia del interés del propietario al

48 HAYEK, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad*, 2.^a ed., vol. I, traducción por Luis Reig Albiol, Madrid: Unión, 1985, p. 236 y ss.

cual está subordinado el del tercero excluido del bien. La distinción entre las normas de organización y las de composición no es absoluta, porque las dos categorías de normas están ligadas entre sí: por ejemplo, la capacidad de ser propietario o acreedor, que desciende de normas de organización, constituye la premisa de las normas de composición de intereses en las varias relaciones obligatorias y reales. En realidad, las normas de composición también son normas de conducta.

52. Normas sustanciales y normas procesales

Las normas *sustanciales* o *sustantivas* o *materiales* son las que estatuyen los derechos y deberes de los sujetos del Derecho, en su vida de relación social. Por ejemplo, las normas contenidas en los Códigos civil, penal, tributario, etc. Estas normas integran el denominado *Derecho sustancial* o sustantivo o material.

Las *procesales* o *adjetivas* regulan el desarrollo del proceso, o sea, la actividad jurisdiccional del Estado, a fin de obtener un pronunciamiento que ponga fin a un conflicto o a una incertidumbre; no determinan qué es lo justo sino cómo se debe pedir la justicia. Constituyen lo que se denomina *Derecho procesal* o adjetivo. Están contenidas, especialmente, en los códigos procesales. El Derecho procesal es el instrumento necesario para que pueda realizarse la aplicación del Derecho sustantivo.

La distinción entre normas sustanciales y procesales no siempre resulta de su inclusión en determinado código, sino de su naturaleza. Por ejemplo, el Código Sustantivo contiene numerosas normas procesales y aun normas de carácter mixto, v. gr., el art. 1641, que en su primera parte concede al donatario o sus herederos el derecho de contradecir las causas de la revocación de la donación (norma sustantiva) y luego establece un plazo para interponer la acción (norma procesal).

53. Normas de Derecho interno y normas de Derecho externo

Esta clasificación se hace en mérito al criterio espacial de las normas jurídicas.

Cada Estado se encuentra sometido a un orden jurídico soberano. La coexistencia de Estados soberanos, que conforman la comunidad jurídica internacional, cada uno de ellos sometidos a su propio orden jurídico, impone la distinción entre normas de Derecho interno y normas de Derecho externo.

Las normas de Derecho interno son las que integran el ordenamiento jurídico de cada país.

Las de Derecho externo regulan las relaciones de los Estados y otros entes públicos internacionales en el plano de la comunidad de las naciones (Derecho in-

ternacional público), así como las relaciones de las personas de un Estado con las de otros (Derecho internacional privado).

La validez de las normas de Derecho interno en el territorio nacional, como dice REALE⁴⁹, se refiere, directa o indirectamente, al Estado visto como el centro de polarización de la positividad jurídica, es decir, como la ordenación del poder en virtud de la cual las normas jurídicas obligan, haciéndose objetivamente exigible el comportamiento que ellas prescriben. La eficacia de las reglas de Derecho externo en el territorio nacional depende de la soberanía del Estado. Las normas de Derecho externo que no coinciden con las de Derecho interno dan lugar a problemas de calificación o reconocimiento y de superación de conflictos entre normas de ordenamientos diversos, lo cual es objeto de estudio del Derecho internacional privado. Las normas de Derecho internacional público se imponen sin el requisito del reconocimiento de cada Estado.

54. Legislativas, consuetudinarias, jurisprudenciales, doctrinales y negociales

Esta clasificación es hecha sobre la base del origen de las normas.

Las normas legislativas están contenidas en las leyes, entendidas estas en su sentido material, es decir, como toda norma dada por los órganos competentes del Estado, observando los procedimientos pre establecidos en el propio ordenamiento jurídico.

Las normas consuetudinarias están dadas por las prácticas uniformes y constantemente repetidas de cierta conducta por los miembros de una comunidad, con la convicción de que se trata de una norma obligatoria.

Las jurisprudenciales están contenidas en las resoluciones de los tribunales, que en mérito de los requisitos que llenan constituyen derecho objetivo; para algunos sistemas jurídicos, como el anglosajón, son fuente principal de Derecho, mientras que para otros, como el romano-germánico, tienen solamente el carácter de fuente supletoria.

La doctrina jurisprudencial se origina con los edictos del “pretor”⁵⁰ (magistrado) romano. En Roma, los magistrados gozaban del *ius edicicendi*, esto es, la facultad de publicar sus declaraciones u ordenanzas, relacionadas con el ejercicio de sus funciones,

49 REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 84.

50 En Roma se separó entre el magistrado (*pretor*) y el juez. Esta separación responde a las dos fases del proceso judicial. La primera fase, llamada *in iure*, se desarrollaba bajo la responsabilidad del magistrado que era quien organizaba el proceso, determinaba las reglas que debían aplicarse e indicaba al juez las condiciones de hecho y de Derecho, bajo las cuales debía aceptar o rechazar la demanda. La segunda fase, denominada *apud iudicem*, se realizaba ante la presencia del juez, que era una persona privada, elegida entre una lista de ciudadanos, el cual, a la vista de los hechos y de las pruebas presentadas, emitía su juicio. Tanto el magistrado como el juez estaban obligados a dejarse aconsejar por el jurisconsulto.

a las cuales se las denominaba *edictos*. En materia de Derecho privado tienen importancia los edictos de los magistrados encargados de la jurisdicción civil, especialmente los del pretor urbano y los del pretor peregrino. Estos edictos, reproducidos por cada nuevo pretor, dieron origen al Derecho honorario o pretorio, en oposición al *ius civile*. El pretor, que en un principio se limitó a aplicar el *ius civile*, pronto se vio en la necesidad de encontrar nuevas soluciones que completan y corrigen al *ius civile*, pero sin derogarlo, por no estar facultado para ello.

El emperador AUGUSTO instituyó la obligación de la *responda* o respuesta que daban los jurisconsultos a las distintas consultas sobre cuestiones de Derecho que pudieran surgir a lo largo del proceso judicial. Hasta la llegada del Imperio, estas *responsas* las emitía el jurisconsulto como si fuera un oráculo. Estas influyeron en las decisiones de los magistrados, dando lugar para que la jurisprudencia adquiriera una importancia decisiva en la vida del Derecho.

En el Derecho moderno la doctrina jurisprudencial vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado⁵¹. El fundamento de la obligatoriedad de las normas jurisprudenciales reside en el hecho de que el legislador no puede preverlo todo ni avizorar las futuras condiciones sociales, políticas valorativas de las cuales el Derecho no puede prescindir. Es el juez el que adecúa el texto de la ley a la realidad, dando su verdadero sentido y alcance a los textos normativos, haciendo que el Derecho obtenga la dinamicidad que necesita para estar acorde con los nuevos tiempos. Por eso se ha dicho que la jurisprudencia es la ley que vive.

Las normas doctrinales están contenidas en las opiniones de los estudiosos del Derecho. En la actualidad, la doctrina no tiene el valor de norma jurídica, pero sí lo tuvo en la antigüedad. En Roma, en un principio, los patricios, como únicos iniciados en el conocimiento del *ius civile*, daban sus respuestas a las consultas de sus clientes a modo de un oráculo, es decir, sin fundamentación ni motivación jurídica. Después de la publicación de las *XII Tablas* se alcanzó la igualdad política entre patricios y plebeyos, se acabó con aquella especie de misterio y se difundió la profesión de jurisconsulto que evacuaba consultas y enseñaba el Derecho. Tiberio CORUNCANIO fue el primer plebeyo que llegó a ser gran pontífice y ejerció la profesión del Derecho. Según CICERÓN, en su tiempo, la profesión de jurisconsulto se resumía en cuatro palabras: *respondere, cavere, agere y scribere*, es decir, responder a las consultas, aconsejar las precauciones legales en los negocios, representar y patrocinar en los juicios, y enseñar mediante la publicación de libros de Derecho. El crédito que merecían los jurisconsultos condujo a que sus opiniones fueran seguidas habitualmente por los pretores. AUGUSTO acordó a ciertos jurisconsultos la facultad de evacuar consultas con fuerza de ley; eran los que gozaban del *ius publice respondendi ex autoritate principi*. La ley

51 Art. 400 del Código Procesal Civil peruano.

de citas de los emperadores Teodosio II y Valentiniano III (año 426) acordó el valor de fuente formal a los textos de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino.

Justiniano extinguió a la doctrina como fuente formal de Derecho después de recoger en el *Digesto* las opiniones de los jurisconsultos más valiosos. A partir de entonces, el carácter de normas jurídicas de estas opiniones no provenía de su origen doctrinario, sino de haber pasado a ser texto legal del *Corpus Iuris Civilis*.

Las normas negociales son el producto de la autonomía de la voluntad privada, entendida como la capacidad reconocida por el Estado a los particulares para regular mediante actos voluntarios sus intereses propios.

Obrando autorizadas por la ley, las partes que intervienen en un acto jurídico establecen normas concretas sobre su conducta, unilateral o recíproca, normas que estatuyen un cierto comportamiento. Así, por ejemplo, la ley estatuye ciertos presupuestos para determinados contratos, dejando al arbitrio de las partes el establecer, con arreglo a aquellos, la regulación concreta de sus pretensiones y deberes. Y cuando la relación jurídica cuestionada sea sometida al fallo judicial, este no solo cumplirá las prescripciones de la ley, individualizándolas y concretándolas, sino asimismo las normas establecidas en el contrato⁵².

55. Imperativas y dispositivas

Esta clasificación se basa en la validez de las normas en relación con la voluntad de los sujetos.

A las normas imperativas se las llama también “normas necesarias”, *cogentes* (*normae cogenti* o *ius cogens*), *inderogables*, *categóricas*, *taxativas* o *de orden público*⁵³ y a las normas dispositivas (*ius dispositivum*) se las denomina asimismo *normas de orden privado*, *derogables* o *de Derecho voluntario*. Las normas imperativas son establecidas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto, a quien no le está permitido dejarlas sin efecto, ni en forma total ni parcial, en sus actos privados (*ius publicum privatorum pactis mutari nequit*: el Derecho público no puede ser mudado por pactos privados). El mandato de las normas imperativas debe ser cumplido obligatoriamente, sin excusa alguna. Regulan intereses que trascienden la esfera de los particulares, por lo cual no admiten ser derogadas por pactos privados.

52 RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 294.

53 DE DIEGO, Clemente, *Instituciones de derecho civil español*, t. I, Madrid: Imprenta de Juan Pueyo, 1932, p. 104. “Son normas de orden público las que en conexión inmediata con las bases fundamentales que constituyen el orden social, de tal modo miran a la utilidad o interés de la comunidad, que se imponen incondicionalmente a la voluntad de los particulares, y se sustraen a su iniciativa, siendo inderogables por ellos”.

La norma imperativa no puede ser derogada por la voluntad individual de las partes que intervienen en determinado acto o negocio jurídico con miras a alcanzar la finalidad que se propongan, porque la obtención de esa finalidad está cabal y forzosamente regulada por la misma norma:

[S]u inderogabilidad, como afirma MESSINEO⁵⁴, deriva, a su vez, del hecho de que las normas imperativas prescriben al sujeto un *deber-hacer* o un *no poder-hacer* incondicional; y, por consiguiente, no se admite que el sujeto no haga lo que está prescrito o haga lo que le está prohibido [...] El carácter coactivo puede resultar —y de ordinario resulta— del modo peculiar de la formación de la norma, la cual prohíbe o impone comportamientos; pero puede resultar, también, de indicios indirectos, como la irrogación de la nulidad de un determinado acto que sea contrario a la norma.

Las normas dispositivas, en cambio, son aquellas que tienen eficacia solamente en tanto y en cuanto no exista una voluntad diversa del sujeto. Estas normas son renunciables, permiten al sujeto la posibilidad de que en sus actos jurídicos particulares pueda apartarse de sus dispositivos, modificándolas o derogándolas total o parcialmente para sustituirlas por otras. Por regular intereses particulares, están sujetas a la discreción de ellos, pues si consideran conveniente a su interés privado pueden dar a la relación jurídica una disciplina diferente a la establecida en la ley dispositiva. En otros términos, ellas solo se aplican en caso de que los interesados, en ejercicio de la autonomía de su voluntad privada, no hayan dispuesto otra cosa. Por ejemplo, el art. 1551 del CC expresa lo siguiente: “El vendedor debe entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto”; lo cual significa que la norma dispositiva contenida en el art. 1551 solo se aplica en defecto de pacto entre las partes.

Las normas dispositivas se subdividen en *interpretativas* y *supletorias*. Las interpretativas determinan el sentido de las expresiones o términos contenidos en otras normas jurídicas; sirven de ordinario para la interpretación de las leyes y de los actos jurídicos, este es el caso en que se presentan como aclaratorias de la voluntad que el sujeto haya manifestado en forma incompleta u oscura y por ello devienen en susceptibles de varias interpretaciones. Es claro que si las partes que han intervenido en el acto jurídico no están de acuerdo con la solución proporcionada por la norma interpretativa, pueden, de común acuerdo, dejarla sin efecto, estableciendo una regulación diferente de sus relaciones jurídicas. Sin embargo, para nuestro ordenamiento jurídico, las normas interpretativas del acto jurídico no son solamente dispositivas, sino que, como veremos más adelante, son a la vez imperativas para unos sujetos y dispositivas para otros.

Las normas supletorias (llamadas también *supletivas, facultativas, directivas, Derecho de reserva, etc.*) son las que presuponen de modo directo y expreso la falta de una especial regulación por las partes sobre algunas consecuencias que se puedan derivar de la relación de que se trate. Estas normas constituyen un Derecho de reserva aplicable solamente cuando las partes han omitido regular determinados aspectos en sus actos o negocios jurídicos. Por ejemplo, “cuando deba pagarse intereses, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal” (CC, art. 1245), o sea, que si las partes en su convenio particular nada han dicho sobre la tasa de interés que debe pagar el deudor, esa ausencia de voluntad es sustituida por la norma que dice que el interés que se debe pagar será el que está fijado por ley.

Las normas supletorias, como sostiene MESSINEO⁵⁵:

[S]e establecen exclusivamente para utilidad del individuo, porque sirven para suplir su falta de declaración, y de ahí que, si él expresa una voluntad derogatoria, las normas supletorias quedan como letra muerta; mientras que, si él calla, o no declara quererse apartar de dichas normas, reciben aplicación automática; y son las que determinan el efecto jurídico.

Se suele distinguir entre normas supletorias que presuponen la falta o insuficiencia de contenido declarativo en la declaración negocial y normas completivas que suponen la falta, total o parcial, de la declaración negocial misma, v. gr., las normas que regulan la sucesión legítima *ab intestato*. Si el interesado no dispone por testamento, en todo o en parte, de sus bienes, interviene la ley con el sistema de las normas sobre la sucesión legítima.

En las ramas del Derecho público (constitucional, penal, administrativo, tributario, etc.) priman las normas imperativas, no derogables por voluntad individual. En cambio, en algunas ramas del Derecho privado, como el comercial, el civil, priman las normas dispositivas, debido a que los actos o negocios jurídicos son en su mayoría actos de libre autonomía de la voluntad privada. En el Derecho civil, algunos sectores como el Derecho de familia y el de personas están impregnados de normas imperativas, y en otros, como el de contratos, son más numerosas las dispositivas que las imperativas, así: el art. 1356 del CC prescribe: “Las disposiciones sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

Precisando conceptos tenemos que decir que una norma legal, ya sea imperativa o solamente dispositiva, se deroga tan solo mediante otra ley de igual o superior jerarquía emitida por el organismo competente del Estado, estando vedada dicha facultad a los particulares. Cuando decimos que una norma dispositiva puede ser derogada

por la voluntad individual, utilizamos el término *derogación* en su sentido impropio, queriendo significar solamente que los particulares están facultados para que en sus relaciones jurídicas puedan establecer una regulación distinta de la estipulada en la norma jurídica estatal. En este caso, la norma es el producto de la autodisciplina de las mismas partes que quedan sometidas a ella.

Existen también lo que vamos a denominar como *normas imperativo-dispositivas*, esto es, normas que a la vez tienen el carácter de imperativas en relación con unos sujetos y dispositivas con referencia a otros, tal como sucede con las normas sobre interpretación del acto jurídico, que tienen la calidad de imperativas (no derogables por voluntad de los particulares) para los intérpretes que no son partes en el negocio (como son el juez, los árbitros de Derecho y los terceros interesados en conocer el significado y alcance del acto), pues, de no ser así, quedarían en el desamparo quienes deben someterse a la decisión del intérprete y estarían en libertad de valerse o prescindir de los criterios de interpretación estipulados en la norma. Pero, a la vez, estas mismas normas interpretativas tienen el carácter de dispositivas (derogables por voluntad de los particulares), respecto a las que son partes en el acto jurídico, las mismas que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad son libres de adoptar criterios de interpretación distintos de los fijados en la norma, atribuyendo, así, a su voluntad, un sentido y alcance diferentes de los que habría tenido de aplicarse tales normas de interpretación, siempre, claro está, que no se afecten los derechos de terceros adquiridos de buena fe.

56. Rígidas y flexibles

Las normas rígidas (llamadas también *de Derecho estricto*) tienen un contenido preciso, concreto e invariable. En su aplicación, el juez lo único que tiene que hacer es comprobar si se ha verificado totalmente (si se ha consumado) el presupuesto de hecho y, de ser así, aplicar la única consecuencia jurídica taxativa y claramente fijada por la ley. Por ejemplo, cumplidos los dieciocho años —supuesto de hecho— la persona humana adquiere la plena capacidad de ejercicio—consecuencia jurídica (CC, art. 42).

Las normas flexibles (denominadas también *elásticas* o *de Derecho equitativo*) son aquellas en las cuales el supuesto de hecho o el efecto jurídico o ambos están enunciados en forma general, cuyo contenido y significación varían dentro de ciertos márgenes en cada caso particular, concediendo así al juzgador que tenga que aplicar la norma, un cierto campo de acción dentro del cual se puede mover libremente. Por ejemplo, el art. v del TP del CC preceptúa que es nulo el acto jurídico contrario al “orden público” o a las “buenas costumbres”; el art. 1362 del mismo Código dispone que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la “buena

fe”; el art. 1977 estipula que si la víctima no ha podido obtener la reparación de parte del representante legal del incapaz que ha causado el daño, el juez puede considerar una indemnización “equitativa” a cargo del propio incapaz. Estos conceptos y muchos otros, como el de “intimidación”, “mal inminente y grave”, “fuerza mayor”, “caso fortuito”, “malos tratos”, “temor reverencial”, etc., son flexibles porque dependen de los principios sociales, económicos, políticos, morales, religiosos, imperantes en el momento y lugar en que se tiene que aplicar la norma. En la solución del caso concreto se han de tener en cuenta todas las circunstancias que lo rodean, desempeñando, a la vez, un papel importante el criterio de conciencia del juzgador.

57. Primarias y secundarias

En la doctrina no hay acuerdo sobre la distinción de las normas *en primarias y secundarias*. Para REALE⁵⁶, son primarias las de comportamiento y secundarias las instrumentales (las de organización). Estas son secundarias o de segundo grado por el hecho de que presuponen las que establecen las formas de comportamiento obligatorio, que son las primarias o de primer grado. Esto no indica una precedencia en orden de importancia: en el fondo, todas las normas jurídicas tienen un mayor o menor grado de instrumentalidad como medios que son para la consecución de valores e intereses individuales y colectivos.

Como ya hemos visto, en la concepción de KELSEN la norma secundaria representa la conducta que debe ser, por ejemplo, “la vida humana debe ser respetada”. En cambio, la norma primaria determina (imputa) una sanción ante un supuesto de ilicitud; representa a la conducta contraria a la debida y por eso tiene como consecuencia una sanción: “El que mata debe ser enviado a la cárcel”. La norma primaria establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y la secundaria prescribe la conducta que permite evitar la sanción. La ciencia del Derecho formula reglas de Derecho primarias o secundarias, pero una regla secundaria supone la existencia de una regla primaria, sin la cual no tiene significación jurídica. Las primarias tienen validez por sí solas; las secundarias adquieren validez por el hecho de estar coligadas con otras primarias.

AUSTIN⁵⁷, eminente figura de la escuela analítica de jurisprudencia (*Analytical School of Jurisprudence*), distingue entre mandatos primarios y secundarios. Primarios son los dirigidos y los deberes impuestos directamente a los individuos, es decir, es la conducta deseada por el órgano legislador para todos los individuos. Secundarios son

56 REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 77.

57 AUSTIN, John, “The province of jurisprudence determined” (1832), incluido en *Lectures on jurisprudence or the philosophy of law*, John Murray, London, 1861.

los mandatos dirigidos y los deberes impuestos a los funcionarios que deben aplicar una sanción en el supuesto de que el mandato sea desobedecido.

Según Herbert HART, las normas primarias se refieren a la acción o crean una obligación, y las secundarias⁵⁸ se reportan a las primarias y son subsidiarias de ellas, no se limitan a establecer una sanción, sino que son más complejas, e implican una atribución de poderes.

58. Categóricas, hipotéticas y disyuntivas

La distinción de las normas en categóricas e hipotéticas se remonta a KANT, según que la ejecución del acto coercitivo no esté supeditado a ninguna condición o sí lo esté. El mandato jurídico puede expresarse como un juicio categórico o como un juicio hipotético.

Las normas categóricas prescriben una acción buena en sí misma, que debe ser cumplida sin condiciones (“no debes robar”, “debes pagar tus impuestos”, “debes cumplir los pactos”, etc.).

En las normas hipotéticas, el supuesto de hecho es la hipótesis o condición cuya actualización desencadena la consecuencia jurídica prevista en la norma. Por ejemplo, “el que roba debe ir a la cárcel” (dado A, debe ser B): si la hipótesis planteada, que un sujeto robe, se da, entonces debe ir a la cárcel. Si no es así, no irá a la cárcel.

Las normas disyuntivas se estructuran como juicios disyuntivos. Los términos del juicio disyuntivo se encuentran unidos por la conjunción “o”, en el cual la endonorma se refiere a la conducta lícita y la perinorma al acto ilícito o entuerto (Cossío). V. gr., “dado un contrato debe ser la prestación o dada la no prestación debe ser la sanción” (dado A, debe ser P; o dado no P, debe ser S).

58 HART, Helbert (*El concepto del derecho*) dice que hay tres tipos de normas secundarias: de reconocimiento, de modificación y de juicio. Las *normas de reconocimiento* están destinadas a identificar las normas primarias, haciendo posible la verificación de su validez, su pertinencia o no a un ordenamiento. Las *normas de modificación*, las que establecen las personas y el procedimiento de elaboración de las normas primarias, así como para modificar y derogar las anteriores (por ejemplo, las normas relativas al poder legislativo, las normas sobre reforma de la Constitución). Las *normas de juicio* (o de adjudicación o de aplicación) regulan la aplicación de las normas primarias; establecen el procedimiento que hay que seguir para juzgar; confieren las potestades jurisdiccionales, para poner fin a las disputas que de lo contrario podrían prolongarse indefinidamente.

59. Generales, abstractas, individuales y concretas

La norma general se dirige a todos los sujetos de la sociedad o a todos los sujetos que están en una misma situación (los propietarios, los menores de edad, los vendedores, etc.). Son sus destinatarios tanto los sujetos particulares como los funcionarios públicos (jueces, legisladores, miembros componentes de la fuerza pública, etc.); estos últimos están obligados, como cualquier otro sujeto particular, a observar la norma y además deben velar por su observancia. La autoridad que no respeta ni hace respetar la ley, pierde legitimidad.

A la norma general se contrapone la norma individual, que se dirige a una persona determinada o a un grupo de personas bien determinadas. El destinatario de la norma individual no es cualquiera que pueda sentir sus efectos, sino sujetos específicos individualizados o individualizables para quienes se imponen deberes o se atribuyen derechos *o status*. Así, la norma por la que se nombra o cesa a un funcionario público, la que otorga permiso de operación a una empresa de transporte aéreo, la ley que autoriza el viaje del presidente de la república a un país extranjero en visita oficial, etc.

La norma abstracta regula una situación-tipo que no se agota en un solo acto de ejecución, sino que vale para todos los casos que se encuadren en el tipo. Se refieren no a tal o cual acción, sino a categorías o clases de acciones (el pago de impuestos, cumplir las obligaciones, la prestación de alimentos entre parientes, el homicidio, etc.). La situación prescrita en la norma es universal; vale para todos los casos de la vida real que en ella se encuadren.

A la norma abstracta se contrapone la norma concreta que regula una situación concreta. Se refiere a acciones específicas. No es aplicable a un número indefinido de casos. Como dice BOBBIO⁵⁹, la norma abstracta prescribe una acción-tipo que no se agota en una sola ejecución, una *tantum*, sino que se repite en el tiempo y vale para todos aquellos comportamientos que pueden encuadrarse en la acción-tipo; en cambio, la norma concreta prescribe una acción individual, v. gr., cuando el juez, en aplicación de una norma procesal, ordena a una de las partes litigantes que aporte un documento que considera necesario agregar al proceso, una vez cumplida la exhibición pierde eficacia la norma dictada por el juez.

Las normas generales son universales respecto del destinatario y las abstractas son universales respecto de la acción prescrita. Las primeras son garantía de igualdad y las segundas son garantía de certeza. Las individuales tienen destinatarios bien determinados y regulan principalmente motivos referidos a personas antes que a objetivos. Las concretas son reguladoras de casos particulares. La norma individual y concreta presupone una norma general y abstracta. No todas las normas individuales

59 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 130.

y concretas constituyen un privilegio, pero si todo privilegio se establece mediante estas, y casi siempre los privilegios son odiosos. Por regla que admite excepciones, la norma general también es abstracta y la individual también es concreta.

En toda norma jurídica hay un sujeto: el destinatario de la norma; y un objeto: la conducta o acción o situación prescrita. Por esta razón, no existen normas generales, o normas abstractas, o normas individuales, o normas concretas puras, sino normas que son a la vez generales y abstractas, o generales y concretas, o individuales y abstractas, o individuales y concretas.

Precisamente, combinando los requisitos de generalidad, abstracción, individualidad y concreción, resulta que las normas jurídicas son de cuatro especies:

- a) *Normas generales y abstractas.* Verbigracia: "Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero" (art. 1529). Esta norma está dirigida a todas las personas que decidan celebrar un contrato de compraventa y regula una situación o acción-tipo: la celebración del contrato de compraventa. Tanto el sujeto como el objeto del Derecho son universales.

Para que la norma general y abstracta se convierta en realidad y pueda ser llevada a la práctica, requiere que en la vida de relación se dé una circunstancia igual a la enunciada en el supuesto de hecho, esto es, que se individualice la conducta prescrita y el sujeto de esta.

- b) *Normas generales y concretas.* Por ejemplo, cuando una norma dice: "Se dispone el embanderamiento general de la ciudad el día 28 de julio del año en curso, en homenaje al aniversario de la independencia nacional". La norma se dirige a todos los ciudadanos (sujeto universal) y prescribe una acción particular: el acto de embanderamiento. El sujeto es universal e individual el objeto.

Será general y concreta una norma que diga: "Constrúyase en un determinado lugar, dentro de determinado plazo, una determinada central eléctrica y, para ese propósito, tales personas y tales dependencias públicas deben actuar de la manera siguiente". Como dice GOLUNSKII⁶⁰:

La realización de actos legales tales como la construcción de una central hidroeléctrica exige una actividad complicada y de gran duración —pero al mismo tiempo, estrechamente coordinada— de un gran número de personas y organizaciones no siempre conocidas de antemano. En este sentido, aun normas de este tipo tienen un carácter general antes que individual y concreto antes que abstracto.

60 GOLUNSKII, S. A., "Soviet Theory of Soviet Law, in Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo (Estado soviético y derecho)", n.º 4, 1961, pp. 21-36, en *Introducción al derecho-materiales* de enseñanza de Luis Passara, Lima, p. 123.

- c) *Normas individuales y abstractas.* Por ejemplo: “Corresponde al presidente de la república [...] negociar los empréstitos” (Const. Pol., art. 118.18). El destinatario de la norma es individual: el presidente de la república, y prescribe una acción tipo: la negociación de empréstitos, esto es, todos los empréstitos que se lleven a cabo durante su gestión como presidente. Sujeto individual y objeto universal.
- d) *Normas individuales y concretas.* Por ejemplo, una norma que autoriza al procurador público para que realice una transacción judicial en un proceso en el cual es parte el Estado. Se dirige a una persona o grupo determinado de personas y prescribe una acción particular que se agota con un acto de ejecución.

60. Normas generales, particulares e individualizadas

60.1. Normas generales

Como hemos dicho antes, las normas genéricas son las que obligan a todos cuantos entran en su ámbito de acción.

60.2. Normas particulares⁶¹

Las denominamos así, tanto porque solo vinculan a los que son partes en una relación jurídica, como porque son creadas por los particulares en sus actos o negocios jurídicos. V. gr., testamentos, contratos.

Las normas particulares pueden ser individuales o generales. Así, un contrato de compraventa constituye una norma individual porque está referida a personas determinadas: el vendedor y el comprador; en cambio, los pactos colectivos de trabajo son normas genéricas porque regulan el comportamiento de todos los patronos y trabajadores de cierta actividad, aun cuando no hayan tenido ninguna participación en la negociación colectiva o hayan manifestado su voluntad en contrario.

61 La doctrina incluye dentro de las normas individuales a las particulares y a las individualizadas. Así, por ejemplo, BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 132. Dice: “A las normas generales se contraponen las normas que tienen por destinatario un individuo particular, y que sugerimos denominar normas particulares; a las normas abstractas se contraponen las normas que regulan una acción particular y que sugerimos llamar normas concretas. No hay duda, por ejemplo, que la sentencia con la cual el juez condena a un individuo particular a observar un determinado comportamiento (por ejemplo, al resarcimiento de daños) es una norma al mismo tiempo particular y concreta”. RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 294, expresa: “Entre la ley (norma general) la sentencia (norma individual) se interpone a menudo otro lado en la producción del Derecho, constituido por la norma de tipo concreto e individualizado, que es creada por el negocio jurídico (verbigracia, un contrato, un testamento)”.

60.3. Normas individualizadas

Son las que concretizan las disposiciones genéricas. Ejemplo, la sentencia, el laudo arbitral, la resolución dictada en un proceso administrativo.

61. Preceptivas, prohibitivas y permisivas

Esta clasificación se basa en el sentido de la disposición normativa. Recordemos que según MODESTINO, *legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire* (*Dig.*, I, 3, fr. 7). Pero el *punire* entra en el concepto de *imperare*, por lo cual la clasificación se reduce a tres clases de normas: preceptivas, prohibitivas y permisivas, según que establezcan que determinadas acciones o actividades deban ser hechas, o no deban ser hechas o puedan ser hechas.

61.1. Normas preceptivas

Son las que mandan hacer algo, las que establecen determinado *status*, las que reconocen o identifican otras normas como pertenecientes al ordenamiento vigente. Por ejemplo: “El Estado está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas” (Const. Pol., art. 68); las normas que obligan a pagar impuestos; las que imponen la obligación de pagar las deudas. Mediante las normas preceptivas, que imponen obligaciones de hacer algo (preceptos positivos), el Derecho promueve la cooperación entre las personas que viven en una sociedad.

61.2. Normas prohibitivas

Que son las que imponen ciertas omisiones (preceptos negativos). Por ejemplo, las normas penales casi siempre son prohibitivas; prohíben matar, robar, usurpar, falsificar documentos, etc.

Una misma norma puede adoptar la forma preceptiva (positiva) o prohibitiva (negativa). Así, cuando una norma impone determinado comportamiento, y a la vez prohíbe el comportamiento incompatible con aquel. El imperativo normativo manda tanto un *hacer* como un *no hacer*, comprendiendo así toda la conducta humana. La tutela de ciertos intereses, de ciertos bienes como la vida, la integridad física, el nombre, el honor, la propiedad, el libre tránsito, se obtiene en virtud de la existencia de una serie de prohibiciones que vedan cualquier lesión al patrimonio material y moral del sujeto de derecho.

61.3. Normas permisivas

Son las que facultan para hacer (permiso positivo) u omitir algo (permiso negativo). Por ejemplo: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Const. Pol., art. 2.24.a). Las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades fundamentales (libertad de expresión, de opinión, de religión, de contratar libremente, etc.).

Las normas preceptivas, prohibitivas y permisivas están estrechamente ligadas entre sí, en la medida en que el derecho y el deber son las dos caras de una misma relación jurídica. La norma que impone un deber a cierta persona atribuye a un mismo tiempo a otra u otras o a la sociedad en su conjunto el derecho de exigir su cumplimiento. Del mismo modo, la norma que atribuye una facultad, potestad, poder o atribución, impone coetáneamente a otro u otros el deber de respetar el libre ejercicio de ese derecho y de permitir su ejecución.

62. Generales y especiales

Esta clasificación se hace conforme al criterio de la mayor o menor comprensión del objeto regulado.

Las normas generales, llamadas también de Derecho *común*, contienen reglas generales que abrazan una categoría muy amplia de relaciones que comprenden a todos los individuos o a un sector amplio de la población (por ejemplo, el libro de obligaciones del Código Civil) y las especiales contienen una disciplina particular de ciertas personas, bienes o relaciones jurídicas, por lo cual constituye una categoría más restringida ante las primeras (por ejemplo, el transporte aéreo se regula por normas que respecto de las normas del Código Civil son especiales). Una misma norma puede ser general respecto de unas y especial con referencia a otras. V. gr., las normas relativas a las “disposiciones generales de la contratación” son especiales ante las que regulan la “teoría general del acto jurídico” y generales en relación con las que regulan los “contratos nominados”. La norma general solamente rige cuando no existe una norma especial que la contradiga (la norma especial prima sobre la general). Las normas especiales constituyen aplicaciones particulares de las generales.

También se habla de las normas de Derecho *especial* en contraposición a las de Derecho *general*, para denotar las que regulan relaciones que tienen índole especial y enteramente propia que las distingue de las regidas por las normas generales, por más que presenten respecto a ellas algún punto de contacto⁶².

62 COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, traducción por Felipe de J. Tena, Madrid: Uteha, 1938, p. 18.

Por eso decimos que el Derecho comercial es especial respecto del Derecho civil. Las especiales componen lo que algunos autores denominan el *derecho singular*.

Las normas generales constituyen Derecho común, aplicable supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras normas especiales, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza (CC, art. IX del TP). Tanto la norma general como la especial pueden ser aplicadas analógicamente.

La ley especial posterior deroga a la ley general, pero la ley especial anterior no deroga a la general.

63. Regulares (comunes) y excepcionales (singulares)

Son normas de Derecho regular (ordinario o común), las que se basan en los principios generales, fundamentales, ordenadores y unificadores del ordenamiento jurídico.

En la doctrina encontramos que a las normas regulares se las denomina también *normales*, lo cual resulta impropio, por cuanto puede inducir a pensar que existen también normas *anormales*, y ello no puede ser. De ahí que preferimos la denominación de *ordinarias* o *comunes* en vez de *normales*.

Las normas excepcionales se apartan de estos principios generales, a fin de que no tengan aplicación en el caso exceptuado. La excepcionalidad se aplica a casos singularmente indicados, en vista de singulares circunstancias que determinan su sometimiento a un régimen que respecto de la disciplina común tiene el carácter de excepción. Por ser derogatorias de principios generales no pueden aplicarse a otros posibles casos, pues estos se regularán conforme al principio general y no con arreglo a la excepción. Por constituir excepciones a normas generales, no son de aplicación analógica (art. IV del TP del CC).

Puesto que el Derecho excepcional establece excepciones al Derecho regular, la norma excepcional se manifiesta como tal, cuando es paragonada con una norma general. Por ejemplo, el art. 268 del CC que regula la celebración del matrimonio en peligro de muerte, acto que se cumplirá sin observar las formalidades dispuestas por los arts. 248 y ss.

La importancia de esta clasificación reside en que las normas excepcionales, en mérito al principio de que los privilegios son odiosos (*privilegia favorabilia et odiosa*), ellas deben tener una aplicación estricta, y aunque es admisible su interpretación extensiva, puesto que con esta solamente se muestra el verdadero sentido del mandato que es más amplio de lo que parecía, en ningún caso cabe la aplicación analógica, consistente en aplicar a un hecho no previsto el principio que se obtiene de una norma que regula un hecho semejante.

64. Constitutivas y declarativas

En general, toda norma es constitutiva en cuanto impone comportamientos, o sea, como reguladora de conducta humana social.

Las normas declarativas o explicativas contienen definiciones que fijan o explican el sentido conforme al cual deben ser entendidos los vocablos o expresiones contenidos en otras normas; significado que puede ser diferente del filológico común. Por ejemplo, cuando la norma nos dice qué debe entenderse por contrato, parientes cercanos, persona jurídica, concebido, casa amoblada, bien mueble o inmueble. Estas normas están referidas a otras de las que adquieren la calidad de mandatos, que ordenan que una palabra o expresión deban ser entendidas de cierto modo. Las normas declarativas obligan a quienes aplican la ley a entender algunas palabras o expresiones en un determinado sentido, aun cuando sea diferente del filológico común.

65. Normas jurídicas incompletas: aclaratorias, restrictivas y remisivas o de reenvío

Las normas incompletas, expresa LARENZ⁶³, sirven para determinar más concretamente el supuesto de hecho o uno de los elementos del supuesto o la consecuencia jurídica de una norma jurídica completa; o para restringir una norma jurídica completa, exceptuando de su aplicación ciertos casos; o para remitir la regulación del supuesto de hecho o de la consecuencia o de ambos elementos a otra norma jurídica. Producen consecuencias jurídicas solo en concordancia con otras normas jurídicas. Por ejemplo, el art. 890 del CC dispone: "Son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia", esta norma quiere decir que, siempre que se usa el término "fruto", solo se pueden entender con él "los provechos renovables". Aquí se trata solo de la indicación, vinculante para quien ha de aplicar la ley, de entender la voz "fruto" en el sentido indicado. Esta indicación solo consigue significación práctica en conexión con aquellas normas jurídicas en las que se emplea el vocablo "fruto". La norma incompleta cumple función auxiliar para comprender otras normas jurídicas completas o incompletas.

Son normas jurídicas incompletas las aclaratorias, las restrictivas y las remisivas.

65.1. Las normas jurídicas aclaratorias

Son las que sirven para determinar más concretamente o para completar el contenido de otras normas. Se subdividen en normas jurídicas delimitadoras y normas jurídicas complementadoras.

65.1.1. Las normas jurídicas delimitadoras

Delimitan un concepto o tipo empleado en otras normas jurídicas. Se refieren, las más de las veces, a los elementos del supuesto de hecho. Ejemplos: el art. 1321 del CC dispone: “Queda sujeto a la indemnización de daños quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”; en este dispositivo legal existen tres normas cuyos supuestos son: “Inejecución de las obligaciones por dolo”, “injeción de las obligaciones por culpa inexcusable” e “injeción de las obligaciones por culpa leve”; la consecuencia es la misma: el obligado debe indemnizar los daños; el supuesto de hecho de cada una de estas tres normas está delimitado por las siguientes reglas: “Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación” (art. 1318), “incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación” (art. 1319), “actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” (art. 1320). El art. 1361 del CC dice: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”; esta es una norma aclaratoria, por cuanto la obligación contractual no resulta solo de ella, sino del contenido del respectivo contrato en armonía con esta norma. Las delimitaciones contenidas en las normas que establecen las diferentes especies de contratos tienen solo una función aclaratoria: los deberes contractuales típicos resultan de la conexión de la norma que les da el nombre con la norma negocial contenida en el respectivo contrato, v. gr.: “Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad” (CC, art. 1648); el deber de devolución no resulta solamente del art. 1648, sino de su conexión con el contrato de mutuo del cual consta el acuerdo de que lo recibido se ha dado y recibido “como mutuo”. No siempre corresponde a la constitución de un poder de representación el nacimiento de un deber; este nacimiento es relevante solo en unión con un negocio jurídico, que el poderhabiente celebra con un tercero, dentro del marco del poder, en nombre de su poderdante; negocio que producirá sus efectos entre el tercero y el poderdante. El nacimiento del poder no es una consecuencia jurídica, sino que expresa la presencia de una condición que, en caso de que se añadan nuevas condiciones (la conclusión del negocio jurídico correspondiente), puede tener como consecuencia jurídica una obligación. En este caso, la norma que dispone bajo qué condiciones de supuesto de hecho se constituye un poder, no sería una norma jurídica completa por falta de una

consecuencia jurídica, sino una norma incompleta que servirá para delimitar más concretamente una de las condiciones del supuesto de hecho de otra norma jurídica.

65.1.2. Las normas jurídicas complementadoras

Especifican o completan el contenido de un término utilizado en su significado general. Aclaran, la mayoría de las veces, una consecuencia jurídica. Por ejemplo, conforme al art. 1511 del CC, el adquirente de un bien viciado “puede pedir, en razón del saneamiento a que está obligado el transferente, la resolución del contrato”. El término *resolución* utilizado en su significado general es completado por la norma jurídica complementadora del art. 1512, la cual preceptúa que la resolución a que se refiere el art. 1511 impone al transferente la obligación de pagar al adquirente el valor del bien, los intereses legales, los gastos y tributos, los frutos y la indemnización de daños.

65.2. Las normas jurídicas restrictivas

Reducen un supuesto de hecho de otra norma concebido tan ampliamente que, según su sentido literal, abarca también hechos para los que no debe valer. Por ejemplo, está permitida la cesión de derechos aun cuando sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa (CC, arts. 1206 y 1208). Esta norma es restringida por otra que dispone que la cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor (art. 1210).

65.3. Las normas de reenvío

También llamadas de remisión o de aplicación, estas no regulan en forma directa las relaciones, sino que la indican indirectamente, mediante la referencia o remisión, total o parcial (remisión apenas en el supuesto de hecho o solo en la consecuencia), a otras normas ya existentes o que se han de dictar. Por eso se dice que las normas de reenvío son normas en blanco que son llenadas con el contenido de la norma o normas a las cuales hace remisión. Por ejemplo, el art. 6, párrafo final del CC, estatuye que “los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”. Esta remisión a la legislación especial se justifica por la complejidad de la materia, la rápida evolución científica y el carácter general de las normas del Código Civil. Otras veces, para eludir incómodas repeticiones, un texto normativo remite la regulación de una institución o caso a normas que regulan otra institución, v. gr., el art. 1649 del CC dispone que la existencia y el contenido del contrato de mutuo se rigen por lo dispuesto en la primera parte del art. 1605, que rige la prueba de la existencia y el contenido del contrato de suministro.

Lo expuesto muestra que las normas jurídicas no están aisladas unas de otras, sino que muchas veces son normas incompletas que solo al unirse producen la norma jurídica completa.

66. Normas perfectas, *plus quam perfectas*, *minus quam perfectas* e imperfectas

Esta clasificación es hecha con apoyo en la función de las sanciones.

Las normas perfectas (*perfectae*) son las que establecen como sanción la nulidad del acto con el cual se infringe la norma, pero no implican una sanción de índole personal al infractor; por ejemplo, la que dispone que el contrato es nulo si su objeto es imposible, pero no hay una sanción personal para los contratantes.

Las normas *plus quam perfectas* (“más perfectas”) son aquellas que además de privar de validez al acto transgresor, establecen un castigo para el infractor. Por ejemplo, si en un contrato de prestaciones recíprocas una de las partes incumple con su obligación, el contrato se resuelve a petición de la otra y se sanciona al infractor con el pago de una indemnización por daños y perjuicios.

Las normas *minus quam perfectas* (“menos perfectas”) se limitan a aplicar una pena sin privar de eficacia al acto. Verbigracia, la norma establece que “los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres” (CC, art. 244). El hecho de haber realizado el matrimonio con infracción de esta norma no implica la nulidad del acto, sino solamente la aplicación de la pena prevista en el art. 247 del CC, que ordena que el menor que se casa sin el asentimiento de sus padres “no goza de la posesión, administración, usufructo ni de la facultad de gravamen o disposición de sus bienes, hasta que alcance la mayoría de edad”.

Las *normas imperfectas* (*imperfectae*) son las que no establecen ni una sanción que prive de eficacia al acto ni una sanción personal para el infractor. Estas normas se refieren a las obligaciones naturales. Por ejemplo, en el juego y la apuesta no autorizados, el perdedor no está obligado a pagar; si paga, lo hace porque quiere; la ley no otorga acción al ganador para reclamar por su resultado (art. 1943). Pero una vez que el deudor pagó, no tiene derecho a repetición, o sea, hay consecuencias jurídicas indirectas. La norma no obliga directa sino indirectamente; deja la iniciativa al agente, pero luego de hecho el pago, este pasa a ser suficiente título fundado en el juego. Por eso, las normas imperfectas reguladoras de obligaciones naturales son también jurídicas.

67. Normas técnicas instrumentales y normas técnicas finales o directivas

Según BOBBIO, las normas técnicas derivan su fuerza de la ligazón medio-fin, esto es, que del hecho de realizar o no realizar ciertas acciones, permite o no permite el derecho a alcanzar el fin querido o impuesto. Dichas normas se dividen en instrumentales, que son aquellas que prevén determinado medio necesario para alcanzar un fin, y técnicas finales o directivas, que son las que indican el fin que se intenta alcanzar con el medio más idóneo u oportuno.

68. Normas reguladoras de conducta social y normas de producción jurídica

Las *normas reguladoras de conducta social* califican una conducta como obligatoria, prohibida o permitida; su objeto es la conducta humana social. Las *normas de producción jurídica* no tienen por objeto la regulación de la conducta humana social, sino que su objeto son otras normas; es decir, son normas que hablan de normas, por ejemplo, el art. 1 del TP del CC dice que la “ley se deroga solo por otra ley”. Las normas de producción regulan la creación, modificación y extinción de las que integran el derecho positivo.

Las normas de creación de otras normas se subdividen en normas de competencia y normas de procedimiento.

- a) *Normas de competencia* son las que confieren a determinados sujetos u órganos (parlamento, presidente de la república, etc.) el poder de producir normas dentro de ciertos límites materiales. Estas contienen: a) la determinación de la persona u órgano a los que se le confiere el poder; b) la determinación de la clase de actos que puede realizar el titular del poder, y c) la determinación de los efectos jurídicos que tiene el acto válidamente realizado.
- b) *Normas de procedimiento* son las que señalan las vías que se deben seguir para el ejercicio de la competencia atribuida.

VI

CAPÍTULO

EL DERECHO COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO

69. Noción de ordenamiento jurídico

La palabra Derecho se usa indistintamente tanto para indicar a la norma jurídica considerada individualmente como para referirse al conjunto de normas que constituyen el ordenamiento jurídico.

La expresión *ordenamiento jurídico* es de origen italiano, pero se extendió a varios países de habla hispana. En otros idiomas se sigue utilizando la expresión equivalente: “orden jurídico”, por ejemplo, en el francés se le denomina *l'ordre juridique*; en el alemán, *Rechtsordnung*; en inglés, *legal order*. Es también común el uso de la expresión *sistema jurídico* para referirse al “ordenamiento jurídico”.

La norma jurídica nunca está sola sino como integrante de un conjunto regulativo que se encarga de organizar un cuerpo social. El conjunto de normas jurídicas vigentes en determinada colectividad constituye el *Derecho u ordenamiento jurídico*. Con la coincidencia de la idea de Derecho con la idea de ordenamiento jurídico se quiere significar que el Derecho no se debe entender respecto a las normas jurídicas que lo componen *aisladamente* consideradas, sino *en su conjunto*. El ordenamiento jurídico es el todo y la norma solo una parte de este.

Como conjunto de normas, el Derecho no es un cuerpo de preceptos dispersos, amontonados, uno al lado de otros sin ninguna conexión, no están yuxtapuestos o solo alineados en serie, todos del mismo rango, sino como un sistema orgánico, coherente, integrado jerárquicamente por normas de distinto valor, todas unidas por una

relación de fundamentación, es decir, que unas normas se fundan o derivan de otras. El sistema normativo se establece de acuerdo con principios unitarios que obligan a que cierta norma sea comprendida en función de todas las demás y estas por medio de esos principios. A este conjunto organizado de normas se le llama *ordenamiento jurídico*, cuya eficacia está garantizada por medio de la fuerza que monopoliza el Estado.

La conceptualización y estudio del Derecho como norma jurídica individualizada ha ocupado el pensamiento jurídico desde los primeros tiempos. En cambio, el Derecho como conjunto de normas organizadas sistemáticamente en un todo unitario (ordenamiento jurídico) es de reciente data, concretamente, de principios del siglo pasado. Su análisis como ordenamiento jurídico surge con la teoría del derecho como institución y con la teoría normativista de él.

En efecto, a principios del siglo pasado se cuestionó, por inadecuada e insuficiente, la concepción del Derecho como norma. Este cuestionamiento surge con los seguidores de la *teoría del Derecho como institución*, entre los cuales descuellan el francés HAURIOU¹ (*Teoría de la institución y de la fundación*) y el italiano ROMANO², quien en 1917 publicó la obra *El ordenamiento jurídico* (*L'ordinamento giuridico*). Para estos autores, el Derecho no solo está integrado por normas, sino por otros elementos más esenciales que estas, como son los institucionales y organizativos.

Para HAURIOU la institución es un grupo social que tiene la finalidad o idea de realizar una empresa duradera en común, para lo cual organiza un poder dotado de órganos. El elemento objetivo del Derecho es la institución y no la norma. Las instituciones son las que hacen las reglas de Derecho y no estas las que hacen las instituciones. El centro y fuente de la juridicidad es la institución y no la regla jurídica; por ello, la concepción del Derecho no debe centrarse en la norma sino en la institución.

Para Santi ROMANO, la institución es un ente o cuerpo social organizado. No cree, como Hauriou, que ella sea fuente de Derecho, sino que identifica el concepto de “institución” con el de “ordenamiento jurídico”. Para esta concepción del Derecho como ordenamiento jurídico o como institución, sus elementos esenciales son la sociedad (el Derecho presupone la existencia de esta; solo los grupos organizados producen su propio Derecho), el orden social y la organización. El orden social es, antes que norma, estructura social en la que el Derecho se manifiesta. El ordenamiento jurídico o institución es el cuerpo social organizado. La organización es anterior a las normas.

Es posible que el grupo social halle un orden incipiente en un mero ordenamiento social, que no comprenda normas jurídicas. En tal caso, el grupo se encuentra en

1 HAURIOU, Maurice, *Teoria dell'istituzione e della fundazione*, Milano: Giuffre, 1967.

2 ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, traducción por Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

una fase inorgánica, aun cuando la norma social le confiera cierta organización, por lo menos embrional, sin la cual no sería concebible una vida asociada. En cambio, cuando el grupo social produce normas jurídicas, o sea, se identifica como ordenamiento jurídico, se da su pase a la *fase orgánica*, esto es, deviene en colectividad organizada en el significado técnico de esta expresión. La *comunidad organizada* es calificada luego como *comunidad política* —en la que el Estado es la figura preminent— cuando ejerce una autoridad incondicionada respecto a los asociados y no depende de ninguna potestad externa (*superiorem non reconoscens*): caracteres estos que se denominan *soberanía*, por cuanto la sociedad civil asume sus tareas típicas, como son la de conservar el orden en el ámbito interno y la de defensa en el externo.

Para la teoría institucional, el Derecho se refiere no solamente a la norma entendida en su aspecto formal, sino a la *total estructura orgánica de la sociedad*, que constituye el fundamento del Derecho, puesto que de dicha estructura derivan las normas, que, en definitiva, no agotan, sino representan un elemento constitutivo del Derecho. Así entendido, este o el ordenamiento jurídico, puede considerarse como una *entidad dotada de autonomía propia*, expresada por la palabra *institución*.

La *teoría normativista* del Derecho (KELSEN, HART y BOBBIO) concibe al ordenamiento jurídico no como institución, sino como conjunto sistematizado de normas vigentes en determinada colectividad. Son propiedades del sistema en su sentido lógico-formal, la unidad, su plenitud y coherencia. Todo sistema requiere de la especificación de criterios de pertinencia de los entes al sistema.

LOMBARDI³ concilia la concepción normativa con la concepción institucional del Derecho y define al ordenamiento jurídico como sistema de normas que organiza un cuerpo social. Entiende que solo los grupos sociales organizados son instituciones y generan su propio Derecho.

En realidad, como dice PASTORI⁴, la concepción normativa del Derecho y la institucional no se *contraponen*, sino, por el contrario, se *integran*, porque la estructura orgánica de la sociedad, que es la base de la teoría institucional, se resuelve siempre en un conjunto de normas jurídicas que regulan dicha estructura: por ejemplo, los órganos del poder legislativo, que son precisamente estructura de la sociedad, se resuelven en la disciplina prevista por las normas constitucionales. La concepción institucional del Derecho ha tenido el acierto de considerar las normas aun con resguardo de su finalidad, lo cual amplía los términos de una mera valoración formal, y de haber contribuido a esclarecer que la producción del Derecho no es exclusiva del Estado, por cuanto ella se origina también en otros ordenamientos sociales.

3 LOMBARDI VILLAURI, Luigi, *Corso di filosofia del diritto*, Padova: Cedam, 1981.

4 PASTORI, Franco, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, 2.^a ed., Milano: Cisalpino-Goliardica, 1988, p. 25.

La concepción institucional niega el monopolio del Estado para crear normas jurídicas y afirma la capacidad de los grupos sociales no estatales organizados (instituciones) para generar su propio Derecho.

Lo dicho aclara la diferencia entre ordenamiento social y ordenamiento jurídico, ya que el primero está formado por todas las normas sociales, no jurídicas y jurídicas, mientras que solamente estas últimas constituyen el ordenamiento jurídico.

No hay ordenamiento jurídico de una sola norma, sino de un conjunto de normas. Como dice BOBBIO,⁵ para concebir un ordenamiento compuesto por una sola norma es necesario imaginar una sola que se refiera a todas las acciones humanas posibles y las calificase con una sola modalidad deontica, y con ello se tendrían tres posibilidades de concebir un ordenamiento compuesto por una sola norma:

- a) *Todo está permitido*: una norma de este género es la negación de cualquier ordenamiento jurídico; es la definición del estado de naturaleza, que es la negación de la sociedad civil.
- b) *Todo está prohibido*: una norma como esta torna imposible toda clase de vida social humana, la cual empieza cuando el ser humano está en condiciones de realizar algunas acciones que le son posibles. Una norma semejante, que equipara las acciones posibles a las imposibles, solo dejaría subsistir las acciones necesarias, esto es, las acciones meramente naturales.
- c) *Todo está ordenado*: una norma de este carácter haría imposible la vida social, porque las acciones posibles estarían en conflicto entre sí, y ordenar dos acciones en conflicto significa volver una u otra, o ambas, inexigibles.

Al ordenamiento jurídico lo integran normas de Derecho de toda índole y de distinto rango, como las leyes generales: Constitución, leyes orgánicas, leyes ordinarias, reglamentos, etc.; normas particulares: contratos, testamentos, etc.; normas individualizadas: sentencias, laudos arbitrales, etc.; normas de origen estatal y también la costumbre acogida por el ordenamiento estatal. Todas ellas están sistematizadas de modo unitario, conexo, armónico y jerárquicamente, desde las más abstractas y generales hasta las más concretas e individuales, en ese orden de preeminencia, de suerte que unas normas se fundan o derivan de otras. En este sentido hablamos de ordenamiento jurídico peruano, argentino, español, canónico, etc. Aquí las normas generales priman sobre las de menor generalidad y estas sobre las concretas e individuales: la Constitución, que es la más general de todas las normas, prevalece sobre las leyes ordinarias, y estas sobre los reglamentos, contratos, sentencias, etc.

5 BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, traducción por Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1992, p. 150.

En el ordenamiento jurídico las normas están conexas en una *relación de fundamentación*: unas se fundan o derivan de otras. Por ejemplo, el que un hombre mate a otro puede ser un homicidio o la ejecución de una pena de muerte (KELSEN). El sentido jurídico de este acto va a ser dado por una norma. En el plano del ser, los hechos no tienen un sentido jurídico. Para obtener este sentido hay que pasar del mundo del ser al del *deber ser*, la norma. “El sentido jurídico de un hecho va a estar dado por una norma jurídica que se refiere a ese hecho mediante su sentido”⁶. Es la sentencia (norma individual) la que asigna el sentido de licitud o ilicitud a un hecho. Para que la sentencia sea válida debe fundarse en otra norma superior general, en el ejemplo propuesto, el Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si la sentencia es dictada de acuerdo con lo prescrito por estas normas, decimos que se funda en ellas, por lo cual es válida. A su vez, estas normas generales que fundan la sentencia son válidas si se apoyan en la Constitución, esto es, si han sido dictadas conforme a lo prescrito en las normas constitucionales para dar leyes.

70. Subordenamientos jurídicos

El ordenamiento jurídico tiene divisiones y subdivisiones en sectores normativos (que podemos llamar *subordenamientos* u *ordenamientos jurídicos menores*) integrados por las normas reguladoras de materias relativas a cada uno de los sectores sociales (relaciones políticas, civiles, comerciales, laborales, de salud, educación, los hechos ilícitos, los tributos, etc.). Estos sectores normativos también están sistematizados, tanto los más generales como los más especiales. Por ello se habla de ordenamiento jurídico constitucional, civil, penal, laboral, tributario, administrativo, etc. A su vez, por ejemplo, el ordenamiento jurídico civil se subdivide en ordenamiento jurídico de los derechos reales, de la familia, de la sucesión hereditaria, de los contratos, etc. Y el ordenamiento jurídico de los contratos se subdivide en el ordenamiento jurídico de la compraventa, del arrendamiento, etc. De este modo, cada norma jurídica es parte integrante de un subordenamiento y cada subordenamiento es parte integrante de otro subordenamiento superior y más amplio, y todos ellos se integran, acoplándose e influyéndose recíprocamente, en el marco del ordenamiento jurídico total.

Todas las normas del mismo nivel que integran cada subordenamiento están, asimismo, sistematizadas, armónicas, coherentes y jerárquicamente desde las más generales hasta las más especiales, en un orden de preeminencia inverso, o sea, que las normas especiales priman sobre las generales y estas sobre las de mayor generalidad (principio de la especialidad). Por ejemplo, conforme a nuestro ordenamiento jurídico

⁶ AFTALIÓN y VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980, p. 508.

civil, celebrado un contrato, las partes están obligadas a cumplir sus disposiciones aun cuando sean contrarias a las normas dispositivas del Código Civil; si surgen situaciones no previstas por los contratantes, se aplican a estas las normas del contrato típico (nominado) de que se trate —si es una compraventa, se aplican las normas que regulan este contrato— (libro VII, sección segunda: *Contratos nominados*); si estas normas no existen o son insuficientes, se recurre a las reglas de la *Teoría general de los contratos*, aplicables a todo contrato nominado o innominado (libro VII, sección primera); si el problema subsiste, se va a las disposiciones de la *Teoría general de las obligaciones* (libro VI) por ser el contrato una de sus fuentes, o a las del acto jurídico, por cuanto el contrato es tan solo una especie de aquel.

Las normas que integran un subordenamiento deben estar correlacionadas y ser coherentes no solo entre sí, sino también con los demás conjuntos de normas componentes de los otros subordenamientos, de suerte que todas las normas del ordenamiento jurídico total del Estado se complementen y limiten en forma recíproca, lo cual implica que una norma jurídica apenas puede ser plenamente entendida en su conexión con las demás.

71. Características del ordenamiento jurídico

El ordenamiento jurídico tiene algunos caracteres que lo configuran como tal. Es complejo, tiene unidad y coherencia, es pleno y sistemático. Veamos en qué consisten estos caracteres.

71.1. Es complejo

Es *complejo*, porque está compuesto por una cantidad de normas que nadie sabe cuántas son. La complejidad se debe a que la necesidad que tiene cualquier sociedad de regular las conductas de sus asociados es tan grande, que no hay ningún poder capaz de satisfacerla por sí misma. Es imposible que el Poder Legislativo pueda dictar todas las normas que regulan la vida social, ya que ellas tienen diversas fuentes, puesto que todo ordenamiento se forma por la absorción de un derecho preexistente y la creación de uno nuevo: el parlamento dicta normas genéricas (*fuentes directas*), recibe normas ya formuladas y socialmente vigentes, por ejemplo, cuando se remite a la costumbre (*fuentes reconocidas*), o delega el poder de producir normas en otros poderes u órganos inferiores o en la autonomía de la voluntad privada (*fuentes delegadas*).

71.2. Tiene unidad

La complejidad no excluye la *unidad*, porque, como sostiene la teoría del escalonamiento gradual de las normas jurídicas en el ordenamiento jurídico de un Estado,

ideada inicialmente por Adolf Merkl y adoptada posteriormente por Hans Kelsen, la unidad del ordenamiento jurídico se debe a que existe un escalonamiento gradual tanto en la producción como en la aplicación de las normas jurídicas. La Constitución, por estar situada en el escalón más elevado, es la que fundamenta a todas las demás normas y da unidad al ordenamiento jurídico. Por ello, un ordenamiento es unitario porque todas sus normas convergen en una norma fundamental⁷ única que es la Constitución, de la cual se derivan directa o indirectamente en sucesivos grados o escalones hasta llegar a las normas más concretas: leyes generales, decretos, reglamentos, etc. Por ejemplo, el comprador paga el precio del bien que compra; la ejecución de este acto lo efectúa en cumplimiento de una regla de conducta, deriva de un contrato de compraventa (norma particular concreta); a su vez, la celebración y el cumplimiento del contrato deben ajustarse a las normas legislativas que lo regulan (normas generales), y aquellas deben haberse dictado con base en normas constitucionales (norma fundamental) para la creación de las leyes: el acto ejecutivo, el contrato, la ley y la Constitución pertenecen al ordenamiento jurídico.

HART⁸, a fin de explicar la unidad del ordenamiento jurídico, recurre a la *regla de reconocimiento* como criterio identificador de las normas que componen un sistema jurídico. Una regla pertenece al ordenamiento jurídico cuando satisface los criterios establecidos en la regla de conocimiento, la cual, a diferencia de la norma fundamental de KELSEN, no es una norma presupuesta, sino un mandato positivo, un precepto social, que existe como una práctica generalmente concordante por parte de los órganos encargados de aplicar e identificar el Derecho por referencia a los criterios establecidos en la regla de su conocimiento. Esta regla existe cuando los magistrados en su conjunto aceptan como vinculantes estos criterios y los usan en forma concordante.

71.3. Es coherente

La coherencia significa que el ordenamiento jurídico es una totalidad armónicamente ordenada, o sea, que las normas que lo componen tienen una relación de compatibilidad que imposibilita toda contradicción entre ellas. Por tanto, dicho ordenamiento no es coherente si en él existen normas jurídicas que se contradicen o excluyen mutuamente. A las contradicciones normativas también se las llama *antinomias*.

⁷ Denominamos *norma fundamental* a la Constitución, la misma que se encuentra coronando al Derecho positivo de un Estado. A diferencia de Kelsen, para quien la *norma fundamental* (*Grundnorm*) no pertenece al ordenamiento jurídico positivo, sino que se trata de una norma presupuesta para dar fundamento último al ordenamiento jurídico vigente. KELSEN, *La teoría pura del derecho*, traducción por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires: Losada, 1941, p. 100 y ss.

⁸ HART, Herbert, *El concepto de derecho*, traducción por Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

71.4. Pretende ser pleno

Decir que un ordenamiento jurídico es pleno significa que contiene normas para regular todos y cada uno de los hechos de la vida de relación social que reclaman su regulación por el Derecho. Esto nunca se da en la realidad social (siempre cambiante), en la cual existen diversos hechos que reclaman una regulación jurídica, pero esta no existe. Por consiguiente, no hay Derecho positivo que esté libre de lagunas, porque es imposible que un ordenamiento jurídico sea completo. La plenitud de este es una exigencia, no una realidad; es más un ideal que una realidad. En consecuencia, el problema de llenar las lagunas siempre existe.

El dogma de la plenitud del ordenamiento jurídico, ligado a la concepción estatista del Derecho, reside en que el juez tiene la obligación de extraer siempre del ordenamiento jurídico estatal la solución para cualesquiera casos que se le presenten. Pero es imposible crear un código que contenga una respuesta para todas la cuestiones que surjan, y por ello es inevitable la presencia de lagunas que se deben integrar mediante la analogía, las costumbres y los principios generales; a esto cabe agregar que toda norma se crea mediante múltiples consideraciones (económicas, sociales, etc.) y juicios diversos, entre los cuales hay juicios de valor, lo cual impide que la aplicación de las normas se haga por la simple subsunción lógica de un hecho bajo una norma que siempre queda con significado invariable, sino mediante un proceso de concretización en que la norma aplicada se materializa en una regla individualizada (por ejemplo, una sentencia) que amplía el contenido del sentido de la norma aplicada. Lo que está implícitamente contenido en la norma es desarrollado en forma explícita por la jurisprudencia y la doctrina, pues el contenido de ella no tiene un sentido completo y definido, sino un sentido-marco que exige ser ulteriormente llenado de contenido por la jurisprudencia de los tribunales.

Según Cossío⁹, no hay lagunas en el Derecho porque hay jueces que dictan sentencia tanto en los casos no previstos como en los previstos y, en ambas circunstancias,

⁹ Cossío, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires: Losada, 1947, ob. cit., p. 19 y ss.: Frente al *realismo ingenuo* que afirma la existencia de lagunas en el ordenamiento debido a las limitaciones naturales de la inteligencia humana y a la riqueza creadora de la vida, por lo cual siempre aparecerán casos imprevistos, Cossío afirma que si la ley es una fórmula abstracta y genérica de casos indefinidos, es también una estructura que excede a la pluralidad de casos que representa, puesto que toda estructura es una totalidad lógica que se cierra y concluye en sí misma. Dice que hay un error fundamental de lógica en el *empirismo científico* que afirma la inexistencia de lagunas en el ordenamiento, y cae en cuenta de que en el Derecho, todo lo que no está prohibido está permitido. El *eclecticismo* que sostiene que no hay lagunas en el Derecho, pero sí las hay en la ley, elude el problema, que es el de la noción de ordenamiento jurídico en cuanto estructura del Derecho. El *pragmatismo* reza: hay lagunas en el *derecho*, pero debe precederse como si no las hubiera, lo cual es criticable por apoyarse solo en consideraciones prácticas. Frente a estas teorías Cossío opone su teoría del *apriorismo filosófico*, que concibe al ordenamiento jurídico como una estructura totalizadora, de donde resulta que un régimen de Derecho positivo es una totalidad y, por tanto, no hay casos fuera del todo porque, de lo contrario, el todo no sería tal todo. No hay parte aislada, sino siempre como parte de un todo.

la dictan de la misma manera; no porque el caso sea imprevisto, el juez pospone definitivamente su resolución ni les dice a los litigantes: "Señores, vuelvan con el litigio a sus casas que yo no tengo medios para resolverlo". El juez debe juzgar siempre porque es juez, es decir, porque esa es su ontología; ser juez consiste en deber juzgar. Este es su ser. La función jurisdiccional es un tramo estructural del Derecho, es decir, una estructura totalizadora, de suerte que ningún caso judicial cae fuera del ordenamiento jurídico, por la sencilla razón de que no hay partes fuera del todo; de lo contrario, el todo ya no sería tal.

Debe entenderse que un ordenamiento es *una plenitud hermética* que no admite fisuras, no porque carezca de lagunas, sino porque no puede quedar ni un solo caso de la vida de relación social sin solución jurídica. Con tal fin se suele recurrir a una o varias normas generales que facultan a los órganos judiciales para subsanar los posibles vacíos que contiene el ordenamiento jurídico positivo. Así, el Código Civil francés, en su art. 4, dice: "El juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de negación de justicia". El art. 1 del Código Civil suizo expresa: "Si no puede obtener de la ley precepto alguno, el juez debe decidir según el Derecho consuetudinario y, cuando también este falte, según la regla que él habría de establecer como legislador. Él sigue en esto la doctrina acreditada y la tradición". Por su parte, la Constitución Política peruana dispone lo siguiente:

Art. 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario.

Se usa también la denominada *norma general inclusiva*: Cuando no exista una norma aplicable se debe recurrir a la norma que regule el caso análogo. Estas normas o principios generales no implican que el ordenamiento jurídico sea completo, sino, por el contrario, se reconoce implícitamente que en él existen lagunas que se deben llenar. Otras veces se recurre a la supuesta *norma general exclusiva*: todo lo que no está regulado se considera excluido del Derecho positivo y, por tanto, es jurídicamente lícito y permitido. En efecto, como todo hecho de la vida real debe tener una posible respuesta jurídica, porque en caso contrario el ordenamiento jurídico se desmoronaría al permitir la justicia por propia mano, se recurre al "principio de clausura", según el cual, toda conducta humana tiene su correspondiente regulación normativa, sea como prohibida, como ordenada o como permitida. Esto significa que el ordenamiento jurídico no solamente es completo sino también un sistema cerrado o concluso. Como normalmente las prohibiciones son expresas y no todas las permisiones lo son, el principio se enuncia diciendo que "todo lo que no está prohibido está permitido", principio que está consagrado en la Constitución cuando establece: *Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe* (art. 2.24.a).

71.5. Es sistemático

71.5.1. Concepto de sistema

El sistema es un conjunto de elementos ordenados con criterio de unidad; como dice el refrán: “un lugar para cada cosa y cada cosa en su lugar”. En todo sistema hay una pluralidad de elementos, un orden entre ellos y una unidad resultante: la totalidad organizada conforme a ciertas reglas. Hay orden cuando los entes constitutivos están en relación con el todo y también en relación de coherencia entre sí.

El significado de las proposiciones depende del sistema del cual forman parte. Como dice Russo¹⁰:

La verdad es el resultado de una relación triádica, entre la proposición, el estado de cosas al cual se refiere, y el sistema en la que se incluye. Las proposiciones científicas son, en rigor, proposiciones modalizadas, pero no de una lógica modal aleática (“es necesario que...”; “es posible que...”; etc.), sino de una lógica modal sistemática. La proposición completa no diría algo así como: “la velocidad de la luz es siempre igual”, sino: “en el sistema S es probable que la velocidad de la luz sea siempre igual”.

71.5.2. Pensamiento problemático y pensamiento sistemático

El *pensamiento problemático* gira en torno de un mismo tema, revisando una y otra vez los materiales acopiados, no tiene principios ni terminaciones, admite errores y está dispuesto a replantearse el punto para ratificarlo o rectificarlo.

El *pensamiento sistemático* emerge de principios fundamentales a partir de los cuales, deductivamente, obtiene una solución para todos los casos posibles; todo saber se fundamenta en otro más general, hasta llegar a un primer principio.

71.5.3. Sistemas cerrados, abiertos y axiomáticos

El sistema es *cerrado* o concluso cuando sus elementos interactúan entre sí, pero no con los elementos del entorno; nada hay que sea fuera del sistema. Así, por ejemplo, la geometría es un sistema cerrado, deductivo.

El sistema es *abierto* o móvil cuando sus elementos interactúan entre sí y con relación al entorno del sistema, es decir, que continuamente incorpora elementos que modifican su composición y estructura. Así, por ejemplo, un organismo vivo es

¹⁰ Russo, Eduardo Ángel, *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 210.

un sistema abierto y dinámico vinculado necesariamente con el entorno en el cual se desarrolla¹¹.

El sistema *axiomático* supone la existencia de principios fundamentales o axiomas, y, como es obvio, compatibles entre sí, siempre últimos, es decir, que no sean derivables, a partir de los cuales se obtiene deductivamente una solución para todos los casos posibles. Verbigracia, las matemáticas, en las que se deducen de unos pocos axiomas todas las demás proposiciones por vía silogística.

71.5.4. El Derecho como sistema

El ordenamiento jurídico es el conjunto sistemático de normas jurídico-positivas ordenadas en un todo coherente (el Derecho positivo de un país)¹², bajo el criterio de unidad que es la Constitución¹³.

Dicho ordenamiento no es apenas unidad, sino *unidad sistemática*, esto es, *ordenada*, donde impera una racionalidad interna, la cual determina que las normas que lo componen no solo están en relación con el todo (con la unidad), sino también de *coherencia* entre sí. El significado de la norma considerada aisladamente (nunca la norma está aislada) no es el mismo que cuando se la considera como parte del todo: el ordenamiento sistematizado es también el resultado de una relación triádica entre la proposición prescriptiva, el estado y circunstancias de la conducta que regula, y el ordenamiento en el cual se ubica.

Al Derecho se lo puede tener como un sistema cerrado o abierto. ESSER¹⁴, que aboga por el *case-law* y el pensamiento problemático, dice que el sistema cerrado está representado por el Derecho codificado y el sistema abierto por el Derecho casuístico,

11 RUSSO, *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, ob. cit., p. 217.

12 ESSER, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, traducción por E. Valentí Fiol, Barcelona: Bosch, 1961. Dice que ningún *corpus iuris* es solo “masa”, sino “un sistema de principios fijados con los datos de esta masa, que permiten al juez la selección, aplicación y nueva formación de normas”. Con ellos el Derecho no solo se hace útil, sino que solo con ellos obtiene su carácter de orden jurídico.

13 La doctrina más autorizada concluye que el ordenamiento jurídico es sistemático. Así, por ejemplo, KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, traducción por R. J. Vernengo, Ciudad de México: UNAM, 1979, concibe al ordenamiento jurídico como sistema normativo. HART, *El concepto de derecho*, ob. cit., caracteriza al ordenamiento jurídico como la unión de reglas primarias que imponen deberes, y secundarias que confieren potestades públicas o privadas. LOMBARDI, *Corsso di filosofia del diritto*, ob. cit.; al modo de Kelsen y de Bobbio, sostiene que el ordenamiento jurídico es un conjunto sistematizado de normas, cuyo fin esencial es organizar un cuerpo social. ESSER, Josef, *Grundsatz und norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen: Mohr, 1956, p. 227, citado por LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 1994, p. 170, dice que ningún *corpus iuris* es solo masa, sino “un sistema de principios, fijado con los datos de esta masa, que permiten al juez la selección, aplicación y nueva formación de normas positivas”.

14 ESSER, *Grundsatz und norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, ob. cit., p. 7.

porque este no sale a flote sin una conexión derivativa, conceptual y valorativa que haga razonablemente comprobables las decisiones particulares, para lo cual se necesita una “ordenación del conocimiento valorativo en un sistema y, por tanto, el control de cada decisión mediante su reconducción a los criterios que aquella aporta razonablemente —es decir, demostrablemente— según el sistema total respectivo”.

Si lo consideramos como un sistema cerrado, el Derecho es, como dice NINO, una estructura jerárquica de sus elementos e integra un universo cerrado y autosuficiente: nada hay que sea Derecho fuera del sistema, y todo lo que integra el sistema es Derecho¹⁵, lo cual significa que las lagunas de él no existen o, en todo caso, se crean medios de interpretación para llenarlas. Esta concepción sería correcta si el Derecho fuera un ordenamiento puramente lógico que nos permitiera, por inducción o deducción, obtener una norma reguladora de cada conducta humana; pero no es así, porque el Derecho es un ordenamiento valorativo de la conducta humana real (viviente), razón por la cual no puede constituir un sistema cerrado y autosuficiente, con una carencia total de lagunas y contradicciones. En cambio, si se lo considera como un sistema abierto, las lagunas serán cubiertas por elementos del entorno social, así como un organismo vivo obtiene su alimento del medio en donde se desarrolla.

BOBBIO¹⁶, para explicar la estructura del ordenamiento jurídico, recurre a los tres significados que tiene el término *sistema*: a) se habla de *sistema deductivo* por cuanto todas las normas del ordenamiento jurídico se derivan de algunos principios generales. El iusnaturalismo racionalista pretende construir el Derecho como un sistema deductivo; b) el ordenamiento es un *sistema inductivo* (ordenamiento desde abajo), porque parte del contenido de las normas particulares a fin de construir conceptos siempre más generales y hacer clasificaciones y subclasificaciones de toda la materia. Así surgió, por ejemplo, la teoría del negocio jurídico; c) de acuerdo con un tercer significado, el ordenamiento es sistemático porque en él no pueden coexistir *normas incompatibles*, con la particularidad de que cuando dos normas son incompatibles, cae una de ellas o las dos, pero no el ordenamiento jurídico.

El sistema deductivo supone la existencia de una norma o grupo de normas de las cuales se deriva un amplio repertorio de reglas jurídicas en gradaciones sucesivas. Las derivaciones no se producen por inferencia lógica, sino que nacen de actos concretos realizados por quienes tienen autoridad para expedir normas jurídicas en cada escalón del ordenamiento. Este presupone un *poder normativo* que crea normas que imponen deberes (imperativos, mandatos, prohibiciones); donde hay deber hay poder; el poder último, supremo u originario, es el constituyente. Cada poder delega la facultad de crear normas en otro poder de rango inferior, por lo cual, en el orde-

15 NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, ob. cit., p. 102.

16 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 177 y ss.

namiento jurídico, hay una cadena de delegaciones normativas. Considerar (como lo hace el sistema deductivo) al ordenamiento jurídico como un sistema deductivo cerrado, rigurosamente completo, está lejos de ser una realidad.

Dentro de la orientación lógico-deductiva, KELSEN¹⁷, a fin de fundamentar la validez de las normas jurídicas en sus diferentes grados, distingue dos tipos de sistemas: el estático y el dinámico. Para el *sistema estático*, propio de la doctrina del Derecho natural, la validez de las normas que lo componen ha de establecerse atendiendo por igual a la forma y al contenido normativo. En cambio, según el *sistema dinámico*, propio del Derecho positivo, las normas son válidas y pertenecen al sistema si las ha creado el órgano competente en cada grado, con observancia de la formalidad establecida por la norma del grado superior, careciendo de relevancia el contenido normativo.

No compartimos plenamente este criterio del jurista vienes, porque en el ordenamiento jurídico cada norma tiene su fundamento de validez en un precepto superior que indica qué autoridad es la competente para dar la norma y dentro de qué límites, no solamente formales, como dice KELSEN, sino también materiales, debe crearla. En las normas jurídicas existe una doble relación de fundamentación: por el contenido y por el procedimiento. La *fundamentación material* o de contenido está dada por la coincidencia del contenido de la norma inferior con el de la norma superior (por ejemplo, el contenido de una sentencia se funda en el contenido de la ley y el de la ley se fundamenta en el de la Constitución) y la *fundamentación formal* consiste en que la norma haya sido creada por el órgano competente conforme a los procedimientos previstos en la norma superior.

Por la vía lógico-inductiva se acoplan todas las normas jurídicas vigentes de tal manera que formen entre sí una unidad sistemática coherente y cerrada en la cual se pretende encontrar una respuesta jurídica para cada caso de la vida real.

La *jurisprudencia de conceptos* alemana elaboró un *sistema abstracto-conceptual*, según el cual el Derecho es un sistema de conceptos jurídicos generales construido mediante la subordinación de unos más especiales y otros de muy amplia extensión (ámbito de aplicación), pero de contenido siempre más reducido, que permite no solo asignar a cada concepto su lugar dentro del sistema total, sino también subsumir de ellos otros conceptos y, finalmente, tanto hechos como consecuencias jurídicas concretas. Este sistema se sustentó en la ordenación externa de las leyes y numerosas divisiones conceptuales (Derecho público y privado, Derechos absolutos y relativos, nulidad y anulabilidad, etc.). LARENZ dice que este sistema en muchos aspectos no es exacto porque no sirve para solucionar problemas jurídicos, pero sí para encontrar la norma aplicable en cada caso. Agrega LARENZ¹⁸, citando a ENGLISCH, que no es posi-

17 KELSEN, *La teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 94 y ss.

18 LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 168.

ble en el Derecho un sistema axiomático estricto según la índole de las matemáticas, porque en la jurisprudencia (ciencia jurídica), al pasar del concepto más general al más especial, se ha de “dominar tanta materia, que lo puramente deductivo pasa a segundo plano frente a los actos de conocimiento para ello exigido”.

Para CANARIS¹⁹, el Derecho como sistema es un *orden axiológico o teleológico* de criterios valorativos directivos. En contraposición a un sistema de conceptos jurídicos generales, aquel es de principios jurídicos. A diferencia de los conceptos, los principios tienen excepciones y pueden entrar en contradicciones mutuas; no pretenden ser exclusivos —es decir: no debieran ser formulados según el esquema “solo si..., entonces”—; desarrollan su sentido solo en armonía con su complemento y limitación recíprocos; para su realización requieren ser concretizados por medio de subprincipios y valoraciones particulares que tengan contenido objetivo independiente. No son normas, porque no se aplican al instante; es preciso para ello conectarlos en forma constante con nuevas valoraciones independientes. No solo tienen su validez en el orden establecido, sino también en la idea del Derecho, cuyas concretizaciones los representan ampliamente, así como en la naturaleza de la cosa; no son ahistóricos y, en cierto modo, estáticos, sino que consiguen su figura concreta, en toda regla, solo mediante la relación con una específica situación histórica y con la intervención de la conciencia jurídica general respectiva. Con estas limitaciones, el descubrimiento de las conexiones sistemáticas de los principios y subprincipios ensancha el conocimiento del Derecho y sirve para interpretar las normas e integrar las lagunas, en cuanto mantiene la unidad valorativa y consecuencia lógica en el desarrollo del Derecho. El sistema de principios es abierto.

Para RAZ, el sistema jurídico es abierto, en la medida en que contiene normas que dan fuerza vinculante a otras que no pertenecen a él²⁰, por ejemplo, cuanto el Derecho reconoce fuerza vinculante a la costumbre o a los principios generales de él. Cuantas más normas ajenas sean adoptadas por el sistema, más abierto es este.

En la concepción de sistemas desarrollada por LUHMANN²¹, el derecho no es cerrado porque continuamente incorpora nuevos elementos, y no es abierto porque no los incorpora desde su entorno, sino desde dentro del mismo sistema. Es autorreferente, porque se define por su diferencia con el entorno, y es autopoietico porque crea su propia estructura y los elementos que lo integran, es decir, produce una autocreación.

19 CANARIS, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegrif in der Jurisprudenz*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969, citado por LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 171 y ss.

20 RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 177.

21 LUHMANN, *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Buenos Aires: Sur, 1973, p. 147.

Como asevera LARENZ:

La actual ciencia jurídica alemana —que tiene que vérselas todavía con un Derecho en gran medida codificado y con una Constitución escrita que contiene un catálogo de derechos fundamentales— no se trata de que pueda en absoluto renunciar al pensamiento sistemático, sino solo de unir objetivamente pensamiento problemático y pensamiento sistemático y precisamente en un sistema abierto. Mientras que un sistema jurídico cerrado abriga la pretensión de disponer de una respuesta para toda cuestión jurídica pensable, que puede ser inferida del sistema por medio de operaciones mentales lógicas, un sistema abierto no abriga esta pretensión. Este pone, por cierto, en una relación mutua comprensible las soluciones ya conocidas de cada problema y, de este modo, facilita el volver a conocerlas y hacerlas aplicables a ámbitos de problemas afines, pero se mantiene también abierta a nuevas perspectivas problemáticas y, por ello, jamás puede hallarse “al final”, sino siempre estar “en camino”, sin pretender jamás más validez que la provisional.

El sistema jurídico nunca está acabado, nunca tendrá una respuesta para todas las preguntas; siempre podrá ser puesto en tela de juicio porque no es absoluto; solamente tiene la pretensión de absolutez. Como dice COING, el sistema es una tarea permanente; pues “solo es preciso darse cuenta de que ningún sistema puede dominar deductivamente la pléthora de problemas; el sistema tiene que permanecer abierto. Es solo una síntesis provisional”²². El ordenamiento jurídico es un sistema abierto, que para responder a cada problema que se presente es necesario darles validez a otras normas que surgen en la realidad social, ahora globalizada, en que se desarrolla; esto es, tal ordenamiento se halla en la imperiosa necesidad de alimentarse constantemente no solo de las normas que surgen en la colectividad nacional, sino también de las que surgen en las colectividades de otros estados (piénsese, por ejemplo, en los contratos modernos que invaden todo el mundo desconociendo fronteras de toda laya).

72. Formación histórica del ordenamiento jurídico

Hemos dicho que todo ordenamiento presupone un *poder normativo*. Este reside en los organismos competentes encargados de crear normas jurídicas. Él mismo prescribe cuáles son los órganos encargados de crear normas jurídicas y cuáles deben aplicarlas haciendo uso de la fuerza en caso necesario. El organismo que crea e impone el ordenamiento jurídico al grupo social goza de poder soberano, esto es, no admite otro poder superior distinto, salvo el de la opinión general. El poder soberano monopoliza la potestad de crear normas jurídicas, la de administrar justicia y la relativa al ejercicio

22 COING, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, traducción por Juan Manuel Mauri, Barcelona: Ariel, 1961, p. 347.

de la fuerza. El ordenamiento jurídico distribuye estas potestades en distintos órganos. Puesto que es imposible que un solo organismo cree todas las normas necesarias para la vida de relación social, el poder soberano se distribuye en varios organismos. Cada organismo es soberano dentro del límite de su competencia, esto es, no admite más limitaciones que las establecidas por el propio orden jurídico. Este limita el poder distribuyéndolo en diversos órganos para que lo ejerzan en mutua cooperación, sin pretender monopolizarlo en uno solo de ellos, porque ello implicaría retroceder a la sociedad primitiva en que el poder sin límites residía en el jefe de la tribu.

Históricamente, las primeras normas jurídicas surgen en forma anónima, espontánea, irreflexiva e inconsciente, expresándose en la costumbre primitiva.

La comunidad es el ente creador de ellas. Los primeros jefes eran ejecutores de las reglas consuetudinarias. En algún momento, con la aplicación de la norma consuetudinaria, surge la necesidad de interpretarla, adaptarla y modificarla. Es posible que esta necesidad de interpretar la costumbre haya originado la aparición, embrionaria y oscura en comienzo, de órganos de gobierno, de justicia y de legislación. La ley surgió antes que la legislación.

A partir de la *Ley de las XII Tablas*, 304 a. C., aparece con nitidez la norma legal. En la antigua Roma, ante la incertidumbre de la administración de justicia ocasionada por la costumbre, conocida y aplicada por magistrados *patricios*, los *plebeyos* representados por sus tribunos llegaron a un acuerdo general para redactar una ley escrita aplicable tanto a los patricios como a los plebeyos. En el año 303 a. C.; en Roma se suspendieron todas las magistraturas ordinarias y todos los poderes fueron concedidos a diez magistrados (*los decenviros*) encargados de redactar la ley, quienes al cabo de un año publicaron sus trabajos en diez tablas. Esta legislación pareció insuficiente, por lo cual se nombraron otros decenviros que al año siguiente, en el 304 a. C., agregaron otras dos tablas a las anteriores. Las tablas de bronce o de madera de encina fueron expuestas en el foro y consideradas como ley suprema del pueblo romano.

No cabe duda de que cronológicamente primero existen las normas consuetudinarias (las contenidas en los usos y costumbres), luego vienen las jurisprudenciales y solo más tarde, las legislativas. Con la jurisdicción (del latín *iuris dictio*, acción de juzgar) y con la legislación más tarde, aparecen los órganos permanentes diferenciados: el juez y el legislador.

Los gobiernos, desde tiempos inmemoriales, mucho antes de que surgiera la necesidad de que alguien estuviera autorizado para modificar las universales normas de comportamiento, se vieron obligados a dictar *normas de organización*, acuciados por la urgencia de hacer cumplir la norma consuetudinaria previamente establecida, organizar los servicios de seguridad e impartir justicia. Las normas legisladas de organización nacen antes que las de comportamiento. Desde el momento en que se

piensa que también el gobernante debería estar sometido a la ley, se hace ineludible que esta sea aprobada por las asambleas representativas u orgánicas. Sin embargo, resulta engañoso concebir a las primitivas asambleas legislativas como legislaturas; como afirmaba R. W. MAITLAND²³:

Cuanto más nos remontamos en la historia, más difícil resulta trazar las líneas de demarcación precisa entre las diversas atribuciones que al Estado correspondían: una misma institución era, a un tiempo, asamblea legislativa, consejo de gobierno y tribunal de justicia [...] Durante mucho tiempo los teóricos en materia política han insistido en establecer una debida distinción entre la actividad legislativa y las demás potestades del gobierno; y por supuesto que tal distinción es importante, aunque no siempre resulte fácil establecerla. Conviene, sin embargo, subrayar que tal potestad estatutaria no queda en modo alguno limitada a lo que el jurista o teórico de la ciencia política consideraría esfera netamente legislativa. Gran parte de esas disposiciones eran más bien *privilegios* que *leyes*; el estatuto, lejos de dictar normas generales, se ocupaba de cuestiones relativas a un conjunto de casos particulares.

La circunstancia de que la legislación es la única fuente del Derecho se funda en la idea de que siempre existe un supremo Poder Legislativo no sometido a restricción alguna y de que todo cuanto promulgue ese poder es ley. Este es el *poder originario* más allá del cual no existe otro con que se pueda justificar el ordenamiento jurídico. El punto de referencia de todo ordenamiento es el poder originario denominado *fuente de fuentes*.

Se habla de poder originario en sentido lógico-jurídico, no histórico. En toda sociedad civil, por ejemplo, el Estado, existen normas jurídicas, morales, religiosas, sociales, técnicas. El nuevo ordenamiento creado por el poder originario no elimina las reglas precedentes, sino que parte de estas son recepcionadas expresa o tácitamente; el nuevo ordenamiento surge limitado por el que lo precede (límite externo del poder soberano). A su vez, el poder soberano incapaz de regular toda la vida social crea nuevos centros de producción jurídica, los otros poderes y demás organismos estatales y sociales: Poder Legislativo, Ejecutivo, municipios, regiones, Tribunal Constitucional, los particulares mediante el ejercicio del poder de la autonomía de la voluntad privada, etc.; de este modo, el poder soberano se autolimita (límite interno del poder normativo originario).

Para el pensamiento iusnaturalista contractualista, el *poder civil originario* surge de un Estado de naturaleza precedente por medio del *contrato social* (pacto social originario) por el cual los hombres libres e iguales acuerdan la constitución del Estado. Así, según la tesis de Thomas HOBBES (1588-1679), expuesta en su obra *Leviatán*, quienes

²³ HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., 2^a ed., vol. I, traducción por Luis Reig Albiol, Madrid: Unión Editorial, 1985, p. 174 y ss.

estipulan el contrato renuncian completamente a todos los derechos del Estado de naturaleza, y por ello el poder civil nace sin límites, es absoluto; el Derecho natural desaparece, y, por consiguiente, toda limitación futura será autolimitación. En cambio, para John LOCKE (1632-1704), el poder civil se encamina a asegurar mejor el disfrute de los derechos naturales, como la vida, la propiedad, la libertad y, por tanto, dicho poder nace limitado por un Derecho preexistente. Aquel es, pues, el instrumento para la completa actuación de este Derecho natural preexistente.

La teoría que considera que el poder soberano no está sometido a restricción alguna, es errónea. Todo nuevo ordenamiento jurídico tiene limitaciones externas e internas. En el Estado moderno no existe el poder absoluto, porque este está distribuido en distintos órganos de tal modo que ninguno de ellos pueda invadir el ámbito de competencia del otro; en su ámbito de competencia cada órgano es soberano y, en todo caso, el poder soberano es respaldado y limitado por la *opinión general*, puesto que los destinatarios del poder son los titulares de este y los órganos solo sus representantes pasajeros, quienes lo ejercen por cuenta y en interés de los titulares; por ello, quienes lo detentan están sometidos, en última instancia, al control de los titulares de él; la historia atestigua que hasta las más poderosas dictaduras se derrumban cuando pierden el apoyo popular. La presión de un estado de opinión puede ocasionar que se dé o no determinada ley. La dación de una ley no depende de la voluntad arbitraria del legislador. Una ley es eficaz no solo por haber sido elaborada conforme a los procedimientos señalados por el propio ordenamiento, sino, además, por responder a las expectativas de la opinión general. El poder de la opinión pública no reside tanto en el hecho de que quienes la sustentan sean capaces de ejecutar acciones concertadas, sino en su capacidad de negar o retirar el apoyo popular. El poder soberano tiene limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, además de las limitaciones generadas por la opinión general.

Toda norma jurídica debe tener una limitación legal, puesto que debe ser creada dentro de los límites formales y materiales señalados por el ordenamiento jurídico al que pertenece, además de una legitimación social por estar respaldada por la opinión pública general, y, finalmente, una legitimación constitucional, es decir, que no contravenga a la Constitución ni por la forma ni por su contenido.

El Derecho no fue desde sus inicios un ordenamiento jurídico sistematizado en forma jerárquica desde las normas más generales hasta las más especiales. Así, el Derecho romano fue casuístico, pragmático, eminentemente creativo, carente de codificación. Los romanos no construyeron un sistema, sino que definieron figuras jurídicas concretas (la esclavitud, las personas libres, el parentesco, la propiedad, la posesión, la estipulación, el mutuo, el testamento, etc.). En el Derecho romano coexistieron fuentes diversas: costumbres, plebiscitos (decisiones tomadas por la plebe en los *concilia plebis*, sobre la proposición de un tribuno, y que se aplicaba a ella sola),

senadoconsultos (decisiones del senado), constituciones imperiales (decisiones emanadas del emperador), *mores maiorum* (costumbres antiguas), los *responsa prudentium*, o sea, dictámenes y opiniones de los jurisconsultos (Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo, Modestino, etc.), los edictos de los magistrados (*ius honorarium*). Tales fuentes no estaban sistematizadas jerárquicamente; por ello, el juzgador o el abogado romano escogía de entre ellas la que consideraba más apropiada para resolver el caso que se cuestionaba. El Derecho no era algo dado, tal como lo es el positivo de ahora, sino algo que se hace, por lo cual su conocimiento no era especulativo como lo es hoy, sino creativo. Apenas en la última etapa del Derecho romano llegó la *compilación* de Justiniano y con ella la labor exegética de los glosadores y posglosadores (comentaristas medioeves que colocaban sus opiniones en los márgenes de las recopilaciones). En esta última etapa se hicieron también generalizaciones y abstracciones, las mismas que no llegaron a constituir estructuras sistemáticas coherentes.

El Derecho anglosajón fue más tardío e inorgánico que el romano. El feudal inglés fue mágico-religioso; se usaron las ordalías que subsistieron hasta el siglo XIII, los juramentos de testigos, el juicio por combate de representantes, que fue prohibido en el siglo XIX. A partir del siglo XI, bajo el influjo de los normandos, hasta el XIX, se estructuró el *common law* (Derecho común) sobre la base de la unificación de las costumbres del pueblo inglés. La jurisprudencia fue adquiriendo un valor creciente y fue recopilada desde el siglo XIII hasta el XVI en los *Year books* (anuarios), sustituidos posteriormente por los *abrigements* (resúmenes) y los *reports* (informes). Después de la revolución de 1688 se reconoció la supremacía del Parlamento. En los siglos XIX y XX recibe el influjo del realismo norteamericano que reconoce a la judicatura la función creadora de Derecho, lo cual permitió una ordenación inductiva de los precedentes (*Stare decisis*). La admisión de la obligatoriedad del precedente sirvió de presupuesto para elaborar un ordenamiento jurídico sistemático.

Con el Renacimiento se modifican los factores del poder por la aparición de uno nuevo: el poder económico. Hasta entonces, el poder estaba vinculado a la fuerza física y a los recursos para tener y mantener un caballo, una armadura, un sirviente; se mantuvo la consigna de los espartanos de vencer o morir: "Vuelve con el escudo, o sobre él". Pero la guerra comenzó a exigir mayor cantidad de tecnología bélica y menor cantidad de honor y heroicidad. Los recursos económicos se habían acumulado en unos cuantos señores: la burguesía mercantil. Esta acumulación produjo el hecho más significativo del mundo moderno: la Revolución francesa, cuyo dato más importante es el Código Civil francés de 1804 (considerado el monumento a la autonomía de la voluntad privada), por el cual el Estado liberal se reserva tanto el monopolio de la fuerza pública como el monopolio para crear y aplicar el Derecho. Se produjo una unidad casi mítica entre Estado y Derecho que dio lugar a la expresión "Estado de Derecho" por oposición al "Estado de fuerza". Mientras que en el Derecho romano y en el anglosajón las instituciones jurídicas comenzaban con una reclamación, luego el

reconocimiento de una acción, seguida por el reconocimiento del Derecho subjetivo y, por último, del Derecho objetivo, en el Derecho francés el camino es inverso: todo está dentro de la ley (Derecho positivo), esta es la única fuente, exclusiva y excluyente, del Derecho. Se establece así un Derecho cautivo de la ley y surge un nuevo valor, bandera de la burguesía: la seguridad. El modelo napoleónico se construyó como un sistema, cerrado, estático y deductivo, dando lugar a la aplicación silogística del Derecho: la ley es la premisa mayor, el caso juzgado, la premisa menor y la sentencia, la conclusión de la inferencia.

Los primeros que intentaron presentar al Derecho como un orden sistemático fueron los seguidores de la teoría iusnaturalista del Derecho. El Derecho natural, el cual nace con la filosofía estoica, se desarrolla en Roma y, posteriormente, en la filosofía cristiana, considera que existen principios morales universales y eternos asequibles a la razón humana; una norma o sistema no es jurídico si contradice a tales principios. El iusnaturalismo cristiano distingue entre *ley eterna*, que es el plan de Dios, *ley divina*, que guía al hombre a su fin último sobrenatural, *ley natural*, que es la parte de la *ley eterna*, destinada al hombre como ser terrenal, libre, racional y social y *ley humana* creada para resolver casos concretos. Santo Tomás escribió sus dos tratados sistemáticos *Summa contra Gentiles* y la *Summa Theologica*, en los que considera que toda la creación responde a un plan divino que marca el camino de los astros y de los hombres, pero el de estos como obligación moral, puesto que los deja en libertad de elegir el camino por seguir. La ley humana debe adecuarse al plan eterno, de lo cual se sigue que si ella no es justa no es ley. El sistema tomista es cerrado, dinámico en la parte relativa a la ley humana, deductivo y material, construido con apoyo en ciertos axiomas inmodificables.

Hans KELSEN (1881-1973), creador de la teoría normativista del Derecho, publicó en 1934 su obra cumbre: *Teoría pura del derecho*; en 1944, su libro *Teoría general del derecho y del Estado*; sus trabajos inéditos fueron publicados como obra póstuma con el título: *Teoría general de las normas*. KELSEN rompió con la concepción que identificaba Derecho con ley positiva y construyó la noción de “norma jurídica positiva” como un juicio lógico, desicolizado, neutro a todo valor, válido apenas dentro de una teoría formal no descriptiva y cuya función es unir un antecedente a una consecuencia mediante una relación de *deber ser* (relación de imputación, no causal). El único poder soberano que puede crear normas jurídicas es el Estado, esto es, el Derecho es el Derecho positivo (el Derecho puesto por el gobernante), independientemente de que sea justo o injusto. El, como orden jurídico, es un sistema de normas jurídicas. La pluralidad de estas forma un orden sistemático, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única (hipotética fundamental) como fundamento único de validez de la creación de las demás normas. La norma fundamental de KELSEN es un concepto, un presupuesto epistemológico, que encabeza el sistema jurídico como un sistema deductivo, pleno y coherente.

BOBBIO²⁴, seguidor de la *teoría normativa*, no identifica Derecho con Derecho estatal; sostiene que la teoría estatalista del Derecho es producto de la formación de los grandes Estados que surgieron de la disolución de la sociedad medieval formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o que se integraban. Por encima de los que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el imperio, y por debajo, los ordenamientos particulares como los feudos, las corporaciones, los municipios, la familia. El Estado moderno se fue formando por causa de la eliminación y absorción de estos ordenamientos por la sociedad nacional, mediante un proceso de monopolización de la producción jurídica. Si el poder es la capacidad que tienen ciertos grupos sociales para promulgar normas de conducta válidas para todos los miembros de la comunidad, y de hacerlas respetar aun con el recurso de la fuerza (el llamado *poder coactivo*), la formación del Estado moderno corre paralela con la formación de un poder coactivo cada vez más centralizado y, por tanto, a la supresión gradual de los centros de poder inferiores y superiores al Estado, lo cual trajo como consecuencia la eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el propio Estado. La tendencia a identificar el Derecho con el Derecho estatal, que hoy todavía existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó al surgimiento del Estado nacional moderno.

73. Gradación del ordenamiento jurídico

En cuanto al conjunto de normas vigentes en un país (Constitución, leyes, reglamentos, disposiciones administrativas, sentencias, contratos, etc.), son Hans KELSEN y sus discípulos MERKL, VERDROSS y BOBBIO, los que plantean con lucidez los problemas relativos a la sistematización del ordenamiento jurídico.

Al respecto, KELSEN²⁵ sostiene lo siguiente:

[U]na pluralidad de normas forman una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de su validez. En cuanto fuente común, esta norma fundamental constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que integran un orden. Y el que una norma pertenezca a un orden determinado deriva solo del hecho de que su validez pueda ser referida a la norma fundamental que constituye a ese orden. La norma fundamental de un orden jurídico positivo [...] es la regla fundamental de acuerdo con la cual son producidas las normas del orden jurídico [...] De esta norma fundamental no se pueden deducir lógicamente las normas singulares del sistema jurídico. Tienen que ser producidas por un acto especial de institución, que no es acto intelectual sino de voluntad [...] Si acaso se pregunta por

24 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 9.

25 KELSEN, *Teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 94 y ss.

qué razón determinado acto coactivo, como el hecho de que un hombre prive a otro de la libertad encerrándolo en la cárcel, es un acto jurídico y pertenece por tanto a determinado orden jurídico, siguese como respuesta: porque ese acto fue prescrito por una norma individual determinada, por una sentencia. Si se pregunta luego por qué vale esta norma individual, y justamente como parte constitutiva de un orden jurídico bien determinado, he aquí la respuesta que recibe: porque fue dispuesto de conformidad con el Código Penal. Y si se pregunta por el fundamento de validez de Código Penal, se viene a parar a la Constitución del Estado, con arreglo a cuyas prescripciones fue creado el Código Penal por el órgano competente para ello, en un procedimiento prescrito por la Constitución, sobre la que descansan todas las leyes y actos jurídicos verificados sobre la base de las leyes, se llega tal vez a la Constitución más antigua, y así por último a la primera Constitución histórica que fue promulgada por algún usurpador o por un colegio constituido en la forma que fuera. La significación de la norma fundamental se torna singularmente clara en caso de que el orden jurídico no sea modificado por vía legal, sino reemplazado por vía revolucionaria por un orden nuevo. En un Estado hasta entonces monárquico, un grupo de hombres intenta reemplazar al gobierno legítimo por medio de una violenta subversión, y sustituir el gobierno monárquico por uno republicano desde el momento en que la conducta efectiva de los hombres no responde más al orden antiguo, sino en general al nuevo, se opera entonces con este como un nuevo orden jurídico. Se presupone una nueva norma fundamental; ya no aquella que delega en un monarca la autoridad institutora del Derecho, sino aquella otra que delega esa autoridad en el gobierno revolucionario.

Si fracasan los subversivos, su conducta constituirá delito de alta traición; no como instauración del Derecho, sino como infracción a este, sobre la base del orden antiguo, cuya validez presupone la norma fundamental que delega en el monarca la autoridad productora del Derecho.

El ordenamiento jurídico está estructurado gradualmente conforme a relaciones esenciales de fundamentación y derivación lógica a modo de pirámide, en cuyo vértice, según KELSEN, está la *norma hipotética fundamental* (norma fundamental, *no puesta* por una autoridad, *uno presupuesta* —en este sentido hipotética— sobre la cual descansa la validez de todo el ordenamiento jurídico): el debido entendimiento de una norma se obtiene por medio de las demás, porque sucede que en el sistema las unas son condiciones de las otras.

En la gradación del ordenamiento jurídico encontramos que la *grada superior* está integrada por normas constitucionales; la *grada intermedia*, por: 1.º normas que tienen el rango de ley, 2.º los decretos y 3.º las resoluciones; y la *grada inferior*, por normas particulares (contratos, testamentos, etc.) y por normas individualizadas (sentencias, laudos, etc.).

Toda norma de cierta grada fundamenta su validez en otra norma de grada superior. Ya desde un punto de vista dinámico formal, según el cual la norma de grada inferior es válida si la ha instituido el órgano competente observando los procedimientos prescritos por la norma de grada superior, o ya desde un punto de vista

estático-material que permite afirmar aquella validez cuando el contenido de la norma de grada inferior no contradice al contenido de la de grada superior.

El fundamento último de validez del ordenamiento jurídico reside en la norma hipotética fundamental que no es creada mediante un acto legislativo, sino que solo es una regla que se presupone como la última y más elevada. Como dice SMITH, la norma fundamental es un principio apriorístico que es supuesto válido y aceptado por todos o por la mayoría de los individuos, que actúa como una norma única que fundamenta, unifica y coordina a todas las normas integrantes de un específico ordenamiento jurídico²⁶. ¿Por qué obliga un contrato? Porque existe una norma general ordinaria que dice que “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos” (C. C., art. 1361). ¿Por qué obliga esta ley general ordinaria? Porque hay una norma constitucional que establece que toda persona tiene derecho a contratar libremente (Const. Pol., art. 2.14). ¿Por qué motivo obliga la Constitución? La respuesta a esta pregunta ya no es posible encontrarla en el ordenamiento jurídico vigente, sino en un hecho exterior a él (norma hipotética fundamental). Hay una norma hipotética fundamental abstracta que dice: “Obedece al primer legislador”, y una norma hipotética fundamental concreta que indica el nombre del primer legislador concreto a quien se debe obedecer, por ejemplo: “Obedece a los constituyentes de Filadelfia en 1776”, “obedece a la reina en el Parlamento” (Inglaterra). La norma fundamental concreta no ha sido dictada explícitamente por ningún órgano, sino que está contenida como supuesto implícito en todos y cada uno de los actos normativos que se dan en dicho ordenamiento. Puede ser que la Constitución vigente se derive de otra que la precede, y así sucesivamente hasta llegar a *la primera Constitución* que sirve de fundamento al ordenamiento jurídico vigente. En nuestra búsqueda en el pasado nos detenemos por cuanto hallamos la primera Constitución de la cual se derivan todas las demás. La primera Constitución tiene un significado lógico y no temporal. Es primera porque en virtud de ella se dicta otra y sobre la base de esta última todo el ordenamiento jurídico. La validez del ordenamiento se funda en la validez de la primera Constitución, la cual, a su vez, no deriva su validez de norma superior alguna. Todas las demás constituciones fundan su validez en ella, pero esta no funda la suya en ninguna otra. La primera Constitución es dictada por el primer constituyente; por ello, el fundamento último de un ordenamiento jurídico no es tanto la primera Constitución sino el hecho de haber sido dictada por el primer constituyente.

Toda fundamentación de validez nos remite a un primer constituyente o primer legislador. Por ejemplo, con el golpe del 5.4.1992, el presidente Alberto Fujimori se convierte en primer legislador al expedir el D. L. N.º 25418, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que fue la Constitución del gobierno *de*

facto y sirvió de fundamento a todo el ordenamiento jurídico del país, situación que viene a ser igual a como si el primer constituyente de 1992 se tomara el trabajo de dar en ese año todas las leyes que desea tener vigentes. En la búsqueda de la fundamentación última de un ordenamiento jurídico siempre vamos a parar en un legislador originario. Cada vez que triunfa un gobierno que se impone por la fuerza cambia la norma fundamental, que es el fundamento del poder normativo del gobierno *de facto* y de la primera Constitución que este instituye, la misma que, desde entonces, sirve de soporte a todo el ordenamiento jurídico vigente. En la sociedad moderna, el poder normativo de los usurpadores y de los revolucionarios es pasajero, pues no hay otro criterio de *legitimidad* del ordenamiento jurídico que el de su origen democrático. En el caso de Fujimori, la presión social nacional y mundial lo obligó a convocar al Congreso Constituyente que creó la Constitución vigente de 1993.

El fundamento de la primera Constitución ya no será una norma de Derecho positivo, sino tal vez una ley natural emanada de un mandato divino, o un pacto social querido por todos o por la mayoría de los que aceptan este ordenamiento, o, simplemente, ser el producto de un acto arbitrario impuesto por la fuerza bruta. Esto es, el fundamento originario de la primera Constitución no es una norma de Derecho positivo, sino solo un supuesto o hipótesis a la cual KELSEN llama *norma hipotética* fundamental o Constitución en sentido lógico-jurídico que rezaría, más o menos: aquello que es ordenado por el órgano establecedor de la primera Constitución es el fundamento del Derecho positivo. La norma hipotética fundamental es un supuesto del conocimiento jurídico, o sea, un supuesto gnoseológico necesario a todo conocimiento jurídico, pues de él deriva todo conocimiento jurídico y en él está implícito, puesto que calificamos a un hecho como jurídico. A falta de este supuesto habrá hechos sin sentido jurídico, muertes, palabras escritas sobre un papel, arrebatos, pero no hechos con tal sentido: homicidios, contratos, robos, etc.

La “primera Constitución” es una norma positiva creada por cierta autoridad en determinado momento y ocupa la grada más alta del ordenamiento jurídico positivo. En cambio, la norma hipotética fundamental que establece la validez de la primera Constitución no es una norma jurídica positiva puesta por una autoridad, sino supuesta. Es el supuesto del cual se deriva todo conocimiento jurídico. La primera constitución es el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, pero ella no se funda en ninguna otra norma, sino en la hipotética fundamental que no ha sido instituida por nadie.

El sistema de Derecho estatal regula él mismo su propia creación, de suerte que la dación de una norma supone la ejecución de otra superior y, a su vez, es la base para la expedición de otras normas inferiores: el Congreso dicta leyes en ejercicio del mandato constitucional (Const. Pol., art. 102), las cuales son determinantes para la emisión de otros preceptos normativos inferiores (decretos, reglamentos, etc.); a su

vez, estas normas dictadas por los organismos competentes sirven de base para elaborar de otras normas particulares (contratos, testamentos, etc.) o individualizadas (resoluciones administrativas, sentencias, etc.). Con las normas individualizadas que resuelven un caso concreto se llega al fin de la cadena normativa; la ejecución que sigue no es ya una norma sino un hecho que recibe su sentido jurídico de la norma individualizada (por ejemplo, de una sentencia). Directa o indirectamente todas las fuentes de Derecho convergen en una norma única: la Constitución, que es la que da sentido a todas las otras normas inferiores y, mediante ellas, en forma mediata, a los hechos que reciben su sentido del ordenamiento. La estructura jerárquica de las normas determina que este sea un todo unitario.

Al estilo piramidal de KELSEN, la Constitución establece una rígida sistematización jerárquica del ordenamiento jurídico peruano, en cuya grada superior se encuentra ella, al disponer que *la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente* (art. 51); si se presentara *incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior* (art. 138); en caso de que las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, contravengan la Constitución por la forma o por el fondo, devienen en inconstitucionales (art. 200, inc. 4). La superioridad de rango de las normas constitucionales también aparece en el artículo 206, en cuanto ordena que las modificaciones o enmiendas de aquellas, deben hacerse siguiendo un procedimiento distinto al de la legislación ordinaria: Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el presidente de la República.

Como expresa BOBBIO²⁷, por lo general, la estructura jerárquica de un ordenamiento se representa con una pirámide. En esta pirámide el vértice está ocupado por la norma fundamental, mientras que la base está constituida por los actos ejecutivos. Si miramos la pirámide de lo alto hacia abajo, veremos una *serie de procesos de producción jurídica*, y si la miramos de abajo hacia lo alto, veremos, al contrario, una *serie de procesos de ejecución jurídica*. En los grados intermedios hay, a un mismo tiempo, producción y ejecución, mientras que en los grados extremos, o solo hay producción (norma fundamental), o solo hay ejecución (actos ejecutivos).

27 BOBBIO, Teoría general del derecho, ob. cit., pp. 163 y 164.

La producción jurídica es la expresión de un *poder* (originario o derivado), y la ejecución revela el cumplimiento de un *deber*. La norma que atribuye a cierta persona u órgano el poder de dictar normas jurídicas impone, a un mismo tiempo a otra persona, el deber de obedecerlas. *Poder* y *deber* son términos correlativos; si miramos la pirámide de arriba hacia abajo, veremos una serie de poderes sucesivos: el poder constitucional, el poder legislativo ordinario, el poder reglamentario, el poder jurisdiccional, el poder negocial; si la consideramos de abajo hacia arriba veremos una serie de deberes sucesivos: el deber del sujeto de ejecutar la sentencia de un magistrado, el deber del magistrado de ceñirse a las leyes ordinarias, el del legislador de no violar la Constitución. Una misma norma puede ser considerada, a un mismo tiempo, *ejecutiva* y *productiva*: ejecutiva respecto de la norma superior, y productiva respecto de la norma inferior, con excepción de las normas que están en la grada más alta que son solo productivas, y las que se hallan en la grada más baja, que son solo ejecutivas.

74. Estructura jerárquica del ordenamiento jurídico peruano

74.1. Grada superior

- I. *Gradación. Normas constitucionales y sentencias del Tribunal Constitucional*
- A) *Normas constitucionales*
 - a) *La Constitución Política* (arts. 51, 102.2, 118.1, 138, 200.4, 206).
 - b) *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* (4.^a D. F.).
 - c) *Los tratados internacionales que afecten disposiciones constitucionales* (art. 57, 2.^º párrafo).
 - d) *Las leyes constitucionales*. Son las normas mediante las cuales se materializan las reformas de la Constitución (art. 206)²⁸.

28 Reforma de la Constitución. *Límites formales*. - Los límites formales se encuentran referidos a todos y cada uno de los requisitos objetivamente reconocidos por la Constitución para que la reforma prospere. En esta perspectiva, pueden vislumbrarse diversas variables: a) En primer lugar, la Constitución individualiza al órgano investido con la capacidad para ejercer la potestad modificatoria. En el caso del Perú, como de la mayoría de países, este órgano es, en principio, el Congreso de la República, en calidad de poder constituido. b) En segundo lugar, la Constitución describe cuál es el procedimiento que ha de seguir el órgano legitimado, lo que a su vez ha de comprender el número de legislaturas empleadas, el sistema de votación a utilizar, la habilitación o prohibición de observaciones en el proyecto, etc. c) En tercer lugar, es la misma norma fundamental la que se encarga de establecer si el proyecto de reforma constitucional es sometido o no a una ratificación por parte del pueblo, que de esta forma participa en el proceso de reforma de la norma fundamental. La existencia de límites formales, en los términos descritos, permite considerar que el rol cumplido por el poder de reforma constitucional, no es, ni

Constituyen el *bloque de constitucionalidad* o Constitución global del Estado: la preceptiva contenida en la Constitución, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados internacionales que afecten disposiciones constitucionales, las leyes constitucionales. Se entiende por bloque de constitucionalidad al conjunto normativo que contiene disposiciones, principios y valores constitucionales que se encuentren dentro o fuera de la Constitución, los cuales sirven para llevar a cabo el control de la constitucionalidad de las leyes.

La Constitución tiene carácter político y jurídico. El primero se manifiesta al evocar las ideas como libertad, democracia, garantía de los *derechos* fundamentales de la persona, limitación del poder. Su carácter jurídico responde a la Constitución como norma y se desprende de su propio contenido al establecer la obligatoriedad de sus preceptos. Todos los poderes del Estado le deben sumisión.

La Constitución es la norma fundamental del Estado, que se caracteriza por su *supralegalidad*, manifestada en su mayor jerarquía (ocupa el lugar más elevado dentro del ordenamiento jurídico) y en su rigidez (o sea, que su creación y modificación re-

puede ser, el mismo que el del poder constituyente, que es por definición plenipotenciario. Se trata, por consiguiente, de un órgano constituido y, como tal, potencialmente condicionado. Dicha condición no solo es una garantía de que la organización constitucional democrática mantenga su coherencia, que pueda hablarse de supremacía constitucional, sino también que la propia norma constitucional sea capaz de controlar sus procesos de transformación. *Límites materiales*. - Los límites materiales se refieren a los contenidos de la Constitución. Con ellos no se indica la presencia de condicionamientos de tipo procedural, sino algo mucho más trascendente; esto es, la presencia de parámetros de identidad o esencia constitucional, inmunes a toda posibilidad de reforma. Aunque toda Constitución se caracteriza por ser un cuerpo normativo integral donde cada disposición cumple un determinado rol, ciertas cláusulas asumen una función que resulta mucho más vital u omnicomprensiva que las del resto. Se trata de aquellos valores materiales y principios fundamentales que dan identidad o que constituyen la esencia del texto constitucional (la primacía de la persona, la dignidad, la vida, la igualdad, el Estado de Derecho, la separación de poderes, etc.). Sin ellos, la Constitución sería un texto formalmente supremo, pero, en cambio, materialmente vacío de sentido. Los límites materiales, entonces, están constituidos por aquellos principios supremos del ordenamiento constitucional que no pueden ser tocados por la obra del poder reformador de la Constitución. Estos, a su vez, pueden ser de dos clases. i) Límites materiales expresos, llamados también cláusulas pétreas, son aquellos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma. Caso, por ejemplo, del art. 89 de la Constitución de Francia de 1958, el art. 139 de la Constitución italiana de 1947 o el art. 119 de la Constitución panameña; y, en el caso peruano, del art. 183 de la Constitución de 1839, el art. 142 de la Constitución de 1933. ii) Límites materiales implícitos, son aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula política del Estado y que no pueden ser modificados, aun cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución. Tales son los casos de los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de Derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado. La existencia de cláusulas pétreas exceptuadas de la reforma constitucional no niega la posibilidad de que, por fuera de ellas, se consideren otros principios supremos como impedidos de ser modificados (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL., Expediente N.º 0014-2002-AI/TC, Lima: 21 de enero del 2002).

quiere de la concurrencia de órganos y procedimientos más complejos que los exigidos para crear y modificar las leyes). Es el marco dentro del cual deben ubicarse todas las otras normas jurídicas. El ordenamiento jurídico es como un árbol: el tronco es la Constitución y las ramas todas las demás normas. Ninguna de estas puede contravenir, ni por el fondo ni por la forma, a las normas constitucionales.

A la Constitución la elabora el poder constituyente, mientras que la ley es creada por el Poder Legislativo, y este instituido a su vez por la Constitución. Además, existe el Tribunal Constitucional, que puede depurar el ordenamiento jurídico, expulsando de su seno a todas las normas con fuerza de ley que contravengan la Constitución. Esta instituye los órganos con competencia para dictar leyes o normas con rango de ley y señala los procedimientos que han de seguirse para ello. Tiene carácter vinculatorio para todos los órganos del Estado y para todos los ciudadanos. En consecuencia, ella ocupa la jerarquía normativa más elevada, por encima de la legislación.

La Constitución, además de estructurar los poderes e instituciones del Estado y de regular los derechos fundamentales de la persona, contiene el acuerdo básico de orden valorativo que fundamenta la configuración del Estado y de la sociedad. La creación, interpretación y aplicación de las normas que integran el ordenamiento encuentra su fundamento en el orden constitucional. Esta es otra de las razones por las cuales la Constitución no se diferencia de las restantes leyes por sus destinatarios o por su objeto, sino por su superioridad respecto de ellas.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N.º 0014-2003-AI/TC, del 10 de diciembre de 2003, establece que la Constitución es:

1. *Norma jurídico política*. La Constitución es norma jurídico-política *sui generis*. El origen de dicha peculiaridad, desde luego no solo dimana de su posición en el ordenamiento jurídico, sino también del significado que tiene, y de la función que está llamada a cumplir. 2. *Norma jurídica*. La Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupa su creador. En buena cuenta en el Estado Constitucional de Derecho, el *status* de Poder Constituyente, es decir, la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema. 3. *Fundamento de validez*. La Constitución es el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata solo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas.

El *principio de la constitucionalidad* de las leyes dispone que las normas constitucionales tienen supremacía sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.

Cuando una regla con rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales) contraviene la Constitución en la forma o en el fondo, procede la *acción de inconstitucionalidad* (art. 200.4). El órgano competente para conocer de las acciones de inconstitucionalidad, es el Tribunal Constitucional (art. 202.1).

Contra los actos de cualquier autoridad o funcionario que vulneren o amenacen la libertad individual o los derechos constitucionales conexos, procede la acción de *habeas corpus* (art. 200, inc. 1). Contra los actos de la autoridad o funcionario que vulneren o amenacen los demás derechos reconocidos por la Constitución, procede la *acción de amparo* (art. 200, inc. 2). Con la acción de *habeas data* (art. 200.3) se protegen los siguientes derechos fundamentales: a solicitar la información que se requiera y recibirla de cualquier entidad pública; a que los servicios informáticos no suministren informaciones que afecten la intimidad de las personas; al honor, la buena reputación, la intimidad, la voz, la imagen, y la rectificación de informaciones inexactas o agraviadoras difundidas por los medios de comunicación. La *acción de cumplimiento* (art. 200.6) “procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo”. Los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento están regulados por el Código Procesal Constitucional.

La *acción popular* procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen (art. 200.5). Esta acción se fundamenta en el *principio de constitucionalidad* (la Constitución prima sobre todas las otras normas) y en el *principio de la legalidad* (la ley formal prevalece sobre todas las otras normas de menor jerarquía). El proceso de acción popular está normado en el Código Procesal Constitucional (arts. 75-83)²⁹.

B) *Sentencias del Tribunal Constitucional*

La doctrina mayoritaria considera que las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o que constituyen precedente vinculatorio ocupan el nivel jerárquico de la ley.

En nuestra opinión, las *sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley* se ubican inmediatamente después de la Constitución y por encima de la ley (arts. 201 a 204). El Tribunal Constitucional es el *juez de la ley*,

29 Código Procesal Constitucional: art. 76. *Procedencia de la demanda de acción popular*. La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas, y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

por cuanto es el que se pronuncia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los preceptos legales, es decir, tiene competencia para determinar si una norma legal pertenece o no pertenece al ordenamiento jurídico. Además, el Tribunal Constitucional analiza las posibles interpretaciones que caben en un precepto legal, se pronuncia sobre el sentido que es conforme con la Constitución, es decir, determina el significado constitucionalmente correcto del precepto legal, significado que es vinculatorio para los tribunales ordinarios cuando así lo exprese la misma sentencia³⁰. Con la concretización del sentido de la norma por el Tribunal Constitucional surge una nueva norma extraída del texto legal. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional es creador de Derecho, cuyo precedente vinculatorio no puede estar dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República, sino por encima de esta. Siendo el Tribunal Constitucional el juez de la ley, su posición es superior a la del legislador. Este está vinculado por las sentencias del Tribunal Constitucional. Luego, las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de la ley o crean un precedente vinculatorio ocupan un lugar superior al de la ley.

Las sentencias del Tribunal Constitucional se clasifican en:

- a) *Estimatorias y desestimatorias.* Mediante ellas se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que esta puede ser interpretada conforme a la Constitución. Como tal, presupone la existencia, en una disposición legal, de al menos dos opciones interpretativas, una de las cuales es conforme con la Constitución y la otra incompatible con ella. En tal caso, el Tribunal Constitucional declara que la disposición legal no será declarada inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución.
- b) *Sentencias interpretativas.* Mediante estas sentencias se evitan crear vacíos y lagunas de resultados funestos para el ordenamiento jurídico. Además, permiten disipar las incoherencias, galimatías, antinomias o confusiones que puedan contener normas con rango de ley. Las sentencias interpretativas, cuyo fallo se pronuncia fundamentalmente respecto al contenido normativo, pueden ser, a su vez, estimatorias y desestimatorias.
- c) *Sentencias aditivas.* Mediante estas sentencias se declara la inconstitucionalidad de una disposición o una parte de ella, en cuanto se deja de mencionar algo (“en la parte en la que no prevé que [...]”) que era necesaria.

³⁰ Código Procesal Constitucional: Art. VII. *Precedente*. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituye precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

rio que se previera, para que ella resulte conforme a la Constitución. En tal caso, no se declara la inconstitucionalidad de todo el precepto legal, sino solo de la omisión, de manera que, tras la declaración de inconstitucionalidad, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido.

- d) *Sentencias sustitutivas.* Se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la “reconstruye”, a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados.
- e) *Sentencias exhortativas.* Son aquellas en virtud de las cuales, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un determinado dispositivo legal, sin embargo, el Tribunal Constitucional solo declara su mera incompatibilidad y exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado (y no sancionado)³¹.

74.2. Grada intermedia

II. Gradación. Normas con rango de ley

La ley y todas las normas con rango de ley ocupan la posición más alta en la jerarquía normativa después de las normas constitucionales. La absoluta superioridad de la ley después de la Constitución se desprende del hecho de que la ley puede modificar o derogar cualquier otra norma, y no solamente otras leyes. Existen varios tipos de ley:

- a) *Leyes orgánicas* son las que se derivan inmediatamente de la Constitución y tienen como finalidad la organización de las instituciones básicas de la administración (ministerios, Tribunal Constitucional, municipios, Ley General del Presupuesto Público, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales —Ley N.º 26821—, etc.). Para su aprobación se requiere una mayoría calificada de la mitad más uno del número legal de miembros del Congreso (art. 106).

³¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Exp. N.º 0010-2002-AI/TC*, Lima: 3 de enero del 2003.

Este procedimiento calificado para su aprobación, convierte a las leyes orgánicas en normas de jerarquía superior a las leyes ordinarias.

- b) *Leyes ordinarias* son normas generales y abstractas. Son de las más variadas clases: leyes civiles, comerciales, tributarias, penales, leyes de emergencia, leyes de bases o leyes marco, ley marcial, etc.
- c) *Resoluciones legislativas* son normas individuales y concretas mediante las cuales se aseguran deberes o derechos a sujetos específicos o se otorga validez a determinados actos (por ejemplo, el ascenso de un militar a general, la creación de una sociedad de beneficencia, la aprobación de convenios internacionales). Tienen fuerza de ley (art. 102.1).
- d) *Reglamento del Congreso* (art. 94).
- e) *Decretos legislativos* son normas emanadas del Poder Ejecutivo por delegación del Congreso (art. 104).

El Parlamento delega parte de su poder, por medio de una ley de delegación o *autoritativa*, al Gobierno, para que dicte decretos legislativos con la misma fuerza que la ley. El Congreso no extiende un cheque en blanco al ejecutivo para que legisle, sino que la ley de delegación de facultades o autoritativa debe ser muy precisa en cuanto a la materia que debe regular y al plazo por el cual el Ejecutivo puede legislar mediante decretos legislativos. Estos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El presidente de la república debe dar cuenta al Congreso de cada decreto legislativo.

- f) *Decretos de urgencia* son normas emanadas del presidente de la república, por las cuales dicta medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional, con cargo de dar cuenta al Congreso, el cual puede modificarlos o derogarlos (art. 118, inc. 19). Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria (art. 74).

Los decretos de urgencia son normas que, por vía de excepción,emanan de un órgano que no tiene Poder Legislativo, concretamente, del Poder Ejecutivo, a las cuales la Constitución les atribuye directamente fuerza de ley. El Congreso interviene *a posteriori* para modificarlos o derogarlos. La validez de ellos está condicionada, por una parte, a la existencia de una situación de urgencia en materia económica y financiera, con excepción de la materia tributaria, y, por otra parte, a que el Ejecutivo dé cuenta al Congreso de la medida tomada. Está vedado regular mediante decretos de urgencia materias que no sean de naturaleza económica y financiera y únicamente cuando así lo exija el interés nacional ante una situación de urgencia o necesidad.

g) *Tratados internacionales* (denominados también convenios, convenciones, pactos, protocolos, declaraciones, concordatos cuando son celebrados por la Santa Sede, compromisos, etc.) que no afecten disposiciones constitucionales. Los tratados que versen sobre: a) derechos humanos, b) soberanía, dominio o integridad del Estado, c) defensa nacional, d) obligaciones financieras del Estado, e) los tratados que crean, modifican o suprimen tributos, f) los que exigen modificación o derogación de alguna ley, y g) los que requieren medidas legislativas para su ejecución, deben ser aprobados por el Congreso y ratificados por el presidente de la república (art. 56). Respecto a los otros tratados que no versen sobre estas materias, el presidente de la república puede celebrarlos, ratificarlos, o adherirse a estos sin aprobación previa del Congreso, debiendo dar cuenta a este (art. 57).

Los tratados celebrados por el Perú y en vigor forman parte del Derecho nacional (art. 55).

El tratado internacional puede definirse como el acuerdo celebrado por escrito entre dos o más partes que tienen la calidad de sujetos de Derecho internacional, del cual se derivan derechos y deberes para las partes según este Derecho.

h) *Normas regionales* de carácter general —ordenanzas regionales— (arts. 197, 198). Las regiones tienen autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia. No sustituyen a los gobiernos locales ni duplican su acción ni su competencia, sino que las apoyan mediante referéndum. La estructura y funciones de ellas se establecerán en la ley orgánica. Mientras ellas no se constituyan, el Poder Ejecutivo determinará la jurisdicción de los consejos transitorios de administración regional (decimotercera disposición final y transitoria de la Constitución).

i) *Ordenanzas municipales*. Estas son normas generales que regulan la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones generales o específicas de las municipalidades o determinan las limitaciones o modalidades impuestas a la propiedad privada (Ley N.º 27972, art. 40). Considerando que la Constitución reconoce a los gobiernos locales, además de autonomía económica y administrativa, autonomía política en los asuntos de su competencia (art. 191) y en aplicación del principio de la prevalencia de las normas específicas sobre las generales, las ordenanzas municipales, por regular, *in concreto*, materias de ámbito municipal, prevalecen sobre las leyes generales³².

32 La Ley Orgánica de Municipalidades (Ley N.º 27972) dispone lo siguiente:

Art. 40.- Ordenanzas. Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración

- j) *Los decretos-leyes.* En esta segunda gradación también se ubican los decretos-leyes (dictados por los gobiernos *de facto*). Si bien la Constitución no los menciona, los decretos-leyes son válidos y eficaces al igual que las leyes ordinarias emanadas de gobiernos constitucionales. Ellos y la ley tienen igual rango, pero connotaciones distintas desde el punto de vista *fáctico* y valorativo. Los decretos-leyes, mientras no sean modificados o derogados por otra ley, tienen vigencia plena.

La Constitución estatuye los órganos competentes para crear normas con rango de ley y regula el procedimiento legislativo y el contenido que aquellas han de tener, por lo cual existe una subordinación de ellas a la legislación y de estos órganos a la Constitución. Pero también hay una relación de jerarquía entre esta y la legislación. El poder normativo de los órganos con competencia para dictar normas con rango de ley no deriva de ningún otro órgano sino de la Constitución; por consiguiente, dentro de sus respectivas competencias no están sometidos a ningún otro poder.

y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa. Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley. Las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia. Para efectos de la estabilización de tributos municipales, las municipalidades pueden suscribir convenios de estabilidad tributaria municipal; dentro del plazo que establece la ley. Los conflictos derivados de la ejecución de dichos convenios de estabilidad serán resueltos mediante arbitraje.

Art. 41.- Acuerdos. Los acuerdos son decisiones, que toma el concejo, referidas a asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del órgano de gobierno para practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional.

Art. 42.- Decretos de alcaldía. Los decretos de alcaldía establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del concejo municipal.

Art. 43.- Resoluciones de alcaldía. Las resoluciones de alcaldía aprueban y resuelven los asuntos de carácter administrativo.

Art. 44.- Publicidad de las normas municipales. Las ordenanzas, los decretos de alcaldía y los acuerdos sobre remuneración del alcalde y dietas de los regidores deben ser publicados: 1. En el Diario Oficial El Peruano en el caso de las municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao. Sistema Peruano de Información Jurídica 2. En el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción en el caso de las municipalidades distritales y provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones, o en otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad. 3. En los carteles municipales impresos fijados en lugares visibles y en locales municipales, de los que dará fe la autoridad judicial respectiva, en los demás casos. 4. En los portales electrónicos, en los lugares en que existan. Las normas municipales rigen a partir del día siguiente de su publicación, salvo que la propia norma postergue su vigencia. No surten efecto las normas de gobierno municipal que no hayan cumplido con el requisito de la publicación o difusión.

Art. 45.- Disposiciones de interés particular. Las disposiciones municipales de interés particular se notifican en forma personal o de modo que se pueda acreditar la efectiva recepción por los interesados. Las notificaciones de carácter tributario se sujetan a las normas del Código Tributario.

III. Gradación. Decretos

- a) *Convenios internacionales ejecutivos.* Son normas de carácter internacional mediante las cuales el presidente de la república celebra, ratifica o se adhiere a los tratados sobre materias no contempladas en el art. 56, dando cuenta al Congreso (art. 57). Están referidos a los servicios públicos, a la seguridad exterior, a la política general del Gobierno, etc.
- b) *Decretos supremos.* Son normas dictadas por el presidente de la república. Con estas normas se reglamentan las leyes sin transgredirlas ni desnaturizarlas (art. 118.8); se decreta el Estado de emergencia o el Estado de sitio (art. 137); se convoca al Congreso a legislatura extraordinaria (art. 118.6); y otros decretos supremos que expida el presidente de la república en ejercicio de las funciones de gobierno y administración que le encomiendan la Constitución y las leyes (art. 118.24).

Los reglamentos son disposiciones de carácter general dictados por el Poder Ejecutivo, como hemos dicho, mediante decretos, en virtud de su propia competencia. Los reglamentos desarrollan materias contenidas en leyes generales con objeto de facilitar su ejecución, lo cual supone que ellos no pueden contradecir ni desnaturizar las leyes. Su eficacia depende de las leyes a las cuales desarrollan.

Son razones prácticas e históricas las que justifican la potestad reglamentaria. De un lado, por la inmensidad de ámbitos en los que penetra lo jurídico es imposible que el Parlamento, al dictar las leyes, entre en minuciosidades, por lo cual la Constitución deja al Ejecutivo la facultad de reglamentarlas, y, de otro lado, la división de poderes nunca se hizo en términos absolutos: el Ejecutivo siempre retuvo el residuo de Poder Legislativo.

- c) *Decretos de alcaldía.* Son normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del Concejo Municipal (Ley N.º 27972, art. 42).

IV. Gradación. Resoluciones

- a) *Resoluciones supremas.* Son rubricadas por el presidente de la república y refrendadas por el ministro del sector correspondiente (D. Leg. 560, art. 2, inc. 3). Por ejemplo, las resoluciones con que se autoriza el viaje de funcionarios públicos, se encargan temporalmente carteras ministeriales (Const. Pol., art. 127), se designan los órganos de gobierno de las empresas estatales de *derecho privado*, se nombran prefectos, subprefectos, etc.

- b) *Resoluciones ministeriales.* Verbigracia, las resoluciones ministeriales sobre autorización, permiso y licencia para establecer estaciones de radiodifusión (D. S. N.º 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones), etc.
- c) *Resoluciones administrativas y circulares* de la sala plena de la Corte Suprema, del presidente de la Corte Suprema y las resoluciones administrativas o ejecutivas del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.
- d) *Resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados.* Estos organismos no están adscritos a ninguno de los tres poderes del Estado, por ejemplo, Contraloría General de la República, Superintendencia de Banca y Seguros, Superintendencia de Administración Tributaria, Superintendencia Nacional de Aduanas, Tribunal Constitucional, Ministerio Público, etc.
- e) *Resoluciones jefaturales de los organismos centrales.* Sus titulares ostentan el rango de ministros (ministros sin cartera). Verbigracia, el Instituto Nacional de Administración Pública.
- f) *Resoluciones viceministeriales* y otras resoluciones del mismo rango: resoluciones administrativas del presidente de la Corte Superior, resoluciones ejecutivas del Consejo Ejecutivo Distrital del Poder Judicial.
- g) *Resoluciones de los organismos públicos descentralizados.* Estos realizan actividades de producción de bienes y servicios del Estado. Ejemplo, el Instituto Nacional de Estadística e Informática, el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; por Ley N.º 26366 se creó el Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) como organismo descentralizado autónomo del sector justicia.
- h) *Resoluciones de alcaldía.* Estas resuelven asuntos de carácter administrativo (Ley N.º 23853, art. 111).
- i) *Resoluciones directoriales.*
- j) *Resoluciones jefaturales, etc.*

Como se aprecia, en la grada intermedia se ubican las normas dictadas por el Poder Legislativo, el gobierno central, los Gobiernos regionales y locales, los organismos descentralizados y los organismos autónomos.

El poder legislativo reside en el Congreso, que tiene la atribución de dictar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes (art. 102.1).

Legislación dictada por el gobierno central: decretos legislativos expedidos por el Poder Ejecutivo por delegación del Congreso (art. 104); decretos de urgencia con

fuerza de ley, mediante los cuales el presidente dicta medidas extraordinarias en materia económica y financiera (art. 118 inc. 19); decretos supremos y resoluciones supremas que reglamentan las leyes —poder reglamentario del presidente— (art. 118.8); resoluciones ministeriales (D. Leg. N.º 217); resoluciones directoriales, resoluciones jefaturales, etc.

Las normas de las gradaciones I y II son creadas mediante actos legislativos. Las de III y IV gradaciones provienen de actos administrativos.

Como se aprecia, en la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico escrito se encuentran tres tipos de normas: normas productoras (son las normas superiores que fijan los límites formales y materiales para la producción de normas inferiores), normas ejecutoras (son las que dan cumplimiento a lo dispuesto en las normas productoras), y normas ejecutoras-productoras (son las que realizan ambas tareas).

- V. *Gradación. El derecho consuetudinario y los principios generales del derecho*
 - a) Normas contenidas en los principios generales del Derecho (art. 139.8).
 - b) Normas consuetudinarias (art. 139.8).

El art. 139.8 de la Constitución prohíbe al juez “dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario”, es decir, primero sitúa a los principios generales del Derecho y después al Derecho consuetudinario, lo cual consideramos erróneo, porque la fuente supletoria inmediata después de la ley tiene que ser la costumbre y solo a falta de ley y costumbre se aplican los principios generales del Derecho. Estos principios fundamentan tanto al Derecho legislado como al consuetudinario; por consiguiente, es necesario que se establezca con toda precisión que las fuentes del ordenamiento jurídico peruano son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

74.3. Grada inferior

- I. *Gradación. Normas particulares*
 - Contratos, testamentos, etc.
- II. *Gradación. Normas individualizadas*

Sentencias definitivas del Poder Judicial; las resoluciones del Tribunal Constitucional que conoce en última y definitiva instancia las resoluciones negatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, y acción de cumplimiento; laudos arbitrales; resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones; las dictadas

por los órganos de justicia administrativa, previo el proceso administrativo o disciplinario correspondiente, etc.

75. Formas de producción de Derecho

Conforme a la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, todas las normas están fundamentadas en la Constitución; esta señala los organismos encargados de crear derecho, el procedimiento que ha de seguirse para su formulación y, en ocasiones, el contenido de él. El propio ordenamiento jurídico regula la creación de las normas, así como la modificación y derogación de las existentes: cada una aparece como derivación de otra superior y determinante de la expedición de otras inferiores.

Sin embargo, el Derecho no solo es creado por los procedimientos establecidos por el orden jurídico vigente, sino que una revolución o golpe de Estado, que son actos de violación triunfante del ordenamiento jurídico vigente, son también fuente de un nuevo Derecho, cuando obtiene el asentimiento de la *opinión pública predominante*. Esta debe ser la razón que fundamenta las normas dictadas por los gobiernos *defacto* (decretos-leyes), aparte del juicio valorativo que merezca el acto violento por el cual se usurpa el poder. No todo sistema que surge de una revolución o golpe de Estado puede ser considerado jurídico; no pueden ser tales los actos puramente arbitrarios que son tan solo la expresión de pura brutalidad.

Se deduce de lo expuesto que hay dos formas de producción de Derecho: una *originaria*, cuando este nace sin apoyarse en ningún sistema jurídico preexistente; y otra *derivada*, cuando las normas son creadas al tenor de lo establecido en el ordenamiento jurídico vigente.

Cuando un órgano superior atribuye poder normativo a uno inferior, lo hace sobre la base de *límites materiales y formales*. Los primeros se refieren al contenido de la norma que el inferior está autorizado a dictar, y los segundos hablan del modo como debe dictar la norma. La norma que viola estos límites deviene en ilegítima. Veamos esto con algunos ejemplos: a) cuando la Constitución garantiza la libertad de religión (art. 2.3), indica un límite de contenido que prohíbe al legislador ordinario dictar leyes que supriman dicha libertad; si el legislador dictara una ley según la cual la única religión que se puede profesar en el Perú es la católica, sin duda que estaría contraviniendo a la Constitución; b) la Constitución prescribe que el Tribunal Constitucional “se compone de siete miembros elegidos por cinco años” (art. 201); si el Congreso dictara una ley en que dispone que el mencionado tribunal se compone de seis miembros, también estaría violando manifiestamente a la Constitución, por el fondo; c) la Constitución preceptúa: “Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva

comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el reglamento del Congreso” (art. 105); si el Congreso expide una ley sin observar estos límites formales, tal ley es inconstitucional.

Una norma es válida si ha sido creada por la autoridad competente dentro de los límites formales y de contenido señalados por otra norma superior o fundante. Así, un hecho de la realidad recibe su sentido jurídico de una sentencia relativa a dicho hecho; el juez dicta la sentencia dentro de los límites formales (establecidos por las leyes procesales que indican qué órgano es el que debe dictar sentencia y por cuál procedimiento) y materiales (fijados por las leyes sustantivas o de fondo), o sea, la sentencia obtiene su sentido de las leyes procesales y de fondo (leyes sustantivas) y estas, a su vez, derivan su sentido de la Constitución, la cual prescribe qué órgano y mediante qué procedimiento debe dictar leyes procesales y sustantivas. La sentencia se funda en la ley y está en la Constitución. El juez es un órgano estatal que actúa conforme a lo establecido por otro órgano que en materia de dictar leyes es superior: el Poder Legislativo, y este dicta leyes según lo prescrito en otro órgano que es el superior de todos: el poder constituyente o Congreso constituyente. El hecho de la realidad forma parte del contenido de la sentencia, y esta coincide con el de la ley sustantiva o de fondo y con el contenido de la Constitución.

En el paso de la Constitución a la ley ordinaria puede faltar el límite material.

En el paso de la ley ordinaria a la decisión judicial hay límites materiales; el juez no puede resolver en contra del contenido de la ley sustantiva, y también hay límites formales: el juez debe dictar la sentencia previa observancia de las formalidades señaladas en las normas procesales.

En el paso de la ley ordinaria al acto o negocio jurídico prevalecen los límites formales; al Derecho no le interesa tanto lo que los particulares hagan cuanto la forma en que lo hagan. Esto no significa una carencia total de límites materiales que siempre existen; por ejemplo, hay límites formales para el otorgamiento del testamento, pero también hay límites materiales, porque el testador no puede disponer libremente más allá de la porción de libre disposición.

Una norma es válida cuando ha sido creada por el órgano competente mediante el procedimiento y con el contenido prescrito en normas superiores (validez normal); en caso contrario, es inválida. Sin embargo, una norma creada por un órgano incompetente o transgrediendo los límites materiales o formales prescritos por normas superiores puede ser *habilitada* o *convalidada* por el órgano pertinente, por entender que no hay contradicción entre la norma que aplica y las normas superiores (validez patológica de la norma). Así sucede, por ejemplo, cuando el juzgador al resolver un caso concreto sometido a su decisión, aplica una norma inválida y la sentencia queda firme (pasa en autoridad de cosa juzgada) porque el agraviado no utiliza los recursos

impugnatorios que le franquea la ley o, habiéndolo hecho, la instancia superior hasta la cual llega el interesado confirma la sentencia del juez, caso este en que el poder judicial ha habilitado o convalidado una norma inválida para ser aplicada a un caso concreto. Esto, sin perjuicio, en caso de que lo hubiera, de la responsabilidad administrativa, civil o penal del juzgador.

76. La Constitución como norma fundamental

No cabe duda de que la ley, como norma de conducta de carácter obligatorio, es coetánea de la sociedad, esto es, existió antes de que el ser humano desarrollara el lenguaje, pues el individuo era admitido en el grupo solo si se avenía a cumplir con los mandatos normativos por los cuales se regía el comportamiento de los miembros del grupo. La ley existió mucho antes de que al ser humano se le ocurriera pensar que estaba en sus manos estatuirla o modificarla³³.

Concebida la norma legal en su forma actual, verificamos que toda norma jurídica forma parte de un ordenamiento jurídico y en todo ordenamiento jurídico estatal hallamos lo siguiente:

- La existencia de normas inferiores y normas superiores.
- Toda norma inferior depende de una norma superior.
- Toda norma jurídica presupone un poder normativo.
- Los poderes normativos son inferiores y superiores.
- Todo poder jurídico es el producto de una norma jurídica, excepto el poder del legislador originario.
- Toda norma jurídica impone deberes y atribuye los derechos correspondientes.
- Ella es válida si ha sido dictada por una autoridad que tiene el Poder Legítimo para dictar normas jurídicas.
- La autoridad que tiene el Poder legítimo (autoridad competente) para dictar normas jurídicas es aquella a la cual una norma superior, también legítima, le ha atribuido ese poder.
- Un poder inferior tiene su origen en uno superior que fija los límites formales y materiales dentro de los cuales aquel puede expedir normas jurídicas.

33 HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., vol. 1, p. 141 y ss.

Veamos un ejemplo: una norma contractual (que es una norma negocial), proviene del poder de la autonomía de la voluntad privada y es obligatoria porque está fundada en una norma superior que es una ley ordinaria que proviene del Poder Legislativo que dice que los contratos son obligatorios en todo lo que se haya expresado en ellos (C. C., art. 1361); a su vez, la norma ordinaria es obligatoria porque se funda en una superior, que es la norma constitucional que proviene del poder constituyente, la cual dice que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos (Const. Pol., art. 2, inc. 14). La norma negocial (creada por el poder de la autonomía de la voluntad privada) se fundamenta en una ordinaria (creada por el Poder Legislativo); a su vez, la ordinaria encuentra su fundamento en una constitucional (creada por el poder constituyente).

De grado en grado llegamos a la *norma constitucional*, más allá de la cual, en el ordenamiento positivo, no existe otra norma; por eso, la Constitución representa el ápice y cumbre del ordenamiento jurídico; no es una ley más, es la ley fundamental, la primera en jerarquía e importancia de todas las leyes, es la ley de leyes, la ley suprema, la fuente de todas las demás leyes, en el sentido de que estas deben derivar su autoridad de la Constitución; es la que indica cómo se organiza el Estado, crea e instituye sus órganos principales (Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, municipios, etc.), entre los cuales distribuye el poder y es la fuente directa de los derechos fundamentales de la persona.

Un *hecho* de la realidad sometido a decisión judicial recibe su sentido de una sentencia. Esta es el *hecho* de un órgano estatal: el *juez*, quien en su accionar está limitado por las leyes procesales y sustantivas que señalan qué juez, con qué procedimiento y contenido debe dictar sentencia; es decir, esta se funda en las leyes procesales y sustantivas. La ley es un *hecho* de otro órgano estatal: el *Poder Legislativo*, el cual está facultado para dar leyes con sujeción al procedimiento y contenido dispuestos por la Constitución, o sea, la ley se funda en la Constitución. Por su parte, la Constitución es un *hecho* de la *Asamblea Constituyente*. La Constitución puede fundarse en una primera Constitución, que es un *hecho* instituido por el *primer constituyente*. El soporte del poder normativo del primer constituyente o primer legislador y de la primera Constitución que este dicta, es la norma hipotética fundamental.

Todos los órganos del Estado deben sumisión a las normas constitucionales que se sitúan por encima de ellos. Aquellas no pueden ser contradichas por ninguna otra norma del ordenamiento; los órganos del Estado producen normas jurídicas con sujeción a las normas constitucionales. Esto, claro está, sin ir a extremos inaceptables, pues siempre será necesaria la interpretación extensiva o restrictiva de la norma constitucional, que es un organismo vivo y, como tal, su texto siempre ha de tener una significación acorde con el valor-justicia y los otros valores que esa engloba como garantía de la paz social. Además, toda norma es creada por un poder normativo, y la

constitucional es instituida por el poder constituyente, que es el *poder supremo*, primero u originario, más allá de él, dentro del ordenamiento positivo, no existe otro poder.

Como hemos dicho, un poder inferior nace de uno superior que le fija límites formales (el procedimiento que se debe seguir para la sanción de una norma) y materiales (el objeto o contenido de la norma) dentro de los cuales puede dictar normas jurídicas. Al llegar a esos límites el poder se paraliza. Por ejemplo, el Poder Legislativo no está legitimado para ejecutar un acto de reconocimiento o desconocimiento de la autonomía del Jurado Nacional de Elecciones, porque esa autonomía está reconocida por una norma constitucional (art. 177); el poder constituyente no atribuye al Poder Legislativo el poder de otorgar o negar autonomía al Jurado Nacional de Elecciones; así como el Poder Judicial tampoco está legitimado para administrar justicia en materia electoral, porque ello le compete al Jurado Nacional de Elecciones por mandato de una norma constitucional (el art. 178.4), norma superior que crea y legitima al poder judicial para que dicte normas individuales (sentencias), dentro de los límites materiales y formales establecidos por la Constitución y las leyes sustantivas y procesales. Asimismo, el Congreso no puede dictar leyes con el fin de anular resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones o del Poder Judicial que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (art. 138); de las sentencias definitivas de estos organismos se puede discrepar o coincidir, pero se tienen que acatar necesariamente. Cuando las autoridades actúan dentro de los límites de sus competencias decimos que vivimos en un Estado de Derecho que es tal porque rige el ordenamiento jurídico que se puede hacer valer, cuando es necesario, por medio de la fuerza organizada e institucionalizada que monopoliza el Estado.

Cuando una autoridad invade el ámbito de poder de otra autoridad, se rompe el ordenamiento jurídico (y con él el Estado de Derecho, que “cae así en el despotismo o en la anarquía”³⁴) y comienza a regir la ley de la fuerza bruta, que es la ley de la selva, creando el caos y desconcierto en la población que es la que sufre las funestas consecuencia. Solo por medio de una efectiva distribución del poder en los diversos órganos del Estado se logra que el poder limite el poder y se garanticen en forma real y efectiva los derechos fundamentales del ser humano. Solo un convencido anarquista, o peor, una fiera entre los hombres, un *homo homini lupus* (HOBBS), puede pretender concentrar todo el poder para sí, someter a toda la comunidad, arrasar con todo lo que es Derecho, eliminar adversarios y todo aquello que pueda significar un control de su perversa actuación a fin de consumar sin obstáculos sus propósitos ilícitos. Cuando esto sucede, desaparece toda diferencia entre el actuar de los gobernantes y el actuar de una banda de criminales.

34 ROUSSEAU, Juan Jacobo, *Del contrato social o principio del derecho político*, ob. cit., traducción por Consuelo Bernardo de Quirós, Ciudad de México y Buenos Aires: Cajica, 1957, p. 117.

Como ya hemos dicho, una norma jurídica existe válida y eficazmente si la ha dictado una autoridad competente, dentro de los límites formales y materiales de su competencia. Bien dice Ross³⁵: “Una norma sancionada tiene fuerza legal si ha sido dictada por una autoridad que ha seguido el procedimiento regular y ha obrado dentro de su competencia material”. Esto, claro está, desde una perspectiva formal del Derecho, porque si analizamos el ordenamiento jurídico desde el ámbito de su eficacia social o de su oportunidad, conveniencia o justicia, encontramos que el poder soberano distribuido verticalmente en un Estado de Derecho no es absoluto, por cuanto está respaldado y limitado por la *opinión pública*; por ende, para que una norma sea válida y eficaz debe, además de cumplir con los requisitos formales y materiales, estar acorde con la opinión pública general.

El ordenamiento jurídico está integrado apenas por normas jurídicas válidas; las inválidas están fuera de él, salvo que hayan sido habilitadas por el órgano pertinente. Para saber si una norma pertenece o no al ordenamiento jurídico hay que pasar de grado en grado, de poder en poder, hasta llegar a la norma fundamental. De este modo, todas ellas están vinculadas directa o indirectamente con la norma fundamental, que es la que da validez y unidad al complejo y enmarañado ordenamiento jurídico. Por eso, ella se sitúa, al estilo kelseniano, en el vértice del sistema, porque con ella se relacionan todas las otras normas. En este sentido es acertado el razonamiento de BOBBIO³⁶, cuando expresa lo siguiente:

La norma fundamental es el criterio supremo que permite establecer la pertinencia de una norma a un ordenamiento: en otras palabras, es el *fundamento de validez de todas las normas del sistema*. Por tanto, no solo la exigencia de la unidad del ordenamiento, sino también la de fundar la validez del ordenamiento nos lleva a exigir la norma fundamental, la cual es, así mismo, el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento. Y como un ordenamiento presupone la existencia de un criterio para establecer la pertinencia de las partes al todo y un principio que las unifique, no podrá existir ordenamiento sin norma fundamental.

Aclaramos que cuando nos referimos a la Constitución como *norma fundamental* del ordenamiento jurídico, nos estamos refiriendo a la que está en el Derecho positivo, y no a la *norma fundamental hipotética* de Kelsen, la misma que está fuera de tal Derecho.

Si la norma fundamental del ordenamiento positivo es la Constitución y si toda norma se fundamenta o basa en otra superior, hay que preguntarnos: ¿en qué se funda la norma fundamental? La respuesta no la podemos encontrar en el ordenamiento

³⁵ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Eudeba, 1958, p. 78.

³⁶ BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 170.

positivo, pues dentro de él dicha norma no tiene fundamento porque si lo tuviera dejaría de ser fundamental, ya que habría una norma superior de la cual dependería. La respuesta a esta pregunta hay que buscarla fuera del ordenamiento jurídico, y eso significa indagar cuál es la norma fundamental hipotética a la que se refiere Kelsen.

Muchas son las respuestas que se han dado para formular una norma superior que fundamente a la norma fundamental y descubrir un poder superior al poder constituyente, que sería la verdadera fuente de todo poder. Veamos algunas de ellas:

- a) *El poder constituyente, como todo poder, proviene de Dios.* Dios ha delegado en el poder constituyente la facultad de dictar normas válidas. El legislador constituyente es un delegado de Dios. Dios es el poder supremo, el creador de la norma fundamental. Por consiguiente, Dios es la autoridad capaz de dictar normas obligatorias para todos los seres humanos a quienes les obliga a obedecer los mandatos divinos.
- b) *El deber de obedecer al poder constituyente se deriva de la ley natural* revelada al ser humano por medio de la razón. El poder superior al poder constituyente proviene de la razón, que es común a todos los seres humanos. La ley fundamental que proviene de la razón y, por tanto, de la ley natural, establece la necesidad de obedecer a los gobernantes. La ley natural, que es el fundamento de validez de un ordenamiento positivo, ordena obedecer a la razón y esta, a su vez, ordena obedecer a los gobernantes.
- c) *El deber de obedecer al poder constituyente se deriva de una convención originaria.* El fundamento del poder reside en el contrato social. ROUSSEAU³⁷ dice: “Puesto que ningún hombre tiene autoridad natural sobre su semejante, y puesto que la fuerza no produce ningún *derecho*, quedan, pues, las convenciones como base de toda autoridad legítima entre los hombres”; entonces, el poder constituido obtiene su legitimidad del pacto social. Al respecto, HAYEK³⁸ explica:

Siendo, como siempre ha sido, las constituciones fruto de dilatada lucha política, se ha considerado siempre que por su adopción se ha pagado elevado precio. Véase, por tanto, en ellas el resultado de un *acuerdo* (que en muchas ocasiones había sido objeto de solemne refrendo) cuya desobediencia podría suscitar de nuevo la discordia e incluso la propia guerra civil una vez establecida puede tomar visos de esquema legal de carácter primario.

37 ROUSSEAU, *Del contrato social o principio del derecho político*, ob. cit., p. 57.

38 HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., vol. I, pp. 259 y 260.

El pacto social es considerado como un poder que está por encima del poder constituyente, con el cual se da una respuesta a la pregunta sobre el fundamento del fundamento.

- d) *El principio de la efectividad.* Esta teoría es expuesta por KELSEN³⁹. La norma fundamental abstracta dice siempre lo mismo: obedece al legislador originario. Pero ¿quién es legislador originario? La respuesta a esta pregunta se alcanza mediante el principio de la efectividad, que dice que debemos considerar primera Constitución aquella de la cual emana un orden jurídico que es eficaz en su conjunto y lo es si está en relación directa con la fuerza.

El Derecho no puede existir sin la fuerza: pese a esto, no es idéntico a la fuerza. Este hecho tiene su fórmula en el principio de efectividad, que reza: “La eficacia del orden jurídico en su conjunto es una condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran”. La Constitución estatuida por el primer legislador histórico solo es válida bajo el supuesto de que ella sea eficaz. La eficacia del orden jurídico en su conjunto es una condición *sine qua non* de su validez. La vigencia de un ordenamiento jurídico depende de un hecho de poder o fuerza.

Cada primera Constitución va cambiando con el tiempo y lugar porque el principio de efectividad nos remite a cada ordenamiento jurídico vigente. Así, en la Francia de Luis XIV, la primera Constitución era el conjunto de normas, consuetudinarias o no, por las cuales se había instaurado la monarquía. El régimen jurídico nazi, por ser eficaz, obligó a reconocer en sus constituyentes al legislador originario; por inicuas que fueran sus leyes, eran válidas como las de cualquier democracia.

El principio de la efectividad se ve más claro si lo vinculamos con el fenómeno “revolución”. La norma que instaura el poder revolucionario no emana del ordenamiento anterior, sino que lo deroga o lo modifica. La validez de la norma revolucionaria solo puede emanar de la efectividad de la revolución; si esta fracasa, sus promotores son juzgados de acuerdo con las normas que derivan su validez de la norma fundamental antigua que permanece como la primera Constitución. Si la revolución triunfa, el orden jurídico que instaura es eficaz, y en virtud del principio de efectividad pasa a ser la primera Constitución, que debe ser obedecida. Cada vez que esto sucede cambia el primer legislador y, por consiguiente, la norma fundamental concreta, a partir de ese hecho, debe obedecerse al nuevo primer legislador.

39 KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, traducción por Luís Legaz Lacambra, México: Editora Nacional, 1979, p. 122 y *Teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 142.

Como afirma COING⁴⁰, con la revolución o el golpe de fuerza se retira el reconocimiento, no al orden jurídico como todo, sino, antes que nada, a los órganos que hasta el momento ponían el Derecho. Por lo tocante al ordenamiento jurídico, solo partes de él quedan generalmente afectadas. Tiene importancia en este sentido la frase de Otto MAYER, según la cual, “la Constitución perece, pero el derecho constitucional sobrevive”. TRASÍMACO tiene razón cuando dice que el criminal inteligente se convierte en soberano y entonces sus hechos no son ya crímenes. Pero la eliminación del Derecho anterior no se debe al éxito de los revolucionarios o de los golpistas, sino que la comunidad reconoce ese éxito, lo cual hace que nuevos titulares del poder pongan el Derecho en nombre de la comunidad.

- e) *El acatamiento general de la norma hipotética fundamental.* El soporte de la competencia normativa del primer constituyente es el acatamiento general a las normas que de élemanan, lo cual implica una permisión o autorización para el mencionado órgano y sus delegados. Ese acatamiento y la permisión constituyen la base del poder normativo del primer constituyente y de la primera Constitución que este dicta. Con el acatamiento general, todos actúan como si adecuaran su conducta a la norma hipotética fundamental que no ha sido explícitamente creada por nadie en un acto normativo, sino que es implícitamente acatada (presupuesta) en la actividad de conferir sentidos jurídicos de conducta y, por tanto, se halla dentro de todos y cada uno de los actos normativos que se dan en el ordenamiento jurídico, desde la creación de la primera Constitución hasta la dación de la última sentencia. La comunidad toda es la que hace vigente la obediencia al ordenamiento jurídico; el acatamiento comunitario, caracterizado por la pasividad de no impedir *el hacer* del primer constituyente y sus delegados, es el fundamento último sobre el cual se asienta el ordenamiento. Ese no impedir se traduce en un permitir, un autorizar o un consentir a los órganos para que puedan ordenar, prohibir o permitir determinadas conductas de los miembros de la colectividad.

Ninguna de estas teorías puede constituir el fundamento exclusivo del Derecho y tampoco ninguna de ellas puede ser rechazada de plano. La historia de la humanidad nos indica que unas veces el Derecho fue impuesto por gobernantes que simularon ser hijos de Dios o que, en todo caso, el Derecho les fue revelado por Dios, como sucede, por ejemplo, con el Derecho islámico (que fue revelado por Dios a Mahoma); por consiguiente, la voluntad divina es la fuente del Derecho. Otras veces, este es el fruto de la razón. La *teoría del contrato social* es la que mayor aceptación tiene. Sin embargo, a nadie le consta que todos los habitantes de un país en un preciso momento hayan acordado darse un ordenamiento jurídico. Un convenio supone un

acuerdo unánime o un acuerdo de las mayorías, y en la realidad confirmamos que muchas veces un orden jurídico es impuesto por una minoría a la mayoría, caso en el cual no podemos hablar de convenio o contrato social. Esta verdad no impide que en ocasiones sea el acuerdo social el fundamento del Derecho positivo. El fenómeno revolucionario ocurre con frecuencia en distintas partes del mundo, a tal extremo, que la mayoría de ordenamientos jurídicos de este han nacido de un acto revolucionario que derogó o reformó por la fuerza al régimen jurídico anterior. Al final de cuentas, es el acatamiento comunitario la base o fundamento sobre el cual se erige todo el ordenamiento jurídico.

En realidad, el Derecho es experiencia social; en ella germina y en ella se desarrolla, y es también su razón, puesto que con la ayuda de esta el ser humano convierte a aquella en normas respaldadas por la fuerza coercitiva del Estado; es decir, el Derecho es realidad social y norma. Por regla, el Derecho, antes de convertirse en norma escrita, nace y se desarrolla en la experiencia social; pero también, no pocas veces, con normas escritas que son el producto de la pura razón, se crea o modifica una realidad social específica. Por regla, el Derecho se origina en la realidad social, y como excepción a esta regla, él se origina en la razón pura. Pero, en todo caso, el ordenamiento jurídico no puede instaurarse a espaldas de la realidad social a que está destinado, pues ella es de su punto de partida y de llegada; por consiguiente, debe seguir la realidad social de los hechos, pero no para convertir en norma cualquier dato de la práctica, sino con un alcance más amplio, de dimensión futura, con previsión de lo que pueda acontecer; debe cumplir un doble objetivo: de un lado, de adecuación a las concretas e históricas exigencias de la vida de relación social y, de otro lado, el cumplimiento de su última y primordial tarea: lograr un orden de convivencia presidido por la idea de la justicia que ha de sobreponerse a los hechos y limitar y orientar la voluntad del legislador.

Concluimos diciendo que la demostrada superioridad de las normas constitucionales se manifiesta por el establecimiento de un *control de la constitucionalidad de las leyes*, control cuyos órganos y modalidades son de diversa clase. En algunos países, como Estados Unidos de América, existe el sistema del *control difuso*, que consiste en que todos los órganos jurisdiccionales de un ordenamiento jurídico están facultados para ejercer el control para resolver las causas sometidas a su decisión. En otros países, como Italia y Alemania, existe el sistema *concentrado*, o sea, el poder de control se concentra en un organismo único como es el Tribunal Constitucional, que tiene la capacidad de establecer qué normas se adecúan y cuáles no a la Constitución y, en consecuencia, puede sancionar con la exclusión del ordenamiento jurídico a todas las normas con rango de ley que contravengan los preceptos constitucionales. Hay el sistema *político*, el control está encargado a un órgano político, este es el caso de la Constitución de la V República francesa que rompe con la tradición nacional hostil al control judicial, pero encuentra para él una solución peculiar: es la creación del

Consejo Constitucional (*Conseil Constitutionnel*) que controla *ex officio* la constitucionalidad de las leyes orgánicas (art. 46) —estas son leyes parlamentarias con importancia jurídico constitucional para cuya deliberación y votación existen determinadas disposiciones—, y que supervisa, igualmente, la constitucionalidad de todas las leyes parlamentarias, pero, en este último caso, tan solo antes de su promulgación por el presidente de la República y solo a petición de este último, del primer ministro o el presidente de cualquiera de las cámaras (art. 61); se trata, por lo tanto, de un examen previo que, correspondiendo nuevamente con la tradición francesa, hace innecesario y excluye la valoración de la constitucionalidad de una norma a través de los tribunales ordinarios⁴¹. Y, finalmente, en otros países como España, rige un sistema mixto⁴².

En Perú tenemos un sistema múltiple de control de la constitucionalidad de las leyes. El control político está consagrado por el art. 102.2 de la Constitución que dispone: “Son atribuciones del Congreso [...] 2. Velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”. El control difuso está previsto en el segundo párrafo del art. 138 de la Constitución, que prescribe: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”; y el control concentrado está a cargo del Tribunal Constitucional (Const. Pol., arts. 201 al 205 y la Ley N.º 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

77. Antinomias

77.1. Concepto

Se denomina *antinomia jurídica* a la presencia de dos o más normas incompatibles entre sí (debido a que una prohíbe lo que la otra permite), pertenecientes a un mismo ordenamiento y a un mismo ámbito de validez.

Hay antinomia entre dos normas cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe (contrariedad), o una obliga y la otra permite (contradicción), o una prohíbe y la otra permite (contradicción) un mismo comportamiento.

Para que exista antinomia se requiere:

41 LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1982, pp. 318 y 319.

42 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992, p. 1041 y ss.

- a) Que las dos normas pertenezcan a un mismo ordenamiento o a dos o más ordenamientos entre los cuales existen relaciones de coordinación o de subordinación.
- b) Que las dos normas tengan el mismo ámbito de validez. Los ámbitos de validez de una norma son: temporal, espacial, personal y material. El ámbito temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas incompatibles. El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual se encuentran vigentes las normas (local, regional, nacional, supranacional). El ámbito personal se refiere a los *status*, roles o situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos (nacionales, extranjeros, ciudadanos, vecinos, consumidores, etc.). El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de las normas incompatibles.
- c) *El ámbito de validez temporal* es el periodo de tiempo durante el cual tiene validez la norma: “Está prohibido fumar de las cinco a las siete” no es incompatible con: “Está permitido fumar desde las siete hasta las nueve”.
- d) *El ámbito de validez espacial* es el territorio donde rige la norma: “Está prohibido fumar en la sala de cine” no es incompatible con “está permitido fumar en la sala de espera”.
- e) *El ámbito de validez personal* está referido a los sujetos destinatarios de la norma: “Se prohíbe fumar a los menores de 18 años” no es incompatible con “se permite fumar a los adultos”.
- f) *El ámbito de validez material* es la conducta que debe realizar el sujeto destinatario de la norma: “Se prohíbe fumar cigarros” no es incompatible con: “Se permite fumar cigarrillos”.

GARCÍA MÁYNEZ dice que es posible aplicar a los conflictos de normas jurídicas los principios lógicos de contradicción y de tercero excluido. Por el primero, las normas que se contradicen no pueden tener validez las dos. Por el principio del tercero excluido, cuando dos normas jurídicas se contradicen, no pueden ambas carecer de validez; si una carece de validez, la otra será necesariamente válida. El principio de contradicción:

[N]o indica si es posible o imposible que los preceptos contradictorios carezcan entre ambos de validez. La afirmación de tal imposibilidad corresponde al otro principio. Y a la inversa: el de tercero excluido enseña únicamente que, de dos normas que se contradicen, una tiene que ser válida. Pero no dice que la otra no pueda ostentar tal atributo. Este aserto incumbe al principio de contradicción⁴³.

⁴³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México: Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 41.

77.2. Clases de antinomias

Como explica Ross⁴⁴, las antinomias pueden ser de tres tipos:

- a) *Antinomia total-total*, esto es, cuando ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra. Si los hechos condicionantes de cada norma son simbolizados por un círculo, hay una antinomia de este tipo cuando ambos círculos coinciden. Ejemplo: “Se prohíbe fumar a los adultos, de las cinco a las siete, en la sala de cine”, y “está permitido fumar a los adultos de las cinco a las siete en la sala de cine”.
- b) *Antinomia parcial-parcial*, es decir, cuando cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos. Tal antinomia existe cuando los dos círculos son secantes. Ejemplo: “Se prohíbe fumar pipa y cigarrillo a los adultos, de las cinco hasta las siete, en la sala de cine”, y “se permite fumar cigarros y cigarrillos a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine”.
- c) *Antinomia total-parcial*, o sea, cuando una de las dos normas no puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra, mientras que esta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera. Tal antinomia se da cuando un círculo se encuentra dentro del otro. Ejemplo: “Se prohíbe fumar a los adultos desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine”, y “solo se permite fumar cigarrillos a los adultos, desde las cinco hasta las siete, en la sala de cine”.

Se habla también de las antinomias impropias: a) antinomias de principio, cuando el ordenamiento se inspira en valores contrapuestos; b) antinomia de valoración, cuando una norma castiga un delito menor con una pena más severa que la prescrita para un delito mayor; c) antinomias teleológicas, cuando existe contradicción entre la norma que prescribe el medio para alcanzar el fin y la que prescribe el fin; d) antinomias solubles o aparentes, y e) antinomias insolubles o reales.

77.3. Principios para solucionar las antinomias

Descubierta la antinomia, surge la necesidad de establecer cuál de las dos normas en colisión debe ser conservada y cual eliminada. Al respecto se han establecido algunos principios:

⁴⁴ Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., pp. 124 y 125. Los ejemplos los hemos tomado de BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 189.

- a) *Principio de la “lex posterior derogat prior”.* Cuando dos normas son del mismo rango y sucesivas, la nueva prevalece sobre la antigua. Las normas pretenden ser, pero no son eternas, están vinculadas a una comunidad determinada en un tiempo determinado; por eso, la norma formulada en el presente deroga tácitamente todas las anteriores de igual o inferior jerarquía que estén en conflicto con ella; es obvio que con la norma presente se da un sentido jurídico más adecuado a la conducta, que con la norma pasada. Por esta razón, el artículo I del Código Civil dispone que la derogación se produce “por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior”. Esta derogación opera dentro de los límites de la incompatibilidad. La parte de la ley antigua que no es incompatible con la nueva, subsiste vigente. El principio *“lex posterior derogat prior”* no se aplica cuando la *lex posterior* es jerárquicamente *inferior a la “lex prior”*. Igualmente, *la lex posteriori generalis non derogat priori speciali* (la ley posterior general no deroga a la anterior especial).
- b) *Principio de la “lex superior” o criterio jerárquico.* Si las normas son de distinta jerarquía, cualquiera sea el orden cronológico, prevalece siempre la de mayor rango sobre la del más bajo: la Constitución prevalece sobre una ley, la ley sobre un decreto, y así sucesivamente.
- c) *Principio de la especialidad.* Si existen dos normas que tienen el mismo ámbito de validez, pero una es general y la otra especial, prima la norma especial.
- d) *El principio de la “lex favorabilis” o del “tertium non datur”.* Si de dos normas incompatibles una es imperativa o prohibitiva y la otra es permisiva (normas contradictorias), prevalecerá la permisiva.

Si se entiende por *lex favorabilis* aquella que concede determinada libertad (facultad o derecho subjetivo) y por *lex odiosa* aquella que impone una obligación (seguida de sanción), no hay duda de que una *lex permisiva es favorabilis*, y una *lex imperativa es odiosa*⁴⁵.

Aquí estamos ante un caso de normas contradictorias respecto de las cuales *tertium non datur* (o se aplica la una o la otra).

Este principio no se puede aplicar indiscriminadamente, porque como la norma es bilateral, el intérprete debe determinar a cuál de los dos sujetos de la relación jurídica es más justo proteger.

- e) *El principio del “tertium permitido”.* Caso distinto al anterior es la antinomia entre una norma imperativa y otra prohibitiva, es decir, entre dos normas con-

45 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 197.

trarias que se excluyen, pero que por ello no excluyen una tercera solución. Siendo el conflicto entre deber positivo y deber negativo, el *tertium* está permitido. En otras palabras, dos normas contrarias, una que obliga hacer algo y otra que prohíbe hacer lo mismo, se eliminan mutuamente, y el comportamiento, antes que ser ordenado o prohibido, se considera permitido o lícito.

Este principio, como el anterior, no tiene carácter vinculante, como sí lo tienen el criterio cronológico, el jerárquico y el de especialidad; la solución, antes que todo, está confiada al intérprete, quien en uso de las técnicas de hermenéutica adoptará la solución más justa, eliminando una de las normas (interpretación abrogante simple), o las dos (abrogación doble), o conservando las dos (interpretación correctiva).

- f) *Principio del “in dubio pro reo”*. La antinomia entre dos leyes penales se resuelve aplicando la que es más favorable al reo. El art. 103 de la Constitución preceptúa que “ninguna ley tiene fuerza ni efecto”.

VII

CAPÍTULO

DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

SECCIÓN I.- DIVISIÓN DEL DERECHO EN PÚBLICO Y PRIVADO

78. Introducción

El ordenamiento jurídico se divide en dos grandes subordenamientos, sectores o ramas: el Derecho público y el Derecho privado.

A menudo, con un criterio común, elemental, distinguimos a los sujetos, bienes, acontecimientos naturales y actos humanos, en públicos y privados.

Si nos referimos al Estado, a las municipalidades, a los ministerios, a las universidades nacionales, a los organismos internacionales, al presidente de la República, a los ministros de Estado, etc., decimos que son sujetos de Derecho público; en cambio, calificamos como sujetos de Derecho privado a cada uno de los individuos en particular, a las asociaciones, fundaciones, comités y sociedades constituidas conforme a la ley general de sociedades.

Decimos —y somos conscientes de ello— que un parque, un monumento, el Palacio de Gobierno, las carreteras, etc., son bienes públicos; en tanto que calificamos como privados los bienes que componen el patrimonio de los particulares.

Si un cataclismo destruye una ciudad, no vacilamos en sostener que se trata de una calamidad pública; en cambio, cuando la fuerza de un río arranca una porción

de un campo ribereño y lo lleva al de otro propietario ribereño, sabemos que solo produce consecuencias privadas.

Cuando el Estado contrata la construcción de una represa o un Palacio de Justicia, celebra un tratado con otro Estado, expide una ley, etc., todos sabemos que se trata de actos de naturaleza pública; sin embargo, cuando un particular otorga un testamento, compra o vende, etc., no cabe duda de que estos son actos de naturaleza privada.

Es más, con un criterio, también superficial, distinguimos categorías intermedias (con elementos públicos y privados); por ejemplo, cuando nos referimos a una sociedad en la cual participe tanto el Estado como los particulares, la calificamos (sin mayores indagaciones sobre su verdadera naturaleza) como empresa mixta.

Igual sucede con las distintas ramas del Derecho. El estudiante que apenas empieza sus estudios de Derecho, sin mayor dificultad, afirma que el constitucional, el administrativo y el tributario son ramas del Derecho público; y no se equivoca cuando afirma que el civil o el comercial pertenecen al Derecho privado.

Entre Derecho público y privado existe una interacción dialéctica permanente que ha hecho que unas veces se hable de una publificación del Derecho privado fundada en el intervencionismo del Estado en la actividad privada (por ejemplo, cuando el Estado obliga o prohíbe contratar; impone o suprime prestaciones y contraprestaciones); y otras veces, en cambio, se afirma que hay una privatización del Derecho público (v. gr., cuando el Estado transfiere sus empresas a los particulares).

Como todo en Derecho, la polarización de este en público y privado no es una verdad absoluta, sino simplemente relativa; no es ontológica sino puramente axiológica, es decir, depende de las mutaciones históricas, de las valoraciones que se hagan de los intereses y necesidades imperantes en determinado tiempo y lugar. Lo que hoy y aquí es público, mañana puede ser privado, y al contrario. Por ejemplo, el contrato de arrendamiento de bienes urbanos, en la mayoría de países, oscila entre ambos extremos: unas veces es un acto de pura autonomía privada (depende en forma exclusiva de la voluntad de los contratantes), y otras está regulado por normas de orden público que los contratantes no pueden modificar ni dejar sin efecto. Apreciamos que la separación del Derecho en público y privado es históricamente variable.

Con frecuencia en una misma institución coexisten el Derecho privado y el público. Por ejemplo, en el matrimonio: en los límites en que el alcalde intervenga para sancionar la unión, o el Ministerio Público para solicitar la nulidad si fuere irregular, o el juez para declarar de oficio la nulidad manifiesta del matrimonio, hay Derecho público; mientras que en todo lo concerniente a las relaciones en que los cónyuges sean los únicos jueces, como es la administración, disposición y gravamen del matrimonio dentro del matrimonio, y en las que no puede intervenir ningún funcionario, el Derecho es privado.

Nunca ha sido fácil establecer límites precisos entre el Derecho público y el privado. Sin duda podemos afirmar que el Derecho es uno solo, pero su división en público y privado como dos dimensiones, dos ramas, dos facetas, dos aspectos o modos de considerar un solo todo: el Derecho, es una verdad que la realidad confirma y no podemos negar.

Esta división del Derecho no es puramente teórica, sino de gran importancia práctica; tiene un carácter funcional, por cuanto la distinción entre público y privado cumple funciones de determinación y calificación del sector del ordenamiento aplicable a las relaciones jurídicas, de fijación de los órganos competentes que deben resolver los conflictos, etc.; pero no podemos dejar de reconocer que, en unas situaciones más que en otras, la línea de frontera de la distinción es oscura, compleja y a veces imposible de establecer con nitidez. No hay coincidencia general sobre en qué lugar debe quedar trazada la línea divisoria entre Derecho público y privado; por tanto, hay que obrar con criterios o tendencias dominantes, generales, primordiales y no con criterios absolutos.

79. Breve referencia a la evolución de la separación del derecho en público y privado

Los límites de la división del Derecho en público y privado no son fijos sino variables, a causa de la dinamicidad impuesta por las circunstancias históricas de cada momento. No se trata de una división de naturaleza estrictamente jurídica, sino que está interrelacionada con la realidad social, económica, cultural, moral, etc., que regula el Derecho.

Los romanos consideraban como Derecho público el referente a la organización de la cosa pública (*ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat*) y como Derecho privado lo referente al interés de los particulares (*privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet*).

Todo lo referente a la organización y funcionamiento del Estado romano y de la Iglesia (organización política y religiosa), competencia y poder de sus autoridades, derechos y deberes de los particulares respecto de los intereses de la comunidad, fue calificado como Derecho público; en cambio, el Derecho privado regulaba las relaciones entre los particulares, como son la familia romana, las herencias, la propiedad y los contratos.

La distinción se aclara más con el surgimiento del Estado absolutista. El Derecho público aparece en una esfera jurídica justificadora de los poderes del príncipe; la vida pública fue monopolizada por el Estado, quedando para la actividad privada aquello que no le interesa al Estado o porque este carece de medios para asumirlo,

verbigracia, el tráfico económico. El Derecho privado tenía lugar en la esfera que le dejaba el Derecho público.

Con el nacimiento del Estado liberal se invierte la relación entre el Derecho público y el privado. El Derecho en general se orienta a limitar la acción del Estado y a garantizar la autonomía de la voluntad individual, se estrechan las fronteras de la acción del Estado y se ensancha la esfera de actividad de los particulares, convirtiéndose el Derecho privado en el modelo de Derecho por excelencia.

La crisis del liberalismo ocasionó el surgimiento del Estado social, que interviene normativamente en la actividad económica y realiza en forma directa actividades de producción o mediación en el mercado de bienes y servicios, lo cual condujo a que el Derecho público alcanzara de nuevo un enorme desarrollo en detrimento del Derecho privado.

En la actualidad, ante la crisis del Estado social se impone la corriente neoliberal o neocapitalista con la consiguiente limitación del intervencionismo estatal en la economía, recobrando primacía el Derecho privado sobre el Derecho público.

Finalmente, entre el liberalismo y el socialismo ha surgido una tercera vía: la economía social de mercado, que concilia los intereses públicos con los privados. La iniciativa privada debe ser libre, pero con un Estado fuerte que pueda controlar al poder económico para garantizar la libre competencia, evitar los monopolios y oligopolios, garantizar la conservación del medio ambiente, proteger los derechos del trabajador y del consumidor. Solo se justifica el crecimiento económico si está acompañado del desarrollo social.

Apreciamos que la separación entre Derecho público y Derecho privado es de naturaleza histórica variable; en la realidad social, unas veces se tiende a la publicificación de lo privado y otras a la privatización de lo público.

80. Criterios usados como fundamento de la división del derecho en público y privado

Por la dinamicidad de la distinción entre Derecho público y Derecho privado, no existe un criterio que por sí solo permita fijar con nitidez las fronteras entre uno y otro ámbito del Derecho. Es que, como dice LATORRE¹, “ambos tipos de Derecho no son campos tajantemente diferenciados y aun opuestos, sino principios y criterios que se encuentran combinados, aunque en diversas proporciones, en cada una de las ramas del Derecho”.

1 LATORRE, Ángel, *Introducción al derecho*, Barcelona: Ariel, 1976, p. 187.

La conjunción o combinación de algunos de los diversos criterios que se han formulado para fijar las fronteras entre uno y otro ámbito del Derecho es la que puede aportar una explicación satisfactoria de esta distinción.

80.1. Por el objeto materia de la regulación (el ente regulador)

El Derecho público es el sector del ordenamiento jurídico que regula la organización y funciones del Estado y demás entes públicos, sus relaciones entre ellos y con los particulares, como el Derecho constitucional, el administrativo, el tributario, el penal, el procesal. En cambio, el Derecho privado es el sector del ordenamiento jurídico que atiende a la persona humana considerada como tal, a sus relaciones con los demás individuos, a su patrimonio, a su familia; rige las relaciones entre particulares y también en las que interviene el Estado como ente particular, esto es, desprovisto de su facultad de imperio (por ejemplo, cuando para el funcionamiento de uno de sus organismos toma en arrendamiento un inmueble de propiedad de un particular), como el Derecho civil, el comercial, etc.

Al respecto, DU PASQUIER² sostiene lo siguiente:

[N]uestra época relaciona al Derecho público con las reglas relativas a la organización del Estado, a su funcionamiento, a sus servicios públicos. Pertenecen a este dominio todas las relaciones en las cuales intervienen en calidad oficial el Estado, ya uno de sus delegados (como un establecimiento administrativo); tal como una caja de seguros obligatorios, su estatuto, fija sus atribuciones, es decir, sus competencias, resuelve la situación de los individuos hacia el Estado. Hay que relacionar igualmente al Derecho público con el Derecho penal. Aquel que va a votar ejerciendo sus derechos de ciudadano está regido por el Derecho público, sucede lo mismo con el contribuyente a quien el fisco reclama el impuesto, el soldado en el cuartel, el conductor de un vehículo bajo el imperio de una circulación reglamentada.

Además, este autor afirma a continuación:

[E]l Derecho privado se refiere a las relaciones de los particulares entre sí, colocados a un nivel de igualdad jurídica, al abrigo de toda injerencia de una autoridad pública. Cuando compro o vendo, cuando administro los bienes de mis hijos, cuando cerco mi fundo, cuando hago mi testamento, respiro la atmósfera del Derecho privado.

En toda relación de Derecho público, uno de los sujetos, activo o pasivo, o los dos a la vez, son el Estado u otro ente público; en cambio, en la relación jurídica de Derecho privado, los dos sujetos son personas desprovistas de carácter oficial.

2 DU PASQUIER, Claude, *Introducción al derecho*, 3.^a ed., traducción por Julio Ayasta González, Lima: Justo Valenzuela, 1983, p. 13.

En realidad, este es el criterio que se ha impuesto en la división del Derecho del mundo codificado, quiéranlo o no los doctrinarios. Es una verdad inobjetable que toda relación jurídica en la cual interviene, de una parte, el Estado, provisto de su facultad de imperio, y de la otra un particular, es una relación de supraordinación que se rige por el Derecho público y toda relación jurídica de coordinación entre particulares es regulada por el Derecho privado.

Cuando en un acto o negocio jurídico el Estado interviene desprovisto de su facultad de imperio, la relación jurídica que surge es de Derecho privado. Por ejemplo, cuando el estado toma en arrendamiento un inmueble de un particular, el respectivo contrato de arrendamiento se rige por el Código Civil (Derecho privado).

La principal objeción que se puede formular a este criterio de distinción es que en las ramas consideradas como de Derecho público existen normas que regulan lo atinente a los particulares, y en aquellas otras consideradas como de Derecho privado existen normas de carácter público (de “orden público”) que no pueden ser modificadas ni dejadas sin efecto por convenio entre los particulares. Por ejemplo, en el Código Civil no solo existen normas dispositivas que dejan a los sujetos en la alternativa de someterse a lo que ellas determinan, o bien regular ellos mismos sus actos particulares de manera distinta al contenido de la norma, sino que abundan las llamadas *normas imperativas* o de *ius cogens* que los sujetos no pueden modificar en sus actos particulares.

También los individuos particulares entran en la esfera del Derecho público, como sucede con el ejercicio de los denominados *derechos públicos subjetivos*; son sujetos de relaciones jurídico-políticas. Verbigracia, el derecho a elegir o ser elegido. Igualmente, el Estado hace vida privada cuando actúa en la esfera del Derecho privado, desprovisto de su facultad de imperio.

80.2. El criterio de la potestad de imperio

Este criterio de diferenciación no difiere tanto del anterior. En el Derecho público existe un ejercicio del poder del Estado; por tanto, es un Derecho de subordinación, caracterizado por la desigualdad de los sujetos que intervienen en la relación jurídica: por un lado, el Estado con su facultad de imperio, de autoridad o de soberanía, y por el otro lado los particulares; el Estado³ impone su voluntad y los individuos se someten.

3 Hay autores que distinguen entre Derecho público y privado con base en la intervención del Estado en la creación de la norma. El Derecho público sería el conjunto de normas creadas por el organismo competente del Estado (leyes, decretos, etc.), mientras que el Derecho privado sería el creado por los individuos para regular sus relaciones entre ellos (actos jurídicos, contratos). Esto es así, pero no cuadra con lo que comúnmente se entiende por Derecho público y Derecho privado.

En cambio, el Derecho privado es uno de coordinación en el cual los sujetos están en un plano de igualdad.

La observación que se formula contra este criterio de distinción del Derecho se basa en que, por la moderna organización de la administración pública, existen entidades públicas que no exigen la utilización de la potestad de imperio, pero no por eso pierden su calidad de organismos públicos ni deja de ser el Derecho público el que regula sus relaciones.

Además, la relación jurídica de Derecho privado no siempre se establece en un plano de igualdad jurídica, sino, por el contrario, con frecuencia implica una subordinación jerárquica, como sucede con la autoridad de los padres sobre sus hijos; en las relaciones contractuales, la igualdad jurídica es puramente abstracta, porque en la realidad el poderoso se impone sobre el débil, el leído sobre el ignorante.

Asimismo, no todas las relaciones de Derecho público son de subordinación; también las hay de coordinación, como ocurre con las establecidas entre Estados o entre entidades públicas menores que se encuentran en pie de igualdad jurídica.

80.3. El criterio de los intereses en juego

Si en la norma prevalece el *interés general*, común, colectivo, el Derecho es público; y si lo que predomina es el *interés particular*, el Derecho es privado. Aquel realiza la utilidad general, sirve al interés colectivo, y este es de utilidad particular, regula los intereses privados.

Este criterio de distinción, como hemos visto (*supra*, 19), tiene su origen en el Derecho romano. El público regulaba las relaciones de los hombres considerados como miembros de la sociedad política; se ocupaba del Estado, de la organización de la magistratura y de las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. El Derecho privado regía las relaciones entre los particulares. En ese sentido, UPLIANO afirma lo siguiente: *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet, sunt enim quaedam publicae utilia, quedam privata in* (*Digesto*, 1, 1, 2, *de ius et de iure*).

El Derecho privado se ocupa del interés del individuo y el público de la nación romana.

Se afirma que “no se puede señalar con claridad si un interés es colectivo o individual, ya que ambas categorías están íntimamente unidas”⁴. Sin embargo, cabe señalar que no es que se pueda separar en forma absoluta el interés público del privado (en una ciencia relativa como es el Derecho no podemos ni siquiera intentar hacer

delimitaciones absolutas), pues los intereses individuales casi siempre coinciden con los intereses generales, sino que el Derecho privado afecta principalmente el interés particular de los individuos, el cual es regulado mediante la autonomía de la voluntad privada que es la base en el acto o negocio jurídico; vincula tan solo a los sujetos que intervinieron en la celebración del acto, aceptando sus consecuencias. En cambio, el Derecho público afecta a todos, esto es, afecta de manera principal el interés general, puesto que su contenido está compuesto por la organización y funcionamiento del Estado; se funda en la voluntad general, porque solamente lo que todos quisieron puede vincular a todos.

Este criterio de UPLIANO sigue siendo admitido en la actualidad, pues en la norma de Derecho público prima de manera inmediata el interés general, y en la norma de Derecho privado prevalece el interés particular.

Según HAYEK⁵, el supuesto de que el Derecho público propicia el interés general se justifica únicamente si se atribuye al *término público* un sentido que se refiera apenas a aquello que afecta a la organización del aparato del gobierno, sin identificar “interés público” con “interés general”. Suponer que solo el Derecho público contribuye al interés general y que el privado se ocupa tan solo de los egoístas intereses individuales, implica la más absoluta tergiversación de la realidad. Lo que el orden social espontáneo proporciona a todos es más importante para el bienestar general que la aportación que representa la mayor parte de los servicios prestados por la organización gubernamental. Es concebible una sociedad próspera y pacífica en donde el Gobierno se limita a ofrecer a la comunidad apenas el aludido servicio de orden público, teniendo en cuenta lo siguiente:

El derecho público —como derecho que corresponde al ámbito de la organización gubernamental— obliga a los correspondientes sujetos a ponerse deliberadamente al servicio del interés público, mientras que el privado permite en todo momento al individuo propiciar libremente sus propias apetencias, limitándose a establecer oportunos límites a los correspondientes individuales comportamientos al objeto de que los resultados finales propicien en todo momento el interés general.

Como vemos, esta es una opinión que contiene una fuerte carga de intencionalidad política; claro que un Estado que se preocupa solamente del orden público puede ser próspero y pacífico, pero sería bueno también que se diga a costa de quiénes y prosperidad para cuántos. Un Estado próspero para unos cuantos a costa del hambre y la miseria de millones de seres humanos solo puede ser concebido por una mentalidad racionalista, fría y calculadora, que todo lo mide sobre la base de una relación

5 HAYEK, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad*, 2.^a ed., vol. I, traducción por Luis Reig Albiol, Madrid: Unión, 1985, p. 256.

costo-beneficio, hasta para el amor. Es bueno que la humanidad entienda que los extremos son negativos, el precio que ha pagado por ellos es muy caro; lo lamentable es que pronto se olvida y se quiere volver a lo mismo. No es difícil advertir que el ser humano es individuo y sociedad, lo cual indica que hay intereses individuales y colectivos que se deben compatibilizar razonable y no racionalmente; o mejor, hay que compatibilizar lo racional con lo razonable.

También se combate la teoría del interés como criterio de distinción del Derecho en público y privado, argumentando que la mayoría de las normas de Derecho privado relativas a la propiedad, la familia y las obligaciones se dictan teniendo en mira el interés general y, asimismo, muchas normas de Derecho público, como las relativas a la protección de la vida, la integridad física, la libertad, el honor de las personas, la inviolabilidad de domicilio, etc., tienden a proteger primordialmente intereses individuales. Aun cuando la norma postula un interés particular, lo hará siempre por estimar que es conveniente para el interés general. En verdad, en Derecho no hay nada absoluto; por eso no decimos que el Derecho público afecta el interés general y el privado el interés particular, sino que el Derecho público afecta *principalmente* y de manera inmediata el interés público, y el privado afecta *principalmente* los intereses individuales.

80.4. El criterio de la naturaleza de las normas

Una norma jurídica es calificada como de Derecho público cuando no puede ser derogada por voluntad de los particulares en la realización de sus negocios; la voluntad está sometida al mandato imperativo de la norma. En cambio, la norma es de Derecho privado cuando puede ser derogada o modificada por la libre iniciativa de los particulares en la realización de sus negocios.

PAPINIANO (*Digesto*, lib. II, tít. XIV, 1.38) sentenció que el Derecho público no puede ser modificado por pactos de particulares (*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*).

Como afirma DE COSSIO⁶, por la naturaleza de las normas, la expresión Derecho público es sinónima de *ius cogens* o *ius necessarium*, en oposición a la norma de Derecho privado, que contiene solo *ius voluntarium* o *ius dispositivum*. Asimismo, este autor agrega lo siguiente:

[E]n la medida en que el bien común lo exige, se sustituye por la autoridad la autonomía privada de los particulares, y así el Derecho se nos presenta en su conjunto como un sistema en que ambas tendencias se equilibran y armonizan. Claro está que esa invasión del ámbito originariamente reservado a la iniciativa privada puede ser utilizada

6 DE COSSIO, Alfonso, *Instituciones de derecho civil*, t. I, Madrid: Alianza, 1977, p. 21.

en beneficio exclusivo de una minoría poderosa, convirtiéndose entonces la norma de Derecho público en un instrumento de opresión, peligro difícil de evitar; pero si tales normas se orientan en principios comunitarios, esta intervención aparecerá como plenamente justificada.

En varios pasajes de las fuentes romanas —hace notar JORS-KUNKEL⁷— se observa la denominación de *ius publicum* para una serie de normas que actualmente son consideradas de carácter privado:

Tales son las llamadas normas imperativas del Derecho privado. Un precepto jurídico es imperativo (*ius cogens*) cuando su vigencia no se puede excluir por convenio entre las partes. De este tipo son las normas que limitan la libertad de los particulares, en materia de Derecho privado, en beneficio de la comunidad.

En resumen, partiendo del criterio de la naturaleza de las normas, el Derecho público es el derecho de necesidad, es un *ius cogens* o imperativo, o necesario, cuyas normas son de cumplimiento riguroso (necesario). En cambio, el Derecho privado es un Derecho de autonomía individual, en el cual la norma jurídica actúa solamente como interpretativa o supletoria de la voluntad privada. El Derecho público es el Derecho de las normas imperativas y el privado es el Derecho de las normas dispositivas.

Se objeta esta distinción puesto que en el Derecho privado muchas normas son imperativas y en el público existen normas cuya imperatividad no es absoluta, como las que otorguen facultades discrecionales.

81. Análisis crítico

Tal como venimos insistiendo, no hay una diferencia tajante entre Derecho público y privado. Las diferencias son solo conceptuales, en las que apenas existen puntos de vista o perspectivas desde las cuales se puede contemplar cada relación jurídica.

Los criterios de diferenciación antes expuestos —que no son los únicos porque existen otros, como el del origen de la norma, el de la relación de necesidades y aspiraciones (las del individuo en el privado, las del orden social en el público), la teoría del fin (SAVIGNY indica lo siguiente: “[E]n el derecho público el Estado es el fin y el individuo solo ocupa un lugar secundario. Lo contrario ocurre en el Derecho civil: el individuo es el fin y el Estado no es más que un medio”), etc.— no son por sí solos suficientes como para delimitar las fronteras de esta *suma divisio iuris*, pero no por ello pueden ser rechazados *a priori*, pues la conjunción de diversos criterios, unos

7 Cita de PÉREZ VARGAS, Víctor, *Derecho privado*, San José: Publite, 1988, p. 9.

más que otros, nos permite formarnos un concepto de esta división del Derecho que en la vida práctica tiene repercusiones concretas y útiles.

Sin embargo, doctrinariamente existen dos posiciones irreconciliables: una, que sostiene que el Derecho es uno solo y que no puede dividirse en público y privado, y la otra, que afirma que el Derecho público y el privado son dos categorías sustancialmente antitéticas.

Considera KELSEN⁸ que esta división es artificiosa, superflua y atentatoria contra la esencial unidad del Derecho. Para este autor, no se ha logrado alcanzar una determinación satisfactoria de la distinción entre el Derecho público y el privado, y la concepción más difundida es la que sostiene que el Derecho privado presenta una relación entre sujetos jurídicamente equivalentes y el público una relación entre un sujeto supraordenado y otro subordinado. Observa el jurista vienes, que si se mira más de cerca el mayor valor adjudicado a ciertos sujetos respecto de otros, se pone de manifiesto que se trata de una distinción de situaciones *de hecho* productoras de Derecho. Conviene al Estado que los hombres que constituyen sus órganos cuenten con capacidad para obligar a los súbditos mediante una declaración unilateral de voluntad, v. gr., la orden administrativa, o sea, el órgano administrativo dicta una norma que obliga al destinatario a un comportamiento acorde con el orden. Ante la orden administrativa se encuentra el negocio jurídico, sobre todo el contrato, es decir, la norma producida mediante un contrato que obliga a los que lo concluyen a observar un comportamiento recíproco. En el negocio jurídico el sujeto participa en la formación de la norma, mientras que en la orden administrativa el sujeto obligado no tiene ninguna participación en la formación de la norma. Si el Derecho público y privado son dos métodos de producción jurídica, si los actos públicos son tan actos como los negocios jurídicos privados, si la manifestación de voluntad es en ambos casos la prosecución de la formación de la voluntad estatal, si la orden autoritaria y el negocio jurídico privado constituyen la individualización de una norma general (ley administrativa o Código Civil), entonces no es paradójico que la *Teoría pura del derecho*, desde un punto de partida universalista dirigido a todo el orden jurídico, descubra en el negocio privado, al igual que en la orden autoritaria, un acto de Estado, es decir, "una situación fáctica de producción jurídica imputable a la unidad del orden jurídico. Con esto, la *Teoría pura del derecho* convierte en relativa la antítesis de Derecho público y privado, que erróneamente consideraba absoluta la ciencia jurídica tradicional".

La distinción absoluta entre Derecho público o político y Derecho privado no tiene fundamento en el Derecho positivo, es así que:

⁸ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, traducción por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires: Losada, 1941, p. 147 y ss.

Contemplado desde el punto de vista de la función que tiene como parte del orden jurídico, en la estructura del todo jurídico lo que llamamos Derecho privado es solo la forma jurídica especial de producción económica y de la distribución de los productos correspondientes al orden económico-capitalista; una función de dominio eminentemente político, por tanto. A un orden económico-socialista sería adecuada otra forma jurídica, no la autónomo-democrática que presenta el Derecho privado actual, sino —presuntivamente— una forma jurídica heterónomo-autocrática, que estaría más cerca de nuestro Derecho administrativo actual. Aquí ha de prescindirse de si una forma de regulación sería más satisfactoria y más justa que la otra. No quiere ni puede decirlo la teoría pura del Derecho.

En sentido lato, afirma DEL VECCHIO⁹, todo el Derecho es público en consideración a su origen:

[E]n cuanto que todo él emana formalmente del Estado. Pero el Estado, al emitir el Derecho, puede determinar relaciones entre individuo e individuo, entre sujeto y sujeto, igualmente subordinados a él; o bien puede entrar a su vez como parte en relaciones jurídicas, manifestando y determinando en las relaciones mismas (ya sea con otros Estados, ya sea con entes colectivos menores, ya sea con individuos singulares) la soberanía que le es propia. En este último caso, el Derecho es público no porque dimane del Estado, sino porque regula la actividad de este en cuanto a tal. Por el contrario, en el primer caso, puede decirse (salvo siempre el carácter público en cuanto al origen) que el Derecho tiene carácter privado.

Compartimos la opinión de MARÍN PÉREZ¹⁰ en el sentido de que:

[F]rente a las doctrinas dualistas, intransigentes en cuanto a la distinción tajante, hay que afirmar la unidad del Derecho; respecto a las doctrinas negativas —tercas mantenedoras de la unidad, casi sagrada, del Derecho—, hay que sostener la variedad funcional de las normas jurídicas. Y es que tanto la realidad sociológica como la realidad moral, orientadas hacia la justicia, se presentan como un entrecruzamiento de conductas que, superando el plano de lo individual, encarnan valores, en uno y otro caso, superiores.

Toda voluntad proyectada hacia el exterior produce sus efectos respecto a quien va dirigida, pero además repercute en la comunidad, aunque esta no se constituya en sujeto de la relación jurídica. Derecho público y Derecho privado son dos categorías, dos aspectos de un solo concepto, cuyas reglas se clasifican según las dos direcciones hacia las que pueden orientarlas sus dos grandes principios informadores: comunidad y personalidad.

⁹ DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Uteha, 1946, p. 139.

¹⁰ MARÍN PÉREZ, Pascual, *Introducción a la ciencia del derecho*, Madrid: Tecnos, 1979, p. 261.

El Derecho público tiene carácter más básico, ya que determina la estructura política del Estado, pero también es más adjetivo; el Derecho privado tiene más contenido material, pero está basado en el adjetivo; el Derecho privado tiene más contenido material, pero está basado en el público, en cuanto que aquel momento público del Derecho como unidad no debe faltar. El Derecho privado es más estático, más íntimo, está más directamente en relación con los mandatos del derecho natural.

El Derecho público y el privado no se encuentran yuxtapuestos, separados por fronteras rigurosas; por el contrario, se invaden, se confunden y complementan mutuamente. Se distinguen, pero no dejan de estar íntimamente ligados.

82. Concepto de derecho público y de derecho privado

La dificultad para establecer una clara línea de distinción entre Derecho público y Derecho privado no nos impide dar una noción general sobre cada uno de ellos.

El *Derecho público* es el conjunto de normas que regulan la organización, actividad y fines del Estado y demás entes públicos, así como las relaciones jurídicas establecidas entre ellos o con los particulares, con miras a la realización primordial del interés colectivo.

El *Derecho privado* es el conjunto de normas que regulan lo relativo a los particulares y a las relaciones de estos entre sí y a aquellas de los particulares con los entes públicos cuando estos actúen desprovistos de su facultad de *imperium*. Por ejemplo, cuando una entidad estatal toma en arrendamiento una casa.

El Derecho privado determina la esfera de actividad reconocida al individuo para la actuación de su personalidad y de su voluntad en sus relaciones con los demás, dentro de la colectividad, para el logro de los fines que le son propios. De allí que las instituciones medulares del Derecho privado sean la persona, su capacidad, su libertad o poder de autonomía, sus responsabilidades, sus deberes de solidaridad, sus bienes, su familia, el intercambio de bienes y servicios, etc.

83. Derecho mixto de público y privado

Existe una variedad de ramas jurídicas que aun debiendo su origen al Derecho privado, del que sobresalieron, sus normas participan muy claramente del Derecho público y del privado; es decir, tales ramas dependen tanto del Derecho público como del privado, sin que pertenezcan a ninguna de estas dos categorías. Por ejemplo, el Derecho de trabajo, el económico, el de la navegación, el Derecho del espacio cósmico, el de la energía atómica.

En el Derecho del trabajo, las reglas relativas al perfeccionamiento del contrato por libre consentimiento de ambas partes contratantes son de Derecho privado, mientras que la intervención del Estado para proteger administrativamente a los trabajadores pertenece al Derecho público.

Sin embargo, si miramos un poco en profundidad, advertimos que son pocas las ramas jurídicas que pueden considerarse exclusivamente de Derecho público o privado, porque en la mayoría de ellas coexisten normas de uno y otro sector. Por ejemplo, en el Derecho civil, considerado tradicionalmente como el Derecho privado por excelencia, su contenido está integrado tanto por normas de Derecho privado como de Derecho público.

84. La tesis de un derecho social

Doctrinariamente se sostiene la existencia de un Derecho social como una rama intermedia entre el Derecho público y el privado, sustentándose para ello en la intervención del Estado en la economía nacional, o identificando a ese Derecho social con el laboral, o con el Derecho creado por los particulares que se organizan en asociaciones u otras formas de organización estable de personas (estatuto interno).

Según DUGUIT¹¹, no se puede hablar de derechos individuales y colectivos porque ni el individuo ni la sociedad tienen derechos. Lo que tiene el individuo es una función social que cumplir y si no la cumple puede crear un desorden, un perjuicio a la sociedad. Los actos que ejecuta en cumplimiento de su misión son socialmente protegidos, mientras que los actos realizados contraviniendo la misión que le incumbe serán reprimidos. La regla del Derecho objetivo es a la vez realista y socialista.

Descansa en el fundamento de la estructura social, la necesidad de mantener coherentes entre sí los diferentes elementos sociales por el cumplimiento de la función que incumbe a cada individuo, a cada grupo. Y así es como realmente una concepción socialista del Derecho sustituye a la concepción individualista tradicional.

La tesis del Derecho social como un nuevo Derecho fue concretada por George GURVITCH¹², quien distingue un Derecho social y un Derecho individual, o mejor,

¹¹ DUGUIT, León, *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Valparaíso: Edeval, 1987, p. 28.

¹² Para George GURVITCH, filósofo y sociólogo, los problemas capitales de la sociología del Derecho se reducen a tres: 1) problemas de sociología sistemática del Derecho o estudio de las manifestaciones de este como una función de las formas de sociabilidad y de los planos de la realidad social; 2) problemas de la sociología diferencial del Derecho o estudio de las manifestaciones de este Derecho como una función de las unidades colectivas reales cuya solución se encuentra en la tipología jurídica de los grupos

interindividual. El primero es autónomo, de comunión, por el cual se integra de una manera objetiva cada totalidad activa, concreta y real, encarnando un valor positivo extratemporal.

El Derecho social, sostiene PÉREZ¹³, es el reconocimiento a la supremacía que sobre el Estado ha adquirido en los últimos tiempos la sociedad. “Todo el derecho, el privado y el público, sufre un fenómeno de socialización que cada día se agudizará, según esa supremacía se vaya convirtiendo en poder exclusivo”.

Muchos autores identifican el Derecho social con el laboral (DUGUIT, CASTÁN, GARCÍA OVIEDO, etc.), aduciendo que surge de la lucha de clases y que tiene por finalidad mejorar las condiciones económicas y sociales de los trabajadores. Aducir que el derecho laboral surge de la lucha de clases, de la confrontación del patrono explotador y del trabajador explotado, resulta un tanto demagógico. La teoría de la lucha de clases generó la crisis económica que derrumbó al mundo socialista. Además, la afirmación de que el capital y la mano de obra son los que generan la producción de la riqueza, no es más verdad, porque, ahora, el primer factor de creación de riqueza es el saber. Otra fue la época en que las grandes mayorías fueron explotadas utilizándolas como mano de obra barata; hoy a esas grandes mayorías ya no se las necesita para utilizarlas como mano de obra que genera riqueza, por lo cual la situación para ellas se vuelve trágica, y es necesario buscar nuevas salidas para lograr su bienestar. Ahora se tiende a una flexibilización del Derecho del trabajo, que no es otra cosa que su desregulación, de tal modo que las relaciones laborales se regulan principalmente por el Derecho privado, extremo peligroso por cuanto el trabajador no está en la misma situación

particulares y de las sociedades totales; 3) problemas de la sociología genética del Derecho o estudio de las regularidades, así como de las tendencias y factores de cambio, desarrollo y decadencia del Derecho dentro de un tipo particular de sociedad. La sociología sistemática del Derecho tiene como tarea: 1) estudiar las clases de Derecho como funciones de diferentes formas de sociabilidad; 2) estudiar las clases de Derecho como funciones de plano de profundidad que pueden encontrarse dentro de cada forma de sociabilidad cuando llega a ser hecho normativo. Las formas de sociabilidad son maneras de estar ligado al todo y en el todo. Los vínculos con el todo pueden ser por interpenetración (sociabilidad espontánea) o por interdependencia (sociabilidad organizada). De acuerdo con esto, Gurvitch distingue un *Derecho social* y un *Derecho individual*. Los planos de profundidad son los estratos superpuestos de la vida del derecho, moviéndose en dos direcciones: desde un esquematismo externo hasta un dinamismo creciente, o desde la espontaneidad hasta la cristalización. Por esto, el Derecho puede ser Derecho inorganizado y espontáneo y organizado o reflexivo. “Desde este punto de vista, es posible descubrir en todo Derecho un pluralismo vertical que, además, tiene un doble aspecto. Por una parte, el Derecho inorganizado está siempre presente debajo del Derecho organizado [...] Por otra parte, se encuentra el Derecho fijado de antemano, el derecho flexible formulado *ad hoc* y el Derecho intuitivo —planos de profundidad— referidos específicamente a la realidad jurídica y que se distinguen según los modos de reconocimiento de todo Derecho” (MANTILLA PINEDA, Benigno, *Sociología del derecho*, Medellín: Bedout, p. 713).

13 PÉREZ LEÑERO, José, *Teoría general del derecho español del trabajo*, Madrid: Espasa-Calpe, 1948, p. 18.

económica que el patrono para que pueda, en libre discusión con este, concretar los términos y condiciones del contrato de trabajo.

La existencia de un Derecho social genérico y otro restringido es postulada por CESARINO JUNIOR¹⁴, quien indica que el primero tiene por objeto lo siguiente:

[L]a adaptación de la forma jurídica y realidad social, considerando a los hombres en su individualidad concreta y como miembros de los grupos sociales diferentes del Estado y teniendo en vista, principalmente, las diferencias de situación económica entre ellos

Mientras que en el otro aspecto es el siguiente:

{E}l conjunto de principios y leyes imperativas cuyo objetivo inmediato es, teniendo en vista el bien común, ayudar a satisfacer convenientemente las necesidades vitales, propias o de su familia, a los individuos que dependen del producto de su trabajo.

Para los sostenedores de la tesis del Derecho social, los derechos son para con la sociedad, no de esta, ni del individuo; la función del individuo es social (DUGUIT); a su vez, GIERKE ha dicho que “nuestro Derecho privado será social o no será”, lo cual significa la destrucción del individualismo en el Derecho, dando paso a los intereses colectivos. A todo esto, se agrega que la distinción del Derecho en público y privado no es absoluta de tal modo que obligue a los juristas de todos los tiempos y de todos los pueblos, por lo cual es posible concluir en una categoría nueva, la del Derecho social, que no quepa en los linderos de tal distinción.

Objetando la tesis del Derecho social, podemos afirmar que, como ninguna otra, la teoría del Derecho social ha tenido tanta difusión en tan poco tiempo, pero a su vez con opiniones tan divergentes unas de otras, que hace imposible sostener que se trate una categoría nueva. El adjetivo *social* es tan amplio y equívoco, que ha permitido que por Derecho social se entiendan cosas muy dispares. En sentido general, todo Derecho es social porque en la esencia de todo Derecho está el regular la conducta humana en sociedad; por ello, no comprendemos cómo el Derecho público o privado no puedan ser sociales. En todo caso, el Derecho social puede ser entendido no como una nueva disciplina jurídica distinta del Derecho público y del privado, sino, por el contrario, como una nueva concepción del Derecho en general que se propone regular la coexistencia de los seres humanos en sociedad, superando la etapa del individualismo, para armonizar los intereses individuales y sociales a fin de lograr la paz social con justicia.

14 CESARINO JUNIOR, citado por DE CABELLAS, Guillermo, *Diccionario encyclopédico de derecho usual*, t. II, Buenos Aires: Heliasta, 1979, p. 618.

SECCIÓN II.- RAMAS DEL DERECHO POSITIVO

85. Introducción

En el sistema del Derecho romano-germánico, razones de tradición, especialización, investigación, estudio, enseñanza y codificación han precisado una aceptación casi general, admitiendo que son ramas del Derecho público las siguientes: Derecho internacional público, constitucional, administrativo, financiero, penal, procesal. Y que son ramas del privado las que siguen: Derecho civil, comercial, del trabajo, agrario, de minería, internacional privado, entre otros.

La creciente complejidad y surgimiento de nuevas situaciones de la vida de relación ha ocasionado la multiplicación de las ramas del Derecho, desgajadas de las troncales tradicionales que son el Derecho civil, penal y administrativo. Tal es el caso del Derecho comercial, del trabajo, de minería, marítimo, aéreo, que surgieron por desprendimiento del Derecho civil. El procesal se multiplicó al dividirse en procesal civil, penal, constitucional, amén de muchas otras ramas como el industrial, penitenciario, económico, etc., que han logrado alcanzar autonomía científica, legislativa y didáctica, respecto de las ramas de las cuales se desprendieron. Algunas de estas ramas especiales, luego de haber alcanzado su máximo desarrollo, están volviendo al Derecho madre del cual se separaron, como ocurre, por ejemplo, con el comercial, el agrario, el de trabajo, que progresivamente se van integrando al civil. Las ramas troncales tradicionales son el derecho civil, penal y administrativo.

SUBSECCIÓN I.- RAMAS DEL DERECHO PÚBLICO

86. Derecho internacional público

El antecedente más claro de esta rama del Derecho consiste en el Derecho romano, donde el *ius fetiale* establecía el formalismo en las declaraciones de guerra y el *ius gentium* era el Derecho común a los romanos, con los otros pueblos.

El Derecho internacional está integrado por un conjunto de normas producidas por la costumbre (Derecho internacional consuetudinario), por los tratados internacionales (Derecho internacional contractual) y por normas jurídicas creadas por los tribunales internacionales y otros organismos similares (Derecho internacional jurisprudencial), reguladoras de las relaciones entre Estados y otros sujetos internacionales.

Se señala al holandés Hugo GROCIO (1583-1645) como el fundador de esta disciplina, con su obra *De iure belli ac pacis*, publicada en 1625. Otros estiman que el creador del Derecho internacional público es el dominico español Francisco DE VITORIA (1492 o 1493-1546), quien en sus *Reelecciones*, *De indis* y *De iure Belli*, desarrolla una serie de teorías, en particular sobre el trato a los indios en las colonias de América.

Con VITORIA, el Derecho internacional alcanzó la categoría de ciencia basada en principios inmutables que aún tienen validez, los mismos que fueron elaborados para que se tenga en cuenta la nueva realidad generada por el descubrimiento de América y la soberanía de los reyes nativos sobre estas tierras y su relación con España, e inclusive con su santidad el papa. VITORIA considera al mundo como una república que tiene el poder de dictar leyes justas. Cree en la sociabilidad internacional del ser humano: es el ser humano y no el pacto el que organiza la sociedad humana. Cree en la interdependencia de los Estados. El Estado está formado por hombres cuya naturaleza sociable no cambia. Sostuvo que el papa puede intervenir en los conflictos entre príncipes, teniendo en vista los intereses espirituales superiores y no para intervenir en la adjudicación de tierras. Consideró a los pueblos indios como integrantes de una gran república mundial. Defendió el derecho de los indios a agruparse en comunidades independientes y decidir sobre su destino (en la actualidad a esto se lo denomina *autodeterminación de los pueblos*). Explica que el *ius communicationes* es el derecho a la libertad de los mares, a la libertad en las comunicaciones, al comercio, al derecho de entrar y salir de cualquier país y establecerse en él. Si los indios lo negaban a los extranjeros, era lícito hacerles la guerra para que permitieran ejercer ese derecho. La guerra justa debe ser decretada por el príncipe; debe tener una causa justa, como castigar una ofensa o repeler un ataque; debe ser conducida con recta intención, esto es, debe tratar de causar el menor daño posible; además, para que la guerra sea lícita, es necesario que los bienes que de ella se deriven sean mayores que los males que se puedan causar. No es lícito que para castigar a pocos culpables haya que matar a tantos inocentes. Las culpas recaen sobre el príncipe y el vencedor no debe actuar ante él como un acusador sino como un juez.

El Derecho internacional público está en un proceso de formación, a causa, fundamentalmente, de la falta de un poder legislativo mundial y de una jurisdicción internacional obligatoria para todos los Estados. La Organización de las Naciones Unidas (ONU), creada en 1945; la Organización de los Estados Americanos (OEA), creada en 1948; la Corte Internacional de La Haya, y la Corte Europea para la protección de los derechos humanos, entre otros organismos internacionales, representan un avance en la regulación jurídica de las relaciones entre los Estados. Pero esto no es suficiente como para constituir un orden jurídico acabado, eficaz y seguro que garantice la paz mundial.

87. Derecho político

En Grecia se origina el pensamiento político y la indagación por el ser humano y su esencia política.

Las instituciones políticas de Atenas fueron la asamblea o *ecclesia* que ejercía la función legislativa, en la cual podían participar todos los ciudadanos varones mayores de 20 años; el *consejo de los quinientos*, encargado de la función ejecutiva del gobierno; y los *grandes jurados populares*, con funciones judiciales. Además, existía, como magistratura, diez generales designados por elección directa, que tenían funciones militares y políticas. De entre estos descolló el general PERICLES (siglo v a. C.), quien, en el año 457 a. C., amplió la ciudadanía a todos los hombres libres de la *polis*, lo cual afirmó la democracia directa ateniense. En su oración fúnebre en homenaje a los atenienses muertos en la primera campaña del Peloponeso, proclama a la democracia como el gobierno del pueblo:

Nuestro gobierno —dice PERICLES— se llama democracia, porque la administración de los asuntos públicos no pertenece ni está en pocos, sino en muchos. Por razón de lo cual cada uno de nosotros, de cualquier estado o condición que sea, si tiene algún conocimiento de virtud, está tan obligado a procurar el bien y la honra de la ciudad como los otros. Y no será nombrado al cargo, ni honrado ni acatado por su linaje ni riqueza, sino tan solamente por su virtud y bondad¹⁵.

SÓCRATES (siglo v a. C.) comprendió que los sofistas tenían razón cuando afirmaban que la vía apropiada para llegar al conocimiento de la verdad era la razón, sin ataduras con la tradición ni con la religión. Pero a diferencia de los sofistas, SÓCRATES creyó en la naturaleza social del hombre, en la *polis* como formación natural y necesaria, en la moral y en la justicia, y en la ley como expresión de la razón. Se interesó por formar a muchas personas capaces de manejar la cosa pública; consideró que para poder actuar como maestro no debía participar personalmente en el gobierno del Estado. Restauró la relación entre la política y la ética. Fue un convencido de la necesidad de la educación política y quería que Atenas fuera gobernada por los mejores en inteligencia.

PLATÓN (427-347 a. C.), fundador de la Academia, que fue un centro de enseñanza del arte político, trató de concretar la renovación de Grecia formando una clase dirigente que pudiera librarse de la decadencia al país. Su obra *La República* tiene como tema central la organización de un Estado ideal, y su fin es la justicia. Quiere que los reyes sean filósofos, que no legislen, sino que eduquen; eleva la educación a la más alta de la función pública. Identifica a la política con la moral. El Estado es un

15 FAYT, Carlos S., *Historia del pensamiento político*, vol. VIII, Buenos Aires: Plus Ultra, 1974, p. 16.

fin en sí mismo. Los gobernantes no están sometidos a la ley. En su libro *El político*, sostiene que el político es el tejedor de la armonía en el Estado; su acción debe dirigirse a lograr el bien común, debe ser un hombre dotado de superioridad intelectual, alto grado de moralidad y sentido de justicia, saber distinguir entre los elementos útiles y los perniciosos para la vida del Estado, eliminando a estos últimos por muerte, destierro o esclavitud; pero como no hay individuos omniscientes sino imperfectos, son necesarias las leyes para regular las relaciones sociales. Las leyes tienen relación directa con la política. La imperfección de los gobiernos exige una legalidad necesaria. Clasifica a los gobiernos en monarquía, aristocracia, democracia y oligarquía. En su obra *Las leyes*, trata de cuestiones de política práctica, pues debido a la imperfección humana y a la imposibilidad de establecer un gobierno ideal, propone un sistema legal. Considera que las leyes no deben ser impuestas por el temor o la fuerza, sino que deben estar precedidas de un preámbulo, con el fin de lograr el consentimiento de la inteligencia antes que la obediencia de la voluntad, añadiendo la persuasión al temor y la filosofía a la experiencia. Señala que la monarquía debe ajustarse a la libertad y la democracia a la obediencia, porque no se necesita ni demasiado poder ni demasiada libertad. Los magistrados deben ser elegidos por el pueblo. La organización legal debe comprender tanto a los gobernantes como a los gobernados. La base de la autoridad no es exclusivamente la inteligencia sino la propiedad territorial. Admite la participación de todos los ciudadanos en el gobierno, si bien calificados sobre la base de la riqueza.

ARISTÓTELES (384-322 a. C.) escribió *La política*, que es una obra sobre la ciencia política. Trata del origen y naturaleza del Estado, de sus formas de organización y de sus funciones. Admite al Estado-ciudad como la forma perfecta y natural de convivencia política. El Estado es un hecho natural; el hombre es por naturaleza un animal político destinado a vivir en sociedad y el que no forme parte de una *poli* es una bestia, o un dios. Justificó el poder en el instinto social del hombre; un poder que se somete a la ley es preferible al discrecional o arbitrario de un hombre; la sujeción del gobierno a la ley es un aspecto necesario de un Estado perfecto. La relación entre gobernantes y gobernados sometidos a la ley, permite que ambas partes puedan continuar siendo iguales y libres. Definió al Estado como una comunidad de iguales que aspira a la mejor vida posible. El gobierno fundado en la ley se orienta al interés general y no al interés de una clase o individuo y deja de tener por único soporte a la fuerza: “Así como el hombre perfecto es el mejor de los animales, de parecida manera cuando se aleja de la ley y de la justicia, es el peor de todos. La finalidad del Estado es la mejor vida posible”. El Estado es una organización de ciudadanos y de magistrados, es decir, no es solo un orden de magistraturas y funciones, es un “modo de vida”, por lo cual el Estado dura lo que su forma de gobierno. Clasifica a las magistraturas en tres formas puras orientadas al interés del bien general: monarquía, aristocracia y democracia, y tres formas impuras cuyo fin es el interés particular de una clase o de un individuo: tiranía, oligarquía y demagogia. La ley debe ser suprema, preferible a

la fuerza o al gobierno personal; pero como todas las leyes no son buenas, considera al gobierno de la ley como el menos malo de los gobiernos posibles de un Estado. La ciencia política debe tratar tanto el gobierno ideal como el gobierno posible, teniendo en cuenta los medios concretos de que se dispone, las fuerzas sociales y los hombres. En *Ética a Nicómaco*, ARISTÓTELES dice: "Acaso estamos en mejores condiciones de ver de modo más comprensivo qué Constitución es la mejor y cómo debe ordenarse cada una de ellas, y qué leyes y costumbres debe utilizar para funcionar del modo mejor posible". La Constitución es el orden de la magistratura, y la ley es el conjunto de normas que regulan la actividad de los magistrados. Las clases sociales y las asociaciones de agricultores, artesanos y mercaderes, así como la familia, influyen en la constitución política del Estado. Distingue tres clases de magistratura: legislativas, ejecutivas y judiciales.

Dedicaron especial atención a los problemas políticos: Tomás DE AQUINO (1227-1274), en su obra *De regimene principian*; Francisco DE VITORIA (nacido en 1492 o 1493): *Derecho natural y de gentes*; Nicolás MAQUIAVERO (1469-1527), *El príncipe*, que contribuye a hacer de la política el arte de lograr el poder y de conservarlo; Hugo GROCIOS, *El derecho de la guerra y de la paz*, donde se refiere al Derecho político partiendo del Derecho natural y del Derecho de gentes; Domingo DE SOTO, *Tratado de la justicia y el derecho*; Francisco SUÁREZ, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*; Thomas HOBBES (1588-1679) escribió el *Leviatán*, que es como una teoría del Estado, encaminada a explicar el problema jurídico-político; John LOCKE, *Tratado del gobierno civil*; y Benito ESPINOZA, *Tratado político y Tratado teológico-político*. Estos dos últimos pensadores, que nacieron en 1632, fueron los que llevaron a mayor altura el examen del problema político a la luz de los principios jurídicos del Derecho privado que enriqueció el incipiente Derecho público que nació en la Edad Media; por ello se les considera los creadores del Derecho político.

En Francia, siglo XVIII, sobresalen MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*; ROUSSEAU, *El contrato social*; y SIEYÉS, *¿Qué es el tercer Estado?* Estos tres pensadores, más la obra parlamentaria de los constituyentes franceses de 1789, son los pilares del Derecho político occidental.

Como dice Sánchez¹⁶, todo este saber acumulado fue el contenido del Derecho político o ciencia política. Antes de comenzar el constitucionalismo no existía problema lógico o metódico que enfrentara el Derecho constitucional con el Derecho político. Pero todo el contenido de esas disciplinas se transvasó al Derecho constitucional cuando las constituciones de Europa y América exigieron el examen y valoración de sus preceptos, deviniendo en imposible la distinción entre Derecho político y Derecho

16 SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, "Derecho político y derecho constitucional", en *Enciclopedia Jurídica*, t. VIII, Buenos Aires: 1982, p. 47.

constitucional. Se puede decir que el Derecho político es el constitucional anterior a las *constituciones escritas* y que el constitucional es el Derecho político ulterior a ellas.

Hasta antes de la Constitución de los Estados Unidos, se llamaba *Constitución* a la modalidad estructural de una organización política, se hablaba de la constitución de un país como se puede hablar de la constitución de un cuerpo físico o de un ser viviente; ARISTÓTELES llamó *constitución* al conjunto de instituciones políticas. Pero esta noción de constitución no forma parte de lo que hoy se conoce como Constitución, entendida como un cuerpo orgánico, armónico y constructivo, superior a las leyes ordinarias.

La costumbre de llamar Constitución Política de un Estado a lo que debemos llamar simplemente Constitución, es un resabio subsistente a lo largo del proceso intelectual transcurrido. Antes de la emancipación norteamericana y de la Revolución francesa, toda constitución escrita era Constitución Política, porque todavía no se habían reconocido los Derechos del Hombre y del Ciudadano, hasta entonces regidos por el Derecho civil; la Constitución era ajena a todos los aspectos de la vida social, carentes de connotación política. En nuestro tiempo, la Constitución no se agota en lo político, sino que se extiende a lo social, cultural, económico, etc.; su ámbito excede lo puramente gubernativo. La Constitución, como un ordenamiento integral de la sociedad, válido para gobernantes y gobernados, nace con las constituciones escritas de fines del siglo XVIII.

Como sostiene Alfonso POSADA en su *Tratado de derecho político*, el Estado es el objeto general de todo estudio u ocupación política. WILLOUGHBY, en su obra *The nature of State* (1896), dice que la ciencia política trata de la sociedad, solo del punto de vista de su organización, esto es, como sociedad efectivamente organizada bajo una autoridad suprema, para el sostenimiento de una existencia ordenada y progresiva; esa sociedad organizada es el Estado. JELLINEK, en su *Teoría general del Estado*, reconoce que desde la antigüedad se vienen identificando los términos ciencia del Estado y política.

La política se refiere directa y exclusivamente al Estado; lo demuestran las expresiones: partidos políticos, régimen político, hombres políticos, delitos políticos, economía política, historia política, política financiera, etc. Hay autores, como ARENDT¹⁷, que hacen una separación tajante entre público y privado. Público se identifica con político. Lo político solo es posible si existen instituciones sólidas y duraderas que configuren espacios públicos (políticos) que garanticen el ejercicio de la libertad política y posibiliten llevarlo a cabo solamente donde existe una pluralidad humana.

Según POSADA¹⁸, el Derecho político estudia el concepto del Estado, los problemas fundamentales del Estado político: el origen del Estado, su naturaleza y finalidad; los problemas sobre la fundamentación del Derecho político: la actividad del Estado que supone la determinación de la soberanía, del poder público y de las funciones en que este se manifiesta; la estructura y funcionamiento del Estado, esto es, la Constitución Política, con el estudio de la forma u organización de aquél.

88. Derecho constitucional

Como hemos visto, a partir de las constituciones escritas, el Derecho político toma el nombre de *Derecho constitucional*; por eso, a la Constitución se la denomina “Constitución Política”. Pero el Derecho constitucional moderno no es solo un Derecho político, porque las constituciones modernas no se encargan únicamente de regular la organización jurídica del Estado, sino que también regulan los derechos fundamentales del ser humano.

La Constitución sienta los valores supremos del ordenamiento jurídico y como tal sirve de fundamento de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema. Por eso, a la Constitución se la denomina también *ley de leyes*, la *lex legum*, o *ley fundamental*, que sirve de marco dentro del cual se deben ubicar todas las leyes ordinarias¹⁹. Las leyes contrarias al sentido de la Constitución se transforman en inconstitucionales.

El Derecho constitucional liberal moderno se edifica sobre tres ideas esenciales²⁰:

- a) la limitación del poder mediante su distribución equitativa. No puede haber Estado democrático con un poder absoluto e ilimitado;
- b) la garantía de los derechos y libertades

18 SÁNCHEZ VIAMONTE, “Derecho político y derecho constitucional”, en *Enciclopedia Jurídica*, t. viii, Buenos Aires: 1982, p. 54.

19 La Constitución de los Estados Unidos de 1789, en la sección segunda del art. 6, que se la ha denominado *cláusula de supremacía* dice: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

20 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid: Dykinson, 1984, p. 13 y ss. El juez estadounidense John MARSHALL, en su sentencia dictada en el caso *Marbury versus Madison*, en 1803, dijo: no hay una solución intermedia entre estas alternativas. O la Constitución es la ley suprema que no puede ser variada por medios ordinarios, o está en el nivel de los actos legislativos ordinarios y como cualquier otra disposición legislativa puede ser alterada cuando a la legislatura le plazca alterarla. Si la primera proposición de esta última alternativa es cierta, un acto legislativo contrario a la Constitución no es derecho: si la segunda proposición es verdadera, las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder que por su propia naturaleza es ilimitable. Ciertamente, cuantos han establecido constituciones escritas las consideran como formando la Ley Suprema Fundamental de la nación y en consecuencia la teoría de un gobierno así establecido debe ser que un acto de la legislatura contrario a la Constitución es nulo.

fundamentales de la persona. El ordenamiento jurídico solamente tiene valor si se basa en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, que se garantizan y afianzan, aun contra el propio Estado, y c) la supremacía y permanencia del texto constitucional. La superioridad de la Constitución sobre la ley ordinaria se establece por ser creada por el órgano constituyente, que es el poder de poderes; además, por la exigencia de un procedimiento especial, distinto al de la votación de las leyes ordinarias, para ser modificada y por la autoridad que tiene el Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las normas que violan el sentido de la Constitución o del Poder Judicial para preferir la norma constitucional a la norma legal cuando esta se oponga a aquella.

89. Derecho administrativo

La administración pública es la actividad que realiza el Estado para el cumplimiento de sus fines.

El Derecho administrativo es la rama del Derecho público interno constituida por el conjunto de normas y principios jurídicos que regulan los órganos (tanto centralizados como descentralizados) e instituciones de la administración pública, el funcionamiento de los servicios públicos bajo un contralor jurisdiccional (órgano contralor, cámaras legislativas, Poder Judicial) previo, concomitante o subsiguiente, y a sus relaciones con la colectividad o con los individuos a quienes atañen tales servicios.

Corresponde al Derecho administrativo regular lo relativo a la educación y salud pública, la administración de justicia, las obras públicas, las fuerzas armadas y policiales, la hacienda pública, las aduanas, la situación de los servidores públicos, los contratos administrativos, la regulación del sector público de la economía, o sea, aquel sector de la economía que el Estado dirige, interviene, fomenta, fiscaliza o controla, la regulación de los bienes del Estado.

90. Derecho financiero

La ciencia de las finanzas, o la economía financiera, es la materia que estudia la actividad económica que se desenvuelve en el ámbito del ordenamiento coercitivo, en contraposición con la economía política que se ocupa, en cambio, de la actividad económica que se desarrolla en el ámbito contractual.

El Estado necesita de bienes y servicios para poder satisfacer las necesidades públicas. El conjunto de funciones que cumple el Estado, a fin de atender los servicios públicos, constituye la actividad administrativa del Estado y la parte especial de esta

relativa a la utilización de los bienes y servicios: la asignación de medios, recursos e inversiones representa la actividad financiera del Estado.

El Derecho financiero rige los recursos constitutivos de la hacienda del Estado y de las demás entidades públicas. Regula los procedimientos de obtención de los ingresos y realización de los pagos (egresos) que debe efectuar el Estado a fin de hacer frente a las necesidades públicas.

La actividad financiera afecta las erogaciones necesarias para satisfacer las necesidades generales, recursos ordinarios o extraordinarios para cubrirlas, y las formalidades referentes al control de las inversiones; el aspecto jurídico de estos factores está contenido en el presupuesto (Ley General de Presupuesto de la República que se dicta año tras año). El Derecho presupuestario es la parte esencial del contenido del Derecho financiero, además del régimen jurídico de endeudamiento interno y externo, régimen jurídico de los gastos públicos y de las inversiones, así como el control de estas: la regulación de la obtención de los recursos necesarios para atender los gastos, es decir, los tributos (recursos ordinarios) y del crédito público (recursos extraordinarios).

91. Derecho municipal

El Derecho municipal reglamenta la organización y atribuciones de los municipios, sus relaciones con el Estado general y con los particulares.

Las municipalidades son los órganos del gobierno local. Gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

El contenido del Derecho municipal comprende los temas relativos a la autonomía municipal, la organización del gobierno local, el poder de policía municipal (el comercio ambulatorio, la organización del tráfico, construcción, pesas y medidas, seguridad, higiene, sanidad, etc.), justicia en la administración municipal, el régimen financiero, los servicios públicos, etc.

92. Derecho tributario

La terminología no es uniforme en cuanto a la denominación de esta disciplina. La doctrina italiana la llama *Derecho tributario*, la alemana y suiza le dan el nombre de *Derecho impositivo* y la francesa la denomina *Derecho fiscal*.

El Derecho tributario es la parte del derecho financiero que regula la tributación en sus diversas manifestaciones. Está circunscrito únicamente a los ingresos públicos, cuyo título es la ley.

Los tributos son las prestaciones pecuniarias en dinero que el Estado establece coercitivamente mediante ley (principio: *nullum tributum sine lege*), con el fin de cumplir con sus fines: educación, salud, justicia, seguridad ciudadana, etc.

Los tributos se clasifican en impuestos, tasas y contribuciones.

- a) Los *impuestos* son los tributos más importantes, cuya finalidad primordial es procurar los recursos para el financiamiento de las actividades del Estado; el pago del impuesto no genera una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado. Por ejemplo, el Impuesto General a las Ventas, el Impuesto a la Renta, etc.
- b) La *tasa* es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en favor del contribuyente; el fin de su recaudación es la administración de un servicio público.
- c) La *contribución* es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales; se pagan por un servicio especial recibido por el contribuyente, por ejemplo, contribuciones a Essalud, al Sistema Nacional de Pensiones.

93. Derecho penal

Es el conjunto de normas referentes a los delitos, faltas, penas y otras medidas de seguridad. Su finalidad es la de prevenir y castigar los delitos y faltas.

El Derecho penal liberal se elabora conforme al principio *nullum crimen nulla poena sine lege* (“no hay delito ni pena sin una ley que previamente lo establezca”). La única fuente formal del Derecho penal es la ley (principio de la legalidad).

El delito es la violación o quebrantamiento del Derecho por actos u omisiones conscientes y libres que la ley castiga con penas graves.

La falta es la violación o quebrantamiento del derecho por actos u omisiones conscientes y libres a los que la ley señala penas leves.

El Derecho penal se divide en dos partes: parte general y parte especial.

- a) La parte general se divide, a su vez, en la teoría del delito (tipicidad y atipicidad, o hecho antijurídico o injusto), la teoría de la culpabilidad y la teoría de la pena.
- b) La parte especial estudia en concreto los delitos (homicidio, aborto, secuestro, usurpación, robo, etc.), las faltas, y sus penas y medidas de seguridad.

94. Derecho procesal

Este es el conjunto de normas que regulan el proceso (Derecho procesal civil, penal, constitucional, laboral, administrativo). Se entiende por proceso la actuación de los sujetos ante los organismos encargados de administrar justicia, tendiente a la solución de un conflicto mediante el pronunciamiento de una decisión definitiva. Es decir, el Derecho procesal regula el modo de dirigirse a los órganos judiciales o administrativos a fin de que se resuelva un conflicto, así como el procedimiento que deben seguir tanto las partes en conflicto como los jueces o magistrados, hasta llegar a la decisión final. Al Derecho procesal se lo denomina también Derecho adjetivo o formal, en contraposición al Derecho material o sustantivo (Derecho civil, penal, etc.).

El proceso se desenvuelve mediante una serie o sucesión de actos por los cuales se llega a decidir por los órganos jurisdiccionales del Estado sobre una o varias pretensiones, que, fundándose en el ordenamiento jurídico, han sido interpuestas ante aquellos.

Si los derechos subjetivos fueran espontáneamente reconocidos y los deberes cumplidos por las personas, no sería necesario el Derecho procesal. Pero como a menudo los derechos son desconocidos y los deberes incumplidos, se hace indispensable la existencia del Derecho procesal para que se pueda realizar coactivamente el Derecho y triunfar la justicia, pues en caso contrario, los derechos quedarían incumplidos, con menoscabo del orden social.

Los órganos jurisdiccionales están estructurados jerárquicamente sobre la base de los principios de unidad, exclusividad, independencia, permanencia, racionalidad y especialidad.

Al concepto de proceso hay que agregar el concepto análogo de jurisdicción, competencia y acción.

- a) La *jurisdicción* es el poder que tiene el Estado para solucionar conflictos de intereses o incertidumbres jurídicas en forma exclusiva y definitiva, mediante órganos especializados que están obligados a aplicar el Derecho que corresponde al caso concreto y cuyas decisiones son de cumplimiento ineludible.
- b) Hugo Rocco define a la *competencia* como “aquella parte de jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella”. Los criterios para determinar la competencia son en virtud de la materia, la cuantía, el territorio, de la función, grado o jerarquía del órgano jurisdiccional y por razón de turno.

- c) La *acción* es un derecho subjetivo público, abstracto, general y autónomo, por el cual toda persona es apta para hacer valer una pretensión ante el órgano jurisdiccional. En otros términos: la acción es el Derecho subjetivo público que tiene todo sujeto de Derecho para exigir del Estado la prestación de la actividad jurisdiccional y para que mediante una sentencia se pronuncie sobre la pretensión expresada en la demanda, resolviendo el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica de manera definitiva.

Todo proceso se caracteriza: a) por la neutralidad del juzgador; b) la forzosa audiencia de las partes, aunque se puede fallar en rebeldía después de agotados los trámites para lograr la comparecencia; c) la igualdad de derechos y medios procesales para las partes litigantes; d) la necesidad de probar los hechos no admitidos por el adversario; e) la decisión forzosa para el juzgador, quien no puede dejar de administrar justicia por silencio u oscuridad de las leyes; f) la eficacia de lo resuelto, por su ejecución incluso forzosa; g) la estabilidad de lo decidido por medio de la cosa juzgada, salvo los casos en que se admite el recurso de revisión.

El proceso civil se rige por los principios de iniciativa de parte, interés para obrar y legitimidad para obrar, moralidad procesal, inmediación, concentración, economía y celeridad procesales, socialización del proceso, el principio *iura novit curia* (el juez conoce el Derecho), la gratuidad en el acceso a la justicia, el principio de vinculación y de formalidad (los actos procesales deben cumplirse con arreglo a ciertas formas o solemnidades señaladas por la norma procesal), la pluralidad de instancia.

El Código Procesal Civil regula los *procesos contenciosos*: proceso de conocimiento, proceso abreviado, sumarísimo, cautelar, de ejecución, y el *proceso no contencioso*.

Son principios del proceso penal: el de la oficialidad (el Estado tiene el deber de castigar al culpable, sin que pueda dispensarlo de esta obligación la persona ofendida por el delito); el principio de legalidad (obligación del juez o fiscal de ejercer la acción en caso de delito); el principio de inmutabilidad (no admisión del acuerdo de las partes para terminar el proceso); el principio de la verdad material (no es suficiente que el juez oiga a las partes, sino que debe averiguar la verdad material del hecho); el principio de la necesidad (ineludible necesidad de promover proceso para aplicar una pena); de publicidad; de contradicción (nadie puede ser juzgado y condenado sin ser oído); de libre convicción judicial (el juez es libre para apreciar y valorar las pruebas).

SUBSECCIÓN II .- RAMAS DEL DERECHO PRIVADO**95. Derecho civil****95.1. Concepto e importancia**

El Derecho civil es la rama más importante del Derecho privado. Regula las relaciones de las personas sin tomar en cuenta sus actividades o profesiones. Está contenido en los códigos civiles, leyes modificatorias y complementarias.

El Derecho privado rige las relaciones de los particulares entre sí o con el Estado, sobre la base de la coordinación que supone la igualdad y libertad de las personas. En tiempos pasados se lo identificó con el Derecho civil. Esa equiparación ya no es posible, porque el Derecho civil solo reglamenta una parte de las relaciones del Derecho privado. El ámbito del civil se ha ido reduciendo por el creciente desarrollo de ramas autónomas del Derecho privado, como el comercial, el del trabajo, etc. Sin embargo, en la actualidad hay la tendencia orientada a la unificación del Derecho privado, especialmente del civil y comercial.

El civil es un Derecho general, fundamental y común a todos los seres humanos, sin tener en cuenta sus condiciones personales como edad, sexo, nacionalidad, profesión o situación social, a las cuales considera solo en forma accesoria o secundaria. Mira al ser humano como tal, estimándolo individual o colectivamente organizado, que forma luego una familia, que necesita de un patrimonio para poder subsistir, el cual a su fallecimiento es transferido a sus herederos. En cambio, las otras ramas del Derecho solo se encargan de regular algunas actividades particulares como el comercio, el trabajo, la industria, la tributación, la tenencia de la tierra agrícola, o la conducta de los que han delinquido.

Con razón se ha dicho que desde el punto de vista formal de la jerarquía de las leyes, la Constitución es la ley fundamental; pero desde el punto de vista histórico-cultural, la ley civil surge como el ordenamiento más estable y menos sujeto a transformaciones bruscas. Basta comparar la duración de las constituciones con la de los códigos civiles, para darnos cuenta de la mutabilidad del Derecho constitucional y de la estabilidad del civil.

El Derecho civil es común, por cuanto cumple una función supletoria, esto es, cuando en las demás ramas del Derecho una situación no está regulada, se acude a las normas y principios generales de aquel.

El Derecho civil es el depositario de casi toda la doctrina general del privado y de gran parte del Derecho público, es decir, de esa doctrina que está en la esencia

misma de los Derechos especiales. Por esta razón, el juez, el abogado especialista o no, el investigador jurídico, etc., trabajan con su Código Civil a la mano, como una herramienta indispensable que no puede faltar.

95.2. Contenido

En cuanto a su contenido, como dice REALE, el Derecho civil contemporáneo se basa en siete principios fundamentales, que en una sociedad democrática condicionan toda la vida jurídica, a saber:

- a) La idea de que todo ser humano por el simple hecho de ser tal es sujeto de derechos y obligaciones (*principio de la personalidad*).
- b) El reconocimiento de que la capacidad jurídica general de la persona humana le confiere el poder de practicar ciertos actos y de abstenerse de ellos según los dictámenes de su voluntad (*principio de la autonomía de la voluntad*).
- c) La admisión de que este poder implica la facultad de otorgar derechos y de aceptar deberes dentro de los límites de la ley, dando existencia a relaciones o situaciones jurídicas como son los *negocios jurídicos* en general y los contratos en particular (*principio de la libertad de estipular negocios jurídicos*).
- d) La aprobación de que el hombre, por su trabajo o por otras formas que la ley contempla, puede exteriorizar su personalidad en bienes inmuebles o muebles que pasan a ser objeto exclusivo de su querer y de su patrimonio (*principio de la propiedad individual*).
- e) La idea de que entre las situaciones jurídicas constituidas por el libre querer de los individuos hay una, *la familia*, que es la expresión inmediata de su ser personal, y que ha de encontrarse a salvo de injerencias indebidas en su vida íntima (*principio de la intangibilidad familiar*).
- f) La aceptación de que entre los poderes que la persona ejerce sobre sus bienes se incluye el poder de transmitirlos, en todo o en parte, a sus herederos, empezando por sus descendientes (*principio de la legitimidad de la herencia y del derecho de testar*).
- g) La función social de los derechos civiles, de la propiedad, y de los negocios jurídicos (actos y contratos de naturaleza civil o económico-mercantil), a fin de que se concilien las exigencias del todo colectivo con los citados poderes conferidos a los individuos (*principio de la solidaridad social*).

El Derecho civil tiene por contenido propio lo relativo a la persona, a los actos o negocios que puede realizar la persona, la familia, la propiedad, las obligaciones y la sucesión. Cada una de estas instituciones son reguladas por las

siguientes disciplinas jurídicas (contenido objetivo): Derecho de las personas, Derecho negocial, de familia, de sucesiones, Derechos reales, de las obligaciones, contractual, registral, internacional privado. A estos hay que agregar el Derecho a la prescripción y caducidad.

Los derechos subjetivos (contenido subjetivo del Derecho civil) que se desprenden de las disciplinas antes mencionadas, son:

- a) *Los derechos personales.* El Derecho civil se ocupa en primer lugar de la persona en cuanto tal, que es un ser natural y social, que existe, coexiste y, por tanto, necesita de normas de conducta para poder vivir y convivir en forma pacífica en la sociedad, en la cual actúa individualmente o constituyendo entes colectivos (personas jurídicas). El ser humano es el eje central del Derecho; sin persona no hay Derecho y este le reconoce, tutela y garantiza sus derechos subjetivos, que no pueden ser solo individuales (derechos de la primera generación) como tradicionalmente se ha considerado y se sigue aun considerando, sino también los derechos sociales (derechos de la segunda generación) y los derechos colectivos (derechos de la tercera generación), por ejemplo, derecho a la conservación del medio ambiente. El Derecho civil es la sede de los derechos de la persona o derechos de la personalidad.
- b) *Los derechos familiares* responden a las necesidades biológicas y espirituales de perpetuación de la especie humana. Estos derechos se extienden desde la constitución de la familia mediante el matrimonio, hasta la extinción de la sociedad conyugal, las relaciones entre cónyuges, ascendientes y descendientes, etc.
- c) *Los derechos reales.* Para que el ser humano pueda actuar y subsistir en el mundo, necesita ejercer ciertos derechos de dominación sobre los bienes de valor económico. Estos derechos son el de propiedad y las diversas formas de su explícitación.
- d) *Los derechos de obligación* surgen de la necesidad del ser humano de relacionarse con los demás mediante actos o negocios jurídicos para poder obtener determinadas prestaciones patrimoniales.
- e) *Los derechos de sucesión.* El Derecho civil no termina su misión con la vida de la persona. Fallecida esta, es menester regular la transferencia de sus bienes a causa de la sucesión *mortis causa*.

95.3. Codificación del Derecho civil

La legislación civil básica se encuentra en el Código Civil, y existen diversas leyes civiles especiales.

Los grandes hitos de la codificación universal son el Código Civil francés de 1804, el Código Civil alemán de 1900 y el Código Civil italiano de 1942. En América Latina han adquirido renombre el Código Civil argentino y el Código Civil de Andrés Bello, adoptado por Chile, Colombia y Ecuador.

95.4. El Derecho civil en la actualidad

El deseo de armonizar elementos individuales y sociales, así como el progreso de la ciencia y de la técnica, el surgimiento de nuevas costumbres, el gran desarrollo industrial y comercial, la globalización de la economía, han impactado en el Derecho civil, produciéndose el disgregamiento de los llamados *derechos especiales*; además del comercial, como son el Derecho económico, el de trabajo, agrario, urbanístico, bancario, etc., respecto de los cuales el Derecho civil permanece como el Derecho común que contiene la teoría general en que se fundan aquellos. Sin embargo, hoy día, algunas de esas ramas especiales tienden a volver al seno del Derecho civil del cual salieron; así ocurre con la parte general de obligaciones y con los contratos, cuya distinción en civiles y comerciales es solo cuestión de nombre y no de sustancia; el código helvético fue el primero en consagrarse en un solo cuerpo las obligaciones civiles y mercantiles; en Italia, el famoso Código de 1942 unifica en uno solo el Derecho civil y el comercial, quedando fuera de este código solamente las normas de la navegación sistematizadas en el Código de la Navegación; el proyecto franco-italiano de 1927 también unifica las obligaciones civiles y mercantiles; el Código Civil peruano de 1984 unifica algunos contratos civiles y comerciales, y lo mismo hacen los nuevos códigos de Bolivia y Paraguay.

95.5. Sistematización del Derecho civil

En cuanto a la sistematización del Derecho civil a fin de ser estructurado en un cuerpo legal, o para su exposición científica por los tratadistas o con fines de enseñanza, existen muchos planes, pero dos son los principales:

El *Plan Gayo*, cuyo autor lo adoptó en sus *Institutas*, seguido por la *Compilación de JUSTINIANO* y sus comentaristas, y por el Código Civil francés. Este plan divide al Derecho civil en tres partes: personas (comprende la persona y la familia), cosas (derechos reales) y acciones o modos de adquirir (comprende el derecho de obligaciones y el sucesorio o hereditario). Más tarde, las *Institutas* de JUSTINIANO repiten el plan de GAYO.

Divídense estas *Institutas* en los siguientes apartados: primer libro: *Personas y familia* (el sujeto del derecho); segundo libro: *Cosas, propiedad y testamento*; tercer libro: *Obligaciones y contratos* (incluye la sucesión intestada); y cuarto libro: *Obligaciones derivadas de hechos ilícitos y acciones*.

El *Plan Savigny*, adoptado por los pandectistas y civilistas alemanes y por el Código Civil de 1900. Conforme a este plan, el Derecho civil se divide en dos partes: una *general*, que comprende lo relativo a los elementos comunes a todas las figuras civiles, como el sujeto de derecho, los hechos y los actos jurídicos; y otra *especial*, que a su vez se subdivide en Derecho sobre las cosas (Derechos reales); Derecho de obligaciones, de familia, y sucesión hereditaria. El Código alemán de 1900 solo modifica el orden de la sistematización de SAVIGNY al anteponer el derecho de obligaciones a los derechos reales. El libro primero, *Parte general* (personas, cosas, negocios jurídicos, plazos y términos, prescripción, ejercicio de los derechos y prestación de seguridad); el libro segundo: *Derecho de las relaciones obligatorias*; el libro tercero: *Derechos de cosas*; el libro cuarto: *Derecho de familia*; y el libro quinto: *Derecho sucesorio*. Estos libros están precedidos de una ley de introducción.

95.6. La codificación civil en el Perú

- 1) *Código Civil de 1852*. El primer Código Civil peruano fue aprobado por ley del Congreso del 23 de diciembre de 1851, promulgado el 28 de julio de 1852, para que entre en vigencia al día siguiente.

El plan del Código de 1852 es el mismo del Código Civil francés de 1804, que a su vez se inspiró en el plan de GAYO.

El Código de 1852 se divide en tres libros: *De las personas y sus derechos*; *De las cosas*: del modo de adquirirlas; y de los derechos que las personas tienen sobre ellas; y *De las obligaciones y contratos*. Cada uno de los libros se subdividía en secciones y estas en títulos.

- 2) *Código Civil de 1936*. El segundo Código Civil que ha tenido Perú es el de 1936. El Poder Ejecutivo, en uso de la autorización legislativa otorgada mediante ley 8305, siendo presidente el general de división don Óscar R. Benavides y ministro de Justicia el doctor Diómedes Arias Schreiber, el 30 de agosto de 1936 promulgó el código que comenzó a regir desde el 14 de noviembre de 1936 en sustitución del Código de 1852.

El Código de 1936 se inspira, fundamentalmente, en la orientación germánica, sea en forma directa o en el Código alemán de 1900, sea imitando los códigos filiales del alemán, como son el suizo y el brasileño. El Esbozo (Esbozo) de Freitas, el Código argentino de Vélez Sarsfield, así como el español de 1889, el italiano de 1865, el proyecto franco-italiano del derecho de obligaciones, son también fuentes inmediatas. Se mantuvo a menudo el Código del 52, remozando su doctrina y llenando sus lagunas.

El Código de 1936 está dividido en un título preliminar, un título final y cinco libros, denominados *Del derecho de las personas*, *Del derecho de familia*, *Del derecho de sucesiones*, *De los derechos reales*, y *Del derecho de obligaciones*.

- 3) *Código Civil de 1984.* El Código Civil vigente fue promulgado mediante Decreto Leg. N.º 295 del 24 de julio de 1984, refrendado por el ministro de Justicia, doctor Max Arias Schreiber, maestro de San Marcos y miembro de la Comisión Reformadora desde el primero de marzo de 1965. El nuevo Código entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

Nuestro código vigente, al igual que los códigos de 1852 y de 1936, se ubica dentro de la familia del derecho romano-germánico.

El nuevo Código Civil, como la mayoría de los códigos que se han dado en el presente siglo, se adecúa a la división delineada por SAVIGNY²¹ hace ya más de un siglo.

Los diez libros que lo componen tratan lo relativo a *Derecho de personas, Acto jurídico, Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Derechos reales, Las obligaciones, Fuentes de las obligaciones, Prescripción y caducidad, Registros públicos, Derecho internacional privado*. Además, consta de un título preliminar y un título final.

96. Derecho comercial

En el ámbito de las relaciones jurídico-patrimoniales es posible individualizar una categoría de relaciones que presentan características propias y constantes por las cuales se diferencian de las otras relaciones patrimoniales y que surgen como una categoría unitaria, en consideración de la identidad de la función económico-práctica que cumplen: se trata de las relaciones que, mediante la producción y el cambio, atienden a la predisposición de bienes y servicios para el mercado en general; lo que se conoce como actividad mercantil. En otros términos, el Derecho comercial regula la actividad de los comerciantes y las empresas, y toda actividad de intercambio lucrativo de bienes y servicios.

Al Derecho comercial se lo denomina también mercantil, de la empresa y económico. Sin embargo, esta última expresión tiene una acepción más amplia que la de Derecho comercial, pues comprende los delitos contra el patrimonio (Derecho penal económico) y toda regulación que tenga que ver con la actividad económica.

Relaciones comerciales no son solo aquellas relativas al comercio en sentido económico, sino también todas las que, siendo inherentes a la satisfacción de las necesidades del mercado en general, inmediata o mediamente cumplen una función de intermediación lucrativa.

21 La sistemática delineada por Savigny fue adoptada por el BGB alemán que establece una dicotomía (no seguida por nuestro código): parte general y parte especial. La primera comprende personas, cosas y hechos jurídicos, y la segunda, obligaciones, cosas, familias y sucesiones.

En la actividad comercial están comprendidas, además de la intermediaria en la circulación de bienes, la actividad industrial dirigida a la producción de bienes y servicios, la de transporte, la bancaria y de seguros, además de las actividades auxiliares de estas.

En efecto, en todos estos fenómenos económicos subsiste una función intermediaria, que se realiza con base en la coordinación de operaciones contrapuestas, atendiendo las exigencias del mercado y en consideración al resultado económico que deriva de la intermediación. Esta actividad intermediaria puede realizarse mediante la coordinación de simples operaciones de cambio (comercio en sentido económico) o por conducto de un sistema de operaciones más complejas en las cuales se inserta un proceso productivo; pero en ambos casos idéntica es la posición del intermediario, idéntica su finalidad, idéntico el resultado de su actividad. Precisamente, esta posición del intermediario es regulada por el Derecho comercial.

La determinación de si una relación concreta es o no de carácter comercial, se cumple mediante un doble criterio: subjetivo y objetivo. Desde un punto de vista subjetivo, una relación será comercial y, por tanto, regulada por este Derecho en vez del civil, cuando a lo menos una de las partes que interviene en dicha relación sea comerciante individual o social. Objetivamente, se consideran actos de comercio todos los comprendidos en la legislación comercial (Código de Comercio, Ley General de Sociedades, Ley de bancos, financieras y seguros, etc.), o, en general, los actos que por su naturaleza son de intermediación.

Históricamente, cada uno de estos sistemas ha tenido su actuación práctica: en sus orígenes, la comercialidad de la relación se basaba por sobre todo en la oposición del comerciante: la particularidad de ella era, por tanto, en función de la especialidad de la profesión ejercida (sistema subjetivo). Sucesivamente, en especial en el Código de Comercio francés de 1807 y en el Código de Comercio italiano de 1882, la comercialidad de la relación encontró su fundamento objetivo en la noción de acto de comercio: la particularidad de la disciplina se basa así en la función de la especial naturaleza del acto de intermediación (sistema objetivo). En el Derecho germano, aquella se basa en ambos elementos (sistema mixto).

El Derecho comercial surge como un Derecho de clase (la clase de los comerciantes), de los inscritos en la *matrícula mercatorum*, a los cuales se les aplicaban las normas elaboradas por ellos mismos y recogidas en los estatutos de las corporaciones de los mercaderes, cuyas controversias son sometidas a la jurisdicción del consulado. El Derecho comercial encontró su razón de ser en el asegurar a la clase de los comerciantes una posición de privilegio, consistente en la aplicación de las normas elaboradas por ellos y los jueces escogidos por ellos.

Con la abolición de los privilegios y de las corporaciones por la Revolución francesa, el Derecho comercial dejó de ser un estatuto de clase, pues halló su justificación objetiva en el Código de Comercio francés de 1807, en el cual se inspiró el Código de Comercio peruano de 1902. A la noción de comerciante se agrega en forma prevalente la de acto de comercio, pero permanecen residuos del periodo precedente, en especial la jurisdicción para las controversias comerciales y los tribunales de comercio. Pero con la diferencia de que en el Código francés la competencia de los tribunales de comercio se determina no solo en función del comerciante inscrito o no inscrito, sino también en función del acto de comercio.

Del lado formal, el Derecho comercial se afirma como un sistema autónomo de normas, en cierto sentido, contrapuesto al Derecho civil; la autonomía tiene una base objetiva que consiste en la prevalencia de la norma comercial, escrita o consuetudinaria, sobre el Derecho civil, y en la existencia de principios generales propios de las relaciones comerciales.

Contemporáneamente, la noción de acto de comercio pierde relevancia práctica y cede el paso a la noción de actividad, como una serie coordinada de actos, y luego a la noción de empresa. El Derecho comercial está constituido por un complejo de normas que regulan la organización y el ejercicio profesional de una actividad intermediaria dirigida a satisfacer las necesidades del mercado general y, por consiguiente, a los actos particulares en que esta actividad se concreta.

La autonomía del precepto comercial desde el punto de vista formal pierde consistencia cuando las normas comerciales son integradas al Código Civil, como sucedió con el Código Civil italiano de 1942. Pero dicha autonomía puede ser sostenida desde el perfil sustancial, esto es, desde el contorno de la particularidad del fenómeno regulado, que se traduce en una especialización y diferenciación de la disciplina jurídica. La existencia en el Código Civil italiano de una regla especializada y diferenciada para las relaciones sobre la predisposición de medios orientados a satisfacer las necesidades del mercado, es un dato incontrovertible y suficiente para justificar la permanencia de una ciencia del Derecho comercial junto a una ciencia del Derecho civil. Con la unificación del Código Civil con el de Comercio, surge un sistema de Derecho comercial que se construye en torno a la figura del empresario comercial, sistema en el cual encuentran colocación las normas que regulan las relaciones de organización de la empresa y, por tanto, aquellas sobre el empresario y su hacienda; las relativas a los auxiliares del empresario, al ejercicio asociado o colectivo de la empresa, coaliciones entre empresarios, entrada y salida del mercado, la quiebra, la aseguración, las operaciones bancarias, los contratos de bolsa, los títulos de crédito, etc.

97. Derecho internacional privado

Es la rama del Derecho cuyo objetivo es determinar cuál es la jurisdicción competente o la ley aplicable en caso de concurrencia simultánea de dos o más jurisdicciones o de dos o más leyes, en el espacio, que reclaman su observancia.

BUSTAMANTE, el ilustre jurista cubano, autor del Código de Derecho Internacional Privado, sancionado en la VI Conferencia Panamericana reunida en La Habana, en 1928, da la siguiente definición: “El Derecho internacional privado es el conjunto de principios que determinan los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados, cuando ha de aplicarse a relaciones jurídicas que pueden estar sometidas a más de una legislación”.

Forman parte del contenido del Derecho internacional privado los problemas sobre la aplicación de las normas de conflicto (estructura de las normas de conflicto, categorías, calificación, factores de conexión, el reenvío, los derechos adquiridos); los problemas de aplicación de la ley extranjera; la competencia jurisdiccional; la ley aplicable en materias de derechos de personas naturales o jurídicas, acto jurídico, de familia, reales, de obligaciones y sucesiones; reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (valor de las sentencias extranjeras, *exequators*, sentencias extranjeras de quiebra).

98. Derecho laboral

Es la rama del Derecho mixto de público y privado que gobierna las relaciones entre empleadores y trabajadores y de unos y otros con el Estado en lo referente al trabajo subordinado, en lo tocante a las profesiones y a la forma de prestación de los servicios, y también en lo relativo a las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral.

La parte relativa al contrato de trabajo pertenece al Derecho privado, mientras que la intervención del Estado para tutelar los derechos del trabajador pertenece al Derecho público.

El Derecho laboral (llamado también *Derecho del trabajo*) se divide en *Derecho del trabajo individual* (el contrato de trabajo, la forma como deben proceder las partes durante la ejecución del trabajo, la remuneración, la terminación del contrato de trabajo, los regímenes especiales de contratación laboral) y *Derecho del trabajo colectivo* (negociaciones colectivas, sindicación, etcétera).

99. Derecho minero

Es la parte del ordenamiento público y privado que rige lo concerniente al dominio originario de las sustancias minerales, las actividades relativas a la adquisición,

constitución, funcionamiento, conservación y pérdida de la propiedad de las minas, y aquellas actividades auxiliares de la industria minera y las relaciones que de estas actividades se derivan.

100. Derecho agrario

Es el regulador de las actividades referentes a la explotación de la tierra, sea mediante la agricultura, la ganadería u otras industrias agropecuarias.

101. Derecho de marcas

La marca es el signo que permite distinguir los bienes y servicios que produce u ofrece determinada persona, de los bienes y servicios producidos y ofrecidos por otras personas.

La marca cumple varias funciones: la distintiva, que permite diferenciar los productos o servicios prestados u ofrecidos por diversas personas; la indicadora de origen: la identificación del producto con su origen garantiza la experiencia del productor y la calidad del producto; la publicitaria: la marca es un medio de información para el consumidor; la indicadora de la calidad del producto o servicio; la condensadora del *good will* (buena fama o reputación de que goza el producto o servicio). La marca es, además, el medio que condensa el prestigio que tiene entre el público el producto y servicio marcado que lo induce a adquirir nuevamente un producto o servicio basado en anteriores experiencias satisfactorias.

El Derecho de marcas tiende a proteger productos y servicios para evitar su confusión con otros. El objeto de la protección es un bien inmaterial: el valor económico de la marca.

Este Derecho tutela tanto los derechos privados de los industriales y comerciantes, como los intereses del público consumidor, protegiéndolo contra engaños y confusiones.

102. Derecho de la navegación

Este contiene normas de Derecho público y de Derecho privado, de orden nacional e internacional, que regulan los hechos, las instituciones y las relaciones jurídicas derivadas de la actividad navegadoria por agua.

Los factores esenciales de la actividad navegadoria son las aguas navegables, el buque y otras embarcaciones menores, y el personal especializado.

El contenido del Derecho de la navegación comprende los antecedentes históricos y las tendencias actuales del Derecho de la navegación, las fuentes de

este, el conflicto de leyes, su ámbito de aplicación, la organización administrativa de la navegación, la jurisdicción competente en las causas marítimas, el buque, su concepto, clasificación y modos de individualización, los libros de abordo, la propiedad naval, el embargo del buque, el crédito naval (privilegios marítimos, la hipoteca naval, regulación internacional, etc.), los sujetos del Derecho de la navegación, el contrato de ajuste (Derecho laboral de la navegación), la responsabilidad del armador, los contratos de utilización del buque (fletamiento total o parcial, fletamientos especiales, etc.), transporte de carga, responsabilidad del transportador, el conocimiento de embarque y otros documentos vinculados con el contrato de transporte, la navegación en pequeñas embarcaciones, descarga y entrega de las mercaderías, contrato de pasaje, contrato de remolque, compraventas marítimas, crédito documentario, abordaje, asistencia y salvamento, naufragios, avería común o gruesa, seguros marítimos.

El buque es el instrumento de circulación de bienes y personas que pone en contacto diversas jurisdicciones, generando muchas veces espinosos conflictos de leyes. La navegación ha dado vida a sujetos peculiares, como el armador, el capitán, el agente marítimo, los tripulantes, los estibadores, apuntadores, serenos, etc.

La importancia económica del buque ha impulsado la creación de un sistema de propiedad peculiar. Los modos particulares de adquirir el dominio, las restricciones al ejercicio de las facultades del propietario, etc. El arrendamiento del buque, el contrato de fletamiento total o parcial, el *time charter*, los distintos contratos de transporte, el remolque, etc.

103. Derecho aeronáutico y espacial

Es el conjunto de normas de Derecho público y privado, de orden nacional o internacional, que regulan las instituciones y relaciones jurídicas nacidas de la actividad aeronáutica o de otras actividades conexas con ella.

Los factores esenciales de esta actividad son el espacio aéreo, el avión o máquina volante y el personal especializado.

Comprende su contenido: la denominación, concepto, caracteres, autonomía, origen y desarrollo histórico, la condición jurídica del espacio aéreo, el transporte aéreo nacional e internacional, la seguridad aeronáutica, el régimen jurídico de la circulación aérea, la situación del personal aeronáutico, los contratos de utilización de aeronaves, la responsabilidad contractual y extracontractual por daños derivados de la actividad aeronáutica, los seguros aeronáuticos, los delitos y faltas aeronáuticas, la ley aplicable y jurisdicción, la asistencia y salvamento de aeronaves, etc.

104. Derecho canónico

La Iglesia católica crea su propio Derecho. Sus preceptos se extienden a los fieles de todo el mundo, sin limitación de orden territorial. En el aspecto político y jurídico, la Iglesia es una sociedad independiente que tiene personería internacional. El papa es el soberano, tanto en las cuestiones de fe como en las de Derecho. Tiene igualdad jurídica con los otros Estados, con los cuales cambia embajadores y celebra tratados internacionales (Derecho eclesiástico internacional).

Como dice RADBRUCH²², según la filosofía católica del derecho, existen tres fuentes de este: 1) el *ius humanum positivum*, o sea, el Derecho temporal instituido por los hombres; 2) el *ius divinum naturale*, que es el Derecho imbuido por Dios a la creación y cognoscible por medio de la razón; 3) el *ius divinum positivum*, el derecho de la revelación divina, de la fe cristiana y de la Iglesia (S. Mat., 16, 18: *Tu es Petrus et super hacpetram cedifícalo ecclesiam meam*). El Derecho canónico no posee aquella autonomía propia del derecho temporal, por estar íntimamente vinculado a la dogmática, a las costumbres de la Iglesia y a la disciplina eclesiástica.

El Derecho canónico es dado por la potestad eclesiástica para ordenar la constitución, régimen y disciplina de la Iglesia católica. Se divide en público y privado. El público se refiere a la constitución y derechos de la Iglesia considerada como sociedad perfecta ordenada a un fin sobrenatural. El Derecho canónico privado regula los derechos y obligaciones de los miembros de la Iglesia para el régimen y santificación de ellos.

El Derecho eclesiástico empezó siendo un Derecho de la Iglesia para el mundo; regulaba materias que hoy pertenecen al Derecho secular. Hoy, el eclesiástico se reduce a un Derecho de la Iglesia para esta. El Estado ha reivindicado para sí el derecho a regular por sí mismo sus relaciones con la Iglesia, bajo la forma de un Derecho del Estado para la Iglesia.

El antiguo *Corpus iuris canonici* ha sido sustituido por el *Codex iuris canonici* que entró en vigor en 1917. Este Código está dividido con arreglo al sistema de las instituciones: personas, cosas y acciones. Le sirve de introducción una parte general y lo cierra un libro sobre las penas eclesiásticas. En total, son cinco libros. Está redactado en latín. En 1959, Juan XXIII dispuso preparar un nuevo código. Este fue promulgado en 1983 por Juan Pablo II. Está dividido en siete libros, cuyos títulos son los siguientes: *De las normas generales*, *Del pueblo de Dios*, *La función de enseñar de la Iglesia*, *De la función de santificar de la Iglesia*, *De los bienes temporales de la Iglesia*, *De las sanciones en la Iglesia*, y *De los procesos*.

22 RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción por Wenceslao Roces, 2.^a ed., 1.^a reimpr., Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 81.

Son fuentes del Derecho canónico el Código canónico, las decisiones de los papas, los decretos de los concilios, la doctrina y la costumbre.

La suprema facultad legislativa reside en el papa. Sus disposiciones pueden ser de carácter general o singular.

Son normas de carácter general: a) *Decretales o constituciones*. Cuando el papa se dirige a toda la Iglesia o a gran parte de ella con fines doctrinarios, recibe el nombre de encíclica. b) *Bulas*. Para asuntos fundamentales, se usa el sello de plomo. c) *Breves*. Se usa el sello del anillo del Pescador. d) *Epístolas*. A diferencia de la *encíclica*, se dirige a un sector de la cristiandad²³.

Son normas jurídicas singulares los *rescriptos*, que son las decisiones o consultas solicitadas al papa por ciertas personas, en materia de gracia o de justicia.

En las relaciones de la Iglesia con el Estado se dan dos soluciones extremas: de un lado está la identificación de la Iglesia y el Estado, y del otro, la separación absoluta de estos. La Constitución Política peruana garantiza la libertad de religión. No hay persecución por motivo de creencias religiosas. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofendan la moral ni alteren el orden público (art. 2.3).

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, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas. (art. 50).

La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias (art. 14).

El matrimonio canónico es la unión legal, elevada por Cristo a sacramento, de un hombre y una mujer para la comunidad de la vida recíproca y perpetua, espiritual y corporal. Es un sacramento cuyos ministros son los propios contrayentes, y el sacerdote es un testigo autorizado por la Iglesia. La materia del sacramento es la voluntad de las partes de contraer el matrimonio. Los fines de este son la procreación y educación de los hijos; el auxilio mutuo, el fomento del amor recíproco y el remedio contra la concupiscencia. Las propiedades esenciales del matrimonio son la unidad y la indisolubilidad. El Derecho canónico admite únicamente el divorcio de separación conyugal, que consiste en la separación del lecho, de la mesa y de la habitación. Son causas de divorcio o de separación: el adulterio de uno de los cónyuges, la afiliación de uno de los cónyuges a una secta no católica, la educación de los hijos acatólicamente, la vida criminal o ignominiosa, si uno de los cónyuges es causa de gran peligro para el

23 MOUCHET, Carlos y Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ, *Introducción al derecho*, 12.º ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 496.

alma o el cuerpo del otro cónyuge, si la sevicia o malos tratos hace la vida en común demasiado difícil.

105. Derecho ambiental

De acuerdo a la cronología de su reconocimiento los derechos humanos se dividen en derechos de la primera, segunda y tercera generación.

Los de la primera generación son los derechos individuales, civiles y políticos, plasmados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Los de la segunda generación son los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho al trabajo, a la seguridad social, a la seguridad ciudadana, a la educación, derecho de huelga, derecho de la familia, a la seguridad social.

Los de la tercera generación son los derechos de solidaridad, como el *derecho al medio ambiente*, al desarrollo, a la paz, derecho al patrimonio común de la humanidad.

El reino animal, vegetal y mineral están interrelacionados, constituyen el misterio armónico del universo que permite nuestra existencia, por lo que la protección del medio ambiente es un deber de los poderes públicos y de toda la colectividad, puesto que una grave alteración de los parámetros de la biosfera²⁴ que rebase su capacidad de autodepuración o autorregulación puede acelerar nuestra desaparición o dar lugar al surgimiento de nuevas especies o enfermedades incurables que compliquen la existencia humana.

El medio ambiente es el *prius* para la existencia de todo ser viviente, consiguientemente del ser humano. Sin medio ambiente adecuado no es posible la existencia de la humanidad.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, en Estocolmo, 1972, establece el derecho del hombre a “condiciones de vida satisfactorias en un ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar”. Como contrapartida a este derecho dispone el “deber solemne de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras”.

El art. 1 de la *Charter of Environmental Rights and Obligations of Individual, Groups, and Organizations*, adoptada en Ginebra en 1991, establece: *All the human beings have the fundamental right to an environment adequate for their health and well*

24 Conjunto que forman los seres vivos con el medio en que se desarrollan, que comprende la parte inferior de la atmósfera, la hidrosfera y una parte de la litósfera, hasta una profundidad de unos 2 km (los ecológicos dividen la biosfera en unidades funcionales relativamente autónomas llamadas ecosistemas, cuyo tamaño puede variar desde el charco de agua hasta la propia biosfera - diccionario Larousse).

being and the responsibility to Project the environment for the Benefit of present and future generations.

El art. 66 de la Constitución española reconoce el derecho a un medio ambiente “saludable y ecológicamente²⁵ equilibrado”.

La Constitución del Brasil, art. 225, proclama al medio ambiente como el derecho perteneciente a las generaciones presentes y futuras.

Todos los países tienen el deber de hacer lo necesario para la protección y conservación del medio ambiente, de contribuir a mantener la capacidad autorregulativa y autodepurativa de la biosfera, sin embargo, los países industrializados incrementan su desarrollo contaminando el ambiente, obligando a que los países en vías de desarrollo no contaminen ni consuman recursos naturales, pero sin que estos últimos reciban una compensación equitativa de parte de aquellos, hecho que debe ser corregido mediante el Derecho.

El ordenamiento jurídico de diversos Estados reconoce y garantiza el derecho fundamental de gozar de un medio ambiente adecuado, regula la actividad humana de tal modo que no se alteren gravemente los parámetros de la biosfera, establece sanciones penales, civiles y administrativas contra los que degraden el medio ambiente, vela por su restauración donde sea necesario, garantiza que los recursos naturales sean utilizados racionalmente, con el fin de asegurar no solo la existencia sino una mejor calidad de vida a las generaciones presentes y futuras.

También en el ámbito nacional, la Ley 28611, Ley General del Ambiente, establece que toda persona tiene derecho a vivir en un ambiente saludable, equilibrado, adecuado y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental, a la protección del medio ambiente, a la conservación de la diversidad biológica y al aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

Dispone esta ley que el causante de la degradación del ambiente y sus componentes, sea una persona a natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

Protegiendo el medio ambiente se protege la existencia de la humanidad.

VIII

CAPÍTULO

EL DERECHO SUBJETIVO

106. Concepto

En sentido subjetivo, se entiende por derecho a la facultad, poder, autorización o situación que el ordenamiento jurídico confiere y garantiza a las personas para obrar o abstenerse de obrar sobre los bienes o ante las demás personas a fin de que puedan satisfacer sus intereses en armonía con el bien común. Se habla así del derecho de propiedad, del derecho a la vida, a cobrar una deuda, a celebrar un contrato, de alimentos entre parientes, a la patria potestad, a otorgar testamento, etc.

En la doctrina del siglo XIX se contrapusieron, en relación con el concepto de derecho subjetivo, dos teorías: la de la voluntad (Savigny, Windscheid) y la del interés (Ihering). Para la primera, el derecho subjetivo es “el poder de la voluntad protegido por el ordenamiento” y para la segunda, es “un interés jurídicamente protegido”.

SAVIGNY¹ fue sin duda el que primero precisó el concepto de derecho subjetivo, al decir:

El derecho considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos los lados a nuestro ser, aparece como un poder del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder y facultad lo llamamos nosotros derecho, y algunos, derecho en sentido subjetivo.

¹ VON SAVIGNY, Federico Carlos, *Sistema de derecho romano actual*, t. I, traducción por M. Ch. Guenoux, Madrid: F. Gongora y Compañía, 1879, pp. 25 y 224.

Luego agrega que el derecho subjetivo representa “el dominio de la voluntad libre”.

Para WINDSCHEID², “el derecho subjetivo es un poder de la voluntad o señorío de la voluntad otorgado por el orden jurídico”.

IHERING define a los derechos subjetivos sobre la base del interés: no son sino “intereses jurídicamente protegidos”. En el derecho subjetivo confluyen dos elementos: uno material, dado por la utilidad de goce, y otro formal, consistente en la protección jurídica.

Otros autores definen los derechos subjetivos combinando ambos elementos: poder de la voluntad e interés. Mencionaremos algunos de ellos a continuación:

ENNECCERUS denomina derecho subjetivo al “poder concedido por el ordenamiento jurídico que sirve para la satisfacción de los intereses humanos”.

MESSINEO³ sostiene que el derecho subjetivo es “el poder, atribuido y garantizado (protegido) por el ordenamiento jurídico al sujeto, a fin de que se valga de él (elemento teleológico del derecho subjetivo) para satisfacer sus intereses”.

TRABUCCHI⁴ manifiesta que “el derecho subjetivo está constituido por un poder, atribuido a la voluntad del sujeto, garantizado por el ordenamiento jurídico, de actuar para la satisfacción de los propios intereses reconocidos”.

Otro sector de la doctrina, desechariendo los elementos voluntad e interés, asevera que la noción de derecho subjetivo se sustenta en el concepto fundamental: lo que corresponde o pertenece a cada uno como suyo. Así, ALZAMORA⁵, citando a DABIN, afirma que los elementos constitutivos del derecho subjetivo son la pertenencia de un bien o de un valor a una persona y el dominio o poder de disposición que sobre ellos le corresponde en orden a la realización de su fin racional; y los elementos extrínsecos son la inviolabilidad y la exigibilidad de aquello que es suyo. En consecuencia, puede definirse el derecho subjetivo como “la protección que otorga el orden jurídico a una persona, garantizándole la inviolabilidad y la exigibilidad de lo suyo”.

Finalmente, el derecho subjetivo es concebido como una situación jurídica. Dentro de esta corriente, RECASÉNS SICHES⁶ nos da una noción amplia y otra estricta del derecho subjetivo.

² Cita de VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho civil*, 8.^a ed., t. I, Bogotá: Temis, 1979, p. 223.

³ MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, traducción por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1979, p. 10.

⁴ TRABUCCHI, Alberto, *Instituzioni di diritto civile*, Padova: Cedam, 1953, p. 39.

⁵ ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, 10.^a ed., Lima: Eddili, 1987, p. 163.

⁶ DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, Luis, *Estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Uteha, 1946, p. 337.

En su acepción amplia: “El derecho subjetivo es la cualidad que la norma atribuye a ciertas situaciones de unas personas, consistentes en la posibilidad de determinar jurídicamente (por imposición coercitiva) el deber de una especial conducta en otra u otras personas”. En cambio, el derecho subjetivo *estricto sensu* es aquella situación en que una persona se halla en una relación jurídica, en virtud de la cual se le atribuye por la norma la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de cierto deber jurídico.

En toda manifestación de derecho subjetivo se verifica que, por mandato de la norma, la situación o conducta del sujeto activo es el supuesto determinante de la existencia o de la actualización del deber del sujeto pasivo.

Los autores antes mencionados analizan el concepto de derecho subjetivo solamente desde una perspectiva individual, olvidándose de su dimensión social; para ellos, el derecho es “el poder de la voluntad individual”, “el interés protegido para la satisfacción de intereses individuales”, “la situación personal facultad para exigir de los demás el cumplimiento de un deber”, “la protección de lo suyo de cada uno”, etc. Todo esto conduce al subjetivismo, individualismo y concepciones afines que sustentan el liberalismo extremo con sus funestos efectos para la vida social, para la dignidad humana, razón por la cual, a partir de los últimos años del siglo XIX, el individualismo es rechazado por excesivo y dañoso, considerándose ahora como una fase histórica de la doctrina y de la sociedad ya superada.

En la determinación de la esencia de los derechos subjetivos no es aceptable la exaltación del individuo con olvido de su dimensión social, porque ello ha dado lugar a que en realidades como la nuestra se establezcan nuevas formas de esclavitud, como el caso de hacer caer todo el peso de las crisis económicas en las grandes mayorías acosadas por el deber de “ajustarse los cinturones”, mientras que unos cuantos solamente tienen derechos patrimoniales absolutos, intocados, obtenidos con el trabajo de los más o mediante el enriquecimiento ilícito o por la vía de las grandes estafas financieras tan frecuentes en nuestro medio, o cuando por medio del uso abusivo de la calidad de personas jurídicas ciertas empresas, que responden a un solo centro de poder económico y a una sola dirección en lo esencial de su actividad, aparentan celebrar contratos entre ellas para vaciar el patrimonio de una de esas empresas, a fin de perjudicar a los acreedores o a los accionistas minoritarios o para evadir impuestos o hacer fugar divisas al exterior, etc.

En una sociedad donde el individualismo se mantiene y se fortalece, el Estado de derecho y la democracia solo son buenos en tanto y en cuanto defienden los derechos subjetivos individuales de los económicamente fuertes; no manifestar esta verdad y no hacer algo para cambiarla, nos convierte en cómplices de la tragedia de desorden estructural e inmoralidad que ha originado un estado de violencia, sangre y muerte en nuestro país. Pero tampoco es admisible que en la esencia de los derechos subjetivos esté presente una consideración exclusiva de los intereses de la colectividad, desde-

ñando la persona individual, porque ello aniquila la libertad y la iniciativa privada, tan necesaria para el progreso individual y social, y porque así se somete a las grandes mayorías a la tiranía de unos cuantos.

El Derecho objetivo nos confiere poderes, facultades, atribuciones, situaciones para poder atender a la satisfacción de nuestras necesidades (intereses) individuales, en armonía con el interés social (bien común). No hay criatura humana que pueda existir aislada de la sociedad; los hombres y mujeres son seres sociales, y por eso toda sociedad civilizada debe regirse en primer lugar por principios de solidaridad social y de libertad, no para unos cuantos sino para todos sus miembros; solidaridad y libertad son dos principios que no se excluyen el uno del otro y, por tanto, no hay que sacrificar la una por la otra. Que no pueda concebirse a un ser humano totalmente aislado no quiere decir que la persona humana individual no sea una realidad y que, por consiguiente, existan derechos individuales consustanciales con la naturaleza de cada ser humano, que los puede hacer valer contra cada uno de los demás miembros de la sociedad, e inclusive contra la sociedad misma.

107. Derecho objetivo y derecho subjetivo⁷

El vocablo Derecho se emplea para designar tanto el conjunto de normas legales vigentes en un país (*Derecho objetivo*), como la facultad, poder, prerrogativa o autorización que esas mismas normas reconocen en favor del sujeto de derecho (*derecho subjetivo*).

Como expresa DU PASQUIER⁸:

[S]in duda, el sentido objetivo y el sentido subjetivo consideran el 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 objetivo rehúsa la validez a un testamento no firmado, la persona instituida heredera por este acto no tiene ningún derecho [subjetivo] a la sucesión. Si el Código de caminos [Derecho objetivo] no autoriza a manejar un automóvil sino a aquel a quien se le ha otorgado un permiso de circulación, solo el titular de este permiso tiene el derecho [subjetivo] de conducirlo.

⁷ El conjunto de normas corresponde al Derecho (con "D" mayúscula) objetivo. A las facultades, poderes, prerrogativas o autorizaciones derivadas de esas normas se les denomina derecho (con "d" minúscula) subjetivo.

⁸ DU PASQUIER, Claude, *Introducción al derecho*, 3.^a ed., traducción por Julio Ayasta González, Lima: Justo Valenzuela, 1983, p. 12.

Esto nos indica que el Derecho objetivo y el derecho subjetivo no se excluyen, sino que son dos dimensiones de un mismo derecho. Ambos conceptos se integran y complementan; son elementos de un solo todo: el derecho expresado mediante la norma. El Derecho objetivo presta el fundamento y justificación del derecho subjetivo. Este se deriva de aquél, de modo que no puede ser pensado el uno sin el otro. Por ello se ha dicho que mientras el Derecho objetivo es la regulación de la conducta, el derecho subjetivo es la conducta regulada.

Las normas jurídicas de Derecho escrito o consuetudinario que conforman el ordenamiento jurídico constituyen el Derecho objetivo, y las facultades, poderes y atribuciones que ese ordenamiento jurídico confiere a los sujetos, corresponden al concepto del derecho subjetivo.

108. Naturaleza jurídica del derecho subjetivo. Diversas teorías

Numerosas teorías, fundadas en la voluntad unas, en el interés otras, y doctrinas eclécticas tratan de explicar la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos. Las discrepancias se centran en la determinación de los elementos esenciales de estos derechos.

108.1. Teoría de la voluntad

La teoría de la voluntad (Savigny, Windscheid, Wendt, Helfferich, entre otros) define al derecho subjetivo como un poder de aquella, conferido por la norma jurídica. La regla objetiva dicta una norma de conducta que pone a disposición del sujeto, quien es libre de emplear o no dicho precepto para la consecución de sus fines. Así, el derecho subjetivo se presenta como un poder del individuo, “en los límites de este poder reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos” (SAVIGNY).

La voluntad, el querer del sujeto titular, es indispensable para la actualización del precepto jurídico (ejecución de la regla objetiva) imponiendo a otro la obligación de hacer o no hacer algo; por ejemplo, el derecho del acreedor de exigir de su deudor el pago. Además, el poder de la voluntad es indispensable para, por vía negocial, crear, modificar o suprimir derechos; verbigracia, la facultad que tiene el propietario de enajenar un bien que le pertenece.

El Derecho objetivo dicta la norma de conducta que, al ser ejecutada por el poder de la voluntad individual, se convierte en derecho subjetivo del sujeto. El precepto dictado por la norma abstracta se concreta en una particular protección del sujeto por determinación de su voluntad, que es decisiva para que nazca el derecho.

Contra la teoría de la voluntad se objeta: a) si la voluntad fuera la esencia de los derechos subjetivos, estos no podrían ser ostentados por los que carecen de ella, como los menores e incapaces. Sin embargo, es innegable que estos incapaces son titulares de derechos subjetivos que los ejercen mediante sus representantes, casos en los cuales es la voluntad del representante, y no la del representado, la que actúa, sin que por ello pueda decirse que el derecho subjetivo se ha transferido del representante al representado. Para ser titular de un derecho subjetivo no es necesario tener conocimiento de ello. El que carece de discernimiento (un recién nacido, un demente) tiene derechos subjetivos que son ejercidos por sus representantes (padres, tutores, curadores), v. gr., una herencia, un legado o una donación pura se pueden adquirir sin saberlo; la ciudadanía y la capacidad de ejercicio se adquieren aunque el sujeto ignore que le competen; b) se atribuyen también derechos subjetivos a las personas jurídicas, como las sociedades, asociaciones, fundaciones, comités que carecen de voluntad en sentido sicológico, pero sus derechos son manejados por las personas naturales que forman los órganos de gobierno de dichas entidades; c) el poder volitivo se da en todas las esferas de la actividad humana y no solo en el campo de los derechos subjetivos, por lo cual no puede servir para caracterizarlos por no ser exclusivo de estos; d) hay derechos subjetivos (RECASÉNS SICHES) que se dan sin el poder de la voluntad, ni del titular ni de su representante, como sucede con los derechos subjetivos que se están actuando continuamente sin necesidad de una explícita y correlativa expresión de voluntad; por ejemplo, los derechos de la integridad física, que no se interrumpen aunque falte una volición que los sostenga, como acontece durante el sueño; e) no solo existen derechos subjetivos sin necesidad de la concurrencia de la voluntad del sujeto, sino que a veces se dan aun contra el querer de este, como ocurre con los derechos irrenunciables. Por ejemplo, los derechos reconocidos por ley a los trabajadores son irrenunciables (Const. Pol., art. 26, inc. 2); en los contratos comunitativos es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación (CC, art. 1444); igualmente, en los contratos comunitativos es nula la renuncia a la acción por lesión; el arrendatario no puede renunciar a los derechos concedidos por la legislación especial dictada para protegerlo.

Para salvar algunas de las objeciones dirigidas contra la teoría de la voluntad, WINDSCHEID alegó que el poder de voluntad del derecho subjetivo no es la voluntad del titular, “sino la voluntad del ordenamiento jurídico”. Esta aclaración es incomprendible e inútil, imposible de armonizar con la versión original según la cual el poder o señorío de la voluntad (el querer del titular) es el decisivo. Las dos afirmaciones del jurista germano son incompatibles:

O se sostiene que la voluntad del sujeto es la base del derecho, o se afirma que debe atenerse solo a la voluntad del ordenamiento jurídico; con lo cual se prescinde de la primera tesis o, mejor dicho, se la niega, puesto que la expresión ‘voluntad de la norma’ es una metáfora que denota algo heterogéneo a un fenómeno volitivo real (RECASÉNS SICHES).

Pues la voluntad, en el sentido de ejercicio de la iniciativa privada, es la propia voluntad en el sentido sicológico, según lo entendió SAVIGNY⁹.

La teoría del poder de la voluntad individual no es suficiente para establecer la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos, pero tampoco resulta del todo inútil a dicho fin, puesto que la iniciativa privada es decisiva en la vida de los actos jurídicos: las personas adquieren solamente los bienes que quieren; la defensa de los derechos mediante la acción solo corresponde a quien tenga legítimo interés económico o moral; la existencia del testamento depende apenas de la voluntad del testador; muchos derechos familiares se gobiernan por la iniciativa privada (poder de la voluntad); como cada cual es libre de contraer o no matrimonio, de planificar el número de hijos, la forma de educación que estos deben recibir, etc., el ejercicio de los derechos subjetivos solo puede llevarse a cabo por personas que gocen de capacidad de querer (discernimiento); los derechos de los privados de voluntad son ejercidos por sus representantes. Empero, hay también derechos que se sustraen, total o parcialmente, a la iniciativa privada, como sucede con las obligaciones familiares, con los derechos de la personalidad: nadie puede disponer libremente de su vida, de su cuerpo, de su salud, pero es libre de proyectar el destino que quiere dar a su existencia.

108.2. Teoría del “interés jurídicamente protegido”

Esta teoría fue sostenida por IHERING, para quien el ordenamiento jurídico no tutela verdaderamente la voluntad sino los intereses humanos, y el derecho subjetivo resulta de la confluencia de dos elementos:

Uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias que asegura; y otro formal, que refiere a ese fin únicamente como medio, a saber, protección de derecho, acción de la justicia.

IHERING hace notar que los elementos “utilidad, bien, valor, goce, interés” constituyen la sucesión de ideas que despierta el primero, mientras que el segundo: la protección jurídica, está constituido por la acción que es la “verdadera piedra de toque de los derechos privados. Allí donde no hay lugar para la acción, el Derecho civil deja de proteger los intereses y la administración ocupa su puesto”¹⁰.

Objetando la teoría de la voluntad, IHERING se pregunta:

⁹ SAVIGNY, M. F. C., *Sistema de derecho romano actual*, trad. del alemán por M. Ch. Guenoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, t. II, E. Góngora y compañía Editores, 1878, p. 213 y ss.

¹⁰ VON IHERING, Rudolf, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, traducción por Enrique Prince, Granada: Comares, 1998, t. IV, pp. 364-365. Véase, asimismo, ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 162.

Si la voluntad fuese el objeto del derecho, ¿cómo vendrían a tener derechos las personas sin voluntad? ¿Serían derechos que mentirían a su fin y a su destino? ¿Anteojos en manos de los ciegos? Los incapaces también tienen derechos porque sin duda tienen intereses.

Por ello concluye que el derecho no existe para proteger la voluntad sino los intereses del sujeto, porque el derecho subjetivo existe “para asegurar al hombre un bien cualquiera, socorrer sus necesidades, defender sus intereses y concurrir al cumplimiento de los fines de la vida”. Todos los derechos subjetivos “deben procurarnos un servicio, una utilidad, una ventaja; tanto la libertad como la propiedad, el matrimonio y la obligación”¹¹. Por esto define al derecho subjetivo como “un interés jurídicamente protegido”.

La misma concepción finalista, utilitaria, es aplicada al Derecho objetivo, por cuanto tiene por finalidad asegurar ciertos intereses. Desde esta perspectiva, IHERING define al Derecho objetivo como “la forma de garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado”.

Al respecto; el jurista alemán explica lo siguiente:

[L]a ley de la finalidad dice: no hay ‘querer’, o lo que es igual: no hay acción sin un fin [...] El interés —interesarse por un fin— es la condición indispensable en toda acción humana. Obrar sin interés es un no ser, lo mismo que obrar sin un fin. Es un imposible psicológico. Por pequeño que sea, por alejado que esté el interés, es necesario que exista para que el fin pueda ejercer su acción sobre la voluntad [...] En el terreno del derecho todo existe para el fin y en vista del fin [...] son condiciones de vida no solo aquellas de las cuales depende la existencia física, sino también todos los bienes, los goces que, en el sentir del sujeto, son los únicos que dan valor a su existencia [...] Los bienes, los goces, de los cuales para vivir siente el hombre necesidad, no solo tienen un carácter material; tienen además un valor inmaterial, ideal; comprenden todo lo que es objeto de las luchas de la humanidad: el honor, el amor, la educación, la religión, las artes, la ciencia¹².

Los reparos que se formulan contra la teoría del interés como elemento indispensable para fundar el concepto de derecho subjetivo (aquí no nos vamos a referir al Derecho objetivo) son los siguientes:

- a) Ha sido elaborada en vista a los derechos privados, por lo cual carece de validez universal, puesto que excluye de su seno una parte considerable de manifestaciones de derechos subjetivos.
- b) El interés es un concepto amplísimo que comprende, como lo dice el propio IHERING:

11 VON IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, t. IV, ob. cit., pp. 365-366.

12 VON IHERING, *El fin en el derecho*, Buenos Aires: Atalaya, 1946, pp. 8, 31, 213 y 214.

[L]os bienes y goces, de los cuales para vivir siente el hombre la necesidad, bienes que no solamente tienen un carácter material, sino que tienen además un valor inmaterial, ideal. Un concepto así, vago no ofrece claridad en torno al objeto que se trata de definir. El interés no constituye la esencia del derecho sino solamente el fin del mismo.

No toda utilidad es materia de un derecho. Además, se afirma que hay intereses (DEL VECCHIO) respecto de los cuales no es posible una tutela jurídica; por ejemplo, la vida misma depende de condiciones físicas, cósmicas, que son esencialmente extrajurídicas.

Incluso, allí donde existe la tutela jurídica no puede decirse que esta constituya tantos derechos cuantos son los intereses que se protegen, sobre todo en el campo del Derecho público donde son en número indefinido; verbigracia, son intereses de cada una de las personas que los que delinquen sean castigados, que los centros hospitalarios funcionen regularmente, que las fronteras del Estado permanezcan seguras. Pero no existe en todo ciudadano el derecho subjetivo correspondiente porque la facultad o pretensión para ello falta en los particulares en cuanto tales; así como no basta el hecho de que ciertas leyes protejan la vida de los animales, por ejemplo, la veda de la caza y la pesca, para constituir un derecho de los propios animales.

Respecto a la observación de que hay intereses tutelados por la ley a los que no corresponden derechos subjetivos, IHERING añadió a su definición un elemento nuevo: para que exista un derecho subjetivo es necesario que “le sea confiada al mismo interesado la protección de su interés”; o sea, que el particular pueda tomar la iniciativa para la protección de aquello que constituye su interés. De este modo, la fórmula original de “interés jurídicamente protegido” es cambiada por la de “la autoprotección de un interés”. Llevado por la naturaleza de las cosas, IHERING abandona el interés como único elemento del derecho, añadiéndole el de la iniciativa individual que en sustancia equivale a una afirmación de la voluntad y, por consiguiente, queda sin solución la dificultad inherente a la representación de las personas que son incapaces de querer, problema que se creía superado con la teoría del interés¹³.

Por su parte RECASÉNS SICHES¹⁴ hace notar que aunque la teoría del interés haya nacido como opuesta a la de la voluntad, sin embargo, guarda con ella evidente semejanza.

Tan solo se quiere aquello en lo cual se tiene un cierto interés y siempre se quiere lo que constituye un interés preferente. Así, pues, voluntad e interés van íntimamente unidos en el sujeto. Por lo cual a la tesis del interés pueden oponérsele las mismas objeciones

¹³ DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., pp. 310-312.

¹⁴ *Ibid.*, p. 335.

que a la de la voluntad, a saber, que a veces existen derechos subjetivos sin que se dé en el titular la conciencia de un interés correspondiente, e incluso con un interés opuesto.

Como hemos visto, IHERING, modificando su tesis original, define el derecho subjetivo no solo con base en el interés, sino que le añade el elemento de la protección jurídica, esto es, la acción de la justicia. Al respecto, RECASÉNS SICHES¹⁵ observa que la “protección jurídica” no puede ser considerada como determinante específica del género interés, pues no sería necesario recurrir al concepto de interés, circunscribiéndolo o delimitándolo, porque basta la noción de lo jurídico proyectada sobre el plano de las relaciones efectivas, para determinar conceptualmente el derecho subjetivo. Thon ya había hecho notar que el fin concreto del derecho subjetivo no interesa para la determinación de su concepto:

En el derecho no hay que distinguir la corteza protectora (esto es, la protección jurídica) y el núcleo (esto es, el interés); no, es únicamente la corteza lo que constituye la esencia del derecho, el núcleo no pertenece a ella: un derecho no es el interés protegido; antes bien, es, en cambio, la protección de un interés.

Lo que importa es poner el acento no en el interés sino en la protección, objetivando hasta cierto punto el derecho subjetivo.

Hay que distinguir el interés prejurídico —no reconocido por el Derecho objetivo y por tanto desprovisto de toda protección jurídica— del interés reconocido por la norma jurídica (Derecho objetivo), interés este, que se ha transformado en derecho subjetivo del sujeto provisto de acción. Sin embargo, es de advertir que no todo derecho subjetivo constituido por un interés reconocido por la norma está provisto de la protección jurídica (a que se refiere IHERING) que es la acción; así sucede con la prescripción que extingue la acción, pero no el derecho mismo (art. 1989), lo cual demuestra que el derecho subjetivo no se identifica con la acción.

No obstante, las observaciones anotadas, la teoría de IHERING no puede rechazarse en su totalidad, pues como afirma DEL VECCHIO¹⁶, ella contiene:

[U]na parte de verdad, y es que todo derecho alberga un contenido de utilidad: la voluntad no puede ejercitarse [sic] sin un objetivo. Pero es erróneo, en cambio, extraer de esto un argumento para identificar el objeto con la voluntad misma, el interés con el derecho.

15 Loc. cit.

16 DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 312.

Agrega este autor, citando a JELLINEK:

{Q}ue no se puede ver ni oír pura y simplemente, sino solo ver u oír alguna cosa, pero la cosa vista u oída no se identifica con el ver ni con el oír. Análogamente, es preciso siempre querer algo, sin que este algo sea la voluntad misma. Como el objeto de la voluntad no es la voluntad, así tampoco el interés es el derecho.

108.3. Teoría mixta

Esta teoría combina ambos elementos: voluntad e interés para determinar el concepto del derecho subjetivo. Ha sido defendida por Jellinek, Saleilles, Michoud, Vanni, Coviello.

JELLINEK¹⁷ advirtió la insuficiencia del elemento interés, razón por la cual definió al derecho subjetivo como “un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual”.

Contiene esta definición los elementos: interés y voluntad, aproximándose así a la concepción de la posibilidad de querer, de exigencia o pretensión.

COVIELLO¹⁸ define al derecho subjetivo como el “poder de obrar en satisfacción de los propios intereses, garantizados por la ley”. Como poder, presupone un sujeto activo y un sujeto obligado a respetar ese poder. El poder de obrar está orientado a la satisfacción de los propios intereses: la utilidad económica, intelectual o moral es el fin del derecho. Siendo un poder garantizado por la ley, esta debe prestar los medios coactivos para hacer respetar la actividad humana encaminada a la consecución de dicho fin.

En todo derecho hay dos elementos: el interés, goce o utilidad, y el poder de actuar para satisfacer los intereses en conformidad con la norma jurídica.

Como objeción a la teoría mixta se afirma que no soslaya los inconvenientes de las teorías que se fundan o bien solamente sobre la voluntad o bien sobre el interés, sino que los aumentan en cuanto suman los de una y otra.

También se aduce como error común a las teorías antes expuestas el considerar a un hecho síquico como la esencia del derecho subjetivo, ya se llame voluntad en su sentido de querer, o interés en su significado de goce de determinados bienes.

¹⁷ JENILLEK, cita de DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 313.

¹⁸ COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., traducción por Felipe de J. Tena, Madrid: Uteha, 1938, p. 20.

La voluntad y el interés no son elementos constitutivos del derecho subjetivo sino medios para su ejercicio.

108.4. Teoría que explica la naturaleza del derecho subjetivo sobre la base de “lo que corresponde o pertenece a cada persona como suyo”

DABIN¹⁹ dice que “el derecho subjetivo es esencialmente una pertenencia-dominio, en que la pertenencia es causa y determina el dominio”. Todo derecho subjetivo supone un bien o valor ligado al sujeto-persona por un lazo de pertenencia, consagrado por el Derecho objetivo, de suerte que esa persona puede decir que ese bien o valor es suyo. El derecho subjetivo es, en primer lugar, lo suyo: dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*), aquello que se considera que pertenece a cada uno (la pertenencia es el primer elemento del derecho subjetivo). El derecho no es un interés de goce (IHERING), no es goce, aunque a menudo lo implique; no basta gozar para tener derecho (como el usurpador que goza de una cosa pero carece de derecho). El derecho subjetivo no es un interés, ni siquiera jurídicamente protegido; es pertenencia de un interés, o más exactamente, de una cosa que pertenece como propia.

El derecho definido como pertenencia carece de conexión con la voluntad; no es el poder de esta (WINDSCHEID) porque el incapaz que carece de ella también puede tener bienes o intereses sin saberlo. “El derechohabiente no es aquel que goza, ni el que obra, como tampoco el que sufre; es aquel que tiene como suyo”.

Los bienes y valores materia del derecho subjetivo —enfatiza DABIN— pueden consistir en toda cosa mueble o inmueble, en los valores inherentes a la persona (la vida, la libertad, etc.), los bienes materiales o inmateriales (producidos por el sujeto, esto es, de los cuales el sujeto es autor), la prestación del deudor por pertenecer al acreedor, los oficios o funciones de autoridad o de gestión (como la patria potestad, los poderes otorgados a los órganos de gobierno de las personas jurídicas); así, decimos que únicamente el padre y la madre tienen derecho a la patria potestad.

Afirma DABIN que el derecho subjetivo no existe más que por decisión del Derecho objetivo, pero unas veces la pertenencia del derecho subjetivo es obra de la naturaleza, que la regla positiva se limita a comprobar y consagrar (como el derecho a la vida); otras veces esa pertenencia es obra de la voluntad humana.

Además, los bienes y valores susceptibles de pertenencia están en constante evolución y se amplían sin cesar. Ya por los progresos de la ciencia que ha hecho aparecer nuevos bienes y por consiguiente nuevos derechos (ejemplo, la telegrafía sin hilos),

¹⁹ DABIN, Jean, *El derecho subjetivo*, ob. cit., Madrid: Reus, 1955, p. 100 y ss.

ora porque un análisis más penetrante, una conciencia más aguda, permite descubrir pertenencias insospechadas en otros tiempos (como el derecho moral del artista), o ya por el progreso de la técnica de la regla jurídica en la esfera de la definición de los conceptos, de los medios de prueba o de coacción que permiten captar pertenencias más sutiles y delicadas.

Según DABIN, la idea de pertenencia nos introduce en la esencia del derecho subjetivo, pero es solo un aspecto de este; el otro aspecto es el poder, o más claro aún, el dominio. La pertenencia es atributo de la cosa ligada al sujeto; el dominio es el atributo del sujeto respecto a la cosa “perteneciente”. El derecho subjetivo comienza con la pertenencia y termina con el dominio: ese es el orden lógico, aunque cronológicamente el dominio es contemporáneo de la pertenencia. El dominio-disposición sirve a todos los fines útiles, indiferentes o inútiles. Las cosas materiales se prestan a una disposición total; los bienes y valores que afectan la personalidad son de disposición relativa (la vida, la libertad); si se trata de prestación debida, el acreedor no puede disponer de la persona del deudor, no tiene más acción que el derecho a la prestación, con la facultad de coaccionar en caso de incumplimiento.

El poder de dominio es independiente del ejercicio actual del dominio; el sujeto de pertenencia no deja de ser sujeto de dominio por encontrarse incapacitado o estar impedido para ejercer un derecho (el dominio puede ser real o virtual).

Concluye DABIN diciendo que la voluntad no está en la esencia del derecho; sin embargo, reconoce que la función de este es el ser ejercido; salvo los derechos que se pueden disfrutar pasivamente, como el derecho a la vida, la mayor parte de los derechos subjetivos exigen la puesta en acción del poder que en ellos se oculta, sin el cual no se lograría su fin, quedarían en tesoros estériles o despreciados. Esta puesta en acción de los derechos tiene por instrumento necesario la voluntad del titular o de su representante. La voluntad es la llave maestra, la fuerza motriz del derecho subjetivo; “aunque no representa el elemento esencial ni la condición de existencia, ella es la que le insufla la vida; ella es el principio de su dinamismo y, prácticamente, de su eficacia”.

En Perú, ALZAMORA²⁰ se adhiere a la concepción de DABIN sobre el derecho subjetivo; observa este autor nacional que el derecho en sentido objetivo-subjetivo no está constituido por fenómenos síquicos.

Pertenece al mundo de la cultura, que es el reino de las objetivaciones del espíritu. Su raíz se encuentra en la persona humana con su constitutiva vocación, su medida y su inspiración en el valor, y su expresión en la norma.

El derecho subjetivo se sustenta en lo “perteneciente a cada hombre como suyo”. Desde el lado del sujeto, lo suyo está constituido por todo aquello que su dignidad exige para lograr el fin dentro de las exigencias de la justicia, y desde el punto de vista del objeto, lo suyo significa lo que es atribuido, lo que pertenece al sujeto conforme a lo prescrito por la norma. Esta señala los límites de la pertenencia. La potestad que cada sujeto tiene sobre lo suyo termina donde comienza la de los otros.

En consecuencia, los elementos constitutivos del derecho subjetivo son la pertenencia de un bien o valor a una persona y el dominio o poder de disposición de esos bienes y valores en orden a la realización de la justicia. Sus notas extrínsecas son la inviolabilidad y la exigibilidad de aquello que es suyo, garantizadas mediante la acción.

108.5. Teoría que concibe al derecho subjetivo como situación jurídica

El Derecho objetivo produce en los individuos a él sometidos varias situaciones que se pueden reunir en dos grupos: grupo de las situaciones que permiten exigir algo de otro u otros, y grupo de las situaciones que imponen determinada conducta en provecho de otro u otros. Al primer grupo se lo llama *derechos subjetivos*, y al segundo, *obligaciones jurídicas*²¹.

La teoría que concibe al derecho subjetivo como la situación en que se halla el sujeto en la relación jurídica es esbozada con profundidad por RECASÉNS SICHES²², quien, en un intento de superar los extremos de las teorías del poder de la voluntad y del interés, estima que la noción de derecho subjetivo o pretensión no está supeditada a elementos extraños de lo jurídico. La norma jurídica regula y coordina desde un punto de vista objetivo las actividades sociales, de tal suerte que concede a cierta conducta de un sujeto (pretensor) la capacidad normativa de determinar en otro sujeto (obligado), un concreto comportamiento. Esto es, la situación o la conducta de un sujeto constituye el supuesto y la determinación de un deber u obligación en otro u otros sujetos. A una situación o conducta, la norma liga el deber inexorable de un específico tipo de conducta de otro sujeto. Así, en la más amplia acepción, “el derecho subjetivo es la cualidad que la norma atribuye a ciertas situaciones de una persona, consistente en la posibilidad de determinar jurídicamente (por imposición coercitiva) el deber de una especial conducta en otra u otras personas”. No se trata de una cualidad real o fenoménica, sino del reconocimiento de que, a una sencilla situación del sujeto, está ligada normativamente una definida conducta correlativa en otro u otros sujetos. Entre los elementos de esta situación, previstos por la norma como condicionantes de la facultad o derecho subjetivo, puede o no figurar una declaración

²¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA ÚNDURRAGA, *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile: Nascimento, 1939, p. 313.

²² RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 336 y ss.

de voluntad del sujeto: en el primer caso será necesario un sustrato de voluntad para que se dé o actualice un derecho subjetivo, y en el segundo caso, la norma atribuye derechos subjetivos, sin requerirse declaración de voluntad como elemento necesario de la situación que los condiciona. Así, el derecho subjetivo no dimana de la voluntad o interés sino de la norma, la cual puede establecer de varios modos las situaciones de hecho que en los diversos casos condicionan la existencia del derecho subjetivo. Hay situaciones en que la voluntad del sujeto es decisiva para el nacimiento del derecho subjetivo; en otras, la norma lo atribuye independientemente del querer; y en otras se exige la intervención de la voluntad del representante del incapaz.

En ese sentido, Recaséns Siches precisa que a veces la situación o conducta del sujeto activo es condicionante del nacimiento, en otro u otros sujetos, de deberes jurídicos: este es el caso del poder jurídico de crear o modificar relaciones jurídicas, por ejemplo, la celebración de un contrato.

Hay que distinguir el caso en que la actualización del deber jurídico (exigencias de cumplimiento) depende de la voluntad del titular del derecho. Verbigracia, la exigencia del pago de una deuda; y el caso en que el derecho subjetivo es actualizado independientemente de la voluntad de su titular, es decir, sin atender a que el sujeto activo lo quiera o no. Así ocurre con los deberes jurídicos cuya violación constituye un delito perseguible de oficio.

Concluye RECASÉNS SICHES definiendo al derecho subjetivo *strictu sensu* como “aquella situación en que una persona se halla en una relación jurídica, en virtud de la cual se le atribuye por la norma la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de cierto deber jurídico”.

108.6. Nuestra opinión

Las teorías que se han expuesto sobre la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, algunas de ellas defendidas con una fuerte dosis de soberbia, tienen unas, más que otras, algo de verdad; pero todas pecan de un excesivo individualismo, olvidándose de la perspectiva social que es fundamental en la delimitación del concepto del derecho. Con tales teorías, sea que se considere al derecho subjetivo como “poder de la voluntad individual”, o como “el interés jurídicamente protegido”, o como la combinación de ambos elementos: voluntad e interés, o como “la facultad conferida por el ordenamiento a la situación que tiene el sujeto en la relación jurídica para exigir de otro determinada conducta”, o como “la potestad que tiene cada uno sobre lo suyo”, etc., lo que se pretende en el fondo es proteger y garantizar el querer individual sin limitación alguna, sin importar para nada si con ello se atenta contra la dignidad humana, hecho que se da al dejar de lado el interés de la colectividad. Significan, dichas doctrinas, el reconocimiento del poder de la voluntad para la defensa de los intereses

personales con fines estrictamente egoístas que sirvieron de sustento al liberalismo del siglo XVIII consagrado en el Código Civil de Napoleón de 1804.

Una concepción así del derecho subjetivo parte de una premisa falsa, según la cual el ser humano tiene su razón de ser, su explicación última, en el ser individual. No es así, porque el ser humano es una unidad fisio-sico-social inescindible. Considerarlo como desligado de uno de estos elementos es un absurdo; el hombre, aisladamente, fuera de toda convivencia social no existe, y si existiera, el Derecho no le serviría porque este solamente es útil para regular la vida humana en sociedad. El Derecho reconoce y ampara intereses, pero no entendidos estos en su sentido subjetivo de goce sino en su sentido objetivo, o sea, como todo aquello que es necesario para que el individuo pueda coexistir dignamente en comunidad; así, lo que es útil al individuo, lo es también para la colectividad.

Los poderes, las facultades, las atribuciones y situaciones jurídicas son conferidas por el ordenamiento al sujeto independientemente del querer individual. La voluntad individual no es elemento esencial del derecho subjetivo porque son titulares de derechos, entre otros, el concebido aún no nacido, pues la ley lo reconoce y ampara, por ejemplo, el derecho a la vida, prohibiendo el aborto; lo son también los incapaces menores o mayores de edad y, más aún, son titulares de derechos subjetivos, sujetos de derecho que carecen de voluntad sicológica, como sucede con las personas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza, pública o privada. La sociedad entera tiene interés en reconocer a cada vida humana considerada ya individualmente o agrupada con otras, determinados derechos subjetivos aun cuando esté desprovista de razón, ya sea porque todavía no la ha alcanzado (el concebido, el menor de edad) o porque la ha perdido (por ejemplo, el demente), y exista o no la posibilidad de que pueda llegar a alcanzarla, porque, verbigracia, puede ser que la pérdida de la razón sea irreversible y no por ello se le puede privar de sus derechos al sujeto, salvo, claro está, los que no puede ejercer ni por sí ni mediante representante (el derecho de sufragio), pues de hacerlo, la sociedad misma perdería su calidad de entidad formada por seres humanos. Por esto, es errónea también la concepción que afirma que el ser humano se diferencia de los demás seres vivientes por estar dotado de razón; no es así, porque el humano, por el solo hecho de ser tal, provisto de razón o privado de ella, ya es diferente y superior a los demás seres vivientes. La vida humana comienza con la concepción y desde ese instante es superior a cualquier otra vida no humana, porque a diferencia de esta, que no tiene ni necesita del Derecho para que pueda existir en este mundo, aquella, en cambio, es sujeto de derecho.

A los derechos de los sujetos desprovistos de voluntad los ejercen sus representantes porque así lo exige la convivencia social, y porque el derecho establecido en interés del sujeto no depende necesariamente de la voluntad de este.

A manera de conclusión, podemos afirmar lo siguiente:

El derecho subjetivo se deriva del Derecho objetivo con el cual forma un solo todo.

Todo derecho subjetivo entendido como poder, facultad, autorización o situación jurídica presupone un sujeto titular. Conforme a nuestro ordenamiento positivo, son sujetos de derecho: la persona humana que es tal desde su nacimiento, el concebido, las personas jurídicas y las asociaciones, fundaciones y comités no inscritos (CC, arts. 1, 76 y ss. y 124 y ss.).

El derecho es reconocido al sujeto independiente del querer individual y aun contra su deseo. Por ejemplo, el derecho a la vida está protegido independientemente del individuo que es su titular, es indisponible, intangible, irrenunciable.

El ejercicio del derecho disponible está librado a la iniciativa de su titular o representante. Los derechos deben ser utilizados armonizando en todo los intereses individuales y sociales. La iniciativa privada en el ejercicio del derecho no es absoluta; nadie puede hacer aquello que quiere, donde quiere y como quiere, sino que debe hacer solo aquello que es socialmente útil, y debe hacerlo de tal modo que satisfaga con las propias las necesidades de la colectividad.

Con apoyo en estos elementos podemos ya delinear una definición completa de los derechos subjetivos, diciendo que son los poderes, facultades, situaciones o autorizaciones que confieren, garantizan y protegen el ordenamiento jurídico (Derecho objetivo) a los sujetos de derecho, aparte de su capacidad de querer, para la satisfacción armónica de las necesidades (intereses) individuales y sociales, cuyo ejercicio, dentro de los límites del propio ordenamiento, está librado a la iniciativa de su titular o de su representante.

109. Negación del derecho subjetivo

Doctrinariamente, algunos (normativistas y positivistas) niegan la existencia del derecho subjetivo, como prerrogativa del sujeto, distinto del Derecho objetivo.

DUGUIT niega la existencia del derecho subjetivo, fundado en que: 1) no hay otro derecho que el objetivo; la idea de derecho subjetivo, desde cualquier punto de vista que se elija, es una noción vacía de sentido; 2) todo el mundo está sometido al Derecho objetivo; no solo los individuos privados sino también los funcionarios y los gobernantes, detentadores del poder en la agrupación que se denomina *Estado*. El derecho subjetivo como cualidad propia de la voluntad carece de existencia; lo único real es el Derecho objetivo como regla de la disciplina social impuesta a los hombres. El Derecho objetivo no otorga facultades a la voluntad, por cuanto las normas de Derecho carecen de ese poder sobrenatural que sería necesario para dotar al hom-

bre de tal superioridad. Si se considera que la norma obliga a ejecutar o no ciertos actos, que redundan en ventajas, en favor de otros sujetos, no se trata en ese caso de derechos subjetivos, sino de situaciones jurídicas activas o pasivas. En tales casos, el individuo está situado ante la regla en forma activa o pasiva. Las situaciones jurídicas son objetivas si se derivan de la norma, ya directamente o mediante un acto que las condiciona; y subjetivas, si presentan un carácter especial y temporal que desaparece con el ejercicio mismo del derecho²³.

Ni los individuos ni la sociedad —afirma DUGUIT— tienen derechos, pero sí “todos los individuos están obligados, por ser seres sociales, a obedecer la regla social”:

[T]odo acto violador de esta regla provoca de modo necesario una reacción social que, según los tiempos y los países, reviste formas diversas, así como todo acto individual, conforme a esa regla, recibe una sanción social variable también en las diversas épocas y lugares.

Tal regla está fundada en la solidaridad social, o sea, en la interdependencia derivada de la comunidad de necesidades y de la división del trabajo que existe entre los miembros de la comunidad y, particularmente, entre los de una misma agrupación social.

Para DUGUIT, el concepto de derecho subjetivo es metafísico. En lugar del derecho subjetivo coloca a la “situación subjetiva de derecho”, que en el fondo viene a ser lo mismo con distinto nombre²⁴.

OLIVECRONA²⁵ afirma que la locución “derecho subjetivo” no se utiliza para designar objeto alguno. La palabra *derecho* no significa nada, no designa nada, no tiene referente semántico. Ni siquiera denota algo meramente imaginario. Es imposible identificar el “derecho subjetivo” con una situación de hecho. Es esencial para el mismo vocablo *derecho*, tal como lo usamos, que no signifique una situación existente en realidad. Pero las ideas subjetivas de derechos son hechos. La idea de derecho subjetivo puede expresarse en dos formas: como idea de derechos subjetivos legales, y como idea referida a los derechos subjetivos naturales. La idea de derecho subjetivo cumple dos funciones: una directiva y otra informativa. Por la primera, las ideas sobre nuestros derechos y los derechos de los demás actúan normalmente como guías de conducta. Por la segunda, el derecho es un vehículo de información, pues sirve para transmitir ciertos conocimientos mediante informaciones relativas a los derechos de propiedad de una persona, sus pretensiones monetarias, etc.

23 DUGUIT, cita de ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 158.

24 DUGUIT, citado por ALESSANDRI y SOMARRIVA, *Curso de derecho civil*, ob. cit., p. 314.

25 OLIVECRONA, Karl, *El derecho como hecho*, cit., Barcelona: Labor Universitaria, 1980, p. 173 y ss.

KELSEN²⁶ estima falso y pernicioso el oponer el derecho subjetivo al objetivo. Aquel no es sino la resultante de la aplicación del Derecho objetivo a los individuos: estos no pueden tener verdaderos derechos ni contra el Estado ni contra las demás personas; el derecho subjetivo es apenas un aspecto de la subjetivación de la norma. Esta no preceptúa sino una obligación jurídica, consistente en que el sujeto observa tal o cual conducta que el ordenamiento estatal quiere provocar; la inobservancia de esa conducta hace que otro individuo (órgano del Estado) ejerza contra el obligado cierta coacción. Solamente hay sometimiento a un imperativo hipotético, sin creación de derecho subjetivo en beneficio del individuo.

Sostiene el jurista vienes que cuando la *teoría general del Derecho* afirma que su objeto, el Derecho, no solo es dado en su sentido objetivo sino también subjetivo, instala sobre la base de su sistema una contradicción fundamental: el dualismo del Derecho objetivo y subjetivo. El primero se entiende como norma, complejo de normas, es decir, orden, y el subjetivo es definido “como interés protegido por aquél, o la voluntad reconocida o garantizada por aquél”. Agrega el autor que, “de acuerdo con su intención original, el dualismo de Derecho objetivo y subjetivo traduce el pensamiento de que este precede a aquél, tanto lógica como temporalmente”. Primero surgen los derechos subjetivos como el de propiedad, por vía de apropiación original, y “solo más tarde sobreviene el derecho objetivo como orden estatal que protege, reconoce y garantiza los derechos subjetivos que surgen independientemente de él”. Para KELSEN, la contradicción no se supera afirmando que existe una relación entre el Derecho objetivo y el subjetivo, porque en esencia este es la norma en relación al individuo o sujeto; es el mismo Derecho objetivo.

El juicio de que un individuo tiene o no derecho a poseer una cosa [...] solo es lógico o sicológicamente posible cuando el individuo que lo emite presupone la existencia, es decir, la validez, de una norma general concerniente a la posesión.

El profesor polaco KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI²⁷ asegura que históricamente la noción de derecho subjetivo no ha existido ni en el antiguo derecho griego, ni entre los romanos, ni en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1879, ni en el derecho germánico; “según parece, su origen es puramente doctrinal, producto de una falsa doctrina, exenta de valor y contraria a las bases esenciales del derecho”. La vida jurídica debe tener por base no derechos subjetivos que tienden hacia el absolutismo y la fuerza, sino un sistema de reglas de conducta establecidas por ley. En esta forma

26 KELSEN, *La teoría pura del derecho*, traducción por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires: Losada, 1941, p. 69 y ss.

27 KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, citado por ALESSANDRI y SOMARRIVA, *Curso de derecho civil*, ob. cit., p. 315.

no existirá más el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, el derecho de crédito, sino simplemente la propiedad, el usufructo, el crédito. Lo que debe interesar en toda sociedad es el cumplimiento de los fines económicos y sociales. Los derechos subjetivos van contra la realización de esos fines.

Hay que tener presente que el derecho subjetivo nace como una concepción individualista para la cual el hombre encuentra su razón de ser, su explicación última en sí mismo, en el ser individual; la sociedad es un fenómeno puramente aditivo, una conjunción o acoplamiento de partes que existen en forma individual con anterioridad; cada uno de los individuos se dan a todos, sin obedecer más que a sí mismos y siguen siendo tan libres como antes. De este modo, la sociedad no es más que un artificio exigido por la naturaleza humana; pues, como indica SAPAUN²⁸.

[C]ada uno dándose a todos no se da a nadie, y como no hay un asociado sobre quien no adquiera el mismo derecho que se le concede sobre sí, se gana el equivalente de todo lo que se pierde y más fuerza para conservar lo que se tiene ...

“Renunciar a la libertad propia es renunciar a la calidad de hombre, a los derechos de la humanidad y hasta a los deberes mismos”²⁹. El antiguo Derecho consuetudinario francés colocó a la libertad en el rango más elevado; las leyes tenían aplicación solo a falta de convención de los particulares: lo libremente querido es justo. Esta filosofía fue recogida por el Código Civil de Napoleón de 1804, considerado como un monumento a la libertad individual, en cuyo art. 1134 dice: “Las convenciones legalmente formadas ocupan el lugar de la ley respecto de aquellos que las han hecho”.

Contra esta concepción individualista del derecho subjetivo reaccionó el positivismo sustentado en el principio de la solidaridad social como base y fundamento del orden jurídico, llegando a negar la existencia del derecho subjetivo concebido como el poder de la voluntad privada para la defensa de intereses individuales. Para los positivistas, no puede existir un poder autónomo determinado por finalidades estrictamente egoísticas, contrarias a la voluntad del Estado y al bien común³⁰. Ningún orden jurídico garantiza derechos privados con base en un puro capricho individual, sino en consideración al sentir común de toda la sociedad.

110. Crítica de las tesis negativas del derecho subjetivo

28 SAPAUN, O., *Filosofía de la sociedad*, Madrid, 1933, p. 17.

29 ROUSSEAU, Juan Jacobo, *Del contrato social o principio del derecho político*, traducción por Constancio Bernardo de Quirós, Ciudad de México y Buenos Aires: Cajica, 1957, p. 59.

30 DE COSSIO, Alfonso, *Instituciones de derecho civil. Parte general. Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid: Alianza, 1977, p. 77.

En toda sociedad organizada existe un conjunto de reglas de conducta (Derecho objetivo) dictadas por el organismo competente del Estado, que origina obligaciones como aquella de que, en caso de incumplimiento, puede intervenir la coacción. Sobre esto no hay discrepancia, pero sí la hay en cuanto a admitir si la regla objetiva de Derecho, además de la obligación, engendra derechos subjetivos en provecho de los individuos, tanto en sus relaciones entre particulares como de estos con los gobernantes. Para los sostenedores de las tesis negativas, no habría, por ejemplo, derecho a la vida, al uso exclusivo de ciertos bienes, a los servicios prometidos, derechos todos que otorgaron y protegen el Derecho objetivo; solo existiría este (Derecho objetivo); solo estaría la protección a la regla objetiva que prohíbe atentar contra la vida, contra los bienes, o que obligue a prestar los servicios prometidos.

La tentativa de eliminar el concepto de derecho subjetivo con apoyo en que el individuo no tendría derechos subjetivos, especialmente públicos, sino una posición de miembro de la comunidad política en la cual prevalece el interés público sobre el individual, no ha tenido éxito:

Si los individuos son elementos insuprimibles de la colectividad (de lo contrario la colectividad estaría vacía de contenido), es claro que, sin potestad —atribuida, cuando menos, frente a los otros individuos—, el individuo no podría realizar ninguna actividad jurídica. En lo cual está la prueba de la utilidad de reconocer derechos subjetivos, al menos privados, al individuo³¹.

Se mantiene, por tanto, el concepto de derecho subjetivo, ya sea público o privado. Como expone DABIN³², los derechos objetivo y subjetivo son dos realidades distintas pero coordinadas; no hay derecho subjetivo más que en virtud de la regla positiva. Se nos dice que la propiedad está protegida por el Derecho, pero que no es derecho sino una cosa, que lo que el propietario tiene no es un derecho sino una cosa; en efecto, el propietario tiene una cosa, pero a diferencia del usurpador que también la tiene, es, asimismo, titular del derecho subjetivo de propiedad, oponible a cualquier otro sujeto. Es cierto —dice DABIN— que el derecho subjetivo no cubre todo el derecho, pues hay reglas de Derecho que dictan prohibiciones, prescripciones o disposiciones, a las cuales no corresponde ningún sujeto activo, beneficiario o destinatario concreto del precepto: así, las reglas de organización (de los poderes, de la tutela); las reglas que fijan la validez, la eficacia, la prueba de los hechos y actos jurídicos; la regla es concebida en interés de todo el mundo y de nadie en particular; puede cualquiera recoger un beneficio de ella.

31 MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, ob. cit., p. 11.

32 DABIN, *El derecho subjetivo*, ob. cit., p. 24 y ss.

El hecho de que no todo sea subjetivo en el Derecho no puede llevar a la conclusión de que nada haya de subjetivo en él. Reconocer el derecho subjetivo no es afirmarlo sin límites como una cosa absoluta; el Derecho objetivo es el que fija los límites cuantitativos y cualitativos del derecho subjetivo; no hay nada de contradictorio en la socialización del derecho subjetivo ni en el de su autonomía limitada según las exigencias variadas y cambiantes, progresivas de la vida social. La socialización del Derecho es la solución adecuada a la naturaleza real del hombre, que es a la vez individual y social.

111. Derecho subjetivo y otros conceptos jurídicos

Al derecho subjetivo se lo suele distinguir de otros conceptos, como los de cualidad jurídica, posición jurídica, facultad y pretensión jurídica, entre otros.

111.1. Derecho subjetivo y cualidades jurídicas

Para algunos autores, no deben confundirse los derechos subjetivos con las cualidades jurídicas que son condiciones o estados naturales o civiles de las personas, como la capacidad de goce o de obrar, el sexo, la posición familiar, la condición de ciudadano nacional o extranjero, la posición de miembro de una asociación, la relación con un domicilio, la cualidad de comerciante. Estas cualidades jurídicas, para COVIELLO³³, no son sino aptitudes naturales del hombre reconocidas por el Derecho y, por tanto, son presupuestos del Derecho, pero no derechos; y para DE COSSIO³⁴, tales cualidades jurídicas de la persona pueden ser fuente de derechos subjetivos o medida de sus posibilidades de ejercicio, pero no se pueden confundir con ellos: “Tener capacidad de derecho es algo que puede influir en el ejercicio de un derecho, pero que tampoco debe confundirse con el derecho mismo”.

MESSINEO³⁵ sostiene que es sustancialmente diverso del derecho subjetivo el estado (*status*) entendido como una cualidad jurídica permanente, imprescriptible, intransferible, inseparable de la persona. Se habla de *status* como presupuesto de la capacidad jurídica, de *status* de familia, de estado (calidad de heredero, de empresario, de socio). El estado es absoluto y, por tanto, eficaz frente a todos.

Las cualidades o situaciones jurídicas pueden o no deberse al estado civil de las personas. El estado de la persona es la posición que ella tiene en la sociedad, debido a ciertas causas como la edad, el sexo, la familia, el estado mental, la nacionalidad, etc.

³³ COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 21.

³⁴ DE COSSIO, *Instituciones de derecho civil*, t. I, ob. cit., p. 78.

³⁵ MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, ob. cit., p. 16.

De allí que podamos afirmar que una persona tiene la calidad de menor o mayor de edad, de nacional o extranjero, de padre o hijo, de hijo matrimonial o extramatrimonial, que es varón o mujer, si es interdicto o goza de plena capacidad, etc. Pero hay también ciertas cualidades jurídicas que no se relacionan con el medio social, como la calidad jurídica de propietario, usufructuario, acreedor, etc. Conforme a la doctrina predominante, dichas cualidades no constituyen derechos subjetivos, pero pueden ser fuente de importantes derechos subjetivos.

En efecto, si se concibe al derecho subjetivo como un poder de la voluntad individual, es evidente que las cualidades jurídicas constituyen un estado de hecho y no un poder de obrar.

Sin embargo, dentro de una concepción amplia, esas cualidades constituyen derechos subjetivos del sujeto, porque son atribuidas a este por el ordenamiento jurídico y, por tanto, capaces de determinar en las demás personas la observancia de una precisa conducta. El sujeto ejerce su derecho de propietario, acreedor, mayor de edad, nacional, etc., con las limitaciones fijadas por la norma, y los demás están en la obligación de no turbar el ejercicio de tales derechos.

111.2. Derecho subjetivo y posición jurídica

También se considera como concepto distinto del derecho subjetivo, y próximo o afín al de calidad jurídica, a la posición jurídica que tiene un sujeto en determinada relación para actuar en una esfera jurídica ajena: así, el curador, tutor y el administrador en general. Se diferencia de la calidad jurídica en que no se funda en las condiciones que concurren en el sujeto, sino que se trata de algo exterior a él, de carácter accidental y no definitivo. De Cossío³⁶ afirma que “tanto la calidad como la posición jurídica son fuentes de derechos subjetivos o factores influyentes en el ejercicio o disfrute de los mismos, pero en modo alguno derechos subjetivos propiamente dichos”.

Sin embargo, podemos observar que el derecho objetivo reconoce como derecho a la posición jurídica que tiene el sujeto para poder actuar en la esfera jurídica ajena. La norma atribuye al padre, tutor, curador y al representante en general, la facultad de exigir de otro la observancia de una sucinta conducta (el cumplimiento de un cierto deber jurídico) en interés del incapaz o del representado capaz, en su caso. La exigencia de cumplimiento del deber (actualización del derecho) depende de la voluntad del representante (legal o convencional) que actúa en interés propio y de su pupilo o representado. Por ejemplo, los padres tienen el deber y derecho de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (Const. Pol., art. 6); el tutor debe alimentar, educar,

³⁶ DE COSSÍO, *Instituciones de derecho civil*, t. I, ob. cit., p. 78.

proteger y defender al menor (CC, art. 526); el representante está facultado, esto es, tiene el derecho, para realizar actos jurídicos en nombre de su representado, dentro de los límites del poder (CC, arts. 145 y ss.).

111.3. Derecho subjetivo y facultad jurídica

Desde un punto de vista filosófico, con la palabra *voluntad* se designa a la capacidad que tiene la persona para autodeterminarse y orientar conscientemente su actividad psicoespiritual.

Jurídicamente, la expresión “facultad jurídica” es utilizada como sinónima de derecho subjetivo.

Cossío³⁷ define a la facultad como la “posibilidad de ejecutar cualquier acto lícito con prescindencia de que el contenido de ese acto se haya determinado con autonomía o heteronomía”; o sea, que la facultad es no solo la capacidad o posibilidad de realizar actos lícitos meramente permitidos, sino también la de ejecutar los actos lícitos normativamente exigidos.

La facultad jurídica —enfatiza COVIELLO³⁸— no puede denotar cosa distinta del derecho, ya que todo derecho es facultad. Luego agrega, este autor, que de los varios significados que se le han atribuido a dicha expresión, dos son los más atendibles: 1) llama *facultad jurídica* a la abstracta potencialidad (capacidad jurídica general o especial) para tener o adquirir derechos. Así, la facultad difiere del derecho, del que es necesario presupuesto, y 2) otros denominan *facultad* a las consecuencias de un derecho del que forman el natural contenido y constituyen sus varios modos de manifestación.

La diferencia es entonces más teórica que práctica y estriba en que el derecho, aun siendo accesorio de otro (como la prenda, la hipoteca), tiene vida propia, y está regulado por normas propias y distintas de las que gobiernan otro derecho; en cambio, las facultades no tienen más vida que la del derecho de que forman parte. Por ejemplo, el derecho de la personalidad implica el derecho a la integridad, al honor, a múltiples libertades individuales; el derecho de propiedad contiene el de gozar y de disponer. No pudiendo concebirse un derecho a la vida o un derecho de disponer independiente del derecho de la personalidad, o de la propiedad, no son sino facultades jurídicas, es decir, contenido de un derecho, sus manifestaciones o actuaciones. Según esta concepción, sería exacto hablar de derechos si las varias facultades que forman el contenido del derecho tuvieran vida propia, independiente, preexistente y, como

³⁷ Cossío, Carlos, *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires: Losada, 1945; 2.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 333.

³⁸ COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 22.

es lógico, al derecho del cual derivan. Pero si no tienen vida propia y no pueden concebirse como anteriores al derecho de cuyo contenido son, es claro que el derecho de personalidad, de propiedad y todos los derechos tienen una variedad mayor o menor de manifestaciones. Dentro de esta misma orientación, DE COSSIO³⁹ sostiene que un derecho subjetivo puede hallarse integrado por una o varias facultades, es decir, que su titular está investido de la posibilidad de observar libremente cierta conducta, que los demás están obligados a respetar.

No compartimos la idea de que la facultad jurídica sea un concepto distinto del derecho subjetivo, porque el derecho a la vida, al honor, a la integridad física, o a disponer y gozar de un bien que es de nuestra propiedad, son auténticos derechos subjetivos reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico. El derecho a la vida, por ejemplo, no es cierto que apenas constituye el contenido del derecho de personalidad humana y que, por tanto, sea solo una facultad y no un derecho, sino que es un derecho que existe desde antes que surja la personalidad que ocurre con el nacimiento (el derecho a la vida del concebido, art. 1 del CC); otros derechos, para su nacimiento, requieren que se cumplan ciertos presupuestos que a su vez son también derechos; así, el derecho de disponer exige como requisito previo el derecho de propiedad del cual se deriva, por lo cual resulta más apropiado hablar de derechos derivados de otros y no de meras facultades que no son derechos. Por ejemplo, el art. 923 del Código Civil dispone que “la propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien”; o sea, que la propiedad es reconocida como un poder o derecho matriz del cual se derivan otros derechos menores, llamados también *facultades* o *atribuciones* que tiene el propietario de usar el bien (*ius utendi*), percibir sus frutos (*iusfruendi*) y disponerlo (*ius abutendi*).

111.4. Derecho subjetivo y pretensión jurídica

No existe un concepto preciso y uniforme sobre la pretensión jurídica, ni menos se ha demostrado que pueda tratarse de un concepto distinto del derecho subjetivo.

En opinión de COVIELLO⁴⁰, con el vocablo *pretensión* se denota la dirección del derecho hacia la persona obligada a respetarlo. Esta dirección puede ser considerada en forma abstracta, en estado potencial, es decir, como una exigencia de respeto; o concretamente, como una exigencia de respeto a quien ha violado un derecho, caso

39 DE COSSIO, *Instituciones de derecho civil*, t. 1, ob. cit., p. 78.

40 COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 24.

en el cual es el derecho mismo el que despliega su eficacia coactiva, pasando de la condición estática a la dinámica.

Para ENNECCERUS, la “pretensión es el derecho a un acto o a una omisión dirigida contra una persona determinada”. Si la pretensión es personal, se identifica con el crédito que tiene por base; entre pretensión y crédito no hay diferencias; toda pretensión es accionable; de allí que coincidan acción privada y pretensión⁴¹.

Creemos, al igual que RECASÉNS SICHES⁴², que el derecho subjetivo como pretensión es la posibilidad que tiene el titular de un derecho amenazado o violado de exigir el cumplimiento del deber correlativo o que cese la perturbación ya producida. Hay derecho subjetivo como pretensión, según este concepto, solo cuando depende de la facultad del titular exigir el cumplimiento del respectivo deber jurídico, es decir, cuando tiene en sus manos la posibilidad de impetrar la intervención coercitiva del Estado contra el obligado. Verbigracia, el acreedor es libre de exigir o no a su deudor para que le pague lo que le adeuda una vez llegado el momento. El Estado no puede intervenir de oficio para obligar al deudor a que pague; para que se produzca la norma jurídica individualizada en la sentencia, se requiere la voluntad del titular, expresada en una demanda.

La pretensión —sostiene DE COSSIO⁴³— va implícita en el derecho relativo y exige, para su nacimiento, una transgresión, cuando se trata de un derecho absoluto. El derecho del vendedor de exigir del comprador el pago del precio se identifica con la pretensión; en cambio, el derecho de propiedad, que debe ser respetado por todos, no da nacimiento a una pretensión más que cuando alguien lo ha desconocido o violado. No compartimos esta opinión, porque confunde el derecho como pretensión, con su ejercicio.

El derecho existe desde que se es propietario o desde que se efectúa la venta, el préstamo, etc. Se da desde un principio, antes de formular la reclamación o exigencia; para que haya pretensión jurídica basta la posibilidad de exigencia, sin que sea preciso el hecho de su ejercicio o actualización. Al propietario se le reconoce el derecho a que se le respete su propiedad, al prestamista el derecho al reintegro, aunque en la realidad práctica no lo quiera ejercer, o aún más, aunque se niegue a aceptarlo; en este último caso, para que desaparezca el derecho subjetivo como pretensión de una renuncia formal.

41 ENNECCERUS, Ludwig; Theodor KIPP y Martin WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. I, Barcelona: Bosch, 1950, p. 470 y ss.

42 RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 339 y ss.

43 DE COSSIO, *Instituciones de derecho civil*, t. I, ob. cit., p. 78.

112. Nacimiento del derecho subjetivo

El nacimiento del derecho subjetivo se produce cuando concurren todos los requisitos predeterminados por la norma jurídica.

El derecho subjetivo se deriva del objetivo (de la norma). En toda norma jurídica existe un antecedente o presupuesto de hecho al cual la ley le enlaza un efecto jurídico (consecuencia de derecho). Ese presupuesto puede estar constituido por un solo hecho o por varios hechos naturales o humanos o por una combinación de unos y otros. El derecho subjetivo nace únicamente cuando se han verificado (consumado) todos los elementos que componen el presupuesto de hecho. El derecho no nace mientras no se produzca el último elemento del presupuesto. Por ejemplo, las cosas muebles que no pertenecen a nadie, como las piedras, conchas u otras análogas que se hallen en el mar, en los ríos o en sus playas u orillas, se adquieren con la aprehensión (art. 929), esto es, el solo hecho de la aprehensión determina el derecho de propiedad a favor del sujeto que se apropió; en cambio, el derecho de propiedad del comprador nace cuando se perfecciona el contrato de compraventa, para cuyo efecto se requiere la concurrencia de por lo menos dos hechos: una oferta y una aceptación (art. 1351). Ocurre, entonces, que a veces el derecho nace instantáneamente en virtud de un hecho único, y otras, surge como consecuencia de varios y sucesivos hechos.

Antes, o cuando ya se ha iniciado la verificación del presupuesto de hecho, pero todavía no se ha consumado, el sujeto solamente tiene una esperanza o expectativa, mas no un derecho.

También se suele distinguir entre esperanza y expectativa. La primera se daría cuando aún no se ha iniciado la verificación de los sucesivos hechos a los que el ordenamiento jurídico supedita el nacimiento del derecho, verbigracia, la esperanza de llegar a ser heredero intestado de una persona que todavía no ha fallecido, la misma que puede alcanzarse o verse frustrada por el otorgamiento de un testamento o por el advenimiento de un heredero más próximo⁴⁴. En cambio, cuando ya se ha iniciado la verificación del presupuesto de hecho, pero todavía este no ha quedado consumado, estamos ante lo que se llama *expectativa de derecho*, susceptible de protección jurídica. Por ejemplo, los derechos provenientes de actos sujetos a plazo o a condición suspensiva o resolutoria (arts. 171 y ss.), los derechos patrimoniales del concebido que todavía no ha nacido (art. 1), y los de quienes serían herederos forzosos del ausente (arts. 49 y ss.).

Acerca de los derechos constituidos bajo condición suspensiva o resolutoria, el art. 173 dice: "Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios. El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede

44 DE COSSIO, *Instituciones de derecho civil*, t. I, ob. cit., p. 80.

ejercitario pendiente esta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios". CASTÁN⁴⁵ observa tres tendencias acerca de la naturaleza jurídica de la expectativa: a) las teorías que la caracterizan como situación intermedia, o desenvolvimiento del derecho subjetivo, adoptadas en Alemania e Italia; b) las doctrinas que ven en ella un derecho futuro, defendidas en Francia; c) la actitud de estimarla una situación jurídica intermedia, propuesta por De Castro.

113. Adquisición del derecho subjetivo

La adquisición de un derecho subjetivo es la atribución de este al sujeto titular del derecho. La adquisición puede ser originaria o derivada.

- a) La adquisición originaria (original o primaria) es la que se produce de una relación directa entre el sujeto adquirente y el derecho adquirido, independiente de toda relación o situación jurídica. Verbigracia, la apropiación de cosas muebles que no pertenecen a nadie (art. 929), la adquisición por caza y pesca (art. 930), la adquisición por accesión (art. 938). El derecho nace por primera vez, *ex novo*, sin vinculación alguna a ningún derecho pasado.
- b) Es adquisición derivada, llamada también *transmisión* o *sucesión*, cuando no se trata de una creación *ex novo*, independiente de todo vínculo personal anterior, sino de la transmisión o enajenación de un derecho existente.

Derecho derivado es, pues, el que procede de otro en virtud de un título. Hay un sujeto que transmite o cede un derecho y otro que lo adquiere (recibe o acepta). Al primero se le llama además *antecesor*, *causante*, *tradens* y al adquirente se le conoce también como *sucesor*, *causahabiente*, *derechohabiente* o *acciépens*.

La adquisición del derecho se basa en la pérdida de él por parte de aquel a quien pertenecía o por la disminución o limitación del derecho de este, para constituir, con las facultades que transmite, un derecho nuevo a favor del adquirente. La situación jurídica nueva se conecta con otra anterior de la cual proviene. Se produce un cambio del sujeto titular, pero el derecho permanece inalterado o reducido, según sea el caso, en la esfera jurídica del nuevo titular. Por eso, la titularidad del adquirente se mide por la que tenía el anterior titular, quien no puede transmitir un derecho mayor que el que tiene pero que está, a veces, obligado a garantizar la existencia y legitimidad del derecho transmitido (obligación de sanear). Por ejemplo, el comprador

45

Cita DE CABANELAS, Guillermo, *Diccionario enclopédico de derecho usual*, t. III, Buenos Aires: Helias-ta, 1979, p. 287.

adquiere la propiedad del bien porque el vendedor se despoja de ella; esto es, el vendedor transfiere la propiedad del bien al comprador (art. 1529), o sea, este adquiere la propiedad derivadamente; el usufructuario adquiere derivadamente el derecho de usar y disfrutar, porque el propietario se despoja temporalmente de estas facultades, es decir, limita su poder sobre el bien (art. 999). En el primer ejemplo, el derecho pasa de un sujeto a otro (adquisición derivativo-traslativa); y en el segundo, sobre la base de un derecho más amplio, el de propiedad, se constituye otro más reducido a favor del adquirente: el derecho de usufructo (adquisición derivativo-constitutiva). El derecho del constituyente queda limitado por la transmisión parcial de algunas de sus facultades.

Además de la transmisión traslativa y de la transmisión constitutiva, existe la transmisión remisiva cuando el transferente se despoja de un derecho que no pasa como tal al adquirente, sino que libera a este de una obligación; verbigracia, la condonación de una deuda (art. 1295).

La transmisión de un derecho puede ocurrir por actos intervivos, como cuando A vende un bien a B, o por actos *mortis causa*, ejemplo, cuando B hereda los derechos del causante A.

La importancia de la distinción entre adquisición originaria y derivada se halla en que el principio de que “nadie puede dar más de lo que tiene” rige en la adquisición derivada; el adquirente no recibe un derecho nuevo sino el mismo que tenía quien lo transmitió, con todas sus limitaciones, cargas y gravámenes. La eficacia y el contenido del derecho derivado están condicionados a la eficacia y el contenido del derecho preexistente; rige, aquí, la regla: *nemo plus iuris transferre potest quam habet ipse*. Las excepciones oponibles al transferente (causante) son oponibles también al adquirente (causahabiente).

- c) Adquisición a título particular y adquisición a título universal. Esta es una subclasificación de la adquisición derivada.

En la adquisición a título universal, el adquirente recibe el total de patrimonio de una persona o una porción de él mediante un solo acto, como el caso de la cesión testamentaria y *ab intestato*. No se exige que se cumplan los requisitos que se exigirían en la adquisición individual. El Código Civil solamente admite la adquisición a título universal, tratándose de la institución hereditaria. A la muerte del causante, su heredero o herederos lo suceden en todos sus derechos y obligaciones; en cuanto a los primeros, la adquisición es sin limitación alguna, y en cuanto a las obligaciones, hasta donde alcance el patrimonio dejado por fallecido. En cambio, tratándose de actos *intervivos*, se sanciona con

la nulidad el contrato sobre derechos hereditarios expectativos (art. 1405) y el contrato sobre disposición de la totalidad o una parte sustancial de bienes futuros (art. 1406).

En la adquisición a título particular el *accipiens* obtiene un derecho singular o varios derechos individuales, pero considerados separadamente, siendo necesario que se cumplan todos los requisitos exigidos por el ordenamiento para su adquisición individual. Fuera de la institución hereditaria, todos los casos de adquisición de derechos contemplados por el Código Civil son a título particular.

114. Prevalencia entre derecho objetivo y derecho subjetivo

Se discute en la doctrina si la prevalencia (o primacía) corresponde al Derecho como norma (Derecho objetivo) o al derecho como facultad (derecho subjetivo).

La teoría del Derecho natural preconiza la existencia de un Derecho inmutable y absoluto, y las doctrinas liberales del siglo XVIII dan prevalencia a la persona humana y sus atributos esenciales, dando lugar al surgimiento de la teoría que sostiene que el derecho subjetivo es temporal y, lógicamente, anterior al Derecho objetivo. Primero, y como una consecuencia de una aptitud connatural del hombre, se adquieren determinados derechos subjetivos en forma de modos de vida social; más tarde, cuando estos modos de vida se estabilizan, son consagrados y garantizados por el Derecho objetivo. La escuela histórica del Derecho (siglo XIX) reafirma que los derechos subjetivos existieron y fueron reconocidos como tales, mucho antes que el Estado los consagrara.

Kelsen reaccionó contra esta concepción, subordinando la noción de derecho subjetivo a la preexistencia lógica y temporal del Derecho objetivo. Ningún derecho subjetivo existe independiente del Derecho objetivo. Todo derecho subjetivo se manifiesta como tal solo cuando lo prescribe una norma; es más, tal derecho no es sino la resultante de la aplicación del Derecho objetivo a los individuos. Kelsen en principio niega la existencia del derecho subjetivo; sin embargo, se refiere a la atribución conferida por el Derecho objetivo al individuo para que mediante sus actos particulares (actos jurídicos) cree reglas de Derecho: entonces tendrá eso que se llama, en el lenguaje usual, un *derecho subjetivo* (*Berechtigung*).

SCHREIER⁴⁶, discípulo de Hans Kelsen (el constructor de la *teoría pura del Derecho* de raíz neokantiana) y de Edmund Husserl (descubridor de la *fenomenología*), enfatiza que el derecho subjetivo no es algo metajurídico, pues no puede existir fuera

de la norma jurídica. Para este autor, si el derecho subjetivo ha de ocupar algún sitio en la teoría jurídica pura, tendrá que derivar de los conceptos fundamentales del Derecho, sin auxilio de más recursos que los de la lógica formal. El derecho subjetivo debe surgir del objetivo. “Lo contradictorio en el sentido estricto del vocablo es pues el intento de derivar el Derecho objetivo del subjetivo”.

Por su parte, MESSINEO⁴⁷ indica lo siguiente:

[E]l derecho subjetivo presupone lógicamente el Derecho objetivo (la norma), al menos en el sentido de que la norma es garantía de que el poder (como contenido del derecho subjetivo) pueda ejercitarse efectivamente; pero no es verdad también la recíproca, a saber, que del Derecho objetivo nazcan siempre derechos subjetivos. Baste pensar en las normas de Derecho público, que crean deberes para el individuo, sin otorgar necesariamente los correspondientes derechos: y algunas normas del Derecho de familia, de las que nacen deberes, pero no los derechos subjetivos correspondientes.

La cuestión, como expresa RECASÉNS SICHES⁴⁸, hay que mirarla en su sentido lógico y en el plano genético. Desde el punto de vista lógico, es indiscutible que la primacía le corresponda al derecho como norma, o sea, en su sentido objetivo. En cambio, genéticamente, esto es, en el orden cronológico de aparición en la conciencia histórica, del despertar de la atención hacia lo jurídico, la prevalencia temporal le corresponde al derecho-facultad. De ordinario no suele coincidir el orden de la conexión lógica esencial de las ideas, consideradas en su textura objetiva, con el orden cronológico de su afloración a la conciencia. El *a priori* lógico es muchas veces el *a posteriori* sicológico. Esto acontece con los dos sentidos del derecho: correspondiendo lógicamente —sigue diciendo RECASÉNS SICHES— la preferencia al Derecho-norma, sin embargo, la conciencia, de ordinario, tropieza primero con el derecho-facultad. Las personas, frente a determinados ataques a ellas, a sus bienes o actividades, cobran conciencia de aquello que pueden pretender, del hecho síquico de sentirse titulares de ciertas facultades de las que inducen la norma en que se apoyan.

Muchas veces el hombre no ha pensado sobre ciertos aspectos jurídicos, por ejemplo, de su libertad, sino cuando al pretender arrebártselfa, ha sentido nacer dentro de sí un movimiento de protesta, que ha ido perfilándose como conciencia inmediata de la idea de un derecho subjetivo natural (esto es, que debiera ser, aunque tal vez no esté reconocido positivamente). Y esta conciencia, depurada intelectualmente, lo ha conducido a la afirmación de una norma (idea) consagradora y garantizadora de tales

⁴⁷ MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, ob. cit., p. 8.

⁴⁸ DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., pp. 334-346.

o cuales libertades. Esto por lo que se refiere al proceso de *iure condendo*, esto es, de derecho constituyente.

Esto acontece también con respecto al derecho constituido o positivo, al que no es perito en materia jurídica: este desconocer de ciertas estructuras jurídicas, ante un ataque de otro, reacciona con la conciencia de injuriado y sospecha la existencia de un derecho subjetivo a su favor, que confirma después al impulsar la ley vigente. No obstante, la autoridad de las opiniones antes mencionadas, mirando en profundidad, podemos apreciar que tanto el Derecho objetivo como el subjetivo nacen simultáneamente, pues el poder, la facultad, la situación de las personas en la vida real y el interés, existen antes que el Derecho objetivo, pero se convierten en poder, facultad, situación o interés jurídico, o sea, en derechos subjetivos, solamente cuando son reconocidos y garantizados por el ordenamiento jurídico (Derecho objetivo).

115. Manifestaciones del derecho subjetivo

El iusfilósofo RECASÉNS SICHES⁴⁹, a quien seguimos, plantea magníficamente los perfiles de tres tipos puros de derechos subjetivos, susceptibles de múltiples combinaciones:

- a) El derecho subjetivo como mero reverso del deber jurídico de los demás, para cuya realización (exigencia de cumplimiento) no es necesaria la intervención del sujeto titular porque el Estado la impone de oficio.

Tal derecho viene a ser la esfera de actividad que nos proporciona la existencia de ciertos deberes jurídicos en los demás; el derecho versa sobre la propia conducta. Así, se dice que tengo derecho de independencia que puede diversificarse en varias actitudes (derecho a la locomoción, elección de oficio, etc.), derecho que no puede ser perturbado por los demás.

Autores como KELSEN niegan la denominación de *derechos subjetivos* a estos meros reflejos materiales o reversos de deberes jurídicos, debido a que su sanción no depende de la voluntad del sujeto titular. Por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad corporal cuya amenaza o violación es castigada *ex officio*, sin que sea necesaria la intervención del injuriado.

- b) El derecho subjetivo como pretensión. Cuando otro invade la esfera de mi propia dominación y tengo la posibilidad de reclamar coercitivamente para que cese dicha perturbación, reclamación que está en mi poder de hacerla o no,

49 RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 338 y ss.

entonces ya no se trata de un mero reverso de deberes jurídicos sino de un derecho subjetivo *stricto sensu* como pretensión. En este sentido, el derecho subjetivo es la situación en que una persona se halla en la relación jurídica, en virtud de la cual la norma le atribuye la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de un cierto deber jurídico.

El derecho como pretensión solo existe cuando pertenece a la voluntad del titular exigir el cumplimiento del correspondiente deber jurídico. Del titular depende que el Estado realice contra el obligado un cierto acto coactivo.

Con base en precisas situaciones de hecho, el ordenamiento jurídico emite un precepto para que ciertas personas observen una conducta específica y pone ese precepto a la libre disposición del sujeto en cuyo beneficio ha sido dictado. Se precisa de la voluntad de este para que el Estado intervenga en forma coercitiva contra el obligado. Verbigracia, si el prestatario no devuelve el préstamo a su tiempo, solo si el prestamista demanda por la vía judicial, podrá intervenir el Estado coercitivamente contra el obligado. El precepto jurídico que establece el deber de devolución, puede ser considerado como derecho subjetivo del prestamista, solo porque y en tanto que la voluntad estatal de proceder de manera coercitiva se presenta como dependiente de la demanda o acción del acreedor. La voluntad del titular o de su representante es condicionante para que se produzca la norma jurídica individualizada en la sentencia y, por ende, dicha voluntad es un elemento de producción de Derecho.

Es de advertir que la existencia de un derecho subjetivo no está ligada al hecho real de una voluntad. El Derecho se da desde antes de la reclamación o exigencia. Para su existencia, basta la posibilidad de exigencia. Ejemplo: al acreedor prestamista se le reconoce el derecho al reintegro, aunque llegado el momento, no lo exija o se niegue a aceptarlo. En este caso, para que el derecho del acreedor desaparezca es necesario que expresamente condone la deuda o que el deudor la consigne judicialmente. El derecho a la devolución existe desde el momento mismo en que se produjo el préstamo.

El derecho subjetivo entendido como poder de formación o de modificación jurídica consiste en la facultad o poder de una persona o de su representante para determinar el nacimiento, modificación o extinción de ciertas relaciones jurídicas. La actividad del titular es decisiva para el nacimiento del derecho. Ejemplo: el propietario tiene el derecho de enajenar su casa, el acreedor de ceder su crédito, el derecho de otorgar testamento, el de celebrar un contrato, el de impugnar un pago, el de ocupar un bien. “En tales casos los actos del titular son un elemento productor de los preceptos jurídicos que regulan la relación de que se trate, y de los cuales dimanarán a su vez derechos subjetivos” de los citados en los apartados a) y b).

116. Clasificación de los derechos subjetivos

En materia de clasificación de los derechos subjetivos, las hay tan numerosas como tendencias doctrinarias han afrontado el problema. *Las Institutas* de GAYO reconocieron tres clases de estos derechos: a) derechos de las personas; b) derechos de las cosas, y c) derechos de las acciones (*omne Jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*: todo el derecho vigente se refiere a las personas, a las cosas o a las acciones); esta clasificación fue adoptada por el Código Civil francés de 1804 y los que en él se inspiraron, entre los que figura el peruano de 1852. SAVIGNY divide a los derechos subjetivos en: a) derecho de familia; b) derecho de las cosas, y c) derecho de las obligaciones. Para WINDSCHEID, los derechos se dividen en absolutos y relativos. Ernest ROGUÍN los reúne en cinco grupos: 1) Absolutos: 1. *Iura in persona ipsa* (autopersonales, esto es, derechos sobre la propia persona, sobre su individualidad física o siquíca). 2. *Iura in persona aliena* (potestivos, o derechos sobre la persona de otro. Ejemplo, la patria potestad); 3. *Iura in reales*; 2) relativos: 4. Los derechos de crédito llamados también *obligacionales* (de dar, hacer o no hacer); 3) no absolutos: 5. Monopolios de derecho privado (derechos intelectuales e industriales). Según TRABUCCHI, los derechos subjetivos se clasifican en: a) transmisibles e intransmisibles; b) principales y accesorios; c) patrimoniales y extrapatrimoniales. DABIN clasifica a los derechos subjetivos en derechos de la personalidad, derechos reales (el sentido clásico de derechos sobre las cosas corporales), derechos intelectuales (en el sentido de derechos sobre cosas incorpóreas), derechos de crédito (en el sentido de derechos a la prestación a la obra de otro). En fin, se hacen muchísimas otras clasificaciones, algunas de ellas carentes de todo interés práctico o sistemático. No están lejos de la verdad los que afirman que las clasificaciones son variadas y múltiples tal como es la vida de relación de las personas, habiéndose llegado al extremo de que cada autor tenga su propia clasificación que, por lo demás, es tarea difícil, por existir notas características comunes a varios grupos de derechos, y dentro de cada grupo hay derechos que encuadran bien dentro de la categoría pre establecida.

A continuación, enunciamos algunas categorías de derechos subjetivos de más o menos general aceptación en la doctrina.

116.1. Derechos subjetivos públicos y privados

La distinción se basa en un criterio análogo al que distingue al Derecho objetivo en público y privado. Sobre esto no hay acuerdo entre los tratadistas: Según UPLIANO, el Derecho público concierne a la utilidad del Estado y el privado a la de los particulares. El criterio de la utilidad es incierto porque, como afirma KELSEN, “es imposible determinar de cualquier norma jurídica si sirve al interés público o al interés privado. Toda norma sirve a uno y a otro”. Cuando una norma regula el préstamo que es de

orden privado, se pone de manifiesto un interés colectivo en la existencia de tal norma. Otros fundamentan la distinción en el concepto de patrimonialidad, sosteniendo que el derecho privado regula relaciones con contenido patrimonial, mientras que el público tiene intereses no económicos. Esto tampoco es cierto, porque hay ramas del derecho público que contienen elementos patrimoniales; por ejemplo, el derecho financiero, y hay ramas del Derecho privado sin contenido patrimonial, como el Derecho de la personalidad, el Derecho de familia, etc.

Otros sustentan la distinción en la naturaleza de las relaciones jurídicas a que dan origen las normas: el Derecho privado regula relaciones de coordinación (los sujetos se encuentran en un plano de igualdad); y el Derecho público gobierna relaciones de *supra* o de *subordinación* (el Estado interviene con su facultad de *imperium*). Se objeta esta doctrina diciendo que no todas las relaciones de Derecho privado son de coordinación, como la relación del obrero con su empleador; y tampoco todas las relaciones de Derecho público son de subordinación, sino que también las hay de coordinación, verbigracia, las relaciones entre entidades estatales. Se afirma, asimismo, que el Derecho privado tiene por fin la justicia comutativa, y el Derecho público, la justicia distributiva. DEL VECCHIO⁵⁰ sostiene que en su sentido lato todo el Derecho es público por emanar del Estado; pero que la distinción entre el Derecho público y el privado puede mantenerse en un sentido restringido. Precisa que en todo ordenamiento existen normas fundamentales que determinan la organización y funcionamiento del mismo orden o sistema y que atribuyen el poder de imperio al Estado y a los entes estatales menores. “Tales normas y los derechos subjetivos que de ellas se derivan, constituyen el campo del llamado derecho público”. Pero el Estado, al emitir el Derecho, puede determinar relaciones entre individuo e individuo, caso en el cual se puede decir que el Derecho tiene el carácter de privado. DEL VECCHIO, concluye afirmando lo siguiente:

{E}n verdad, no solo el Estado y los entes políticos menores investidos del *ius imperium* (aunque subordinados al primero), pertenecen a la esfera del Derecho público, sino que en esta entran también los individuos singulares, en cuanto que participan con determinados poderes en el ejercicio de la soberanía. En este sentido se habla de la categoría de los ‘derechos públicos subjetivos’, por ejemplo, el derecho electoral, etc.

Un sector importante de la doctrina, en la que se distingue la posición de Duguit, niega la distinción del Derecho objetivo en público y privado, y con ella, la distinción de los derechos subjetivos en públicos y privados. Sin embargo, aun admitiendo que

50 DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho* y RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., pp. 138 y 139.

no existe una separación total y absoluta entre las dos formas de derecho, no es posible negar su utilidad práctica, metodológica y sistemática.

MESSINEO⁵¹ define a los derechos subjetivos públicos señalando lo siguiente:

[S]on tales o porque se afirman frente a un sujeto de Derecho público (sobre el cual incumbe un correspondiente deber), o porque, en armonía con la norma (de Derecho público) que los establece, competen a un sujeto de Derecho público.

VALENCIA⁵² afirma que “en los derechos subjetivos públicos se establece una relación jurídica entre los particulares y el Estado”. Por ejemplo: a) el derecho político del voto; b) el ejercicio del derecho de protección jurídica (o derecho de accionar), que consiste en que el Estado tiene el deber u obligación de decidir, mediante la aplicación de la jurisdicción civil, las demandas judiciales de los particulares encaminadas a la cesación de los estados anómalos que se presentan en el goce de los derechos subjetivos, y c) ciertas potestades estatales que se traducen en obligaciones concretas para las personas, como la de pagar los impuestos, cumplir el servicio militar obligatorio, etc.

Según que el Estado intervenga en la relación jurídica investido de su facultad de *imperium* o desprovisto de este, puede ser titular de derechos subjetivos públicos (en el primer caso) o privado (en el segundo caso). Así, verbigracia, la jurisdicción civil del Estado es un derecho subjetivo público; solo el Estado, titular de la jurisdicción, tiene el derecho (a su vez, el deber) de aplicar la jurisdicción ante una concreta demanda; los litigantes se someten a la decisión expresada por el órgano jurisdiccional en la sentencia. Los actos unilaterales de imposición del Estado hacia los particulares constituyen derechos subjetivos públicos, como los derechos de regulación del tránsito, derecho de cobro de impuesto, etc. De los actos bilaterales o plurilaterales en los cuales el Estado interviene con su facultad de imperio, surgen para este derecho subjetivo público, verbigracia, los contratos de obras públicas, el suministro de bienes y servicios a la administración pública o los que esta presta a los particulares, casos en los cuales estos últimos se someten a la voluntad reguladora del Estado.

En cambio, cuando el Estado interviene en la relación jurídica desprovisto de su poder de imperio (relaciones de coordinación) no pueden surgir otros derechos que no sean de naturaleza privada; así, por ejemplo, cuando el Estado compra, vende, arrienda, etc., sometiéndose a las normas del Código Civil.

De las relaciones jurídicas entre particulares surgen solamente derechos subjetivos privados.

⁵¹ MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, ob. cit., p. 29.

⁵² VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. I, ob. cit., p. 233.

Los particulares también pueden ser titulares de derechos subjetivos públicos, por ejemplo, el derecho de participar en las elecciones políticas como elector o elegido; el derecho de accionar ante el poder judicial solicitando la protección de un derecho amenazado o violado, etc. En estos casos, la relación jurídica se establece entre un sujeto de derecho privado y otro de derecho público (el Estado).

En conclusión, podemos afirmar, con GARCÍA MÁYNEZ⁵³, lo siguiente:

[U]n derecho subjetivo tiene el carácter de público cuando en la relación jurídica en que aparece interviene el Estado como persona soberana; es de carácter privado, cuando en la relación jurídica no interviene el Estado, o interviene, mas no con el carácter de soberano.

116.2. Derechos absolutos y relativos

El derecho absoluto tiene eficacia respecto de todos los demás sujetos (*erga omnes*), a quienes les impone el deber jurídico de respeto. En abstracto, puede decirse que la acción puede dirigirse contra todos los demás, aunque es claro que en concreto se orientará solamente contra el sujeto agresor. Se encuentran dentro de esta categoría los derechos de la personalidad, como el derecho a la vida, al honor, a la libertad, etc. (todo valor es estrictamente personal); la mayoría de los derechos de familia; y los derechos reales (como el de propiedad en que su titular monopoliza todos los poderes sobre el bien que es suyo; si otros lo usan, es por medio de él).

El derecho relativo (*in personam*), en cambio, es aquel que impone a una o más personas definidas el deber jurídico de dar, hacer o no hacer algo. La correspondiente acción, desde el inicio, solo se dirige contra la persona individualmente determinada contra quien se ostenta el derecho. Ejemplos típicos de derechos relativos son los derechos de *crédito*, llamados también *obligacionales* o *personales*; así, el acreedor puede exigir el pago de su crédito solamente a su deudor. Son también derechos relativos algunos derechos de familia, puesto que crean un deber jurídico tan solo ante cierta persona, verbigracia, en un matrimonio se puede exigir fidelidad recíproca de los cónyuges.

Un derecho absoluto puede ser lesionado por cualquiera; en cambio, un derecho relativo solo puede ser lesionado por la persona determinada como sujeto del deber jurídico. Ejemplo: el derecho de propiedad puede ser violado por cualquier sujeto de la comunidad, pero un derecho de crédito puede ser desconocido solamente por el deudor. Esto último no quiere decir que no se imponga a todos el deber de respetar el derecho que tiene el acreedor contra su deudor. El sujeto pasivo del derecho absoluto

53 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, "Derecho subjetivo", en *Omeba*, t. viii, Buenos Aires: Driskill, 1982, p. 276.

es toda la colectividad, todo el mundo (deber general de no turbar al titular), mientras que el sujeto pasivo del derecho relativo es una o varias personas determinadas.

En el derecho absoluto hay, en principio, únicamente el deber general (de todos los miembros de la colectividad) de abstención o de respeto de la situación del sujeto titular. En cambio, en el derecho relativo, además de este deber general de abstención, existen uno o más sujetos determinados del deber específico de dar, hacer o no hacer algo.

116.3. Derechos patrimoniales y extrapatrimoniales

Los derechos patrimoniales tutelan intereses económicos, evaluables pecuniariamente. El conjunto de derechos patrimoniales del sujeto constituye lo que se denomina el *patrimonio*. Estos derechos son negociables (están dentro del comercio), pueden transferirse por actos entre vivos o transmitirse por causa de muerte. Son variedades de derechos patrimoniales: los reales, los productos del espíritu humano (obras científicas, literarias, artísticas, etc.)⁵⁴; los derechos de crédito; algunos derechos corporativos (el derecho del socio a percibir utilidades), etc.

Los derechos extrapatrimoniales tienen por finalidad satisfacer intereses no económicos o ideales; no son evaluables pecuniariamente, no se encuentran en el comercio, ni pueden ser separados del sujeto al cual pertenecen. Son extrapatrimoniales los derechos de la personalidad (derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, etc.); los derechos de familia, algunos derechos corporativos (el derecho del socio de participar en las elecciones de los órganos directivos de la sociedad). De algunos derechos extrapatrimoniales pueden derivarse consecuencias económicas, como el derecho a la herencia, el derecho de alimentos, etc., pero esto no cambia la naturaleza de ellos.

116.4. Por su objetivo

- a) *Derechos de la personalidad*. Se les llama también *derechos autopersonales* o sobre la misma persona, innatos o naturales, o derechos humanos, o derechos personalísimos. Todos ellos se refieren a la propia persona natural y le per-

54 En realidad, los derechos de autor no presentan un solo cariz, ya sea patrimonial o extrapatrimonial. Como dice FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, Lima: Universidad de Lima, 1984, p. 41: Los derechos de autor tienen un doble aspecto. Son patrimoniales en cuanto cabe otorgar sentido económico al producto del ingenio de la creación, la invención; pero tienen, a su vez, una calidad extrapatrimonial en tanto el autor tiene el derecho a ser reconocido como el creador o el inventor de la obra del ingenio. Concluye FERNÁNDEZ SESSAREGO señalando que “este derecho es inherente a la persona y está fuera del comercio de los hombres, mientras que el producto de la creación intelectual es susceptible de enajenación por cualquier título”.

miten el desenvolvimiento y desarrollo de sus aptitudes tanto físicas como espirituales, tales como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la libertad, a la igualdad, a la legítima defensa, al trabajo, etc. Como afirma FERNÁNDEZ SESSAREGO⁵⁵:

El objeto o interés sujeto a protección jurídica está constituido por aquello que sirve a la persona para existir, para ser ella misma, para realizarse conforme al llamado de su vocación dentro del contexto social al cual pertenece [...] El objeto de protección jurídica, del cual es sujeto el ser mismo de la persona, se encuentra en la esfera o mundo personal del sujeto y no en su circunstancia exterior [...] en que se alojan las cosas de las que también se vale el hombre para hacerse ser.

Tales derechos se han reconocido desde la antigüedad. SÓFOCLES hace decir a *Antígona* (hacia el año 456 a. C.): “Este derecho no es de hoy ni de ayer, vive eternamente y nadie sabe cuándo apareció”. Aparecen consagrados en la Carta Magna de Juan sin Tierra (1215), en la Declaración de los Derechos Humanos contenidos en la Carta Constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas, pasando por las fórmulas de los Estados Unidos de Norte América (1776) y de la Revolución francesa (1789). Iguales declaraciones existen en las legislaciones internas de los diversos países. En Perú, el art. 1 de la Constitución declara: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; y el art. 2 contiene la Declaración de los Derechos Humanos; también el Código Civil, título segundo de la sección primera, contiene disposiciones relativas a estos derechos fundamentales.

Como asevera Juan XXIII:

Los derechos naturales están inseparables, unidos en la persona que los posee, con otros tantos deberes; y unos y otros tienen en la ley natural que los confiere, o los impone, su raíz, su alimento y su fuerza indestructible. Al derecho de todo hombre a la existencia, por ejemplo, corresponde el deber de conservar la vida; al derecho a un nivel de vida digno, el deber de vivir dignamente; y al derecho a la libertad en la búsqueda de la verdad, el deber de buscarla cada día más amplia y profundamente⁵⁶.

55 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas*, Lima: Studium, 1987, p. 35.

56 Lamentablemente, tanto el Derecho positivo interno como internacional están cargados de declaraciones líricas, saturadas de promesas sociales, de libertad, de igualdad, que están muy lejos de ser auténticas realidades. Por ejemplo, el art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 dice: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, así mismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”; bonita declaración, pero solarmente eso y nada más, pues por dondequiera vemos a hombre convertido en lobo de sus propios semejantes, muerte, hambre, miseria, promiscuidad, niños y ancianos

En efecto, en la vida de relación de las personas surgen derechos que ejercer y obligaciones que cumplir; a veces estos se dan indisolublemente unidos en el mismo sujeto (relación consigo mismo); así, frente al derecho a la vida aparece la obligación de conservarla; por consiguiente, nadie puede romper violentamente su existencia o mutilarla sin motivo justificado.

Los derechos de la personalidad:

[S]e hallan tan íntimamente ligados a la persona del titular, que no pueden sufrir un cambio de sujeto o cuando menos no lo pueden sufrir sin desnaturalizarse, y por eso se llaman derechos personalísimos. Pertenecen a estos, en primer término, los derechos que forman el contenido de la personalidad, y además los derechos inherentes al estado y capacidad de las personas, los derechos de familia y entre los patrimoniales, algunos que van unidos a la persona del titular, como son los derechos de uso y habitación⁵⁷.

- b) *Derechos familiares.* Estos corresponden a las personas unidas por vínculos de parentesco. La unión del hombre y de la mujer, mediante el matrimonio o de hecho (arts. 4 y 5 de la Constitución), origina diversos derechos y obligaciones entre los cónyuges, entre estos y sus hijos, y con los demás ascendientes y descendientes (derecho de fidelidad entre cónyuges, patria potestad sobre los hijos, derechos de alimentos entre parientes, etc.). Las disposiciones que regulan el derecho de familia son de orden público y por ello no son renunciables ni pueden cederse. Los derechos familiares están regulados en el libro III del Código Civil.
- c) *Derechos reales.* Son poderes que tienen las personas sobre sus bienes. Constituyen una relación jurídica entre una persona y otra u otras con ocasión de un bien, aquellas como sujetos de derecho; y el sujeto o sujetos del deber lo constituyen cualquier miembro de la comunidad. Estos derechos son oponibles *erga omnes* a fin de que el titular de ellos no sea perturbado. Se tienen como reales: la propiedad, el condominio, la posesión, el usufructo, la servidumbre, los derechos de uso, de habitación, de superficie, la prenda, la hipoteca, la anticresis, etc. Estos derechos están disciplinados en el libro IV del Código Civil.
- d) *Derechos de crédito.* Llamados también *derechos personales u obligacionales*, y consisten en la facultad que tiene una persona de exigir de otra que observe una sucinta conducta, es decir, de obligarla a que cumpla cierta prestación de dar, hacer o no hacer algo. Por ejemplo, entregar un bien, prestar un servicio. Los libros VI y VII del Código Civil regulan estos derechos.

abandonados, grandes sectores de la población sumidos en la ignorancia, sin salud, sin vivienda, sin trabajo, en fin, el cuadro es espantoso.

57 RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Madrid: Reus, 1929, p. 220.

- e) *Derechos intelectuales* (sobre bienes incorporales: formas, ideas). Son aquellos que autores e inventores tienen sobre sus creaciones (propiedad artística, intelectual, patentes de invención, marcas de fábrica, modelos industriales, etc.); el derecho cubre esos bienes incorporales independientemente del objeto material que le sirve de soporte (libro, cuadro, dibujo, plano, disco, cintas magnetofónicas y cuanto otro medio material mediante los cuales cobran forma, cuerpo o sonido la creación o invención); el autor o inventor tiene la facultad de modificar o destruir su obra, de mantenerla en secreto o de publicarla, en este caso con el derecho de obtener un beneficio económico si lo desea.

116.5. Derechos potestativos

El poder de la voluntad conferido por el ordenamiento puede manifestarse como una pretensión de exigir de otro una precisa conducta o como posibilidad confiada al arbitrio de su titular para poder provocar, si así lo quiere, determinado efecto jurídico que sujeta a otras personas. Tal pretensión es conocida como *derecho potestativo o facultativo*, por ejemplo, el de hacer testamento, el derecho de apropiación, el de aceptar una oferta para concluir un contrato, el derecho que tiene el optante (en el contrato preparatorio de opción) de concluir el contrato definitivo con su sola declaración de voluntad si así lo quiere, la interpelación que coloca al deudor en mora, la confirmación de un acto jurídico, la elección del verdadero contratante en los contratos por persona que se debe nombrar, la impugnación del pago hecho mediante consignación judicial, el derecho de entablar una acción de divorcio o de separación de cuerpos, la aceptación o la renuncia de la herencia, etc. Es el arbitrio del sujeto titular que mediante su decisión produce un efecto jurídico nuevo modificando una situación jurídica preexistente. El sujeto es libre de ejercer o no esos derechos potestativos, pero estos no implican a la vez un deber. Su solo ejercicio determina en otra persona, a la cual está dirigida la declaración de voluntad, un estado de sujeción, es decir, el ejercicio del derecho potestativo provoca una modificación en la esfera jurídica de otro sujeto que se encuentra sometido a tal posibilidad sin poder hacer nada para impedirlo.

Es nota característica del derecho potestativo el que la sola declaración de voluntad del sujeto titular dirigida a otro sujeto de derecho produce plena eficacia jurídica. Ejemplo: si el propietario A otorga a B la opción de venta de un inmueble, en determinado precio y condiciones, B, titular del derecho opción, puede ejercer o no ese derecho, según que quiera o no adquirir la propiedad del bien. Si desea valerse de la opción, bastará que así lo haga saber a A (esto es, bastará su sola declaración de voluntad dirigida a A) para que el contrato de compraventa quede perfeccionado (CC, art. 1419).

El titular del derecho subjetivo no se halla ante una simple facultad de pedir, sino de crear un derecho exigible en forma definitiva frente al sujeto obligado.

También es característica del derecho potestativo el que su actuación se realiza mediante una declaración ante el sujeto a quien obliga, mas no es necesario recurrir a los órganos encargados de administrar justicia, salvo que el obligado eluda el cumplimiento de su prestación u oponga resistencia al derecho ajeno. Aunque hay casos de trámite judicial forzoso, verbigracia, la acción de divorcio o la de separación de cuerpos por mutuo disenso, en las cuales, por más que no haya oposición del cónyuge culpable o incluso que exista mutuo acuerdo para separarse, siempre requieren del trámite judicial exigido por la ley.

MESSINA⁵⁸ clasificó a los derechos subjetivos en la siguiente forma:

1. Derechos negativos. Son derechos que producen como efecto suspender o resolver otros derechos (por ejemplo, el poder de impugnar la eficacia de un negocio jurídico).
2. Derechos de adquisición. Permiten a su titular adquirir la propiedad u otro derecho subjetivo (por ejemplo, derecho de preferencia, derecho de aceptar una herencia, etc.).
3. Derechos constitutivos. Facultan a su titular para crear una relación jurídica (por ejemplo, el derecho de aceptar una oferta de contrato, el de exigir la constitución de una servidumbre de paso, etc.).
4. Derechos modificativos, facultan para modificar una relación jurídica anterior (por ejemplo, el derecho de elegir en la obligación alternativa, el derecho de constituir en mora al deudor, etc.).
5. Derechos extintivos. Permite dar por terminada la relación jurídica preexistente (por ejemplo, el derecho de pedir la división de la cosa común, la disolución de la sociedad, etc.).

En cuanto a la naturaleza jurídica de los derechos subjetivos potestativos existen opiniones divergentes, unas que lo admiten (Von Tuhr, Enneccerus, Zitelmann) y otros que niegan la existencia de esta categoría de derecho. Los que critican la existencia de ellos (De Castro, entre otros), afirman que tales supuestos no son sino la actuación de la capacidad: el que tiene capacidad de testar tiene también el derecho de testar, el que tiene capacidad para contraer matrimonio tiene derecho a casarse, el que tiene capacidad para contratar tiene también derecho de contratar; otros de tales supuestos no constituyen sino el contenido mismo del derecho de propiedad, como el de pedir el deslinde, la división y partición del bien común; y, en fin, otros supuestos

58 Cita de DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio, GULLÓN, en *Sistema de derecho civil*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1984, p. 429.

no son sino derechos accesorios o derivados, como los de impugnación, que por su naturaleza no son sino acciones.

Hay autores (Albaladejo) que admiten que muchos de estos supuestos son reconocidos por el Derecho como verdaderos derechos subjetivos, pero que no pueden constituir una categoría aparte, por estar englobados cada uno de ellos, según su naturaleza, en otras clasificaciones.

En efecto, muchos de esos supuestos están reconocidos, expresa o implícitamente, por el ordenamiento jurídico como auténticos derechos subjetivos, aun a despecho de que a veces estén formando parte de derechos más amplios o que constituyan el reflejo de la capacidad de ejercicio de las personas o de su autonomía privada; pero su reconocimiento se debe a su gran utilidad práctica, pues se trata de facultades o poderes con eficacia suficiente para crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas (v. gr., perfeccionar un contrato o resolverlo por la sola declaración de voluntad del que tiene la potestad).

116.6. Derechos disponibles e indisponibles

Los derechos disponibles son los que pueden ser objeto de actos jurídicos de enajenación o gravamen.

Los derechos indisponibles no pueden ser enajenados o gravados. Así, los derechos fundamentales de la persona se caracterizan por ser indisponibles, al tratarse de condiciones básicas o esenciales del ser humano.

117. El deber jurídico

El deber jurídico es la obligación de observar una cierta conducta impuesta por la norma jurídica al sujeto pasivo de la relación que regula.

La contrapartida de los *derechos subjetivos* son los *deberes jurídicos*. Si el *derecho subjetivo* es un poder otorgado por el ordenamiento jurídico al individuo, el *deber* consiste en que otra u otras personas queden obligadas a soportar aquel poder desplegando una conducta consistente en hacer o no hacer algo. Todo *poder* o facultad está íntimamente vinculado a un *deber*.

Los clásicos (los escolásticos y la escuela greciana) concibieron al deber jurídico como la obligación moral de cumplir el derecho, producida por un precepto jurídico.

No podemos negar la existencia del *deber moral* de acatar las normas de Derecho, pero tampoco es posible identificar *deber jurídico* con *deber moral*, puesto que moral y derecho, no obstante estar compenetrados, no son dos conceptos idénticos;

la noción de norma jurídica es independiente (autónoma) de la de norma moral. Por eso, el fundamento de la existencia del deber jurídico está en el precepto de Derecho y no en un precepto ético, así como el fundamento de la existencia del deber moral se encuentra en la norma ética y no en el precepto jurídico.

El creador de la Escuela Analítica de Jurisprudencia, AUSTIN⁵⁹, advirtió que el deber jurídico es un elemento necesario y fundamental del Derecho, fuera de toda consideración moral o de justificación de este.

KELSEN⁶⁰ sostiene que la función esencial de un orden, y aun de un orden coactivo como el del Derecho, no puede ser sino la ligazón normativa (deber jurídico) de los individuos a él sometidos. En cambio, el deber moral no expresa otra cosa que la ligazón que sufre el individuo por la validez de un orden moral. En opinión del jurista vienes, el sujeto está jurídicamente obligado a la conducta opuesta a aquella que constituye la condición de la sanción dirigida contra él o contra individuos que tienen con él una relación jurídica específica. El que viola su deber jurídico comete un acto antijurídico.

Casi siempre (no siempre) existe una estrecha correspondencia entre normas jurídicas y normas morales o de otra índole; de allí que muchos deberes jurídicos coincidan o se parezcan a los deberes morales, religiosos, sociales, culturales, pero asimismo existen muchos deberes jurídicos cuyo contenido no es a la vez de preceptos morales, religiosos, sociales o culturales. Como bien manifiesta RECASÉNS SICHES⁶¹:

[C]uando hablamos estrictamente como juristas de un deber jurídico, no nos referimos ni al deber general de cumplir los mandatos del ordenamiento positivo, ni a aquellos otros deberes preexistentes de índole ética, de carácter religioso o de origen social, cuyo contenido sea análogo a lo dispuesto por una norma jurídica; nos referimos a un tipo de situación vinculatoria, a un ligamen establecido propiamente por la norma jurídica.

Por la norma jurídica, los sujetos de derecho están en el deber de observar un preciso comportamiento, aunque ignoren totalmente la existencia de su obligación (la ignorancia de las normas jurídicas no exime del cumplimiento de sus mandatos; admitir lo contrario, como un principio rígido, es nulificar el derecho por la imposibilidad de administrar justicia). No hay deber jurídico fuera de las relaciones intersubjetivas reguladas por el Derecho. Este (entendido como el conjunto sistemático de normas jurídicas) es regulador de conducta humana social, es decir, de actividad del ser humano (acciones u omisiones) en su permanente contacto con sus semejantes. Un ser

59 AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, traducción por Felipe González V., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981, p. 31.

60 KELSEN, *La teoría pura del derecho*, ob. cit., p. 76.

61 RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 348.

humano que viva aislado totalmente de sus semejantes es un animal más de la fauna del lugar en que vive y se desarrolla y como tal su conducta no puede ser regulada por el derecho que, por lo demás, es un producto cultural de la humanidad que tiene por fin disciplinar la conducta del individuo en cuanto entra en contacto con sus semejantes, o sea, regula relaciones sociales de la vida práctica que son esenciales para la convivencia pacífica; por eso, en toda relación jurídica (relación de la vida práctica regulada por el derecho) hay un sujeto titular de un derecho subjetivo y un sujeto del deber correlativo a ese derecho, que puede ser determinado o indeterminado, que está obligado a observar un específico comportamiento (prestaciones de dar, hacer o no hacer algo). Frente al *derecho subjetivo* hay siempre un *deber jurídico* a cargo de un sujeto determinado, como el de pagar una deuda, prestar un servicio, o de un sujeto indeterminado, como el deber de respetar la vida, la libertad, la propiedad, etc. Es verdad que existen derechos que al mismo tiempo constituyen deberes para el mismo sujeto, por ejemplo, el derecho de los funcionarios públicos de ejercer el derecho del Estado por estar obligados a ello, o el derecho y deber de los padres de corregir y educar a sus hijos; pero en estos casos siempre hay un sujeto contra el cual se ejecuta el derecho o hacia quien se cumple un deber. El padre tiene el derecho y el deber de corregir y educar a sus hijos, y estos el deber de obedecer a su padre, pero también están facultados para exigir de su padre el cumplimiento de ese deber.

Algunos autores, como ALBALADEJO⁶², que afirman que “no todo deber tiene frente a él un derecho: así, la vacunación obligatoria por prescripción de disposiciones sanitarias, constituye un deber, sin que se conceda a nadie un derecho a la vacunación de los demás”. No compartimos esta opinión del jurista español, por cuanto todo derecho se hace valer ante alguien y no frente a nadie, y todo deber es una obligación para con alguien y no para con nadie; en casos como el del ejemplo de ALBALADEJO, ese alguien titular de un interés jurídicamente protegido (derecho subjetivo) es el Estado, la sociedad en su conjunto, que tiene interés en la preservación de la salud pública. En conclusión, *derecho y deber son correlativos (jus et obligatio sunt correlata)* o como dice Carlos Cossío, “facultad y deber se complican”.

IX

CAPÍTULO

ALGUNOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

SECCIÓN I.- EL SUJETO DE DERECHO

118. Introducción

Ahora ya no se discute que el ser humano no solo existe, sino que fundamentalmente coexiste con sus semejantes. La existencia humana es coexistencia. Existir es coexistir; vivir es convivir. El ser humano es un ser individual, único, idéntico a sí mismo, intransferible, no intercambiable, irrepetible¹, libre y, por tanto, responsable de su destino y es también, simultánea y estructuralmente, un ser coexistencial (social). Se es ser humano solo respecto a los demás seres humanos. En efecto, para poder satisfacer sus necesidades de coexistencia pacífica en la comunidad, el ser humano ha creado, consciente o inconscientemente, el Derecho.

Las normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico son reguladoras de la conducta humana compartida, en cuanto a la interferencia subjetiva de acciones posibles y no de acciones necesarias ni imposibles. El Derecho es eso y nada más que eso: regulador de conducta humana social. Por tanto, el ser humano es el único

¹ No existen dos seres humanos con la misma dotación genética; por eso somos únicos e irrepetibles. Sin embargo, existe el peligro que la *clonación* (consistente en la creación de seres con el mismo código genético) que la ingeniería genética realiza con los animales, sea trasladada a los humanos, con lo cual se trastocaría nuestra especie al crearse seres con el mismo contenido genético, dando lugar a que nos encontremos, como si fuera un reflejo, con seres idénticos a nosotros, dejando así de ser únicos e irrepetibles.

destinatario de las normas jurídicas (Derecho positivo) creadas por él para regular su conducta; normas que solo él puede obedecerlas. El titular de los derechos subjetivos y de los correlativos deberes es él. Él está sometido al ordenamiento jurídico, y a la vez es sujeto o titular de los derechos que él le reconoce o confiere. En suma, el protagonista del Derecho es el ser humano.

Él, por un lado, es parte de la naturaleza, por lo cual está sujeto a las leyes que rigen el mundo natural. Pero, por otro lado, a diferencia de los otros seres vivos, el humano está dotado de vida espiritual, es libre y racional, constituye un fin en sí mismo y goza de una dignidad inherente; es el substrato y agente de los seres ideales, especialmente de los valores que está llamado a realizar. Se trasciende, asimismo, y en virtud de su conciencia ética orienta sus actos a su condición de persona humana. Desde el punto de vista jurídico, el ser humano es el único centro de imputación de derechos y deberes en tanto y en cuanto ocupa cierta posición jurídica en la sociedad.

Para el iusnaturalismo, los derechos, las obligaciones y la responsabilidad tienen una referencia imprescindible al hombre. Este es el que posee derechos y deberes, pero no se identifica ni con los derechos ni con los deberes ni con las normas que regulan los derechos y deberes. Por tanto, el concepto de persona es fundante de los otros conceptos, porque a partir de la persona, se piensan los derechos, los deberes y las normas.

KELSEN recorre un camino inverso al del iusnaturalismo. Considera que sobre la base de los conceptos de sanción y de norma primaria se elaboran los demás conceptos fundamentales hasta llegar a la persona. Persona es el conjunto de derechos y obligaciones mencionados en las normas jurídicas positivas. Sin derechos y deberes jurídicos no hay persona. La teoría pura distingue entre el concepto científico-natural del hombre y el concepto jurídico de persona; aquel es una realidad natural y esta una representación auxiliar del conocimiento jurídico, a la cual podría aun renunciarse. Cuando las normas hablan de derecho o deber no se refieren al hombre sino a ciertos actos de este, como que una acción u omisión apareja una sanción.

Que el hombre sea o tenga personalidad jurídica no significa en último término otra cosa, sino que ciertas acciones u omisiones suyas constituyen, en una u otra forma, el contenido de normas jurídicas. Respecto a la distinción rigurosamente mantenida entre hombre y persona, es incorrecto, por tanto, decir que el Derecho obliga y faculta a personas. Obligados y facultados son los hombres. Es conducta humana lo que constituye el contenido de las normas jurídicas y, por ende, el contenido de los deberes y los derechos; y la conducta humana no puede ser otra cosa que conducta de hombres individuales².

2 KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, traducción por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires: Lósada, 1941, pp. 84 y 85.

Dentro de esta concepción, la persona física es una persona jurídica. El Derecho otorga el carácter de persona a algo que no es. La persona física no es el hombre, sino la personificación de un conjunto de normas reguladoras de los actos del hombre.

Ahora no cabe duda de que todos los seres humanos, sin distinción de raza o sexo o de cualquier otra índole, son personas físicas (individualmente consideradas) o jurídicas (agrupación de individuos). La coincidencia entre persona y ser humano es indiscutible, pues se han superado los estadios³ históricos en que la *esclavitud* y la *servidumbre* conducían a que muchos seres humanos no fueran considerados personas.

Nos quedamos con la concepción filosófica que tiene al ser humano como un *prius* del Derecho. Las personas son las que establecen relaciones jurídicas, son las titulares de los derechos y deberes reconocidos por el Derecho y son ellas las que se agrupan y se constituyen personas jurídicas. Ahora no es admisible la clasificación romana de los hombres en libres y esclavos, ni la consideración canónica que establecía que se es persona a partir del bautismo. En cambio, las personas jurídicas existen solamente después de su reconocimiento y regulación por el Derecho.

119. Concepto

No es difícil encontrar una respuesta a la pregunta: ¿quién es el sujeto de derecho? El sujeto de derecho es el ser humano que es tal desde su concepción hasta su muerte, considerado individual (persona natural o física) o colectivamente (persona jurídica). Las personas jurídicas no pueden referirse a entes que no sean los seres humanos, porque no tienen otra existencia que la de las personas naturales que las componen. La expresión “sujeto de derecho” es equivalente a “ser humano”. Sujeto de derecho y persona son dos términos que aluden a un mismo ente: el ser humano.

Hace notar RECASÉNS SICHES⁴ que las relaciones colectivas tienen como sujeto no a la persona auténtica, plenaria, singularmente individual, única, no canjeable ni sustituible, sino en su condición genérica de miembro de un círculo colectivo o de titular de funciones definidas o ciertos papeles, representaciones o ministerios. En el Derecho jamás tropezamos con hombres individuales de carne y hueso, en su entrañable singularidad, sino que encontramos apenas ciudadanos, funcionarios, vendedores, compradores, contribuyentes, electores, jueces, delincuentes, deportistas, obreros, miembros de la clase media, correligionarios, padres, hijos, estudiantes, profesores, etc.; en suma, categorías abstractas, tipos, cristalizaciones funcionales, porque el Derecho es precisamente una forma de vida humana colectiva.

3 Fases o etapas.

4 RECASÉNS SICHES, Luis, *Estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Utet, 1946, p. 384.

El Código Civil peruano reconoce cuatro clases de sujetos de derecho: 1) el concebido (persona por nacer o *nasciturus*), 2) la persona natural, 3) la persona jurídica y 4) las organizaciones de personas no inscritas (asociación, fundación y comités no inscritos). Estas cuatro categorías de sujetos no son sino cuatro formas o etapas de la vida humana. Como se aprecia, nuestro ordenamiento civil distingue entre concebido y persona; para el Código Civil, el concebido no es persona.

Puesto que jurídicamente se denomina *persona* o *sujeto de derecho* tanto al *individuo humano*, es decir, a la persona natural o física como a las *agrupaciones de personas* representativas de intereses comunes, o sea, lo que se conoce como *persona jurídica*, tratemos por separado unas y otras.

120. Persona natural

Las expresiones *persona física* o *persona natural* sirven para indicar a los seres humanos en sí mismos considerados. Todos y cada uno de nosotros somos personas naturales o físicas.

En otros términos, las personas naturales, o personas físicas, o personas de existencia visible, son todos los seres humanos, cuya existencia comienza con la concepción y termina con la muerte.

La palabra *persona* proviene del latín *persona*, que era la máscara que usaban los actores en las tragedias y comedias antiguas. Posteriormente se llamó *personas* a aquellos hombres de quienes se narraban hechos notables. Después se amplió el concepto para comprender a todo ser humano por su actividad ética como personaje en la escena del mundo.

El ser humano es persona por cuanto ocupa una posición o cumple alguna función en la comunidad. En cuanto es capaz de derechos y deberes, en cuanto puede transformarse en sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas.

En el lenguaje común se entiende *por personalidad* al conjunto de características o cualidades originales que distinguen a un individuo de otro, por ejemplo, X es un escritor con personalidad. En Derecho, la personalidad significa la posibilidad de ser titular de relaciones y situaciones jurídicas. La personalidad del individuo depende de las distintas relaciones y situaciones en que se halle. Para cada ser humano, otro ser humano se presenta con una específica personalidad (*homo homini persona*), por ejemplo, como hijo, socio, cónyuge, cristiano, comerciante, etc., y es conferida por el Derecho tanto a las personas físicas como a las personas naturales. Luego la personalidad es una categoría jurídica, un producto del Derecho. Los derechos y deberes que se derivan de la personalidad no abarcan totalmente al ser humano, sino que lo contemplan en tanto

y en cuanto ocupa una posición jurídica en la sociedad, v. gr., empresario, obrero, ama de casa.

No hay acuerdo sobre el inicio de la vida humana, lo cual es decisivo para el Derecho como regulador de la vida de relación del sujeto. Es más, se discute si hay inicio de la vida humana o solo transmisión de esta, puesto que el semen y el óvulo antes de la concepción son células humanas vivas.

No compartimos la doctrina que sostiene que el principio de existencia de la persona natural tiene lugar con el nacimiento⁵, porque la vida humana, como sujeto de derechos y deberes, actuales y futuros, se inicia con la concepción y termina con la muerte, que puede ocurrir antes o después del nacimiento.

Veamos brevemente cómo se inicia una nueva vida humana. La fecundación requiere la presencia en la vagina de la mujer de un promedio de 300 millones de espermatozoides, de los cuales unos cuantos llegan al óvulo y no todos tienen capacidad de fecundarlo sino solamente uno. Cuando el espermatozoide entra en contacto con el óvulo y sus membranas se reconocen pertenecientes a la misma especie, penetra rompiendo la dura membrana ovular, valiéndose para ello de una enzima; cuando la cabeza del espermatozoide ha penetrado se desprende su cola que se desintegra y la célula fecundada endurece su cubierta, formándose la membrana de fecundación, que evita la entrada de otro espermatozoide, momento en que se considera como el punto de partida de la nueva vida humana.

La concepción. Producida la fecundación, tenemos una célula con dos núcleos: el del hombre y el de la mujer, cada uno con 23 cromosomas. Este estado dura entre 2 y 4 horas y se le denomina *ovocito prenucleado* o *embrión preimplantatorio*. El núcleo es el centro de control de una célula. El núcleo del espermatozoide y el del óvulo contienen toda la información genética (ADN) necesaria para formar un nuevo ser humano. Para algunos autores, la vida humana comienza al formarse el ovocito.

Luego viene la etapa de la *singamia*, o sea, el intercambio de información y la fusión de los dos núcleos con la cual queda formado el *cigoto*, que es una célula que concentra todos los elementos de la herencia, la misma que, como cualquier célula,

5 COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, traducción por Felipe de J. Tena, Madrid: Uteha, 1938, p. 161. Expresa lo siguiente: "Antes del nacimiento no tiene el feto la personalidad jurídica". El fundamento de la tutela de los derechos del que está por nacer no radica en el hecho de "que se reconozca una capacidad parcial al concebido sobre la base de una ficción de personalidad", sino que "el fundamento de la protección estriba en la posibilidad del nacimiento, y su objeto son los derechos eventuales y futuros, no los actuales. En efecto, la adquisición de tales derechos está subordinada a la condición de que el feto viva; si esto ocurre, se verifica la adquisición; pero si no ocurre, sea por causa del aborto, o porque el feto nazca muerto, no hay pérdida o transmisión de derechos, como debería acontecer si al concebido se le reconociera una personalidad ficticia. Sencillamente, no se realiza la adquisición del derecho".

tiene 46 cromosomas (cada cromosoma tiene por lo menos un millar de genes). La etapa de la fusión dura entre 22 a 23 horas, contadas desde la concepción. Algunos autores sostienen que la vida se inicia luego de producirse la singamia, debido a que aquí se produce la clave biogenética irrepetible del individuo (*DNA fingerprint*).

Unas 30 horas después de la fecundación se inicia el proceso de “división” del cigoto. La única célula se parte por la mitad formando dos, ambas del mismo tamaño y forma; unas 20 horas más tarde se produce la segunda partición que da 4 células, luego hay otras de las que resultan 8, 16, 32, 64 y 128 células. Las células divididas permanecen agrupadas, adquiriendo pronto la forma de una mora silvestre, razón por la cual se le denomina *mórula*, del tamaño de un punto gráfico. Unos días después de la concepción, la mórula pasa por la luz de la trompa de falopio y llega hasta la matriz o útero. Es al decimocuarto día de la concepción cuando se produce la anidación en el útero. Muchos consideran que con la anidación se inicia la vida, porque a partir de este momento está perfectamente individualizado el ser humano.

Para nosotros, el concebido es ser humano; nada menos ni nada más que eso; es persona, no es ficción. Tiene derechos efectivos y no ficticios, derechos y deberes actuales y potenciales, porque su presente es anticipación y no instante, y por ello el concebido o el pársvulo, a diferencia del animal, llegará a término cargando como pasado aquello que emergió como el futuro de toda la trayectoria vital en la modelación de esa trayectoria. Así, tiene derecho a la vida, a la alimentación, puede adquirir bienes por donación, es hijo, heredero, desde ahora goza potencialmente del derecho a la educación, a elegir y ser elegido, etc., con la salvedad de que sus derechos patrimoniales se extinguirán si nace muerto.

El concebido, como el pársvulo y el ser humano en general, son proyectables. Vale para el concebido lo que para el pársvulo, sostiene Cossío⁶ lo siguiente:

Incitato, el caballo de Calígula, no se convirtió en cónsul ni en sacerdote, a pesar del famoso rescripto imperial que lo exaltaba a esas funciones, por la sencilla razón de que no le era ontológicamente posible semejante conversión [...] Un pársvulo tiene esa posibilidad personalista de que carece el animal, pudiendo ser cónsul, cardenal o rey desde su más tierna infancia: es porque su tiempo existencial lo tiene proyectado o estampado en el consulado, el cardenalato o el trono como un programa o proyecto que anticipa el futuro.

Ningún ser humano puede ser extrañado del Derecho. Todo ser humano es sujeto de Derecho. El concebido es un ser humano. Es sujeto de derecho porque el ordenamiento jurídico le reconoce derechos y le impone los deberes correlativos; por

⁶ Cossío, Carlos, *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 150.

tanto, es persona. Puede ser propietario, por ejemplo, de un bien inmueble; o sea, tiene derecho a la propiedad y la correlativa obligación a este Derecho, como el de pagar los correspondientes impuestos al Estado; solo que estos derechos y correlativos deberes no son ejercidos por él, por carecer todavía de vida independiente y de discernimiento, sino por sus representantes legales, tal como acontece con las personas recién nacidas que aún no tienen discernimiento. Si el concebido tiene derechos y deberes, sí puede ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas, ocupa una posición en la vida de relación social, es un actor más de este mundo y, por tanto, es persona, aunque el Código Civil peruano no lo reconozca como tal.

El embrión es una nueva vida humana, vale decir, es una nueva persona humana única, intransferible, insustituible y proyectable. Todo ser humano es persona por su solo ser individual, propio, independientemente de su conciencia. La calidad de persona no depende del comportamiento voluntario del sujeto. El concebido es un niño no nacido. Así lo entiende la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, presentada por la Comisión de los Derechos Humanos en marzo de 1989, en cuyo preámbulo se lee:

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, el niño, por su afán de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

El art. 1 de esta convención dice: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Y el Código de los Niños y Adolescentes peruano, en su art. 1 expresa: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad”. Queda así entendido que son personas todos los seres humanos desde su concepción por ser susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Todo ser humano, tenga o no vida consciente, es apto para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad de derecho, o de goce, o jurídica, es inherente a toda persona natural, desde su concepción hasta su muerte, para que pueda llegar a ser titular de los derechos subjetivos que le reconoce y confiere el ordenamiento jurídico. Claro está, como todo en Derecho, con algunas incapacidades relativas o especiales como excepción (por ejemplo, el presidente de la República no puede adquirir bienes nacionales; el Derecho no le reconoce ese derecho subjetivo —C. C., art. 1366—).

En el Derecho moderno han desaparecido las instituciones que privaban al ser humano de su condición de persona, es decir, le desconocían su calidad de sujeto de

derecho: la esclavitud que asimilaba el ser humano a las cosas, y la muerte civil que lo consideraba como inexistente. Esta última era una ficción por la cual los condenados a deportación por cometer ciertos delitos graves y los sacerdotes que ingresaban en algunas órdenes monásticas, haciendo votos perpetuos de obediencia, pobreza y castidad, perdían todos sus derechos, eran considerados civilmente muertos. En el primitivo derecho germánico, el juez, al condenarlos a la muerte civil, pronunciaba estas palabras:

Tú quedarás fuera del Derecho. Viuda es tu mujer; sin padre tus hijos. Tu cuerpo y tus carnes son consagrados a las fieras de los bosques, a los pájaros del aire, a los peces de las aguas. Los cuatro caminos del mundo se abren ante ti para que vayas errante por ellos; donde todos tienen paz, tú no la tendrás⁷.

Los efectos de esta pena eran la disolución del vínculo matrimonial, la apertura de la sucesión y la pérdida de todos los derechos civiles y políticos.

121. Capacidad de la persona⁸

La capacidad (*de capacitas*) es la aptitud que tienen las personas para el goce y el ejercicio de los derechos subjetivos que les reconoce el ordenamiento jurídico. Goza de un derecho el que es su titular; lo ejerce el que lo practica mediante los actos jurídicos destinados a producir algunos efectos⁹.

Quien tiene capacidad puede adquirir derechos y contraer obligaciones, así como ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones. Estos dos elementos, el goce y el ejercicio de un derecho, reunidos, constituyen la plenitud de la capacidad de un sujeto. Separados, dan lugar a dos clases de capacidad: capacidad de goce y capacidad de ejercicio¹⁰.

7 Véase BORDA, Guillermo, *Manual de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, p. 155.

8 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, Lima: Editorial San Marcos, 1998, p. 103 y ss.

9 SAVIGNY fue el primero en definir la capacidad como la *aptitud* para ser sujeto de derechos o aptitud para ejercerlos. Cuando preguntamos ¿quién puede ser sujeto de una relación jurídica?, hacemos referencia “a la posesión posible de los derechos, o sea, a la *capacidad de derecho*; pero otra cosa es la “posibilidad de su ejercicio, o sea, la *facultad de obrar*” (*Sistema del derecho romano actual*, t. I, ob. cit., p. 272).

DEMogue, René, *Traité des obligations en général*, t. 2. París: ROUSSEAU, 1923, n.º 661. La capacidad es “la aptitud para poseer o para ejercer derechos”.

10 En la doctrina alemana, el vocablo *Fähigkeit* indica aptitud, habilidad, *capacidad*; a la aptitud para ser sujeto de derechos se le denomina *rechtsfähigkeit* (capacidad de derecho), y a la aptitud para ejercerlos mediante negocios jurídicos, *geschaftsfähigkeit* (capacidad negocial o capacidad de ejercicio). En Francia se habla de *capacité de jouissance* (capacidad de goce) y de *capacité d' exercise* (capacidad de

No hay otro centro de imputación de deberes y derechos que no sea el ser humano que es tal desde su concepción hasta su muerte, aparte de su consideración como persona por nacer (concebido), persona nacida, persona jurídica o agrupación de personas no inscritas. A este centro de imputación se lo denomina *subjetividad jurídica*. Además, es clásica la distinción de la capacidad en: a) capacidad de goce o jurídica (aptitud para ser titular y gozar de los derechos subjetivos conferidos al sujeto por el ordenamiento jurídico), y b) capacidad de ejercicio o de obrar (aptitud para ejercer personalmente tales derechos). A su vez, la capacidad de ejercicio se divide en: 1) capacidad natural o de discernimiento (ejemplo: el menor que tiene discernimiento puede por sí mismo aceptar una donación pura –C. C., art. 455–), y 2) capacidad legal que se adquiere al cumplir dieciocho años de edad.

La incapacidad es la falta de idoneidad para adquirir un derecho (incapacidad de goce) o para ejercerlo (incapacidad de ejercicio). El incapaz no está en condiciones de concluir válidamente un acto jurídico. El acto ejecutado por quien no tiene capacidad de goce es nulo. Y el acto cumplido por una persona sin capacidad de ejercicio será nulo o anulable, según que la incapacidad sea absoluta o relativa. Veamos por separado la capacidad de goce y la de ejercicio.

121.1. Capacidad de goce o jurídica

La capacidad de goce (llamada también *jurídica* o de *derecho*) es la aptitud o idoneidad que tiene el sujeto para ser titular de derechos y deberes. Dicho en otros términos, la capacidad jurídica se da si el sujeto es apto para ser titular de relaciones jurídicas, ya como sujeto activo (titular de derechos), ya como sujeto pasivo (titular de deberes).

La capacidad de goce se adquiere plenamente con el nacimiento. El concebido tiene capacidad de goce, pero supeditada a que para atribuirle derechos patrimoniales es necesario que nazca vivo (C. C., art. 1). La concepción de un ser humano, el nacimiento de una persona natural y la constitución de una persona jurídica entrañan la consecuencia de ser considerado un miembro más de la comunidad en la cual se instala, porque de inmediato es titular de derechos y deberes, aun cuando no los conozca ni esté en condiciones de conocerlos (v. gr., el concebido, el recién nacido) o no pueda ejercerlos personalmente.

Todo ser humano tiene el goce de sus derechos civiles, salvo las excepciones establecidas por la ley (art. 3); el art. 1446 del Código de Andrés Bello, que rige en Chile, el cual indica lo siguiente: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”. La capacidad jurídica pertenece a todo ser humano; solo

ejercicio). En la doctrina italiana se llama *capacità giurídica* y *capacità di agire* (capacidad jurídica y capacidad de obrar) (VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho civil*, 8.^a ed., t. 1, Bogotá: Temis, 1979, p. 501).

excepcionalmente y por disposición expresa de la ley, una persona puede ser privada de determinados derechos civiles. Por eso, la incapacidad jurídica no puede ser sino especial, pues no priva al incapaz, sino del goce de uno o más derechos específicos y no de todos sus derechos civiles. Una persona jamás puede ser privada de todos sus derechos civiles. Superados los estadios históricos de la esclavitud y la pena de la muerte civil, por las cuales muchos seres humanos no fueron considerados personas, los términos *persona* y *ser humano* (sujeto de derecho por autonomía) son coincidentes. Sin embargo, a pesar de la coincidencia, en Derecho no se suele hablar de ser humano sino de persona natural o física para referirse a los seres humanos. Esto se debe a que son sujetos de derechos y obligaciones tanto los seres humanos como ciertas entidades, agrupaciones o colectivos (personas jurídicas) a los que el derecho ha personificado por razones de diversa índole.

No existe, pues, una incapacidad absoluta de goce, puesto que ninguna persona puede estar privada de todos los derechos, como sucedía, por ejemplo, con la esclavitud y la pena de muerte civil¹¹, hoy desaparecidas. Solo puede existir una incapacidad relativa de goce expresamente establecida por ley en defensa de intereses superiores, de la moral, del orden público y también en protección de intereses particulares. La incapacidad de goce no permite adquirir un derecho y se presenta como una *capitis diminutio* relativa, por cuanto no se pueden establecer incapacidades generales de goce. La regla es la capacidad de goce y la excepción, la incapacidad relativa de goce.

Las limitaciones de la capacidad jurídica las ha previsto expresamente la ley (ejemplo, los casos contemplados en los arts. 1366, 515, 538 del C. C., y 71 de la Constitución). El que por ley está privado de ser titular de ciertos derechos subjetivos, no puede ejercer estos por sí mismo ni mediante representante, porque no se puede ejercer un derecho que no se tiene: no tiene capacidad jurídica para gozar de estos derechos. Así, el art. 71 de la Constitución de 1993 prescribe lo siguiente:

[D]entro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles, ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder en beneficio del Estado, el derecho así adquirido.

O sea, los extranjeros tienen los mismos derechos civiles que los nacionales, pero excepcionalmente están privados de adquirir los derechos subjetivos de propiedad y posesión de los bienes señalados en el art. 71 de la Constitución: no tienen capacidad para ser titulares de estos derechos. No es esta una incapacidad de ejercicio, como lo han sostenido algunos, porque si así fuera, los extranjeros podrían adquirir los derechos

11 La muerte civil de las legislaciones antiguas perduró hasta mediados del siglo pasado. Los condenados por delitos graves a deportación eran reputados civilmente muertos. Véase a este respecto las anotaciones que hace BORDA, *Manual de derecho civil. Parte general*, ob. cit., p. 155.

mentionados mediante representante o por interpósita persona, lo cual no pueden hacer, simplemente, porque no tienen capacidad jurídica para ello.

Muchas veces las causas de capacidad de ejercicio restringida, v. gr., la edad, la enfermedad, la condena penal, pueden extender o restringir la capacidad jurídica. Así, el menor no puede otorgar testamento; los menores que no han cumplido catorce años de edad no pueden contraer matrimonio; el demente no puede ser tutor o curador, el que sufre pena de prisión no puede circular libremente dentro y fuera del país. Estas personas no son titulares de los derechos subjetivos de testar, de contraer matrimonio, de ser representante legal de otra persona, de la libertad de tránsito, esto es, no tienen capacidad jurídica o de goce de estos derechos.

El Derecho regula apenas conducta humana posible; dentro de estos límites en Derecho nada es imposible, siempre que se trate de una finalidad lícita, salvo, como alguien ha dicho, el convertir a un hombre en mujer: por tanto, es posible restringir por razones superiores (que pretendan no la negación sino la afirmación de la personalidad jurídica del ser humano) la capacidad de goce de las personas, pues ello implica limitar la libertad de estas, lo que es normal en Derecho: lo anormal es una libertad ilimitada que no es otra cosa que la negación de la propia libertad, para dar paso a la ley del más fuerte, convirtiendo al hombre en lobo del hombre.

Un sector de la doctrina considera que existe identidad conceptual entre *subjetividad, personalidad y capacidad jurídica*¹² y afirma que no se puede establecer limitaciones a la capacidad jurídica, debido a que esta:

[N]o puede operar como un instrumento de discriminación, porque representa el aspecto estático y puro del sujeto, la abstracta posibilidad. Ello corresponde a la capacidad de ejercicio, la cual expresa, en el ámbito de la concreta realización de los fenómenos jurídicos, el aspecto dinámico e impuro de la condición del sujeto¹³.

No participamos de esta doctrina, porque si bien es cierto que los términos *subjetividad y capacidad jurídica* son conexos, no son sinónimos.

Con la palabra *subjetividad* o sujeto de derecho se alude al ser humano, considerado individualmente (persona natural) o agrupado con los demás (persona jurídica), como el centro de imputación jurídica, esto es, como el titular de un complejo de derechos y deberes que le atribuye el ordenamiento jurídico, o sea, el Derecho

12 LASARTE: "Se afirma que la capacidad jurídica no es susceptible de graduaciones o matizaciones: se tiene o no se tiene: se es persona o no. Con lo que, a fin de cuentas, los términos, capacidad jurídica y personalidad vienen a ser coincidentes" (LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de derecho civil*, t. I, Parte general y derecho de la persona, 4.^a ed., 1995, p. 197).

13 BUSNELLI, citado por Juan ESPINOZA, *La tutela jurídica de los sujetos débiles*, tesis presentada en la UNMSM, para optar el grado de magíster, Lima, 1997, p. 1.

positivo. Se es sujeto de relaciones jurídicas, es decir, de relaciones sociales reguladas por el Derecho, lo cual presupone la capacidad jurídica. Pero el sujeto es mucho más que su vida social regulada por el Derecho: es también su vida social no regulada por este, además de la inmensidad de su vida síquica poco conocida y ajena al precepto. El sujeto lo es desde su concepción hasta su muerte; el concebido es titular de derechos (puede adquirir bienes por herencia, legado o donación; tiene derecho a los alimentos; si por dolo o culpa de un tercero fallece, sus padres tienen derecho a indemnización; tiene derecho a ser indemnizado por los daños que sufra mientras se encuentra en el seno materno: puede ser reconocido como hijo extramatrimonial; ser beneficiario de un contrato de seguro, contraer obligaciones correlativas a los derechos adquiridos, etc.). Por tanto, es sujeto de relaciones jurídicas, o sea, es un actor de la vida social, como lo es un sujeto nacido menor o mayor de edad: por ello, en nuestra opinión, es una persona¹⁴ natural, aunque, como sabemos, para el Código Civil no lo es sino a partir del nacimiento, lo cual no es más que una ficción que se mantiene en casi todas las legislaciones, no obstante, que el concebido es una persona por nacer, pero no por eso puede ser considerado como menos ser humano que un ser humano nacido.

Los derechos no patrimoniales del concebido son incondicionados y los patrimoniales están sujetos a la condición resolutoria, no suspensiva, de que nazca vivo. Siendo el concebido un sujeto de derecho, para todo cuanto le favorezca tiene una capacidad jurídica más limitada que la del nacido, pero no por eso es menos sujeto o menos vida humana o menos persona. El sujeto es la persona, la vida humana, y la capacidad es una de sus cualidades. El sujeto ha creado el Derecho para hacer posible una vida de relación ordenada, pacífica y justa, por cuyas razones superiores, en ocasiones, es necesaria la limitación de la capacidad jurídica. El sujeto no es solamente su capacidad jurídica y su capacidad de actuar, sino, antes que todo esto, el sujeto “es también un *prius* del ordenamiento jurídico: no porque existe el ordenamiento jurídico vienen a existir esos sujetos, sino porque existen esos sujetos viene a existir y existe el ordenamiento jurídico”¹⁵.

El sujeto o persona o vida humana es un presupuesto, un dato anterior, preexistente y trascendente al Derecho; la personalidad es inmanente al ser humano, personalidad que es reconocida, no atribuida por el Derecho. Por el contrario, las

14 La palabra *persona* proviene de una voz latina idéntica, tomada de la máscara que usaban los actores de aquel tiempo, empleada también para resonar más la voz (del verbo *personare*), de donde pasó a significar al propio actor, luego el personaje representado y finalmente el ser humano, protagonista de la vida, actor de este gran teatro del mundo. Como tecnicismo no parece haberse aplicado el vocablo sino en los tiempos del emperador Teodosio II y para contraponerlo al esclavo, ser carente de derechos y obligaciones, aunque no de cargas y trabajos. Personalidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones: también significa la diferencia individual que distingue a cada uno de los demás, o el carácter bien definido de cada ser humano.

15 BARBERO, Doménico, *Sistema del derecho privado*, t. II, traducción por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1967, p. 189.

personas jurídicas solamente son tales en cuanto son reguladas y admitidas por el Derecho; este les atribuye personalidad jurídica. Jurídicamente se habla de personalidad para referirse al reconocimiento de alguien como sujeto de derechos y deberes, bien porque por su naturaleza es idóneo para ello (persona humana) o bien porque el derecho ha considerado conveniente reconocer a un conjunto de personas (persona jurídica) como un miembro más de la comunidad.

BARBERO¹⁶ explica que la “personalidad jurídica” es una calificación formal por efecto de la cual un ente se considerará “sujeto de derecho”. La personalidad jurídica y la capacidad jurídica son distintas; “la personalidad jurídica es un *quid simple*, mientras la “capacidad” es un *quantum* y, por tanto, susceptible de medición por grados. Se puede ser, como “persona”, más o menos “capaz”; no se puede ser más o menos “persona”. Persona se es o no se es: totalmente, radicalmente. De manera que a propósito de las “personas jurídicas”, dicho sea *aquí per incidens*, quien ha distinguido entre una personalidad plena y una personalidad limitada o atenuada, está atrapado en esa confusión, tomando la “personalidad del ente” por la “capacidad de la persona” (o por la “autonomía patrimonial”). La personalidad jurídica del ser humano es reconocida, no atribuida, por el Derecho; la atribución es obra de la naturaleza misma. El Derecho puede atribuir, en cambio, personalidad y una cierta capacidad de derecho a entes distintos del ser humano que no la tengan por naturaleza.

En ocasiones, por disposición del Derecho, un ente puede tener “capacidad jurídica” aun cuando carece de “personalidad jurídica”. Por ejemplo, el art. 21 del D. Leg. N.º 816 del 20 de abril de 1996, Código Tributario, dice:

Art. 21. Capacidad tributaria. Tienen capacidad tributaria las personas naturales o jurídicas, comunidades de bienes, patrimonios, sucesiones indivisas, fideicomisos, sociedades de hecho, sociedades conyugales u otros entes colectivos, aunque estén limitados o carezcan de capacidad o personalidad jurídica según el Derecho privado o público, siempre que la ley le atribuya la calidad de sujetos de derechos y obligaciones tributarias.

Así, un *joint venture* es una simple relación contractual, no es una persona jurídica distinta de los contratantes, y sin embargo, es sujeto de obligaciones tributarias.

La capacidad jurídica puede ser general, cuando es atribuida para la totalidad de los derechos subjetivos reconocidos a las personas por el ordenamiento jurídico, y especial, cuando se refiere a ciertos derechos: por ejemplo, para la adopción se requiere que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar (art. 378.2). La capacidad jurídica general se adquiere por el nacimiento (art. 1), mientras que la capacidad jurídica especial se establece caso por caso.

121.2. Capacidad de ejercicio o de obrar

La capacidad de ejercicio (denominada también capacidad de obrar, capacidad de hecho, capacidad negocial, capacidad de negociar, capacidad de actuar) es la aptitud o idoneidad que tiene el sujeto para ejercer personalmente sus derechos y asumir deberes.

Como expresa BARBERO¹⁷, la capacidad de actuar es “la medida de la idoneidad para determinar por acto propio modificaciones activas o pasivas en la propia esfera de relaciones jurídicas, es decir, para adquirir, modificar o perder la titularidad de las relaciones”.

La capacidad de ejercicio presupone necesariamente la capacidad de goce; no se puede ejercer un derecho que no se tiene. En cambio, la capacidad de goce puede existir sin la de ejercicio. Un sujeto titular de derechos puede ser capaz o incapaz de ejercerlos. Por consiguiente, toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene capacidad jurídica, sea un niño de corta edad o un demente, sea una persona física o jurídica; pero no toda persona que tenga capacidad jurídica tiene capacidad de ejercicio; no toda persona que tiene el goce de sus derechos civiles, como sucede, v. gr., con un niño o con un loco, tiene la capacidad de ejercicio de estos. Por ejemplo, un demente titular de un patrimonio carece de capacidad para venderlo, hipotecarlo, arrendarlo, etc.¹⁸

La capacidad de ejercicio puede ser:

- a) *General*. Es la capacidad atribuida para ejercer todos los actos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico; o
- b) *Especial*. Es la capacidad atribuida para determinados actos singulares. La capacidad de ejercicio general puede ser plena o atenuada.
 - b.1) *La capacidad general plena*. Es la que se adquiere al cumplir dieciocho años de edad y es conferida al sujeto para realizar todos los actos que sean de su interés, sean extrapatrimoniales o patrimoniales, de administración o de disposición o gravamen (de administración extraordinaria).
 - b.2) *La capacidad general atenuada*. Es la que, respecto a la anterior, no es plena, pero es general, por cuanto el sujeto puede realizar todos los actos que sean de su interés, pero con excepción de determinados actos que no puede ejecutar sino con la asistencia de otras personas. Por ejemplo, el mal gestor que ha sido declarado interdicto por esta causa no puede realizar actos de disposición o gravamen de su patrimonio sin el asentimiento especial de su curador, pero sí puede cumplir todos los actos

17 *Ibid.*, p. 190.

18 VALENCIA ZEA dice: “La capacidad jurídica, o sea, la capacidad para ser titular de derechos sujetivos patrimoniales, la tiene toda persona sin necesidad de que esté dotada de una voluntad reflexiva; en cambio, la capacidad de obrar o capacidad negocial está ligada a la existencia de una voluntad reflexiva”. (VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, ob. cit., p. 502).

de mera administración de sus bienes si al instituir la curatela no se ha fijado limitación para ello; puede celebrar todos los contratos relativos a sus necesidades ordinarias, contraer matrimonio, reconocer al hijo extramatrimonial, etc. Su capacidad es general porque puede realizar todos los actos, pero atenuada porque le está vedado realizar actos de disposición o gravamen sin la autorización o asistencia de su curador, y si los ejecuta no son nulos sino solo anulables (incapaz relativo). Es capaz para realizar unos actos e incapaz para otros.

Igualmente, la capacidad de ejercicio especial puede ser plena o atenuada¹⁹.

- b.3) *Capacidad especial de ejercicio plena*. Es la que autoriza a celebrar libremente determinados actos jurídicos, sin requerirse la autorización de nadie. Por ejemplo, el menor capaz de discernimiento puede aceptar legados y donaciones puras sin la intervención de sus padres (art. 455); el menor que tiene discernimiento puede realizar por sí mismo todos los contratos relativos a sus necesidades ordinarias sin requerirse la intervención de sus representantes legales (art. 1358).
- b.4) *Capacidad especial de ejercicio atenuada*. Es la que facilita para efectuar ciertos actos con la asistencia o autorización de otras personas. Verbigracia, la del menor que tiene discernimiento que puede ser autorizado para trabajar (art. 457); el hombre y la mujer que han cumplido catorce años de edad pueden contraer matrimonio con el asentimiento expreso de sus padres.

En la mayoría de los casos, la capacidad especial de ejercicio plena o atenuada es conferida a los menores que cuentan con capacidad natural de ejercicio, en la cual nos ocupamos en seguida.

La *capacidad de ejercicio* puede ser natural (aptitud de apreciar o valorar las cosas) o legal (se adquiere al cumplir dieciocho años de edad).

La *capacidad natural* de ejercicio o capacidad de discernimiento es la aptitud que tiene la persona que ha alcanzado un cierto grado de desarrollo mental que le permite comprender el significado de sus actos, esto es, sabe distinguir entre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito, lo que puede beneficiarlo y lo que puede perjudicarlo. No hay una edad concreta desde la cual se adquiera la capacidad natural: en cada caso se confirmará si el sujeto ha actuado o no con discernimiento, y si hay duda o conflicto, resolverá, en último caso, el juez.

Por excepción, la ley autoriza expresamente a los menores que tienen discernimiento a realizar ciertos actos, es decir, los faculta para que, sin cumplir la edad de dieciocho años, fijada por la ley arbitraria y rígidamente para que el sujeto cuente

19 Véase BARBERO, *Sistema del derecho privado*, ob. cit., pp. 199 y 200.

con plena capacidad de ejercicio, mediante el acto jurídico ejerzan por sí mismos sus derechos (ejemplo, los arts. 455, 456, 457, 530, 557, 378.4 del CC).

En la realidad práctica comprobamos que los menores no privados de discernimiento se desenvuelven por sí solos con relativa frecuencia en el tráfico, celebrando diversos contratos, y nadie duda de su capacidad para entender el alcance de los actos que cumplen y, por tanto, para manifestar su voluntad libre y vinculante, esta actuación de los menores no privados de discernimiento encontraba amparo en el art. 1358 del Código Civil, el cual disponía: "Art. 1358.- Artículo 1358.- Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria". Sin embargo, el D. Leg. N.º 1358 lo ha modificado en el siguiente texto: "Art. 1384.- Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria". Esas personas con capacidad de ejercicio restringido son: los mayores de 16 años, menores de 18 años de edad; los pródigos; los que incurren en mala gestión; los ebrios habituales; los toxicómanos; las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

No cabe duda de que ahora los niños por diversas razones, entre las cuales se incluyen la televisión y la computación, maduran mentalmente más rápido que antes. Hoy día ya no podemos mencionar como ejemplos de los actos que puede realizar el menor solo el comprar caramelos, refrescos o cualquier golosina, o que solo actos de esa naturaleza constituyen sus necesidades ordinarias. No, definitivamente no es así. Ahora los menores de corta edad realizan actos de mayor trascendencia económica y sus necesidades con la vida moderna se han incrementado en forma exagerada. Un padre (hablamos por experiencia) entrega a su hijo de ocho años el dinero para que pague su pensión de enseñanza, que no es poca cosa, para que adquiera sus útiles escolares, sus artículos deportivos, para que cancele la cuota del club de toda la familia, para que llame por teléfono al restaurante y solicite y pague el almuerzo que sirven a domicilio, que reciba o cubra el alquiler de la casa, y ni siquiera nos preocupamos porque lo vayan a engañar con el "vuelto". Ese niño de seis años o de unos años más, se vuelve un experto en computación, y como sus necesidades ordinarias crecen y tiene que incrementar la capacidad de su computadora o repararla, pide autorización a sus padres para comprar nuevos aditivos, repuestos, o nuevos programas de *software* para llamar al técnico y hacer reparar la máquina, etc. A otros niños los vemos atendiendo negocios abiertos al público o comercio ambulatorio, impelidos por su necesidad de sobrevivir, etc. Todo esto obliga a interpretar el art. 1358 adecuándolo a la nueva realidad, y para eso no es indispensable rebajar la mayoría de edad a menos de 18 años.

Hay que considerar la contratación por medios informáticos que se va imponiendo en el mundo actual, procedimiento en que los contratantes no están presentes

físicamente, ni hay comunicación oral entre ellos, por lo cual no se puede saber si con quien se está contratando es o no mayor de edad, o si es un incapaz legal relativo o absoluto. Pero, a no dudarlo, si dicha persona está negociando por conducto de estos medios, es porque tiene capacidad de discernimiento suficiente como para contratar. Por tanto, en protección de la buena fe e introduciendo, como lo hacían los pretores romanos, medios más equitativos para regular las relaciones jurídicas, es necesario que en este campo de la contratación se establezca como principio la capacidad de discernimiento y como excepción la incapacidad. Es como volver y reformular las leyes de las *Partidas*: ley 6, título xix, partida vi:

Diciendo, o otorgando el que fuese menor, que era mayor de veinticinco años, si ouiesse persona, que paresciesse de tal tiempo, si lo *faze* engañosamente, valdría el pleyto que assi fuere hecho con el, en *non deue* ser desatado después, como quier que non era de edad quando lo hizo...

Título xix, *partida* vi: "Como deue ser entregados los menores si algún daño, o menoscabo, recibieron en sus bienes por culpa de sí mismos, o de aquellos que los tuvieren en guarda". No nos alarmemos por mencionar leyes antiguas, pues más antiguas son todavía las que suponían que la persona había actuado con capacidad. Después de todo, la historia es buena consejera, enseña a la humanidad a caminar sobre suelo firme.

La *capacidad legal plena de ejercicio* se adquiere a los dieciocho años de edad (C. C., art. 42), salvo los casos de incapacidad de ejercicio absoluta contemplados en el art. 43 y los casos de incapacidad de ejercicio relativa señalados en el art. 44.

122. Persona jurídica

122.1. Concepto

Como sabemos, tanto en el lenguaje jurídico como en el común, los derechos, deberes, comportamientos y responsabilidad civil no están referidos solo a las personas naturales, sino también a menudo a entes colectivos (v. gr., una sociedad anónima) o a entes individuales (una empresa individual de responsabilidad limitada –Ley n.º 21621)²⁰ que son organizaciones con personalidad jurídica diferente a la de sus titulares. Se dice, por ejemplo, que un cierto edificio pertenece al municipio de Lima,

²⁰ Ley n.º 21621, art. 1: "La empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de pequeña empresa..."

que una sociedad anónima es deudora o acreedora de una suma de dinero, que un hospital ha aceptado un legado testamentario, que la ejecución de una obra ha sido adjudicada a determinada empresa individual de responsabilidad limitada, que el Banco X fue condenado a pagar una fuerte indemnización por el daño causado con un vehículo de su propiedad, que un Estado declaró la guerra a otro Estado, etc. Estos entes públicos o privados son considerados como sujeto de derecho de modo análogo a las personas naturales, y por eso son designados como personas jurídicas o morales. Las personas jurídicas no pueden estar en el mismo rango que las personas naturales, por la obvia razón de que aquellas son el instrumento de estas, ya que son constituidas y administradas por seres humanos para la realización de intereses de los cuales son titulares, en última instancia, siempre y solamente personas humanas.

La persona jurídica o persona moral no es algo físico y tangible como lo es la persona natural. La persona jurídica, por lo general, es la agrupación de sujetos individuales para el logro de ciertos fines (políticos, mercantiles, civiles, estéticos, religiosos, etc.) que el ordenamiento jurídico reconoce como instrumento de organización social distinta de los miembros que la integran, tales como el Estado, el municipio, sociedades, asociaciones, fundaciones, comités, universidades, cooperativas, la Iglesia, organismos internacionales, etc. Pero también existen las personas jurídicas no constituidas por una agrupación de personas, sino por voluntad unipersonal. Una sola persona individual puede ser, por ejemplo, titular de una o más empresas individuales de responsabilidad limitada.

El reconocimiento de la *personalidad* de las *personas jurídicas*, hayan sido creadas mediante un acto de voluntad de varias personas naturales o por una voluntad unipersonal, se sustenta en el hecho de que la *persona jurídica* es distinta de la persona o personas que la constituyen, es decir, tiene existencia propia; tiene un patrimonio distinto al de su titular o titulares; la persona jurídica, y no la persona o personas físicas que la han constituido, es la titular de los derechos y obligaciones que le reconoce el ordenamiento jurídico; es la responsable civil por los daños derivados de la actividad para la cual fue creada; carece de corporeidad y de espíritu, y, sin embargo, es el centro de imputación de una serie de conductas que el Derecho le atribuye a ella y no a los sujetos que actúan por ella (sus órganos de gobierno: gerencia, directorio, etc.); por ello, las personas jurídicas compran, venden, otorgan o reciben créditos, otorgan o aceptan garantías, toman o dan en arrendamiento, etc. La personalidad jurídica de esas personas es el elemento diferenciador de la persona jurídica de la comunidad de bienes o copropiedad (C. C., art. 969 y ss.). Mientras que a todo ser humano se le debe otorgar personalidad, es el ordenamiento jurídico vigente en cada país el que decide cómo y en qué condiciones puede otorgarse aquella a las personas jurídicas.

122.2. Teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas

En vista de la dificultad de establecer cuál es la naturaleza de las personas jurídicas, han surgido diversas teorías, a las cuales hacemos una breve alusión:

- a) *Teoría de la ficción.* Para SAVIGNI, solamente el hombre, concreto e individual, es persona para el Derecho. Toda situación no reducible al hombre solo puede adquirir personalidad por medio de una ficción. Las personas jurídicas o colectivas son ficciones del Derecho, creaciones artificiales dotadas de capacidad para cumplir sus fines, pero carentes de base real. El Derecho, por razones de utilidad, crea ficticiamente sencillas entidades a las que confiere derechos y deberes. La persona jurídica es un instrumento técnico-jurídico para alcanzar fines concretos.
- b) *Teoría de la realidad u organicista.* Defendida por Julius VON GIERKE, para quien la persona jurídica no es en modo alguno una ficción: es una realidad natural, que el Derecho no hace sino reconocer, como reconoce también al hombre. Los hombres se reúnen para el logro de sencillos fines y, de este modo, crean una entidad distinta de ellos, titular de derechos y obligaciones, sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Este ente posee una voluntad social que se independiza de cada uno de sus miembros. Como en los compuestos químicos, cuyos elementos producen una nueva sustancia, en la persona jurídica el conjunto de sus miembros crea una nueva realidad.
- c) *Teoría individualística.* La persona jurídica no es más que una pantalla, tras la cual se ocultan los individuos humanos, que son los únicos y verdaderos sujetos de derecho (IHERING).
- d) *Teoría de la abstracción.* Propugnada por COVIELLO, quien, con base en que solo el hombre es sujeto de derecho, sostiene que una cosa es fingir y otra cosa es abstraer: fingir es moverse en lo irreal; abstraer quiere decir elevarse de una realidad concreta a una realidad ideal, que, por lo demás, es realidad. La persona jurídica consiste en considerar a los hombres conjuntamente vinculados como si fuesen una sola persona.
- e) *Teoría de la institución o de la organización.* Maurice HAURIQU²¹ define la institución como:

[U]na idea de obrar o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder, que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se procuran manifestaciones de comunión dirigidas por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos.

21 HAURIQU, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación*, Ensayo de vitalismo social, trad. de Arturo Enrique Sampay, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968, p. 42 y ss.

En el ser humano existe la tendencia natural a incorporar una idea en una organización a fin de asegurar la continuidad; así es como se fundan las instituciones (clubes, sindicatos, etc.). El concepto de *institución* se entiende sobre la base de la noción de *unidad de fin*. Mientras la *unidad física* se da cuando el conjunto es homogéneo (ejemplo, un bloque de hierro), la unidad de fin acontece cuando los diversos elementos se relacionan entre sí en orden a la consecución de un fin. En la persona jurídica el fin es el que confiere unidad al conjunto.

Cuando algunas personas colaboran de un modo estable en la realización de un fin específico, se produce un fenómeno de interpenetración de las conciencias individuales que crea un ambiente, un espíritu de cuerpo que se refleja en la conducta de esas personas. La vida colectiva moldea las relaciones entre los miembros de esas comunidades y genera una organización, una serie de normas y un sistema de dirección o gobierno. Esa es la institución, caracterizada por tres elementos: 1) una idea de obra o de empresa por realizar en un grupo social; la idea de obra forma el vínculo social y anima a sus miembros; 2) el poder organizado puesto al servicio de esta idea para su realización: es lo que se denomina *organización de la institución*; 3) la manifestación de comunión que se produce en el grupo social respecto de la idea y de su realización.

La idea de obrar es el elemento rector, el objeto de la empresa, lo que confiere unidad a la entidad que se origina con la reunión de diversas personas naturales. Todo cuerpo constituido es para realizar una obra en una agrupación social o en beneficio de esa agrupación. La persona jurídica existe, pero existe con una existencia teleológica, finalista.

Con respecto a las instituciones, indica HAURIOU²² lo siguiente:

[N]acen, viven y mueren jurídicamente; nacen por operaciones de fundación que les suministran su fundamento jurídico al continuarse; viven una vida a la vez objetiva y subjetiva, gracias a operaciones jurídicas de gobierno y de administración repetidas y, además, ligadas por procedimientos; por fin, ellas mueren por operaciones jurídicas de disolución o de abrogación. De este modo, las instituciones representan jurídicamente la duración, y su urdimbre sólida se cruza con la trama más floja de las relaciones jurídicas pasajeras.

- f) *Teoría del patrimonio como finalidad.* BRINZ afirma que en el fenómeno de la persona jurídica va implícito, no el concepto de persona, sino el de patrimonio destinado a un fin; de manera que la persona jurídica, en vez de expresar un “sujeto sin persona física”, expresaría, por el contrario, “un patrimonio sin sujeto”, es decir, un patrimonio cuya enucleación, en vez de estar individualizada y mantenida en conjunto por la “pertinencia a un sujeto”, estaría individualizada y sostenida por el “destino a una finalidad”.

22 Hauriou, Maurice, Teoria dell'istituzione e della fondazione, Milano: Giuffre, 1967, p. 37.

No solo el ser humano aislado es sujeto de derecho, sino también la agrupación de seres humanos que tienen que unirse para el logro de fines concretos. Estos grupos de personas son configurados por el Derecho de *personas jurídicas*, o entidades formalmente distintas de los miembros individuales que los integran. Las personas jurídicas no son formas naturales, ni realidades naturales, pues ningún ser humano se ha encontrado en la calle y se ha saludado y abrazado con el Estado, la universidad, el banco, la sociedad "Publicidad S. A.", etc., sino que son realidades puramente formales, realidades normativas, ideológicas, que viven en el ámbito del Derecho: pues es una realidad, por ejemplo, que cuando el gerente de una sociedad anónima compra un bien para la sociedad o vende uno de esta, los derechos y las obligaciones que se derivan del contrato que celebra no son para el gerente sino para la sociedad; esta aparece asumiendo derechos y obligaciones, posee bienes en propiedad o en uso y asume deudas que no se confunden con los bienes y deudas de cada uno de los miembros integrantes de aquella; si la sociedad anónima quiebra, esta no afecta a los accionistas: si no paga sus deudas, los acreedores no pueden irse contra los accionistas.

En la realidad existencial, los actos de las personas jurídicas no son sino actos de las personas individuales que la integran o de sus órganos de gobierno, pues no hay persona jurídica que no esté integrada por personas naturales. Pero en la realidad jurídica formal, no solo por exigirlo así las circunstancias sino también por imponerlo así la vida de relación del ser humano, a veces, como único medio para poder alcanzar ciertos objetivos que no los obtendría o los obtendría a un costo más elevado si actuara individualmente, esos actos son atribuidos por el Derecho a la persona jurídica considerada como un ente o realidad teleológica distinta de los miembros que lo componen, esto es, como un centro unitario de imputación de derechos y deberes. En este sentido, se considera que la persona jurídica, y no sus miembros, es la que actúa, la que adquiere derechos y asume obligaciones e incurre en responsabilidades. Es la unidad de fines pretendidos por las personas naturales que integran la persona jurídica la que determina la existencia teleológica de esta como un objeto cultural.

- g) *La teoría de Kelsen.* Para este autor, no existe una diferencia sustancial entre la persona individual y la colectiva. El hombre es una unidad psicobiológica y la persona es un ente jurídico. La persona es un conjunto de normas jurídicas que constituyen cierta unidad. En el supuesto de las personas individuales, las normas se refieren a un solo hombre: en el caso de las personas colectivas, las normas inciden sobre un grupo de hombres. El Derecho personifica a estos conjuntos normativos convirtiéndolos en centros de imputación de derechos y deberes. En definitiva, la persona jurídica, individual o colectiva, es un conjunto de normas a las cuales se les atribuyen los actos de los individuos que actúan por ellas.

122.3. Elementos de la persona jurídica

En toda persona jurídica hay algunos elementos comunes esenciales. Estos son: a) una persona o una pluralidad de personas naturales que deben ser consideradas como una sola persona diferente a la de su titular o titulares; b) un fin concreto y lícito por el cual se agrupan los asociados; c) un patrimonio actual o potencial, el cual no pertenece ni en todo ni en parte a las personas naturales que componen la agrupación; d) la intención o el ánimo de los miembros de la agrupación de constituir una sola persona para la obtención de sus propósitos.

122.4. Clasificación de las personas jurídicas

Las personas jurídicas se clasifican en personas jurídicas de Derecho público y personas jurídicas de Derecho privado.

Las *personas jurídicas de Derecho público* (el Estado, las regiones, las municipalidades, la Iglesia, las universidades estatales, etc.) son creadas por ley, están investidas de la facultad de imperio, tienden a la realización de un fin social, esto es, de interés general, y su patrimonio generalmente lo obtienen de las contribuciones de todos los habitantes del país.

Las *personas jurídicas de Derecho privado* (fundaciones, asociaciones, sociedades, cooperativas) se constituyen por iniciativa de sus miembros integrantes y nacen a la vida del Derecho cuando son inscritas en el registro público correspondiente, carecen de la potestad de imperio, tienen como propósito, por lo general, la consecución de intereses particulares de los miembros integrantes y su patrimonio (conjunto de derechos y obligaciones; el activo y el pasivo) se forma, especialmente, con los aportes de sus miembros.

Las personas jurídicas de Derecho privado, a su vez, son de dos clases: las que procuran fines de lucro, llamadas también *personas jurídicas mercantiles* (ejemplo, las sociedades: anónimas, colectivas, en comanditas simples y en comanditas por acciones, la empresa individual de responsabilidad limitada) y las que no se proponen fines de especulación mercantil y su patrimonio no está destinado a realizar actividades de intermediación, denominadas también *personas jurídicas civiles* (v. gr., fundaciones, asociaciones, comités, las sociedades civiles).

SECCIÓN II.- EL OBJETO DEL DERECHO

Con la expresión *Derecho como objeto* nos referimos al objeto de estudio de la ciencia jurídica; y con *objeto del Derecho* aludimos a los que caen bajo la esfera de regulación del Derecho, o sea, lo que puede ser objeto de este.

123. Derecho como objeto

Como ya hemos visto, el Derecho es el objeto de conocimiento de la ciencia o disciplina jurídica. Diversas son las opiniones sobre este objeto llamado *Derecho*. Este es un objeto cultural conceptualizado por la teoría egológica de Cossío como “la conducta en interferencia intersubjetiva”²³. Para KELSEN, BENTHAM, AUSTIN, VON WRIGHT, es la norma jurídica (el Derecho positivo) desprovista de toda consideración valorativa, social o política. STAMMLER²⁴ (*Tratado de filosofía del Derecho*) siguiendo a Kant, dice que el Derecho es querer; “un querer entrelazante o vinculatorio, autárquico e inviolable”. Autárquico, porque impera con independencia de los sujetos subordinados al ordenamiento; inviolable, porque se requiere su imperio para sancionar las violaciones. Para MARX, el Derecho, junto a la religión, la moral y la justicia, es una “ideología al servicio de la clase dominante”. Santo Tomás DE AQUINO dice que el Derecho es “la misma cosa justa” (*ipsa res iusta*). En la concepción de la teoría tridimensional, él es a un mismo tiempo hecho (social), norma y valor indisolublemente unidos entre sí en relaciones de esencial implicación.

A diferencia de las ciencias formales y de las ciencias naturales que se caracterizan por la unidad de objeto, la ciencia jurídica tiene un objeto múltiple o complejo con pluralidad de dimensiones. En la experiencia jurídica encontramos al objeto Derecho: como conjunto de normas que deben ser obedecidas con independencia del querer de los ciudadanos: como conducta humana social, “la vivida y candente realidad de hombres y mujeres que son”²⁵, regulada por estas normas; como justicia y los otros valores jurídicos que esta engloba, como mentalidad humana o como querer. Así, por ejemplo, decimos que el Derecho es aquello que los jueces quieren que sea, como

²³ AFTALIÓN, Enrique y José VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

pp. 51 y 53: “El Derecho no se intuye ante las huellas que la actividad humana deja a su paso, sino ante esa misma actividad [...] El Derecho, como objeto real para estudiar, no es la regulación de la conducta, sino la conducta regulada. Aunque la norma legal es algo jurídico, es erróneo identificar o superponer el Derecho con la ley: la ley no es toda la experiencia jurídica —puesto que esta es conducta—, sino solo una parte de ella: el ingrediente conceptual o esquema interpretativo con que se ha de conceptualizar, interpretar y comprender el sentido valioso de dicha experiencia”.

²⁴ STAMMLER, Rudolf, *Tratado de filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, Madrid: Cometa, 2007, p. 87.

²⁵ HERRENDORF, Daniel E., ob. cit., p. 56.

sentimiento (un ser humano, por más ignorante que sea, tiene el sentimiento de la licitud o ilicitud de sus actos); como un objeto espacial y temporal, porque no hay un Derecho universal y absoluto. Como dice SAVIGNY, el Derecho es un objeto real que se da en el espacio y en la historia; como conducta humana viviente y como conducta objetivada en normas, usos, costumbres; etc. En la esencia del Derecho existen elementos estructurales o formales, sociales, éticos, históricos, políticos, ideológicos y hasta sentimentales. El objeto Derecho es real e ideal.

Cada uno de los aspectos del objeto del Derecho es materia de estudio de una sucinta disciplina o ciencia jurídica (dogmática jurídica, sociología jurídica, filosofía jurídica, sicología jurídica, etc.); por eso es correcto cuando se afirma que el Derecho tiene un objeto múltiple o pluridimensional.

124. Objeto del derecho

Es objeto de la regulación jurídica la vida humana en interferencia subjetiva con relevancia jurídica. Esto implica que caen bajo el ámbito del Derecho: las relaciones jurídicas (por ejemplo: relaciones familiares, contractuales, relaciones entre los particulares y el Estado, relaciones estatales, personales, reales, las generadas por actos ilícitos como el homicidio, la difamación, etc.); las prestaciones, o sea, lo que debe hacer o no hacer el sujeto del deber para satisfacer el interés del sujeto titular del derecho; y los bienes, derechos, servicios y abstenciones, que, a su vez, son objeto de la prestación. O sea, que la prestación puede consistir en: 1) dar bienes (muebles o inmuebles, corporales o incorporales, fungibles o infungibles, registrados o no registrados, etc.) o derechos (enajenar la participación que se tiene en una copropiedad, etc.); 2) prestar un servicio (realizar un trabajo, defender en un juicio, realizar el representante actos jurídicos por cuenta y en interés de su representado, etc.); 3) abstenerse de hacer algo. El dar un bien y el prestar un servicio es un hacer; la abstención es un no hacer. Luego, todo comportamiento humano se reduce a un hacer o no hacer algo²⁶.

26 Arturo ORGAZ, (*Lecciones de introducción al derecho y a las ciencias sociales*, Córdoba: 1945, pp. 205-207), clasifica a los objetos del Derecho en:

- 1) Bienes corpóreos o incorpóreos útiles y susceptibles de apropiación.
- 2) Los hechos jurídicos apreciables económicamente y que pueden constituir materia de relaciones jurídicas. No cualquier hecho. Si un propietario, por distracción, pinta algunas habitaciones de su casa, este hecho no tiene repercusión jurídica alguna, pero sí la tiene si ese mismo hecho es realizado por un operario a quien el propietario ha ocupado para la tarea, porque genera obligaciones y derechos recíprocos y es una actividad valorable, por días o metros, según como se haya convenido, esto es, constituye el objeto de una relación lícita y jurídica a la vez.
- 3) Los valores adscritos a la personalidad humana (la libertad, el honor, la buena fama) poseen la significación de objetos jurídicos, porque además de establecerse la protección legal indispensable para asegurarlos, su ataque (detenciones arbitrarias, calumnias, injurias, difamaciones, ultrajes al pudor) causa un agravio que debe ser reparado.

SECCIÓN III.- RELACIÓN, INSTITUCIÓN Y SITUACIÓN JURÍDICAS

SUBSECCIÓN I.- RELACIÓN JURÍDICA

125. Concepto

La palabra *relación* se usa para significar el nexo, contacto, correspondencia o comunicación establecida entre dos o más personas, mediante actos lícitos o ilícitos, o por simples hechos. El nexo o contacto establecido entre personas constituye una *relación social*. Cuando esta es reconocida y regulada por el Derecho se transforma en una relación jurídica. Por ejemplo, cuando dos personas celebran un contrato de compraventa, se establece la relación jurídica extracontractual; si un hombre y una mujer contraen matrimonio, se constituye una relación familiar; si un sujeto atropella a otro con su automóvil causándole un daño, se forma una relación jurídica extracontractual por la cual el causante del daño está obligado a reparar a la víctima. Toda relación de la vida real de las personas protegida y regulada por el Derecho objetivo se llama *relación jurídica*.

Desde la antigua filosofía griega (Aristóteles) se afirma que toda criatura humana es sociable por naturaleza, no siendo posible que pueda existir aislado en su totalidad (*unos homo nullus homo*); “el hombre, dice ARISTÓTELES en su obra *La política*, es por naturaleza un animal político destinado a vivir en sociedad, y el que no forma parte de ninguna *polis* es una bestia, o un dios”. La vida del ser humano en sociedad, desde que nace hasta que muere, se desenvuelve a través de una serie infinita de relaciones establecidas con sus semejantes. La existencia humana es coexistencia, según HEIDEGGER, la presencia del prójimo ha de ser encontrada por doquier como coexistencia; en la existencia personal —COSSIO—. Esas vinculaciones de la vida real pueden consistir en relaciones de individuo y bienes o de individuo e individuo o de individuo y sociedad. Para que la vida de relación social se cumpla civilizadamente, en paz y armonía, es necesario que gran parte de las relaciones interpersonales, que son básicas para la convivencia, estén reguladas por el Derecho. En efecto, toda relación de la vida real normada por el Derecho es jurídica²⁷. Por ejemplo, la relación familiar surgida del matrimonio, la relación arrendaticia que la celebración de un contrato de arrendamiento genera entre arrendador y arrendatario. La sola afirmación de la existencia

4) Los valores institucionales: el Estado y sus múltiples manifestaciones (documentos, monedas, actos, etc.) son amparados por el Derecho y su ataque acarrea las sanciones correspondientes.

²⁷ C.C. cubano de 1987: *Art. 22*: Tiene carácter de jurídica la relación entre personas a la que la ley le atribuye efectos. *Art. 23*: Los elementos de la relación jurídica son: a) los sujetos que intervienen en ella; b) el objeto, y c) la causa que la genera.

de derechos subjetivos derivados del Derecho objetivo nos conduce directamente a la noción de relación jurídica, porque en todo derecho subjetivo hay por lo menos un sujeto titular de aquél y otro sujeto que está en el deber de respetar ese derecho.

Si bien es cierto que las relaciones intersubjetivas no solamente están reguladas por normas jurídicas sino también por reglas éticas, religiosas y de simple trato social, también es verdad que las normas jurídicas son las imprescindibles para que pueda existir convivencia humana civilizada en sociedad (*ubi societas, ibi ius*): sin el Derecho la sociedad civilizada se desintegraría en el caos. Mediante las reglas de Derecho se logra evitar que las relaciones entre las personas a causa de los excesos individuales o de grupos se conviertan en obstáculos para el desarrollo social.

Como decía SAVIGNY²⁸: “El hombre se encuentra rodeado del inundo exterior; y el elemento más importante en este su mundo circundante es el contacto con aquellos que le son iguales por su naturaleza y destino”. Para que sea posible que seres libres coexistan, ayudándose mutuamente, sin estorbase en el desarrollo de su actividad, es menester que una línea invisible de separación señale los límites dentro de los cuales la existencia y la eficacia de cada individuo logre un campo de acción seguro y libre. “La regla por la cual se determina aquella frontera y a través de ella este espacio libre, es el Derecho”. Partiendo de este punto de vista, SAVIGNY concibe a “cada relación jurídica individual como una relación entre una persona y otra persona determinada por una regla jurídica”, e indica en ella dos elementos: “Una materia, o sea, aquella relación en sí” (elemento material) y “la determinación jurídica de esta materia” (elemento formal), por la cual la relación *fáctica* es elevada a la forma jurídica.

No todas las relaciones interpersonales entran en el campo jurídico, sino tan solo las que son protegidas por el Derecho. Así también lo entendió SAVIGNY, al sostener que no todas las relaciones entre los hombres son susceptibles o necesitan de determinación por reglas jurídicas. Distinguió en este aspecto tres casos: “Relaciones humanas que pertenecen al campo jurídico o que son dominadas por reglas jurídicas, por completo: otras que no lo son en absoluto; y otras, finalmente, que solo lo son en parte. Pueden figurar como ejemplo de la primera clase la propiedad, de la segunda la amistad y de la tercera el matrimonio, puesto que el matrimonio en parte pertenece al campo jurídico y en parte transciende de él”.

La relación jurídica es toda relación de la vida real establecida entre dos o más sujetos de derecho que se constituyen en partes de la misma, correspondiendo a una (o algunas) la calidad de sujeto activo (titular de un derecho subjetivo) y a la otra (o a las otras), la de sujeto pasivo (titular de un deber) que al estar regulada por el Derecho

28 VON SAVIGNY, Friedrich; Julius Hermann VON KIRCHMANN; Ernst KANTOROWICZ y Hermann ZITELMANN, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires: Losada, 1949, pp. 29 y 181.

produce efectos jurídicos consistentes en crear, modificar, regular o extinguir derechos o deberes²⁹. En suma, la relación jurídica es una relación derecho-deber.

126. Elementos

Existen diversas opiniones doctrinales sobre los elementos de la relación jurídica. Así, para BRUGI, estos son los elementos de esta relación: el sujeto, el objeto, el hecho del que surge la relación o hecho jurídico, y la tutela que el Derecho suministra a la relación. GIERKE afirma que los elementos de la relación jurídica son los siguientes: un sujeto activo, un poder cualificado, un objeto y una esfera de actuación. Otros hablan de un elemento material constituido por el presupuesto de hecho o relación social apta para la regulación jurídica (CASTÁN) y de un elemento formal constituido por la determinación de la ley o consecuencia jurídica que recae sobre la relación de hecho (Marín PÉREZ). Ninguna relación existirá, en concreto, sin un *sujeto-titular*, y un *hecho genético* (BARBERO).

La relación jurídica es generada por un hecho jurídico. Por tanto, el objeto del hecho jurídico es la relación jurídica; a su vez, el objeto de esta es la prestación, y el objeto de esta son los bienes, derechos, servicios y abstenciones.

Analizando su concepto, cabe distinguir en la estructura de la relación jurídica los elementos siguientes: el sujeto, el objeto, la causa y el contenido.

126.1. Elemento subjetivo

En toda relación jurídica hay por lo menos dos sujetos. En uno de los extremos de la relación está el *sujeto del derecho* y en el otro extremo está el *sujeto del deber*. No puede existir relación jurídica con solamente el sujeto del derecho o con solo el sujeto del deber, porque, como sabemos, el Derecho es bilateral, esto es, a cada derecho le corresponde un deber correlativo.

29 CICALA, Francesco Bernardino, *Il rapporto giuridico*, Milano: Giuffrè, 1959. La relación jurídica es “una vinculación de tipo ideal entre el sujeto de derecho y el orden jurídico positivo constituida con necesidad lógica cuando aquel sujeto se encuentra en una de las situaciones estatuidas por el propio ordenamiento”. Conforme a esta concepción, los preceptos abstractos y generales adquieren una inmanencia específica, real y concreta, en cuanto entran en relación con los individuos al verificarse en los hechos cada uno de los supuestos normativos.

LEGAZ Y LACAMBRA (*Filosofía del derecho*, p. 555): La relación jurídica es “un vínculo creado por normas jurídicas entre sujeto de derecho, nacido de un determinado hecho que origina situaciones jurídicas correlativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción”.

BARBERO (*Sistema del derecho privado*, ob. cit., t. I, p. 150): “Llamamos relación jurídica a una relación entre un determinado sujeto y el ordenamiento jurídico, por medio de una norma jurídica”.

La relación puede ser inmediata de un sujeto con otro sujeto (lo que ocurre en las relaciones personales: el matrimonio, el contrato), o inmediata de un sujeto con las cosas y mediata con otros sujetos (como sucede con las relaciones reales: la relación propiedad).

El derecho de un sujeto tiene su contrapartida en los deberes de otro. Pero también existen las relaciones de reciprocidad, en las cuales a cada sujeto le corresponden a la vez derechos y deberes. Por ejemplo, en la relación de compraventa, en que el vendedor tiene el derecho de cobrar el precio y el comprador está en el deber de pagarla y, a su vez, el comprador tiene el derecho a que se le entregue el bien vendido y el vendedor está en el deber de entregarlo, sin que puedan desvincularse estos derechos y deberes correlativos por ser interdependientes.

La *relación jurídica patrimonial* de crédito toma la denominación de *relación obligacional* o simplemente de *obligación*, y los sujetos del *derecho* y del *deber* adoptan, respectivamente, las denominaciones de *acreedor* y *deudor*. En cada relación jurídica patrimonial de crédito, acreedor y deudor adquieren denominaciones específicas, por ejemplo, vendedor y comprador, arrendador y arrendatario, donante y donatario. De esto se deduce que la obligación es el vínculo entre un acreedor y un deudor. No puede existir obligación con solamente el acreedor o con solamente el deudor.

Los sujetos de la relación jurídica pueden encontrarse en un plano de igualdad, como sucede en las relaciones privadas, por lo cual se las denomina *relaciones de coordinación*; pero hay otras, como las de Derecho público, en las que uno de los sujetos (el Estado) impone su voluntad al sujeto del deber (los particulares) que se somete, y por ello se las llama *relaciones de supraordinación* o *de subordinación*.

Muchas veces el deber no es impuesto en beneficio del sujeto titular del derecho sino del propio sujeto obligado, como ocurre en la relación paterno-filial, en la cual la autoridad se confiere al padre en beneficio del hijo a él sometido.

En los llamados *derechos absolutos* como los derechos de la personalidad (ejemplo, derecho a la vida) o los derechos reales (la propiedad), el sujeto del deber no es uno determinado y concreto, sino todos los miembros de la sociedad que están en el deber de abstenerse de todo acto que pueda significar un desconocimiento de esos derechos.

Hay relaciones jurídicas con prestaciones que constituyen a la vez un derecho y un deber para el mismo sujeto, como sucede con la función pública en que el funcionario está facultado para ejercer el derecho del Estado en cuanto está obligado a ello.

126.2. Elementos objetivos

El objeto de la relación jurídica es la *prestación*, que, como hemos dicho antes, es la conducta que tiene que desarrollar el sujeto del deber para satisfacer el interés del sujeto del derecho. A su vez, el objeto de la prestación son los bienes, los derechos y las abstenciones.

Puede ser objeto de la prestación toda clase de *bienes* corporales o incorporales, materiales o intelectuales, ciertas partes u órganos del cuerpo humano (por ejemplo, la donación de un riñón); los *derechos* (v. gr., el copropietario puede disponer de la cuota ideal que tiene en el bien común —C. C., art. 977—); los *servicios* materiales o intelectuales (el contrato de trabajo, de mandato, de obra, de depósito); y las *abstenciones* (los cónyuges deben abstenerse de mantener relaciones sexuales fuera del matrimonio; el arrendador debe abstenerse de subarrendar el bien arrendado).

La prestación puede ser *única*, como en la relación de donación generada por un contrato de donación, en la cual el donante está obligado a entregar el bien al donatario sin que este se obligue a nada respecto de aquel, o puede ser *múltiple*, como en la relación de compraventa en que comprador y vendedor tienen derechos y deberes recíprocos a favor y en contra de cada uno de ellos, y, por tanto, cada uno debe ejecutar su respectiva prestación para con el otro. El vendedor debe entregar el bien y el comprador debe pagar el precio.

126.3. Elemento casual

La palabra *causa* tiene dos significaciones: la causa fuente y la causa fin. La *causa-fuente*, denominada también *eficiente*, es el hecho jurídico generador de la relación jurídica. Se entiende por *hecho jurídico* a todo suceso o falta de él, al cual el ordenamiento jurídico le asigna consecuencias jurídicas. Los hechos genéticos de las relaciones jurídicas pueden ser: a) *hechos naturales*, que inciden en la vida de relación de las personas: por ejemplo, “cuando la fuerza de un río arranca una porción considerable y reconocible en un campo ribereño y lo lleva al de otro propietario ribereño, el primer propietario puede reclamar su propiedad...” (C. C., art. 940), es decir, nace entre los dos propietarios una relación jurídica por la cual el primero puede reclamar al segundo su propiedad; o b) *hechos humanos* lícitos (tratado, contrato, la gestión de un negocio ajeno, etc.) o ilícitos (la invasión de una potencia extranjera, un homicidio, etc.).

La *causa-fin* o final es la finalidad perseguida por los sujetos que establecen la relación jurídica. Las relaciones jurídicas no se establecen así porque sí, sin un fin inmediato o mediato que determina la voluntad del sujeto³⁰.

30 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, Lima: San Marcos, 1998, p. 189 y ss.

126.4. El contenido

El contenido de la relación jurídica está constituido por el conjunto de derechos y deberes que ella encierra. Por ejemplo, del deber de hacer vida en común para los cónyuges: para el vendedor, el deber de entregar el bien vendido y el derecho de cobrar el precio.

127. Clases

Muchas son las clasificaciones que se han hecho de las relaciones jurídicas. Citaremos las más importantes.

- a) *Públicas y privadas.* En las primeras, por lo menos uno de los sujetos es el Estado que interviene en uso de su facultad de imperio. Las relaciones privadas son las establecidas entre los particulares o entre estos y el Estado, cuando lo hace como un particular, o sea, desprovisto de su facultad de imperio.

A su vez, las relaciones privadas se suelen clasificar en: 1) *relaciones jurídicas de estado*, que determinan la posición que ocupan las personas en la sociedad civil; 2) *relaciones jurídicas familiares*, que designan el puesto de cada uno de los miembros de la familia (como la relación entre cónyuges, entre padres e hijos, entre parientes dentro de un sucido grado); 3) *relaciones jurídicas de cooperación social*, dentro de las cuales se distinguen las sociales, que indican el puesto de cada uno de los miembros componentes de una persona jurídica (asociación, sociedad, etc.), y relaciones de trabajo, y 4) *relaciones jurídicas de tráfico*, que se refieren a las distintas facultades y poderes que admite el ordenamiento jurídico para el intercambio de bienes económicos.

- b) *Simples y complejas.* En las *simples* hay un solo vínculo: uno de los sujetos es el titular del derecho y el otro tiene el deber correlativo (como la relación jurídica de donación pura). En cambio, en las *complejas* existen derechos y deberes recíprocos entre los sujetos que en ella intervienen (como la relación conyugal, la de compraventa, la de arrendamiento, etc.) o, también, hay pluralidad de vinculaciones entre la pluralidad de sujetos intervenientes (como en la relación de sociedad).

- c) *Patrimoniales y extrapatrimoniales.* La relación jurídica patrimonial versa sobre bienes o intereses de naturaleza económica.

- d) *Personales y reales.* Esta distinción se hace sobre la base de que la relación se establezca entre persona y persona (como las relaciones familiares y las obligacionales) o entre personas y cosas (como las reales); el sujeto del deber de estas últimas

es indeterminado (todos los miembros de la comunidad). Ante la opinión que sostiene que las cosas intervienen como término de la relación real, cabe advertir que toda relación jurídica se da únicamente entre sujetos de derecho (las cosas no son sujetos, sino objetos). El derecho subjetivo, sea personal o real, se hace valer contra otro sujeto (u otros) de derecho; los derechos no se hacen valer contra sí mismo o contra las cosas. La relación real es una relación entre sujetos pero acerca de una cosa.

- e) *Absolutas y relativas.* La relación jurídica será absoluta (o de exclusión) o relativas según que el sujeto (o sujetos) pasivo sea indeterminado o determinado. La relación es absoluta cuando el derecho se puede hacer valer contra cualquier miembro de la comunidad (*erga omnes*): el sujeto pasivo de la relación es todo el mundo, menos el sujeto activo titular del derecho; el deber jurídico es general y negativo, como sucede con los derechos de la personalidad (derecho a la vida, a la libertad, etc.) y con los derechos reales. Por ejemplo, en la relación de propiedad el sujeto pasivo, a lo menos potencialmente, es todo el mundo (excepto el propietario) que está en el deber de respetar, de no perturbar (deber de abstención), el derecho del propietario. Por el contrario, en la relación relativa el sujeto del deber es determinado: así acontece con los derechos de crédito u obligacionales. Verbigracia, el marido puede exigir fidelidad solo a su mujer; el comprador puede exigir que se le transfiera la propiedad del bien comprado solamente a su vendedor; el deber jurídico es particular, positivo (deber de dar o hacer algo) o negativo (deber de abstención).
- f) Finalmente, por su contenido y finalidad podemos agruparlas en relaciones sobre la personalidad, relaciones reales, familiares, obligacionales, de sucesión hereditaria, de trabajo, relaciones procesales, etc.

SUBSECCIÓN II .~ INSTITUCIÓN JURÍDICA

128. Concepto

Se llama institución jurídica al conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas de cierta clase. En otras palabras, es una figura jurídica determinada (la institución del matrimonio, la institución de la propiedad, etc.).

El Derecho regula relaciones de la vida práctica de las más diversas clases y significaciones que son básicas para la convivencia social. Al sector del ordenamiento jurídico que regula relaciones jurídicas de la misma clase se le llama *institución jurídica*. Por ejemplo, las normas que regulan la propiedad, el contrato, el matrimonio, la nación, la iglesia, una clase social, una categoría profesional, los partidos políticos, sindicatos, cooperativas, clubes. O más claro aún, podemos decir que se llama *institución* al grupo de disposiciones del Derecho distribuidas en razón de las realidades que regulan.

Como dice CASTÁN, citado por MARÍN³¹, la relación jurídica se puede tomar en sentido concreto o en sentido abstracto. La realidad ofrece una infinita variedad de relaciones concretas: el matrimonio entre A y B, el usufructo sobre una finca, el préstamo hecho a alguien, etc. De la agrupación de ellas se abstrae la relación típica: el matrimonio, el usufructo, el préstamo, etc. Estas relaciones, en abstracto (hipotéticas) y la serie orgánica de normas que las regulan, constituyen lo que se llaman *figuras jurídicas* o *instituciones jurídicas*.

Cada rama del Derecho es una institución jurídica. De un análisis sucesivo del Derecho, desde lo más general hasta lo más específico, como la patria potestad en la familia, el derecho de corrección en el conjunto de atribuciones de la autoridad paterna, se advierte que hay instituciones que son partes de instituciones más amplias y generales, pero que, sin embargo, tienen cierto grado de independencia y autonomía. No obstante esto, como afirma SAVIGNY³², todas las instituciones jurídicas están ligadas a un sistema jurídico, y por ello solo pueden ser comprendidas por completo dentro del contexto de ese sistema.

Las instituciones formadas, regidas y gobernadas por normas jurídicas, organizan la convivencia humana de acuerdo con un ideal de vida. Toda norma jurídica supone la elección de un fin valioso y de los medios para conseguirlo.

31 MARÍN PÉREZ, Pascual, *Derecho civil*, vol. I, Madrid: Tecnos, 1983, p. 27.

32 VON SAVIGNY, *La ciencia del derecho*, ob. cit., p. 32.

De allí que para alcanzar una finalidad no basta que esta sea valiosa, sino que además el medio elegido (la institución jurídica) sea el idóneo.

Las instituciones pueden ser *formales* o *informales*. Las primeras están constituidas por el ordenamiento jurídico de un país, es decir, desde la Constitución Política hasta la última disposición administrativa. Las instituciones informales están dadas por las reglas de conducta particulares de cada cultura, son reglas no escritas que se transmiten oralmente de generación en generación.

La existencia de un marco institucional sólido, estable, transparente y confiable es condición indispensable para el desarrollo individual y social.

SUBSECCIÓN III.- SITUACIÓN JURÍDICA

129. Concepto

Existen varias opiniones que responden a la pregunta: ¿qué es la situación jurídica? BONNECASSE dice que es la manera de ser de cada cual ante una regla de derecho o determinada institución jurídica. En opinión de DU PASQUIER, la situación jurídica es el conjunto de derechos y deberes determinados o eventuales que el derecho atribuye a una persona colocada en ciertas condiciones. Para René CAPITANT, la situación jurídica responde a la pregunta: ¿De qué reglas de derecho (imperativas o permisivas) es sujeto este individuo? MESSINEO sostiene que, según algunos, la situación jurídica es el conjunto de los efectos que derivan de una relación entre personas; en tal sentido, incluiría en sí misma la noción de relación jurídica y, en cierto modo, coincidiría con ella; agrega este jurista italiano, que a veces la situación jurídica asume el perfil del *status*, consistente en una cualidad jurídica del sujeto de la cual se derivan derechos y deberes.

No hay que confundir la situación jurídica de los sujetos de derecho con las situaciones de hecho jurídicas, denominación con la cual también se conoce al presupuesto o supuesto de hecho que sirve de antecedente a la consecuencia de Derecho señalada por la norma jurídica.

Podemos definir a la situación jurídica como el conjunto de derechos y deberes que se derivan, para un sujeto de derecho, como consecuencia de sus relaciones con otros sujetos, con los bienes o con la sociedad en general. En este sentido, se entiende la situación jurídica de la persona que es casada, heredero, hijo, vendedor, acreedor, deudor, de la persona que ha delinquido (en el ejercicio profesional es común que al oficial de policía en una comandancia o al respectivo funcionario judicial o del ministerio público le formulemos esta pregunta: ¿Cuál es la situación jurídica de mi cliente

X?), del que es parte en un proceso judicial, etc. Todo sujeto de una relación jurídica se halla siempre en una situación jurídica o antijurídica, según que su conducta sea conforme o contraria con el ordenamiento jurídico del país en el que vive.

SECCIÓN IV.- HECHO JURÍDICO

130. Concepto

Los hechos son o no son jurídicos, según tengan o no consecuencias jurídicas.

En la infinita variedad de los hechos, unos son jurídicamente relevantes, pues tienen consecuencias de Derecho, y otros no. A los primeros se les denomina y a los otros se les llama *hechos no jurídicos* o simplemente *hechos*.

Hecho jurídico es cualquier acontecimiento o falta de acontecimiento proveniente de la naturaleza o del comportamiento humano, al cual el ordenamiento jurídico le atribuye una consecuencia de Derecho consistente en crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Sin un hecho (suceso o acontecimiento o falta de él) al cual el Derecho le confiera efectos jurídicos, es impensable la vida jurídica. Sin hechos que engendren derechos y deberes correlativos no puede existir Derecho. El hecho jurídico es la causa fuente o eficiente de las consecuencias jurídicas. No hay derechos subjetivos ni deberes que no provengan de un hecho. El ordenamiento jurídico por sí solo no produce consecuencias jurídicas; para ello se requiere que se realice o deje de realizarse algún hecho. De la variedad de hechos procede la variedad de derechos.

Los hechos jurídicos pueden ser *naturales* (por ejemplo, la muerte o el nacimiento de un ser humano, un aluvión que destruye las plantaciones) o *humanos* (v. gr., el contrato, el delito). Todo suceso o falta de él proviene de la naturaleza o del comportamiento humano: tan cierto es esto, como que en el universo solamente existen objetos y sujetos.

A los hechos humanos se les denomina *actos*, y pueden ser voluntarios si han sido realizados con discernimiento, intención y libertad, e involuntarios cuando falta alguno de estos elementos o todos ellos. Los voluntarios pueden ser *lícitos* si son conformes con el ordenamiento jurídico (por ejemplo, el reconocimiento de hijo, la compraventa) o *ilícitos* si son contrarios al ordenamiento jurídico (el robo, el fraude). Los actos lícitos, a su vez, pueden ser con manifestación de voluntad encaminada a conseguir directa e inmediatamente una consecuencia de derecho consistente en crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica (v. gr., el matrimonio, el testamento), a estos se les denomina *actos jurídicos o negocios jurídicos*; o los actos lícitos pueden ser sin manifestación de voluntad destinada a crear directamente relaciones jurídicas

(por ejemplo, pintar un cuadro, sembrar un fundo), a estos actos se les denomina *actos meramente lícitos* o *simples actos lícitos*. Además, los actos humanos voluntarios ilícitos pueden ser *dolosos* si han sido ejecutados con intención (por ejemplo, el homicidio) o *culposos* cuando se han cumplido por negligencia o imprudencia (por ejemplo, un accidente de tránsito que causa daño a una persona). Los actos humanos involuntarios pueden ser conformes con el ordenamiento jurídico (v. gr., un demente gana la lotería) o contrarios con el ordenamiento (un demente mata a una persona).

La importancia relevante de los hechos jurídicos es corroborada por el análisis de la estructura de la norma jurídica; en esta existe un *antecedente de hecho* (proposición hipotética), al cual la ley le acopla, mediante una relación *de debe ser* (nexo jurídico) una *consecuencia jurídica* (parte dispositiva)³³.

SECCIÓN V.- EL ACTO JURÍDICO

131. Concepto

Entre hecho jurídico y acto jurídico existe una relación de género a especie. Todo acto jurídico es un hecho jurídico, pero no todo hecho jurídico es un acto jurídico. El hecho jurídico comprende, además de los actos jurídicos, a los actos meramente lícitos, a los actos ilícitos, a los actos involuntarios, sean estos conformes o contrarios con el ordenamiento jurídico, y también a los hechos naturales o externos que inciden en la vida de relación social del ser humano.

El acto jurídico es el instrumento conferido por el ordenamiento jurídico a los particulares para que, en ejercicio de la autonomía de su voluntad privada, se puedan dar normas a sí mismos para la satisfacción de sus necesidades familiares, sociales, económicas, culturales, educativas, etc. Esas necesidades las satisface lícitamente relacionándose con los demás, por ejemplo, mediante el matrimonio, el reconocimiento de hijo, la adopción, el contrato, el testamento, el legado, el poder, etc.

Definimos al acto jurídico como el acto humano, lícito, con manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

A los *elementos esenciales* del acto jurídico, nuestro ordenamiento civil los denomiña *requisitos de validez*. Estos son: 1) agente capaz; 2) objeto física y jurídicamente posible; 3) fin lícito y 4) observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad (art. 140). En los actos bilaterales o plurilaterales, el elemento esencial no es la simple manifestación de voluntad de las partes, sino el consentimiento, es decir, confluencia

33 Ver TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto Jurídico*, 3.^a ed. Lima: Idemsa, 2007, p. 31 y ss.

de voluntades de todas las partes que celebran el acto jurídico. En la doctrina y en la legislación comparada, a los requisitos de validez del acto jurídico también se les denomina *elementos esenciales o sustanciales*.

El acto jurídico tiene los siguientes caracteres: 1) es un hecho o acto humano; 2) es un acto voluntario; 3) es un acto lícito y 4) tiene por fin inmediato producir efectos jurídicos.

Para el Derecho peruano, las expresiones *acto jurídico* y *negocio jurídico* son sinónimas. La distinción entre ambas expresiones es solamente doctrinaria³⁴.

SECCIÓN VI.- RESPONSABILIDAD

132. Concepto

El término *responsabilidad* tiene varios significados. HART ilustra el tema con el siguiente relato imaginario:

Como capitán de un barco, X era responsable por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje, se embriagaba todas las noches y fue responsable de la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los medios lo encontraron responsable de sus acciones. Durante el viaje, X se comportó muy irresponsablemente y varios incidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona responsable. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables por la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió, fue encontrado responsable por la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente responsable por la muerte de muchas mujeres y niños³⁵.

En este párrafo, HART anota cuatro significados diferentes de la palabra:

- 1) *Responsabilidad como obligaciones o funciones derivadas de un cierto cargo, relación, papel, etc.* Por su cargo el capitán X tenía la obligación de cuidar de sus pasajeros y carga.
- 2) *Responsabilidad en el sentido de factor causal.* Alguna persona o cosa es causa de algún suceso. Cuando en el relato se dice que el capitán fue responsable de la pérdida del buque o que él sostenía que la tormenta fue la responsable.

³⁴ Ver TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, Lima: San Marcos, 2007, p. 71 y ss.

³⁵ *Punishment and responsibility*; p. 211, cita de NINO, Carlos Santiago, *La responsabilidad. Libro homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 15.

- 3) *Responsabilidad como capacidad y como estado mental.* Cuando en el relato se dice que los médicos encontraron al capitán responsable de sus actos, o sea, que es una persona que tiene capacidad, o en el campo penal, que es imputable; en otros términos: no es un menor, un loco, un retardado mental, etc. La persona imputable está en la posibilidad de dirigir sus actos y de comprender el valor o desvalor ético de los estos.
- 4) *Responsable como punible o moralmente reprochable.* El agente es pasible de una pena o reproche moral. Cuando en el párrafo se dice, que en un proceso, el capitán fue hallado responsable por la pérdida de vidas y que, además, es moralmente responsable.

133. Clases de responsabilidad

Incurren en este tipo de responsabilidad los funcionarios y servidores públicos que incumplen con los deberes que les impone el cargo o servicio. Por ejemplo, un funcionario público usa un vehículo de propiedad del Estado para irse de paseo con su familia un día de fin de semana.

- 1) *Responsabilidad penal.* Se es responsable penalmente cuando se ha cumplido un acto tipificado y sancionado por la ley penal como delito (principio de la legalidad).
- 2) *Responsabilidad civil.* Esta se deriva de los daños causados a la persona o bienes de terceros.
- 3) La responsabilidad civil puede ser *contractual* o *extracontractual*. La primera surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación derivada de un acto jurídico válido preexistente, celebrado entre el causante del daño y el que lo padece. La obligación es anterior al daño.

En la responsabilidad extracontractual o aquiliana surge no del incumplimiento de una obligación preexistente que no hay, sino del mero hecho de haberse causado el daño. La relación jurídica obligatoria nace a la par con el daño causado.

Como tanto la responsabilidad civil contractual y extracontractual se derivan de la ley –solo que en la primera está de por medio un convenio (que se incumple) que no existe en la extracontractual– ambas deben unificarse legislativamente bajo la denominación genérica de *responsabilidad civil*, llamada también *Derecho de daños*, a cuyo efecto puede abrirse en el Código Civil una sección que comprenda tres títulos sobre: I) Disposiciones generales, II) Responsabilidad contractual y III) Responsabilidad extracontractual.

- 4) *Responsabilidad civil subjetiva* (por acto ilícito). El sujeto es responsable solamente por sus actos dolosos (el sujeto ha previsto o querido el resultado de su conducta antijurídica) o culposos (producidos por negligencia, imprudencia o impericia).
- 5) *Responsabilidad civil objetiva*. El sujeto es responsable civilmente, con independencia de que haya querido o previsto el acto antijurídico, es decir, responde aun por los daños causados con sus actos lícitos. Por ejemplo, el art. 1979 pone a cargo del dueño de un animal o del que lo tiene a su cuidado la responsabilidad objetiva por los daños ocasionados por el animal, sea que lo tengan bajo su custodia, o sea que se hubiera perdido o extraviado, aun cuando estos hechos se produzcan por caso fortuito o fuerza mayor, y aun cuando cause daño por el hecho o imprudencia de la víctima. El único caso de exoneración de responsabilidad del propietario o del custodio del animal es cuando el daño ocasionado por el animal se debe al hecho determinante de un tercero.

La responsabilidad penal siempre es subjetiva; no hay responsabilidad penal objetiva. En cambio, en el campo civil, el dolo o la culpa no son los únicos factores de atribución de responsabilidad, pues ahora no interesa tanto que el sujeto sea la causa sicológica del daño, sino que este se le puede imputar por otras razones, como el ejercicio de actividades lícitas creadoras de riesgos o el uso de bienes riesgosos y peligrosos, la relación de propiedad con el bien productor del daño, la relación de subordinación de la persona causante del daño respecto de la persona declarada responsable, etc.; es decir, el sistema de la responsabilidad objetiva es el otro factor de atribución. De allí que la antijuridicidad (obrar contra el Derecho) esté cuestionada como presupuesto de la responsabilidad civil, porque se admite la reparación de daños causados por actos lícitos, o sea, se admiten factores objetivos de atribución. Por ello, los presupuestos fundamentales de la responsabilidad civil son el daño y la injusticia de su padecimiento por el damnificado. La base del deber de resarcir o reparar no es el acto ilícito sino el acto dañoso, que puede ser lícito o ilícito. Lo que interesa es la protección de la víctima, independientemente de la culpabilidad o no del responsable.

Este razonamiento no puede ser llevado a extremos que pueden ser peligrosos, porque si la conducta humana no es objeto de apreciación normativa, no hay incentivos para actuar de un modo u otro. El ser humano y su patrimonio no son el centro de interés de las personas si se les deja actuar, sino el frío cálculo económico de la utilidad. La culpa debe mantener su vigencia en áreas de la actividad donde la conducta es preponderante y, por consiguiente, es necesario motivar a las personas para que tomen las medidas normales de prevención.

En el campo civil todavía no hay nada definido sobre cuál es el factor de imputación de responsabilidad más apropiado: si el subjetivo o el objetivo. De ahí

que teniendo en cuenta la actividad que se regula, es razonable que coexistan la atribución subjetiva (el dolo o la culpa), como regla, y la objetiva (por ejemplo, el factor riesgo), además del seguro obligatorio en ciertos casos.

El Derecho de responsabilidad civil no tiene apenas una finalidad compensatoria, sino, también, un fin de prevención. Si su finalidad fuera apenas compensatoria, sería una miseria de derecho. Por ello las indemnizaciones no deben ser tan bajas como para perder su poder disuasivo, en el sentido de que no inciten a tomar las precauciones debidas para evitar los sucesos dañosos. A mayor sanción menos daños, pero ello no significa que la indemnización sirva como un medio de enriquecimiento indebido de la víctima o que se señalen indemnizaciones que dejen en la orfandad a los obligados a la indemnización. Las soluciones judiciales deben estar adecuadas a nuestra realidad socioeconómica.

- 6) *Responsabilidad por riesgo o peligro.* Es un tipo de responsabilidad civil objetiva por la cual “aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo” (art. 1970).

Cuando la atribución del daño no está referida a la culpa, el factor de responsabilidad es objetivo, por prescindir de la persona. La imputabilidad es en función del hecho y no de la culpa del autor. Se incurre en responsabilidad objetiva cuando no se puede imputar al responsable ninguna violación de la ley o negligencia, imprudencia o impericia. Uno de esos factores objetivos de responsabilidad es el riesgo o peligro creado por el uso de un bien o por el ejercicio de una actividad lícita. El riesgo se vincula a la trascendencia jurídica de los procesos productivos y de locomoción, que son los que generan la mayor cantidad de daños a terceros. La sociedad tolera el uso de esos bienes o el ejercicio de esas actividades que pueden causar daños, porque los beneficios son mayores que los perjuicios; pero es justo que como contrapartida se esté obligado a reparar el daño producido a consecuencia del riesgo o peligro creado, ya sea en consideración al beneficio que obtienen los que explotan esos bienes o actividades, o a la posibilidad que tienen de poder difundir el riesgo y sus costos, reubicándolos socialmente (cargando el importe de los probables daños en los precios o contratando seguros), o ya simplemente por un deber de solidaridad social; esto es, hay la obligación de reparar aun cuando la actividad o bien riesgoso no traiga ningún beneficio para su titular (actividad riesgosa de beneficencia). Esto se justifica porque la indemnización debe evaluarse por sobre todo, en consideración a la persona que sufrió el daño (en especial por razones humanas) y no con base en la culpa de la persona que lo causó. El daño indemnizable es causado por un acto lícito, sin los requisitos de la culpabilidad y antijuridicidad como presupuestos de la responsabilidad civil. Estamos aquí ante a la responsabilidad objetiva que se fundamenta en el peligro o riesgo creado. Si además del riesgo o peligro hay culpa en el agente, debe adicionarse un *plus indemnizatorio*.

- 7) *Responsabilidad directa.* Es la que tiene el sujeto por sus actos propios. Ella solo se admite en materia penal.
- 8) *Responsabilidad indirecta* (o vicaria). El sujeto es responsable por los actos de un tercero. El art. 1975 dispone que el representante legal (padres, tutores, curadores) es solidariamente responsable por el daño ocasionado por la persona sujeta a incapacidad de ejercicio (art. 1975). El incapaz no dotado de discernimiento está exento de responsabilidad civil por los daños que ocasione; por los actos de él responde su representante legal (art. 1976), salvo que este sea insolvente, en cuyo caso el juez puede, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo (1977).

El art. 1981 dispone lo siguiente:

Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

La responsabilidad *refleja* o *indirecta* del que tiene a otro bajo sus órdenes, nos indica que el Derecho privado permite la obligación de indemnizar sin ser autor del acto dañoso, a diferencia del Derecho penal en que no se concibe la responsabilidad sin autoría. La responsabilidad indirecta, denominada también responsabilidad *vicaria* del principal, presupone la responsabilidad directa del dependiente.

Todo aquel que ha introducido a terceros en la esfera de sus negocios o asuntos, aunque no exista relación laboral o de subordinación, debe responder por los daños causados por estos últimos “en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio” encomendado, siempre que el principal detente un poder efectivo o virtual de impartir órdenes o instrucciones. No puede haber responsabilidad refleja del principal cuando el dependiente actúa al margen de la actividad que se le ha encomendado o notoriamente fuera de sus funciones. Hay responsabilidad indirecta del principal tanto cuando el dependiente hace un ejercicio propio de las funciones encomendadas o también cuando obra de modo irregular (abuso del Derecho) o en forma ilícita (por ejemplo, cuando el empleado de la empresa de transportes roba las mercaderías a los propios pasajeros).

Tanto el autor directo como el indirecto son responsables solidarios civilmente ante la víctima del daño, quien puede actuar contra ambos a la vez o contra uno u otro indistintamente, exigiendo el pago íntegro de la indemnización.

En cuanto a la responsabilidad civil de los jueces, el art. 516 del Código Procesal Civil dispone que “la obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el juez o jueces colegiados que expedieron las resoluciones causantes del

agravio”; esto es correcto porque los jueces son representantes del Estado en la función jurisdiccional y, por tanto, son responsables directos por los daños causados, a título de dolo o culpa inexcusable, en el ejercicio del cargo, y el responsable indirecto es el Estado.

134. Daños indemnizables

134.1. Consideraciones básicas

No hay daño indemnizable que no provenga de la lesión a los derechos subjetivos (la vida, la libertad, el equilibrio emocional o afectivo, la propiedad, etc.) del ser humano o persona. Todo daño es la consecuencia de la lesión a los derechos de la persona. El ser humano es persona desde la concepción hasta la muerte, considerado individualmente o integrando personas jurídicas o agrupaciones de personas no inscritas como personas jurídicas.

Antes de continuar con la exposición de los daños indemnizables es preciso contestar a la pregunta ¿qué es el ser humano o persona? A contestar esta pregunta va la exposición siguiente³⁶.

Con los estudios de Wilhelm Dilthey, Martín Heidegger, Edmund Husserl, Miguel Reale, Carlos Cossío, Luis Recaséns Siches, Carlos Fernández Sessarego, entre otros, es claro que el universo es una superposición abigarrada de *objetos* (denominados también seres u ontologías) diversos que están básicamente unidos porque todos son, pero no todos son en el mismo sentido, no todos poseen la misma razón de ser. La diversidad de objetos ha dado origen a las grandes fragmentaciones, zonas ontológicas regionales o estados del ser: a) seres naturales materiales (llamados también seres reales objetivos), b) seres naturales psíquicos (denominados, así mismo, seres reales subjetivos), c) seres ideales y d) seres culturales.

Si en el universo existen estas cuatro regiones del ser, urge preguntarnos: ¿dónde está ubicado el ser humano en el mundo?, ¿a cuál de estos seres pertenecen los hombres y mujeres considerados tanto individual como socialmente? El ser humano es la unidad inescindible de los cuatro estratos del ser, en una permanente interacción dinámica, es decir, el ser humano es un microcosmos, tanto o más complicado y tanto o menos desconocido que el cosmos. En él se dan de manera inescindible las cuatro realidades ontológicas: material, psicológica, ideal y cultural. Son cuatro elementos de una sola sustancia: el ser humano. El daño a cualquiera de estos elementos debe ser

36 Un desarrollo más amplio del tema y la bibliografía puede verse en el Capítulo I de esta obra.

indemnizado en forma integral, independientemente de la clasificación que se haga de los daños o la denominación que se les dé.

La vida humana tiene una estructura biológica (elemento material) como la tienen los otros seres vivientes.

Tiene una estructura psíquica; por ello, no existe solo de una manera física, sino tiene además una vida espiritual, por ende, es consciente, libre, valorativo, finalista y trascendente. Cuenta con una inteligencia instintiva o “inteligencia emocional” que lo tienen también los otros seres vivientes, pero además tiene una inteligencia racional proveniente del cerebro que le permite contar con voluntad. A su inteligencia racional y voluntad se debe lo bueno, lo malo y lo terrible que ocurre en el mundo. Su capacidad reflexiva lo diferencia de los animales. Por tener vida espiritual, es estructuralmente libre. La libertad le otorga dignidad porque en virtud de ella puede elegir un proyecto de vida que da sentido a su existencia y reafirma su identidad personal. Porque es libre, puede realizar actos voluntarios y asumir las consecuencias de estos, positivas o negativas. Por ser libre, es responsable de sus malas acciones y también de las buenas cuando de estas se derivan daños para terceros. La libertad le permite llegar a ser aquello que puede y quiere ser. Su libertad interna es absoluta, pero su libertad fenomenalizada siempre está limitada para que todos los seres humanos gocen de ella.

El ser humano es estructuralmente valorativo. Por tener vida espiritual, por ser libre, puede amar, odiar, pecar, apreciar lo bueno y lo malo, lo bello y lo feo, lo justo y lo injusto, lo útil y lo inútil, preocuparse por su seguridad y bienestar, etc. Está destinado a valorar en cada instante de su vida las posibilidades que se le presentan, para, prefiriendo alguna o algunas de ellas, tomar la decisión del instante siguiente; por ello, el ser humano es *futurizo*, se traza un plan de vida para el instante siguiente, para el futuro, se orienta o proyecta hacia el futuro, el presente y el pasado son captados desde el futuro. Las plantas, los animales viven sin valorar, no son futurizos; viven solamente el presente. El ser humano es un estimador por excelencia. Para alcanzar el fin que se ha propuesto (económico, cultural, político, recreacional, etc.), tiene que valorar.

La persona humana es un fin en sí misma, no puede ni debe ser sometida a fines ajenos. Todo lo que hace o no hace se califica por tener un porqué (motivo) y un para qué (finalidad). No es algo perfecto, acabado, sino tarea que se hace o perfecciona a cada instante. Es un ser finito porque tiene una vida limitada en el tiempo, y, al mismo tiempo, es infinito, trascendente porque trasciende constante y perpetuamente su realidad actual. Tiene necesidad de creer en algo. Puede creer o descreer en Dios, pero, eso sí, tiene necesidad de creer en sus semejantes y en él mismo, y que los demás también crean en él.

El ser humano es estructuralmente cultural, pues su vida está moldeada culturalmente. Recibe el legado de las generaciones anteriores y lo modifica en alguna medida

antes de trasmitirla a las generaciones futuras. Es un ser histórico; su pasado —el suyo personal, el de la comunidad social a la que pertenece, el de la cultura de la que participa— es una parte integrante de su ser actual. A la persona nacida no le es dado vivir sino dentro de una cultura. El mundo histórico en el que vive es tanto continuable como variable; se mantiene a través del cambio de los tiempos, de las generaciones y se presenta continuamente nuevo (Husserl). Por ser histórico, tiene una vida biográfica que está dado por todo aquello que hace o no hace, por todo lo que le ocurre.

El ser humano es estructuralmente *individuo* y como tal es único, idéntico así mismo, irrepetible, insustituible. Pero, paradójicamente, al mismo tiempo, es estructuralmente social, no puede ser fuera de la sociedad, tiene que vivir en permanente relación con los demás. Está penetrado de elementos sociales aun cuando se recluya en la mayor intimidad de su conciencia. Sus necesidades son tan numerosas y tan limitadas sus fuerzas, que sin cesar se ve obligado a recurrir a los demás. No solamente es “yo”, sino también “mundo”. No solamente existe, sino fundamentalmente coexiste con los demás. Vivir es estar yo, con las cosas, siendo en el mundo (Heidegger). No hay yo sin el mundo que lo circunda. El ser humano es a la vez un ser individual (el “yo”) y un ser coexistencial: es “sociedad”, el “nosotros” (Fernández Sessarego). Es yo y mundo, individuo y sociedad (Doménico Barbero). Es natural e inevitable tanto la vida en sociedad como la tensión que existe entre las personas, y entre estas y la sociedad. El ser humano sabe vivir esta tensión para construir su personalidad y perfeccionar la sociedad. La sociedad humana es una realidad cultural y no un mero hecho natural; está en continua mutación por el influjo de sucesivas generaciones a través del tiempo y del espacio; a medida que cambiamos la estructura profunda de la sociedad, modificamos también a las personas (Toffler).

Solamente el ser humano, actuando solo o en colaboración con los demás (persona jurídica o agrupaciones de personas no inscritas como personas jurídicas) es sujeto de derecho, todo lo demás que existe en el mundo son objetos. Solo el ser humano es un fin en sí mismo, los objetos (las plantas, los animales, los mares, el oro, el Estado, la sociedad, etc.) son algo instrumental de los que el ser humano se puede valer para satisfacer sus más diversas necesidades. Solamente la persona es titular de derechos subjetivos.

Como hemos indicado antes, el ser humano es persona desde la concepción hasta que muere. El concebido también es una persona por nacer. La distinción que hace el art. 1 de Código Civil entre concebido y persona humana no corresponde a la realidad. El Código de los Niños y Adolescentes no distingue entre persona humana y concebido; este cuerpo de leyes, en su art. I del TP establece que “se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad”.

Se debe modificar el art. 1 del Código Civil estableciendo: *La persona humana es sujeto de derecho desde la concepción hasta la muerte. Se es concebido a partir de la anidación o implantación.*

134.2. Clasificación y denominación de los daños

El *daño a la persona* es originado por la lesión a cualquiera de los derechos subjetivos: la vida, la propiedad, la integridad física, el medio ambiente, la libertad, etc. Todo daño es la consecuencia de la violación o amenaza de los derechos, patrimoniales o no patrimoniales, de la persona.

En la doctrina, legislación y jurisprudencia, no existe acuerdo sobre la clasificación y denominación de los daños. Es tradicional la distinción entre *daños patrimoniales* (el menoscabo o detrimiento producido en los bienes que componen el patrimonio de una persona) y *extrapatrimoniales* (son el efecto de la lesión a la persona en sí misma, a su integridad psicobiológica). Al daño patrimonial también se le llama daño material, *daño extrapersonal*, daño económico, daño objetivo, etc. Al daño extrapatrimonial también se le denomina daño inmaterial, *daño a la persona*, daño personal, daño moral, daño subjetivo, etc. Estas dos clases de daños pueden provenir del incumplimiento o del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de una obligación preexistente (*responsabilidad contractual*), o de la violación del deber general de no hacer daño a otro (*neminem laedere*), sin que preexista una obligación que se incumple entre el agente y la víctima (*responsabilidad extracontractual*). Un sector de la doctrina, rechazando la distinción entre daño contractual y extracontractual, propende a la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual³⁷, incluso proponen sustituir la expresión *responsabilidad civil* por la de *Derecho de daños*.

Tampoco hay acuerdo sobre la denominación de los daños provenientes de la lesión a la persona en sí misma (lesión a los derechos de la personalidad): algunos hablan solamente de daño a la persona y no de daño moral; no faltan los que solo se refieren al daño moral y no al daño a la persona; y otros distinguen entre daño a la persona y daño moral, en una relación de género a especie.

Menos hay acuerdo sobre el contenido del daño a la persona: unos dicen que el daño a la persona comprende el daño biológico y el daño a la salud, como dos especies de daño sicosomático; otros afirman que el daño a la persona es el daño psicosomático dividido en daño biológico, daño a la salud, daño al proyecto de vida, daño psíquico; otros distinguen entre daño sicosomático y daño a la libertad; unos sostienen que el daño moral está contenido en el daño a la persona, y otros dicen que el daño a la

³⁷ En Latinoamérica, el Código paraguayo no distingue entre responsabilidad civil contractual y extracontractual o entre daños contractuales y extracontractuales. Regula sobre la “responsabilidad civil” en general en el título VIII del libro III. En el art. 1835 prescribe: “Existirá daño, siempre que se causare a otro algún perjuicio en su persona, en sus derechos o facultades, o en las cosas de su dominio o posesión. La obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito. La acción por indemnización del daño solo competirá a damnificado directo. Si del hecho hubiere resultado su muerte, únicamente tendrá la acción los herederos forzosos”.

persona está contenido en el daño moral; mientras que otros distinguen entre daño a la persona y daño moral.

No obstante, la falta de acuerdo sobre la clasificación y nomenclatura de los daños, la doctrina mayoritaria, que suscribimos, está de acuerdo que para que haya *restitutio in integrum*³⁸, todos los daños deben ser reparados, no para enriquecer a la víctima, de ninguna manera, sino para colocarla en una situación igual o semejante a la anterior a la producción del daño.

El debate sobre la clasificación, el contenido de cada clasificación y la denominación de los daños continuará por siempre. Al margen de este debate, que debe quedar para la doctrina, con el fin de contar con una legislación coherente sobre el tema, consideramos conveniente, como lo hace el BGB, que en el Código Civil se establezca: *Quien por dolo, culpa, o con un bien riesgoso, o con el ejercicio de una actividad riesgosa, lesionla la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, el proyecto de vida, la propiedad, el medio ambiente o cualquier otro derecho de la persona, está obligado a repararla.*

134.3. Daños a los que hace referencia el Código Civil

Nuestro Código Civil establece que el daño resarcible comprende:

- 1) El *daño emergente* (*damnum emergens*) o empobrecimiento del patrimonio, esto es, la pérdida, el detrimento o menoscabo patrimonial. Daño de naturaleza patrimonial.
- 2) El *lucro cesante* (*lucrum cessans*)³⁹ o la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, la no obtención de ganancias previstas. Daño de naturaleza patrimonial.
- 3) El *daño a la persona y el daño moral*

38 La *restitutio in integrum* es de origen romano. *Restituire* no quiere decir restituir, sino “volver a poner las cosas en su estado anterior” (*in statu quo ante*), teniendo por no realizado el acto jurídico, al cual se le tiene por inexistente *in integrum*. El magistrado, en virtud de su *imperium*, invalida, por considerar que sus efectos repugnan a la equidad, un acto válido *iure civile*, ordenando que las cosas vuelvan a su estado anterior. El concepto surge de un pasaje de paulo: *integri restitutio est redintegrandoe rei vel causae actio*, o sea la acción para reintegrar la cosa o el derecho perdidos. Actualmente, los autores utilizan la expresión *restitutio in integrum* para referirse a la reparación integral de los daños.

39 *Código Civil español*: Art. 1106. La indemnización de daños y perjuicios comprende no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes. BGB alemán: Art. 252. El daño a indemnizar comprende también el lucro cesante. Vale como cesante la ganancia que podía esperarse con verosimilitud según el curso normal de las cosas o según las circunstancias especiales —del caso—, en especial según las medidas y previsiones adoptadas.

El *daño a la persona* es la lesión a algunos de los derechos de la personalidad: la vida, la integridad física o psíquica, la dignidad, el honor, la libertad, el proyecto de vida, la identidad, etc. Afecta al ser de la persona, único ente que goza de libertad que le permite trazar su proyecto de vida⁴⁰ de acuerdo a cierta escala de valores. Es un daño de naturaleza extrapatrimonial, pero presenta consecuencias económicas.

Al daño a la persona también se le denomina *daño extrapatrimonial, daño no patrimonial, daño inmaterial, daño a la persona, daño moral, daño subjetivo, daño biológico, daño psicológico, daño a la salud, daño extraeconómico, daño a la vida de relación, daño a la integridad psicosomática, daño no material*, etc.

El *daño moral* es el dolor, pena o sufrimiento de la víctima, o sea, el quebrantamiento de la paz o tranquilidad de espíritu. El daño moral afecta las condiciones emocionales y afectivas de existencia, la vida sentimental del ser humano; por consiguiente, es también una modalidad de daño a la persona. Daño de naturaleza extrapatrimonial.

El daño emergente y el lucro cesante son de naturaleza patrimonial o material; consisten en el menoscabo del patrimonio y son susceptibles de apreciación pecuniaria, tienen un equivalente en dinero. En cambio, el daño a la persona y el daño moral son extrapatrimoniales, no tienen equivalente económico; no pueden ser medidos en dinero. Pero como no se puede dejar sin reparación un daño extrapatrimonial, se recurre al dinero como un medio imperfecto, no de resarcimiento por la imposibilidad de justipreciar el daño, sino de compensación o reparación del daño, pues producirá una cierta satisfacción en la víctima y constituirá una sanción económica para el agresor, además de que servirá como un medio disuasivo de la comisión de hechos dañosos.

De lo dicho se concluye que el *daño a la persona* es de naturaleza extrapatrimonial (el ser humano no tiene un valor económico, no tiene un precio), pero es reparado con dinero u otro bien de naturaleza patrimonial, es decir, tiene consecuencias económicas, tanto como daño emergente o como lucro cesante. Como la reparación del daño debe ser total en la medida de lo razonable, debe abarcar desde la atención primaria hasta su recuperación total física y psíquica. La víctima en concepto de daño emergente tiene derecho a que se le reembolse los gastos realizados para su rehabilitación, como adquisición de medicamentos, honorarios médicos, gastos asistenciales, pagos a los centros de salud, etc. Se descarta el reembolso por grandes gastos innecesarios.

40 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina de 2014: Art. 1737.- *Concepto de daño*. Hay daño cuando se lesionan un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva. Art. 1738.- *Indemnización*. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

En concepto de lucro cesante, tiene derecho a ser compensado por lo que ha dejado de percibir o la pérdida de la legítima utilidad que ha experimentado. Solamente se deben considerar las ganancias netas y no los ingresos brutos.

134.4. Incoherencias del Código Civil

La terminología sobre los daños utilizada por el Código Civil es incoherente, lo que, lamentablemente, no es una novedad. En ocasiones, se refiere al “daño a la persona” y al “daño moral” como dos clases distintas de daño: el primero lesiona cualquiera de los derechos de la personalidad; y el segundo consiste en el sufrimiento, la aflicción de la víctima. Así, en la responsabilidad civil extracontractual, dispone que la indemnización comprende, además del daño emergente y el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral (art. 1985)⁴¹.

El art. 1 del CC diferencia entre concebido y persona como dos sujetos de derecho distintos, pero al regular la responsabilidad civil se refiere únicamente al daño a la persona (arts. 1321 y 1985 del CC); se olvidó del daño al concebido. Se debe eliminar la distinción entre concebido y persona humana porque el concebido es también una persona humana; no es una ficción. El ser humano es persona desde la concepción hasta que muere.

En algunas de sus normas menciona como indemnizable solamente el “daño moral”, sin especificar si además se repara el “daño a la persona”. Prescribe que si la oposición al matrimonio es maliciosa, el juez fija la indemnización “teniendo en cuenta el daño moral” (art. 257)⁴²; señala que en los casos de procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial (art. 402)⁴³, la madre tiene derecho a ser in-

41 Código Civil, Art. 1985. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

42 Código Civil, Art. 257. Si se declara funda la oposición, quien la formuló queda sujeto al pago de la indemnización de daños y perjuicios. Los ascendientes y el Ministerio Público están exonerados de esta responsabilidad. Si la denuncia hubiese sido maliciosa, es igualmente responsable quien la formula. En ambos casos, la indemnización la fija prudencialmente el juez, teniendo en cuenta el daño moral.

43 Código Civil, Art. 402. La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:
1. Cuando exista escrito indubitable del padre que la admite.
2. Cuando el hijo se halle, o se hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial, comprobado por actos directos del padre o de su familia.
3. Cuando el presunto padre hubiera vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción. Para este efecto, se considera que hay concubinato cuando un varón y una mujer, sin estar casados entre sí, hacen vida de tales.
4. En los casos de violación, rapto o retención violenta de la mujer, cuando la época del delito coincide con la de la concepción.
5. En caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio en época contemporánea con la concepción, siempre que la promesa conste de manera indubitable.
6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas

demnizada por el daño moral cuando se ha ejercido sobre ella abuso de autoridad o existe promesa de matrimonio que conste de modo indubitable, o la cohabitación ha sido delictuosa, o era menor de edad al tiempo de la concepción (art. 414)⁴⁴; dispone que en los procesos de divorcio, cuando se afecte gravemente el interés personal del cónyuge inocente, el culpable debe reparar el daño moral (art. 351)⁴⁵.

Otras veces, el Código utiliza solamente la expresión “daño moral” (art. 1322), pero con el significado de daño a la persona (así se expresa en la exposición de motivos), es decir, la indemnización del daño moral comprende la lesión a cualquiera de los derechos de la personalidad, incluyendo las angustias, aflicciones, los sufrimientos psicológicos de la víctima del daño.

Hay otras normas que se refieren solamente al “daño a la persona”, sin mención del “daño moral”. Así, en las acciones de separación de cuerpos de los cónyuges por la causal de separación de hecho, el juez debe pronunciarse necesariamente, aun cuando no se haya solicitado, sobre la existencia o no de un cónyuge que resulte perjudicado de acuerdo a su apreciación de los medios probatorios; de existir le fijará una indemnización por daños, “incluyendo el daño personal” (art. 345-A)⁴⁶.

Sin duda, como lo señala la doctrina nacional (Fernández Sessarego) entre daño a la persona y daño moral existe una relación de género a especie: *el daño a la persona es el género y el daño moral, la especie*.

La doctrina, con el fin de terminar con la incoherencia que presenta el Código, propone que se elimine la expresión “daño moral” y se mantenga solamente la expre-

o científicas con igual o mayor grado de certeza. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.

44 En los casos del art. 402, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por este y por el embarazo. También tiene derecho a ser indemnizada por el daño moral en los casos de abuso de autoridad o de promesa de matrimonio, si esta última consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción. Estas acciones son personales, deben ser interpuestas antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente; se dirigen contra el padre o sus herederos y pueden ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante.

45 *Código Civil*, Art. 351. Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

46 *Código Civil*, Art. 345-A. Para invocar el supuesto del art. 333.12 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los arts. 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes.

sión “daño a la persona”. Desde el punto de vista teórico, la propuesta es correcta, mas no desde la perspectiva práctica porque, conociendo la realidad de la administración de justicia, es seguro que al día siguiente de la eliminación de dicha expresión, abundarán las sentencias que rechacen las pretensiones de indemnización por los daños que alteren el sufrimiento, la tranquilidad del espíritu de la víctima, so pretexto de que la norma que regula el daño moral ha sido derogada.

Como todo derecho subjetivo, patrimonial o no patrimonial, es de la persona (el concebido también es una persona por nacer), todo daño lesiona los derechos de la persona (natural o jurídica), es decir, todo daño es a la persona, quien debe ser indemnizada en forma integral. El Derecho alemán no diferencia entre daño patrimonial y no patrimonial, y, dentro de este, no distingue entre daño a la persona y daño moral. El BGB prescribe:

Art. 823. *Deber de resarcimiento del daño.* (1) Quien dolosa o negligentemente lesionara antijuridicamente la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, queda obligado frente a esta al resarcimiento del daño que de ella resulta. (2) La misma obligación incumbe a aquel que contraviene una ley que tiene por finalidad la protección de otro. Si de acuerdo con el contenido de la ley también es posible una contravención de la misma sin culpa, entonces el deber de resarcimiento solo surge en caso de culpa.

134.5. Otros daños indemnizables

134.5.1. Daño presente

El daño presente o actual que es el que realmente existe hasta el momento de la emisión de la sentencia definitiva que ordena pagar daños.

134.5.2. Daño futuro

Siempre que exista la suficiente probabilidad de que llegue a producirse después de dictada la sentencia definitiva de acuerdo al curso natural y ordinario de los hechos, como previsible prolongación o agravación del daño actual; así sucede cuando el ciclo de las consecuencias dañinas no se ha cerrado, sino que de acuerdo al curso natural y ordinario de los acontecimientos, en el futuro aumentará sus efectos perjudiciales.

134.5.3. Daño al proyecto de vida

El ser humano por ser ontológicamente libre se traza su propio *proyecto de vida*, cuyo daño supone el retardo, menoscabo o destrucción de lo más radical que hay en

el ser humano⁴⁷; el daño al proyecto de vida es también un daño a la persona. Señala BURGOS⁴⁸, el daño al proyecto de vida se revela:

[C]omo una tensión presente entre el pasado y la resignación de un futuro esperable y legítimo. La distancia disvaliosa que, por razón del daño que se le ha infringido, separa al hombre de este futuro —razonable y no meramente hipotético— habrá de cuantificarse desde la óptica de un pasado demostrable. No es una chance, no es una mera posibilidad.

El daño al *projeto de vida* y el daño al bienestar son daños a la persona, o sea daños no patrimoniales, pero son diferentes en cuanto a sus consecuencias. FERNÁNDEZ SESSAREGO⁴⁹ escribe lo siguiente:

La consecuencia al daño al bienestar incide en la vida o existencia de la persona. Así, si un abogado pierde el brazo derecho o la pierna derecha, aparte de la lesión en sí misma este acontecimiento repercutió seriamente en su vida diaria. Tendrán que cambiar muchas de sus costumbres, hábitos, diversiones, deportes, etc. Es decir, incidirá en su bienestar, en su transcurrir existencial. Pero dicha lesión no necesariamente repercutió en el proyecto de vida del abogado quien, con limitaciones, continuará practicando su profesión y realizando su proyecto familiar. En este caso, en sentido estricto, no existiría un daño al proyecto de vida. Es posible, por ello, distinguir un daño del otro aunque genéricamente se les denomine daño existencial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia emitida en el caso *María Elena Loayza Tamayo vs. Perú*, distingue entre daño al proyecto de vida y el daño emergente y el lucro cesante; la Corte expresa:

El proyecto de vida se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone y por lo tanto no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el daño emergente. Por lo que hace al lucro cesante, mientras este se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.

⁴⁷ CALDERÓN PUERTAS, Carlos, *Daño a la persona, origen, desarrollo y vicisitudes en el Derecho civil peruano*, Lima: Motivensa, 2014, p. 277.

⁴⁸ BURGOS, Osvaldo R., "El hombre como promesa. Tiempo y libertad. El daño al proyecto de vida y el daño existencial ¿Son asegurables?", en *Persona, Derecho y libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Calderón Puertas, Carlos Alberto; María Elisa Zapata Jaén y Carlos Agurto Gonzales(coord.), Lima: Motivensa, 2009, p. 315.

⁴⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Thémis*, N.º 39, Lima: 1999, p. 453 y ss.

Hay daño al plan de vida de una persona cuando se modifica de manera importante las condiciones de su existencia, temporal o definitivamente, parcial o totalmente. Es un daño a la libertad de la persona, al destino que se ha trazado.

134.5.4. Daño estético

Toda persona tiene derecho a la integridad de su aspecto corporal normal o habitual; tiene derecho a mantener sin alteraciones su imagen somática. El daño estético⁵⁰ se deriva del daño biológico, es la consecuencia de la alteración del esquema corporal precedente en sentido peyorativo, aunque no sea desagradable o repulsivo (cicatrices, pérdida de partes del cuerpo, de cabello, de piezas dentales, malformaciones, etc.). Produce, de un lado, un daño moral manifestado en el sufrimiento, dolor, malestar, perturbación, pesar, angustia, aflicción, y, de otro, causa un daño patrimonial consistente en la pérdida de ingresos económicos que la víctima deja de percibir como consecuencia de que el daño estético le causa, por ejemplo, incapacidad laboral cuando la regularidad corporal es el instrumento necesario para el desenvolvimiento profesional (modelos, actores, bailarines, etc.), o cuando es útil y altamente conveniente para el desempeño de ciertas actividades (promotores de relaciones públicas, etc.), o cuando implica la pérdida de una chance laboral previsible. Se debe reparar no solo el daño emergente (los gastos de curación, la cirugía, etc.), sino también el lucro cesante, o de la ganancia que deja de percibir como consecuencia del daño.

Sobre el daño estético, escribe BERMÚDEZ⁵¹ lo siguiente:

[L]uego de una tendencia generalizada a incluirlo dentro del daño moral ese criterio se ha ido modificando, teniendo en cuenta el perjuicio material que puede acarrear, representado principalmente por la afectación de la profesión, y por los gastos en tratamientos reparadores [...]. Desde la perspectiva jurídica, la lesión estética se confi-

50 La estética es la teoría filosófica de la belleza formal y del sentimiento que despierta en el ser humano. El aspecto exterior de algo o alguien desde el punto de vista de la belleza formal. La importancia del daño estético se pone de manifiesto con las sobrecogedoras palabras que, según el Levítico, dirigió Yahvé a Moisés: *Ninguno [...] que tenga [...] defecto corporal se acercará a presentar el pan de Dios [...] Ni ciego, ni cojo, ni mutilado, ni monstruoso, ni quebrado de pie o mano, ni jorobado, ni enano, ni bisojo, ni sarnoso, ni tñoso, ni eunuco [...] Ninguno [...] puede acercarse para ofrecer los sacrificios que se queman en honor de Yahvé. Es defectuoso. Por eso no puede acercarse para ofrecer el pan [...] Aunque puede comerlo [...] no se llegará al altar, porque tiene defecto y no debe contaminar mi santuario* (Levítico, cap. 21, versículos 16-23). Personalmente, con el mayor respeto por los creyentes, no creo en un Dios inventado que discrimina a los seres humanos por motivos de defectos corporales, de raza, sexo o de cualquier otra índole. Sí creo que toda persona tiene derecho a que no se afecte su belleza o no se empeore su fealdad.

51 BERMÚDEZ, J., “Valoración del daño estético por cicatrices”, cit. por ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, “Los daños corporales y sus consecuencias”, en *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*, t. II, Vega Mere, Yuri y Domingo García Belaúnde (coords.), Lima: Idemsa, 2010, p. 139.

gura como un daño autónomo, que puede incidir tanto sobre el daño material, como sobre el daño moral, lo cual cabe distinguir cuidadosamente para impedir caer en una doble indemnización. Cuando la lesión estética, en virtud de su ubicación o extensión, altera la armonía del aspecto habitual que tenía la persona antes del hecho, corresponde tratarla como un tercer género, ya que en definitiva se encuadra dentro del daño directo a la persona, a sus derechos o facultades [...]. Como daño a la integridad de la persona, independiente de los daños anatómo-funcionales y psíquicos, el daño estético debe formar parte junto a aquellos, del daño biológico, que es el daño básico de cuyo estudio, derivan todos los demás daños, tanto patrimoniales, como extrapatrimoniales.

Existe la tendencia a incluir dentro del daño moral al daño estético que afecta al individuo en su aspecto externo, conforme a parámetros de belleza comúnmente aceptados. El daño corporal afecta el aspecto físico, en cambio, el estético es de naturaleza espiritual. Con la reparación del daño estético, se repara los sufrimientos experimentados por el sujeto en su fúero interno. Puede impedir al sujeto que aparezca en público, que realice ciertas actividades, puede desencadenar crisis matrimoniales, sentimientos de inferioridad, enfermedades, etc.

134.5.5. Daños informáticos

La responsabilidad es extracontractual cuando las maquinaciones para cometer ilícitos informáticos no provienen de los contratantes, sino de terceros. Será contractual cuando el *hardware* y el *software* (productos elaborados) son lanzados al mercado y adquiridos por el consumidor o usuario, quien “es impulsado a la adquisición o el uso por la oferta, la promoción o la publicidad que lo incitan a consumir sin capacidad para advertir las verdades o bondades del producto”⁵². Los daños causados por los productos elaborados conllevan el resarcimiento.

134.5.6. Daño existencial

Ha sido desarrollado por la jurisprudencia italiana. No tiene nada que ver con las lágrimas, los sufrimientos, los dolores, los padecimientos del alma. “El daño moral es esencialmente un daño sentir, el daño existencial es sobre todo un no hacer, es decir, un no poder más hacer, un deber actuar de otra forma, un relacionarse de manera diferente”. El daño existencial:

[S]e traduce como imposibilidad de acceder a actividades que hacen a la realización del ser humano y que redundan en lo que se conoce como calidad de vida (ej., impedimento

52 MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela Nora, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, pp. 96 y ss., 130 y 131.

a la serenidad familiar, al goce de un ambiente salubre y de una situación de bienestar, al sereno desarrollo de la propia vida laborativa)⁵³.

134.5.7. Daño ecológico

El daño ecológico (ecología: *oikos*: “casa” o “lugar para vivir”; *logos*: estudio) o ambiental consiste en la degradación del medio ambiente, toda lesión o menoscabo al derecho individual o colectivo de conservación de las condiciones de vida. Abarca no solamente la lesión de un interés subjetivo, sino también los denominados intereses difusos. Con el daño al medio ambiente, está en juego el futuro de la humanidad como las prioridades inmediatas para la supervivencia⁵⁴. El 5 de abril de 1992, representantes de 160 países acordaron, en el seno de las Naciones Unidas, aprobar por aclamación la Carta de la Tierra, para ser firmada en Río de Janeiro el 14 de junio de 1992. La Declaración de Río, suscripta por numerosos Estados nacionales, se propone alcanzar el desarrollo sostenible, en su Principio 4, a cuyo efecto “la protección del medio ambiente deberá constituir un elemento integrante del proceso de desarrollo”. Se recomienda a los Estados “desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de contaminación y otros daños ambientales”⁵⁵.

134.5.8. Daño nuclear

El *daño nuclear* que gira en torno a grandes temas aún no resueltos: a) la identificación de los daños resarcibles futuros, *daños genéticos*, que probablemente sobrevendrán en las generaciones posteriores (ej., la destrucción ocasionada con la bomba atómica en Hiroshima y Nagasaki; el accidente nuclear de Chernobyl); b) la internacionalidad inevitable de los daños nucleares; c) la prevención de los infortunios atómicos que obliga a dar información fehaciente a los países limítrofes sobre las plantas nucleares; d) el aumento de los daños nucleares por la aplicación de alta tecnología que utiliza la radioactividad en las prácticas médicas, físicas y químicas⁵⁶.

53 MENDELEWICZ, José D., “El daño existencial. Alcances de la doctrina y jurisprudencia italiana”, en *Personas, Derecho y libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Calderón Puertas, Carlos Alberto; María Elisa Zapata Jaén y Carlos Agurto Gonzales (coords.), Lima: Motivensa, 2009, p. 288.

54 MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*, ob. cit., p. 113 y ss.

55 ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA, “Daño ecológico y realidad económica”, en ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto LÓPEZ CABANA, *Temas de responsabilidad civil*, Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1995, p. 210.

56 MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*, ob. cit., p. 96 y ss. El art. 1, párrafo 1, de la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, declara que “se entiende por daños nucleares la pérdida de vidas humanas, las lesiones cor-

Entre otros nuevos daños, figuran los que se pueden derivar de la aplicación de la biotecnología. En un futuro cercano, se podrá alcanzar, dice Hardoy⁵⁷:

[L]a fecundación del óvulo por el óvulo (con exclusión del espermatozoide) o sea la autoproducción femenina; el clonaje; la producción artificial de gemelos; la constitución de un banco de tejidos de recambio partiendo de las células arrancadas al embrión y cultivadas para una futura utilización terapéutica; el embarazo masculino; la gestación humana en el animal, o sea la procreación de monstruos.

Por otro lado, se tienen los daños al consumidor, daños causados por las huelgas de los sindicatos, la responsabilidad por transmisión de enfermedades, daños vinculados con la libertad de información, etcétera. Seguirán descubriendose o apareciendo otros daños que lesionen a la persona en sí o a su patrimonio.

porales y los daños y perjuicios materiales que se produzcan como resultado directo o indirecto de las propiedades radiactivas o de su combinación con propiedades tóxicas, explosivas u otras propiedades peligrosas de los combustibles nucleares o de los productos o desechos radiactivos que se encuentren en una instalación nuclear, o de las sustancias nucleares que procedan de ella, se originen en ella, o se envíen a ella".

57 Citado por MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, *La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva*, ob. cit., p. 141.

X

CAPÍTULO

FUENTES DEL DERECHO

SECCIÓN I.- CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

135. Concepto

La palabra *fuente* proviene de las voces latinas *fons*, *fontis*, que significan manantial de aguas que brota de la tierra. En sentido figurado o metafórico, *fuente* es el principio, fundamento u origen de algo.

En Derecho la palabra *fuente* es utilizada con un sentido metafórico, para indicar el principio, fundamento u origen de las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente en determinada sociedad y época. Así, podemos decir que en los sistemas jurídicos codificados el Derecho brota, en primer término, de la ley, mientras que en los sistemas jurídicos que se adhieren al *Common Law* el derecho surge del precedente judicial.

También se le da los siguientes significados:

- a) *Fuente como causa de justificación del ordenamiento jurídico*. En este sentido, la fuente es la causa última del Derecho. Por ejemplo, cuando decimos que el ordenamiento jurídico tiene su fuente en el Derecho natural.
- b) *Fuente de conocimiento*, esto es, como el medio de conocimiento del material normativo (v. gr., un compendio de legislación).
- c) *Fuentes formales*, para indicar tanto al autor de la norma (v. gr., el Congreso) como a los modos por los cuales es expresada (v. gr., ley, decreto).
- d) *Fuentes materiales*, para referirse a los hechos sociales que originan y forman el contenido de la norma.

Acerca de esta última acepción, son ilustrativas las palabras de DU PASQUIER¹, quien escribe:

[E]l término *fuente* crea una metáfora bastante feliz, pues remontar la fuente de un río es buscar el lugar en que sus aguas brotan de la tierra; del mismo modo, inquirir la fuente de una regla jurídica es buscar el punto por el cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del Derecho.

El concepto de *fuente* del Derecho —expresa SORRENTINO²— se vincula al origen del fenómeno jurídico y puede designarse como aquello que ideal, política o socialmente está en el fundamento del Derecho o de un concreto ordenamiento. En un sentido más estricto y más técnico, la *fuente* designa aquellos hechos mediante los cuales el Derecho, en su singular y diversas manifestaciones, se produce y se renueva. En una acepción más precisa, entendiéndose el fenómeno jurídico como un conjunto de normas que constituyen el “Derecho objetivo”, pueden definirse como *fuentes* de producción de él a *los hechos o a los actos a los cuales el ordenamiento confiere la aptitud para producir normas jurídicas*.

No siempre el Derecho es producto de actos voluntarios en sentido estricto (ley, contrato, sentencia), sino que también deriva de fuentes consuetudinarias. En otras palabras, el Derecho no surge tan solo del sujeto u órgano investido de poder normativo, esto es, del poder de llevar a cabo actos productivos de Derecho, sino que también surge espontáneamente en el seno de la comunidad por conducto de una serie de actos repetidos.

En conclusión, *las fuentes del Derecho son los hechos jurídicos por los cuales, en virtud del ordenamiento jurídico, se crean, modifican o extinguen normas jurídicas válidas*.

136. Clasificación de las fuentes

Son numerosas las clasificaciones que se hacen sobre las fuentes de Derecho. Desde ahora hacemos presente que la doctrina no es uniforme en cuanto a la clasificación de las fuentes del Derecho ni en cuanto a su denominación. Así, por ejemplo, a las fuentes materiales se las denomina también *fuentes de producción*³ y a las formales, *fuentes de conocimiento*. Veamos las clasificaciones más importantes.

1 DU PASQUIER, Claude, *Introducción al derecho*, 3.^a ed., traducción por Julio Ayasta González, Lima: Justo Valenzuela, 1983, p. 30.

2 SORRENTINO, Federico, *Le fonti del diritto*, en *Manuale de diritto pubblico*, comps. Giuliano Amato y Augusto Barbera, Bologna: II Mulino, 1994, p. 117.

3 ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, 14.^a ed., vol. I, Barcelona: Bosch, 1996, p. 82.

136.1. Fuentes de producción

Las fuentes de producción responden a la pregunta: ¿Quién produce el Derecho? La respuesta es: los poderes públicos, el pueblo (costumbres), los particulares (actos jurídicos). Cuando hablamos de fuentes de producción del Derecho nos referimos al autor o autores de las normas jurídicas o, dicho de otro modo, a la persona o personas o grupos sociales que tienen la potestad de crearlas (*potestad normandi*).

La producción de normas válidas y eficaces presupone la existencia de una estructura de poder, que, ante la presencia de determinadas situaciones y valoraciones, opta por una solución normativa. Así, por ejemplo, la Asamblea Constituyente crea a la Constitución Política, el Parlamento produce leyes, el Ejecutivo produce decretos; la jurisprudencia es creada por el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial. La sociedad establece usos y costumbres; los particulares, en ejercicio del poder de la autonomía de la voluntad privada, dentro del ámbito de libertad conferido por el ordenamiento, crean contratos, testamentos, estatutos de las personas jurídicas privadas, etc.

En la producción del Derecho por órganos estatales se distinguen cuatro elementos:

- 1) *autoridad normativa*, es decir, el órgano o sujeto investido del poder (competencia) de crear Derecho (por ejemplo, las Cortes); 2) *un acto normativo* de carácter lingüístico y de contenido prescriptivo, esto es, el acto de emitir ciertos enunciados dotados de fuerza normativa (por ejemplo, aprobar una ley, dictar una sentencia o emitir una orden ministerial); 3) *un documento normativo*, o sea, el resultado o producto de un acto normativo (v. gr., el documento legislativo en que se inscriben las disposiciones o artículos de una ley, o el documento administrativo en que se inserta una orden ministerial, etc.); 4) *el contenido de significado* o contenido semántico del documento, que es el resultado de su interpretación⁴.

La producción del Derecho puede ser derivada u originaria. Se habla de *producción derivada* para referirse al Derecho creado de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente.

La producción originaria del Derecho no se apoya en ninguna norma jurídica previa. Por ejemplo, la creación de un nuevo Estado o su emancipación (Israel se convierte en Estado a raíz de una resolución de las Naciones Unidas, en 1948; Estados Unidos se constituye en Estado independiente en 1776 y se da su primera Constitución en 1787); un acto de conquista; un acto revolucionario (la Revolución francesa,

que dicta su primera Constitución en 1791) o un golpe de Estado⁵. Esta forma de producción de Derecho adquiere validez y eficacia cuando obtiene la aceptación y el respaldo de la opinión pública.

El pueblo (la sociedad) tiene el *poder* para crear directamente normas jurídicas sin necesidad de observar determinados requisitos, o indirectamente, por medio de sus representantes (la Asamblea Constituyente, el Poder Legislativo, etc.) y mediante un procedimiento estricto.

El pueblo, mediante la Asamblea Constituyente (poder originario), crea a la Constitución Política que es la Constitución del Estado. El poder constituyente precede a todo poder establecido del Estado. Es el pueblo, titular del poder soberano, el que decide instituir una Asamblea Constituyente, capaz de crear una Constitución o de cancelar una Constitución ya existente y crear otra. El poder constituyente es el que instituye un Estado que nace por primera vez o que ha decidido cambiar de Constitución; se habla en este caso de refundación del Estado sobre la base de nuevos principios políticos, sociales, económicos, culturales, etc. El poder constituyente es único, extraordinario e ilimitado. Único porque no admite ningún poder paralelo, ninguna regulación previa; extraordinario, no es permanente, solo se presenta en circunstancias históricas muy especiales; y es ilimitado, sus facultades son plenipotenciarias, no admiten restricción alguna, salvo el respeto de los derechos fundamentales de la persona. Es un poder originario del cual derivan los poderes creados (legislativo, ejecutivo, judicial), todos ellos limitados. Regula jurídicamente al Estado mediante una Constitución, norma jurídica suprema que recepciona los valores fundamentales predominantes en la sociedad. Como en la Constitución, especialmente por el paso del tiempo, se pueden presentar vacíos, insubsistencias, inadaptaciones u otro tipo de omisiones, la Constitución legitima a un poder constituido reformador de la Constitución (el Congreso) dentro de determinados límites y cumpliendo ciertos requisitos. El poder reformador de la Constitución es un poder limitado por la Constitución.

El Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por la defensa y el respeto de la dignidad humana, por la soberanía popular y la división de los poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de partidos y la independencia de los tribunales⁶. En el Estado Constitucional de Derecho es, precisamente, el Estado la fuente productora de Derecho, directamente (leyes, reglamentos, etc.) o indirectamente mediante el reconocimiento jurídico de las normas creadas por otras entidades (la sociedad crea costumbres; los juristas, la doctrina; los particulares, los

5 GARCÍA TOMA, Víctor, *Introducción al derecho*, 2.^a ed., Lima: Universidad de Lima, 1988, p. 46.

6 HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, traducción por Héctor Fix-Fierro, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 3.

contratos, etc.). El Estado crea Derecho, directa o indirectamente, dentro de los límites formales y materiales fijados por la Constitución.

136.2. Fuentes vinculantes y no vinculantes

Hay fuentes con fuerza vinculante, como la Constitución, la legislación, las costumbres elevadas a la categoría de Derecho positivo, la jurisprudencia obligatoria, los principios generales del Derecho incorporados al ordenamiento jurídico como fuente subsidiaria a falta de ley o costumbre; *y fuentes con fuerza no vinculante*, como la legislación no vigente, la doctrina, la legislación extranjera.

136.3. Fuentes constitucionales y fuentes legales

Fuentes constitucionales (la Constitución Política, los tratados internacionales sobre materias constitucionales y sobre derechos *humanos*,); *fuentes legislativas formales* (leyes, decretos legislativos, decretos-leyes, decretos supremos aprobados por el Parlamento); *y fuentes legales materiales* (los decretos supremos, resoluciones, ordenanzas municipales, etc.), o sea, toda norma que no emana ni tampoco es aprobada por el órgano legislativo.

136.4. Fuentes dictadas y fuentes indirectas

Las fuentes dictadas o directas comprenden la Constitución Política, las leyes, los decretos, reglamentos, las ordenanzas, etc.; *y fuentes indirectas* comprenden la moral, la equidad, la doctrina, etc.

136.5. Fuentes principales y fuentes supletorias

Son *fuentes principales*, la Constitución y la ley en su acepción amplia (material); *y fuentes supletorias*, la costumbre y los principios generales del Derecho.

136.6. Fuentes escritas y fuentes no escritas

Fuentes escritas, las leyes, los decretos, los reglamentos, etc.; *y fuentes no escritas*, la costumbre, los principios generales del Derecho, etc.

136.7. Fuentes internacionales y nacionales

Según el ámbito territorial de su eficacia, las fuentes pueden ser *internacionales*, *nacionales, regionales y locales*.

136.8. Fuentes generales y específicas

Las fuentes pueden ser *generales* (por ejemplo, la ley que regula la capacidad de las personas) y *específicas* (como la que otorga una pensión de gracia a una persona determinada).

136.9. Fuentes legislativas, particulares e individualizadas

Fuentes legislativas (v. gr., las leyes), *particulares* (el contrato) e *individualizadas* (la sentencia).

136.10. Fuentes de conocimiento

Fuentes de conocimiento son los hechos o documentos por los cuales se tiene noticia de las fuentes de producción (por ejemplo, el *diario oficial* donde se publican las leyes).

136.11. Fuentes reconocidas y fuentes delegadas

Por las *fuentes reconocidas* se reconoce eficacia, en el interior de un ordenamiento jurídico, a normas producidas en el seno de un ordenamiento jurídico distinto o a normas producidas por instituciones no estatales. Por estas fuentes el ordenamiento estatal recibe un conjunto de normas sin haber contribuido a su elaboración. Por las *fuentes delegadas* se transfiere a determinados órganos la potestad de dictar normas jurídicas.

136.12. Fuentes estatales y no estatales

Las fuentes de producción son estatales y no estatales.

- a) *Fuentes estatales.* Son fuentes estatales la Asamblea Constituyente, el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, Controlaría General, Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Ministerio Público, Sistema de Defensa Nacional, Consejo Nacional de Coordinación Regional y todos los otros órganos menores del Estado.
 1. *La Asamblea Constituyente.* No está prevista en la Constitución Política. Es el poder supremo, el poder de poderes, no está sometido a límites formales ni materiales, se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes. Tiene como única función expedir la Constitución. Todas las asambleas constituyentes peruanas han sido convocadas por

gobiernos *defacto* y sus miembros elegidos por el voto ciudadano. La Constitución es el ordenamiento normativo de mayor jerarquía de un país; es el orden fundamental del Estado y de la sociedad. Contiene la declaración de los derechos fundamentales (civiles, sociales, económicos y políticos) de la persona y las normas relativas a la organización y funcionamiento del Estado. La Constitución Política dispone que la reforma constitucional solo puede ser hecha por el Congreso, que la aprobará con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y la ratificará mediante *referéndum*, el cual puede omitirse cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas (art. 206).

2. *El Poder Legislativo* (el Congreso). Según la Constitución Política, se compone de Cámara Única (art. 90). La atribución primordial del Congreso es dar leyes. Tienen iniciativa (presentación de proyectos de ley) en la formación de las leyes, los congresistas, el presidente de la República, los otros poderes del Estado en las materias que le son propias, las instituciones públicas autónomas, los municipios, los colegios profesionales y los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley (art. 107). La ley aprobada, según lo previsto por la Constitución, se envía al presidente de la República para que la promulgue usando la fórmula prevista en la Constitución. El procedimiento de producción legislativa se caracteriza por la discusión y la publicidad. Las leyes aprobadas por el Congreso y promulgadas por el presidente de la república son publicadas en el diario oficial *El Peruano*. El Poder Legislativo expide leyes generales y abstractas; también puede dar leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas (art. 103). Las leyes pueden referirse a los individuos o a la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado. A estas últimas se las denomina *leyes orgánicas* y se tramitan como cualquier ley, mas para su aprobación o modificación se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso (art. 106).

El poder legislativo puede delegar en el Poder Ejecutivo la función de legislar mediante decretos legislativos sobre las materias y por el plazo que especifica la ley autoritativa del Congreso (art. 104).

3. *El Poder Ejecutivo*. Llamado también *administrador*, está compuesto por un sistema de órganos jerarquizados (órganos centrales, regionales y locales) a cuya cabeza se encuentra el presidente de la República, que es el jefe del Estado y personifica a la nación. La función ejecutiva o adminis-

trativa comprende toda la actividad que debe realizar el Estado (defensa nacional, instrucción pública, administración financiera, salud pública, etc.) para la consecución de sus fines, subordinadamente a la ley. La función legislativa puede ser intermitente; en cambio, la función ejecutiva o administrativa se caracteriza por su continuidad, lo cual explica que en casos extraordinarios el Ejecutivo puede sustituir al Legislativo⁷; además, los órganos legislativos no pueden regular casos particulares con amplitud discrecional, ni dictar normas que, aun siendo generales, apenas tienen relevancia política general o que son tan rápidamente aventajadas, que el procedimiento legislativo duraría más que la eficacia de las normas que produce; el procedimiento legislativo, en sentido estricto, está enderezado a producir normas, en lo posible, duraderas, planeadas con tiempo y amplitud de miras y suficientemente sopesadas, sobre materias jurídicas importantes; el aparato legislativo es demasiado pesado para disponer lo adecuado en cada caso con la rapidez necesaria para proveer al Poder Ejecutivo las leyes que necesita para gobernar⁸. Por eso la Constitución Política concede al poder administrador la facultad de dictar decretos legislativos con fuerza de ley, previa delegación de facultad por el Congreso, y con cargo de dar cuenta a este (art. 104); de “ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas”; y “dentro de tales límites, de dictar decretos y resoluciones”; así como de “dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso” (arts. 118, incs. 8 y 19). Los decretos supremos son firmados por el presidente de la República y refrendados por los ministros de los sectores correspondientes; las resoluciones supremas son rubricadas por el presidente de la República y firmadas por los ministros de los respectivos sectores; siguen las resoluciones ministeriales, viceministeriales, de directores, subdirectores y jefes de división.

4. *El Poder Judicial.* Tiene la función de administrar justicia, que es ejercida por el Poder Judicial “a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes” (art. 138). Los órganos jurisdiccionales son: la *Corte Suprema de Justicia*: sala plena, sala penal, sala civil; *Corte Superior de Justicia*, sala plena, sala civil, sala penal, juzgados de primera instancia, jueces de paz letrados, y jueces de paz (no letrados) (art. 143).

⁷ DEL VECCHIO, Giorgio y Luis RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Uteha, 1946, p. 411.

⁸ STARCK, Christian, *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, traducción por Luis Legaz Lacambra, Madrid: Maribel, 1979, p. 243.

Las sentencias consentidas o ejecutoriadas, esto es, que han pasado en autoridad de cosa juzgada, que expidan estos órganos jurisdiccionales, no pueden ser revisadas por ningún otro órgano del Estado, salvo las de la Corte Suprema denegatorias de la acción de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento, que pueden ser contradichas ante el Tribunal Constitucional (art. 202 inc. 2). Las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada constituyen normas jurídicas individuales obligatorias.

5. *Otros órganos estatales.* La Constitución Política contempla la existencia de ciertos organismos con poder autónomo como el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público, los gobiernos locales y regionales, el Jurado Nacional de Elecciones, las universidades nacionales, el Tribunal Constitucional, entre otros, que pueden dictar preceptos jurídicos obligatorios dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

En la producción del Derecho, las normas de rango inferior deben ser creadas con estricta sujeción a las normas de grado superior. Así, el Congreso da leyes generales en aplicación de la Constitución, los jueces en sus sentencias (normas individualizadas) aplican la ley. Aplicar la ley es también crear Derecho.

La Constitución Política predetermina el orden jerárquico de la normatividad al establecer que “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente” (art. 51). Los principios de la constitucionalidad y de la legalidad están reafirmados en el art. 138, que dice: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

- b) *Fuentes no estatales.* Tienen un origen extraestatal: las normas consuetudinarias, que son producidas por los grupos sociales; el llamado *Derecho convencional* o negocial constituido por los preceptos o normas de conducta adoptados de común acuerdo por los miembros de una colectividad cualquiera (sindicatos, cooperativas, junta de acreedores, *cartells*, consorcios, asociaciones profesionales, culturales o deportivas, etc.); los actos jurídicos que son generados por la autonomía privada en virtud de la delegación hecha por la ley a favor de los particulares, para que ellos mismos determinen el contenido de las normas jurídicas que han de regir ciertos aspectos de su conducta. Estas normas, producidas por sujetos de derecho no estatales, tienen la calidad de jurídicas, en cuanto son reconocidas por el Estado que les otorga el respaldo de la coerción para obligar a quienes se nieguen a cumplirlas.

136.13. Fuentes materiales

Llamadas también *reales*, son los factores sociales, económicos, políticos, morales, culturales, éticos, religiosos, ideológicos, que influyen en la creación del Derecho y constituyen el contenido de las normas jurídicas. Estas fuentes proporcionan la materia prima, la sustancia, con la cual se fabrica el derecho, imprimiéndole su sentido y finalidad. Son las que provocan y determinan el contenido de las normas jurídicas.

Son esos elementos genéticos que, como dice Du PASQUIER⁹, “comprenden el conjunto de fenómenos sociales que contribuyen a formar la sustancia, la materia del Derecho (movimientos ideológicos, necesidades prácticas, etc.)”. Estos elementos constituyen la esencia misma de toda norma jurídica y contribuyen a su mejor conocimiento y aplicación. El legislador tiene que comenzar por conocer la materia, o sea, la realidad social, que se quiere regular mediante una ley que signifique, ya una mera respuesta a la evolución social, o ya una transformación de la realidad para lograr una vida mejor¹⁰.

Las relaciones sociales (familiares, económicas, culturales, de trabajo, etc.) son la fuente primera del Derecho. Este surge de esas relaciones sociales a las cuales configura en normas jurídicas, esto es, las canaliza y fija los límites dentro de los cuales son permisibles. Pero el Derecho no solamente configura y fija los límites de las relaciones existentes tal como se vienen dando, sino que también puede configurarlas de una manera distinta, modificándolas o transformándolas o promoviendo la realización de nuevas relaciones mediante premios o castigos. Entre realidad social y Derecho hay una interacción dialéctica constante, pues unas veces el Derecho se limita a configurar jurídicamente la realidad social tal cual es, y otras veces es instrumento eficaz para configurar una realidad social distinta.

Para la teoría marxista, el Derecho es una simple superestructura cuya aparición, contenido, naturaleza, forma y evolución, están determinados por la realidad social o estructura o infraestructura. Bajo esta premisa, las relaciones de propiedad de los medios de producción (relaciones de propiedad y de trabajo) condicionan la vida social, política e intelectual. Las relaciones de propiedad privada originan la presencia de clases antagónicas. El Derecho, el Estado, la política y la ideología son superestructuras que existen por cuanto sirven para asegurar la producción y seguridad de las

⁹ DU PASQUIER, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 35.

¹⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1951, p. 53. Refiriéndose a las fuentes reales del Derecho legislado, afirma que el contenido de la legislación “encuéntrese determinado por las situaciones reales que el legislador debe regular, las necesidades económicas o culturales de las personas a quienes la ley está destinada y, sobre todo, la idea del derecho y las exigencias de la justicia, la seguridad y el bien común. Todos estos factores, y muchos otros del mismo juez, determinan la materia de los preceptos jurídicos y, en tal sentido, asumen el carácter de fuentes reales”.

relaciones de producción establecidas por las clases sociales beneficiarias. La política, la ideología y el Derecho no pueden ser extraños a la estructura de la cual nunca se pueden desvincular. Si cambian las relaciones de producción o la posición de las clases sociales, esto es, si cambia la estructura existente, también cambia el Derecho.

No compartimos en su totalidad la idea de que el Derecho es una simple superestructura, una reproducción de la realidad social, porque esto no revela la función integral del Derecho. Toda relación social (de esta las relaciones económicas son apenas una especie) es el resultado de la conducta humana que es capaz, no solo de configurar normas jurídicas reproduciendo las relaciones sociales, sino de modificar o transformar las estructuras sociales mediante actos revolucionarios o de simple transformación que ocasionan el surgimiento de una sociedad distinta. Es verdad que la actividad normativa no se desenvuelve en el vacío y de una manera arbitraria:

[S]e encuentra situada ante todos los obstáculos y resistencia que la realidad le ofrece, estableciéndose así entre el legislador y el mundo una tensión dialéctica, que exige una superación; en tal sentido se puede afirmar que tan inexacto es el decir que el hombre puede libremente configurar la sociedad conforme a un orden de ideas caprichosamente elaborado, como pretender que esas ideas y las normas que de ellas derivan no sean creación del espíritu del hombre, sino mero resultado de la evolución natural de un sistema de relaciones humanas, o más concretamente, de las relaciones del hombre con los medios de producción¹¹.

Realidad y conducta humana se influyen y condicionan recíprocamente. En toda acción humana hay una dosis de necesidad y también de libertad. La realidad condiciona y orienta a la acción y esta modifica o transforma la realidad.

136.14. Fuentes formales

Estas fuentes responden a la pregunta: *¿En qué forma se establece el Derecho?* Este es producido en forma de leyes, decretos, reglamentos, sentencias, costumbres, contratos, etc. Estas formas o modos como se establecen y exteriorizan las normas jurídicas adquieren la nota de Derecho positivo obligatorio.

En realidad, la distinción de las fuentes en materiales y formales es artificial, porque la estructura de la norma es tanto real (la realidad social valorada que forma el presupuesto de la norma) como formal (la forma obligada que debe revestir el precepto jurídico).

La expresión *fuente formal* se refiere también a los procedimientos mediante los cuales se producen normas válidas que deben ser obedecidas por todos. Así, por

11 DE COSSIO, Alfonso, *Instituciones de derecho civil*, t. I, (Parte general. Derecho de obligaciones), Madrid: Alianza, 1977, p. 32.

ejemplo, la ley adviene como Derecho positivo mediante la sanción, promulgación y publicación¹².

La relación entre fuentes materiales y formales “podría explicarse diciendo que las segundas representan el cauce o canal por donde corren y se manifiestan las primeras” (GARCÍA MÁYNEZ).

Además, las fuentes de producción y las formales están interrelacionadas porque a una específica fuente de producción de normas jurídicas (v. gr., parlamento, grupo social) corresponde una concreta forma de exteriorización de ella (v. gr., ley, costumbre).

Las fuentes formales están dotadas de fuerza obligatoria por disposición del ordenamiento legislativo. “Reciben el nombre de formales porque se caracterizan por la forma que revisten, no por la índole de los mandatos que contienen” (Marín PÉREZ).

Las fuentes formales del Derecho son la ley entendida en su sentido material, amplio, la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho, la doctrina y los actos o negocios jurídicos privados. Seguidamente tratamos de cada una de las fuentes formales.

SECCIÓN II.- LA CONSTITUCIÓN

Cuando afirmamos que en el sistema de Derecho romano germánico la primera fuente de Derecho es la ley entendida en su sentido material nos estamos refiriendo en primer lugar a la Constitución.

La Constitución es la fuente de fuentes del Derecho positivo, la ley suprema, la ley de leyes, la norma o carta fundamental que:

[N]o está sujeta a una evaluación de validez formal, dado que no existe un precepto [superior] que haga las veces de una norma sobre su producción jurídica, en virtud de ser ella misma el fundamento y cúspide de todo el ordenamiento jurídico de un Estado. Y es que la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho [...] Es la primera de las normas de producción, la norma de *normarum*, la fuente de las fuentes [...] Es la expresión de una intención funcional [...] De manera que no adquiere esa validez a partir de que haya sido emitida por un órgano investido con dicha potestad y de acuerdo a un procedimiento previsto por el Derecho vigente, pues es el resultado del ejercicio del Poder Constituyente, cuyo titular es el Pueblo¹³.

12 La ley *aprobada* por el Poder Legislativo (el Congreso) es *promulgada* por el presidente de la República (Constitución Política, art. 108).

13 Sentencia del TC, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, Lima, del 10.12.2003.

La Constitución es el marco dentro del cual deben ubicarse todas las otras fuentes del Derecho, fuera del marco constitucional no existe norma jurídica que valga. Como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior. La Constitución establece que, en qué forma, observando que procedimientos, y con qué contenido se puede producir normas jurídicas, establece el ordenamiento jerárquico de estas. Señala que ella prevalece sobre toda otra norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (art. 51). Contiene un plexo de principios y valores que ninguna norma legal o de otra naturaleza puede contradecir. Como norma jurídica suprema, constituye el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, de modo que toda persona o institución, pública o privada, debe guardarle lealtad y fidelidad.

Las normas legales que contravenga a la Constitución por la forma o por el fondo son inconstitucionales, procede contra ellas la acción de inconstitucionalidad (art. 200.4). En cambio, como no existen normas que disciplinen el proceso de creación de la Constitución, ni que regulen su contenido, no se puede valorar a las normas constitucionales como inconstitucionales. El Tribunal Constitucional solamente conoce, en vía de acción de inconstitucionalidad, las demandas contra normas con rango de ley que contravengan a la Constitución por la forma o por el fondo, pero no tiene competencia para conocer de acciones de inconstitucionalidad contra normas constitucionales; el Tribunal Constitucional, órgano constituido, no tiene más poderes que los que la Constitución le atribuye, y son los señalados en el art. 202.

La Constitución es la primera fuente formal, y también de producción, de Derecho.

SECCIÓN III.- LA LEY

137. Introducción

En los países de Derecho escrito la ley es la primera fuente formal de él y, por consiguiente, el modo más importante en que se manifiestan las normas que regulan con carácter obligatorio la conducta humana social.

Etimológicamente, el vocablo ley proviene del latín *lex*, cuyo genitivo es *legis* y su plural *leges*. Pero la verdadera raíz latina se encuentra en el verbo *legere*, que significa “escoger”, según unos, y “leer”, en opinión de otros; porque la ley escoge mandando unas cosas y prohibiendo otras para la utilidad pública; y porque se leía al pueblo para informarle de su contenido y contribuir a su más cabal vigencia¹⁴.

¹⁴ CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario encyclopédico de derecho usual*, t. II y III, Buenos Aires: Heliasta, 1979. La ley en sentido jurídico se conoció unos tres siglos a. C., siendo las de más importancia las leyes

La ley es una prescripción dictada por el órgano competente del Estado, según formas prefijadas en la Constitución, que manda, prohíbe o autoriza algo en consonancia con la justicia y para el bien de todos los miembros de una comunidad. La prescripción legal es dictada sobre la base de la descripción de la realidad social.

Sin embargo, la ley como norma de conducta de carácter obligatorio aparece mucho antes de que el hombre descubriera la función legislativa. La aparición de la ley es coetánea de la sociedad. Solo el generalizado respeto de normas comunes permite la existencia pacífica del individuo en comunidad. Mucho antes de que el hombre desarrollara un lenguaje que le permitiera impartir normas de carácter general, el individuo solo era admitido en el grupo en la medida en que se aviniera a respetar los correspondientes esquemas normativos, aun cuando estos eran desconocidos por completo, pues el descubrimiento y la enunciación de las normas exige no poca habilidad intelectual. Los individuos aprendieron a respetar ciertas normas de conducta, mucho antes de que ellas llegaran a ser explícitamente expresadas. Las normas surgen como ciertas propensiones o predisposiciones, hábitos, prácticas o costumbres, que se enseñan y aprenden por imitación, siendo así mucho más generales y abstractas que cuanto pueda expresar un lenguaje incipiente. Inicialmente, tanto las normas físicas como las que gobiernan la conducta humana fueron consideradas eternas e independientes de la voluntad; unas y otras fueron atribuidas a algún agente sobrenatural. Es probable que uno de los primeros usos del lenguaje fuera el de la transmisión y aplicación de las normas. Pero, sin duda, hasta la actualidad el lenguaje no es suficiente para expresar todo lo que sabemos realizar; muchas veces también aprendemos por simple imitación, y por ello las normas que gobiernan el comportamiento humano son mucho más generales y abstractas que cuanto el lenguaje es capaz de comunicar.

La tarea del legislador consiste en descubrir lo ya existente, aunque de su esfuerzo pueda derivarse alguna creación que ayude a solucionar conflictos que las normas ya existentes no pueden resolver. Los antiguos legisladores desde *Ur-Nammu* y *Hammurabi* hasta *SOLÓN*, *LICURGO* y los autores de las *xii Tablas* romanas, no pretendieron jamás crear un nuevo Derecho *ex novo*, sino que se limitaron a refrendar aquello que era y había sido hasta entonces ley (“antiguo” y “bueno” eran conceptos sinónimos). Es en el ámbito del *ius gentium*, del Derecho mercantil y de los hábitos establecidos en los centros marítimos y comerciales, donde surgen las sucesivas etapas de la evolución jurídica que finalmente dio lugar a la denominada *sociedad abierta*.

de las *xii Tablas*. Fue en su sentido jurídico que primeramente se conoció el vocablo. Con posterioridad se extendió a las ciencias naturales para expresar las relaciones de causalidad que gobiernan los fenómenos de la naturaleza. Luego se habló de ley en el campo de la ética para referirse a los principios que gobiernan el comportamiento humano en relación con Dios (leyes religiosas) o con los demás hombres en función de la conciencia del bien o del mal (normas morales). Finalmente, la sociología y la economía adoptaron el vocablo.

En Grecia surgió la idea de que el Derecho debe ser el fruto de la voluntad humana, pero la alteración de las normas por la asamblea ateniense estaba sujeta a un complicado procedimiento, en el cual intervenía una comisión especialmente elegida a tal objeto: los *nomothetae*.

El Derecho romano clásico fue casi en su totalidad fruto del descubrimiento de la ley por el jurista (la fuente del Derecho fue la doctrina) y solo en escasa medida, consecuencia del esfuerzo legislativo, es decir, de la voluntad del legislador; JUSTINIANO consideró que el Derecho es el fruto de la voluntad del gobernante (poder absoluto de los reyes o emperadores). Pero hasta el descubrimiento de la *Política* de ARISTÓTELES en el siglo XIII y la influencia del *Corpus Iuris Civilis* en el siglo xv, la Europa occidental no volvió a considerarlo como autónomo e independiente de la voluntad humana. En la Edad Media nunca se aplicaba una norma por primera vez; una ley nueva era una *contradiccio in terminis*. La norma se derivaba explícita o implícitamente de la tradicional, o discrepaba de ella, en cuyo caso carecía de legitimidad. A partir del siglo XIII, con el auge de las monarquías absolutas se desarrolla el concepto de que la ley es fruto del acto voluntario irrestricto y deliberado del gobernante. El Derecho derivado de la costumbre y del precedente judicial goza de mayor generalidad y abstracción que la norma estatuida por el gobernante.

En el *common Law*, el juez debe mantenerse al margen de los deseos del gobernante y de cualquier otra razón del Estado, y hacer todo cuanto sea necesario para mantener los principios generales sobre los que se asienta el orden social. Su actuación se orienta a descubrir principios generales susceptibles de aplicación a nuevos casos concretos, lo cual difícilmente puede lograr un juez que se limita a aplicar un catálogo de disposiciones legales. El juez que aplica el *common Law* es consciente de que es solo la imagen imperfecta de lo que sus predecesores intentaron expresar, y dicta su sentencia pensando no solo en el caso concreto sometido a su decisión, sino cavilando en que su sentencia ha de constituir norma imperativa para todos los ciudadanos. En cambio, la ley surge del intento de expresar las normas de comportamiento, y sirve para corregir las desviaciones que puede soportar el proceso de desarrollo espontáneo de la ley. El desarrollo del proceso de precedentes es lento, porque la ley no puede adaptarse rápidamente a las nuevas circunstancias. El juez que administra justicia conforme a los precedentes no puede alterar normas firmemente arraigadas, salvo en forma muy paulatina; en cambio, con la ley se puede hacer modificaciones radicales a las normas que hasta entonces estaban basadas en algún error o eran injustas. Mediante la ley se pueden neutralizar rápidamente criterios tradicionales injustos impuestos por la propia sociedad mediante costumbres o por la clase social que tuvo a su cargo el desarrollo de la ley que, ahora, hay que modificar o derogar.

No se conoce el momento en que se concede a la autoridad política la facultad de dar leyes o modificar las existentes. El gobernante dictaba normas de organización,

pero estas debían ser aprobadas por asambleas, a fin de que el gobernante estuviera también sometido a la ley. Pero las asambleas no eran órganos legislativos, porque una misma institución era, a un mismo tiempo, asamblea legislativa, consejo de gobierno y tribunal de justicia. Las normas de organización constituyeron proceso usual de creación deliberada de leyes, mucho antes de que se usara la facultad legislativa para modificar las vigentes normas de comportamiento. BACON, HOBBES Y AUSTIN, sostuvieron que era necesario que existiera un legislador con capacidad decisoria ilimitada, y que solo es ley aquello que es expresión de su voluntad. Esto justifica la existencia de un legislador con poder absoluto encarnado inicialmente en el monarca y más tarde en las asambleas democráticas. En el Estado moderno, la opinión pública es a la vez fuente que respalda y limita la potestad legislativa. La ley es obligatoria tanto para los gobernantes como para los gobernados. Los usurpadores, los dictadores y los autócratas deben saber que las más poderosas dictaduras se derrumban cuando pierden el apoyo popular; por eso se esfuerzan en controlar la opinión por todos los medios.

137.1. Concepto de ley

Hay un concepto *formal* y otro *material* o sustancial de ley.

Conforme al esquema de separación de poderes, corresponde al Poder Legislativo la facultad de dictar las leyes, por las cuales ha de regirse la comunidad. El Poder Legislativo lo integran representantes elegidos por los ciudadanos; por ello la aprobación de una ley constituye la expresión de la voluntad general de los ciudadanos (los representados). De esto se deriva el concepto formal, restringido, de la ley.

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 el procedimiento prescrito en la Constitución, promulgada por el presidente de la República y publicada en el diario oficial *El Peruano*¹⁵.

Pero no puede esperarse razonablemente que el Poder Legislativo sea capaz de dictar todas y cada una de las numerosísimas normas jurídicas que reclama la vida colectiva. Existen incontables normas dadas por el Poder Ejecutivo, desde el presidente de la República hasta el último funcionario estatal y por los otros órganos estatales, como son el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca

15 Por ejemplo, en materia penal rige este concepto de ley formal, porque la legitimidad democrática solamente se manifiesta de manera directa en la ley y de modo indirecto en el decreto legislativo. La Constitución es terminante al señalar, en el art.2.24, literal d), que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (principio de legalidad).

y Seguros, la Contraloría General, entre otros, que dan normas expresadas en forma escrita, las mismas que merecen el calificativo de *normas legales*, y que sin embargo no son leyes en sentido formal por no ser obra del Poder Legislativo. Los organismos estatales, distintos del parlamento, comenzando por el Poder Ejecutivo, deben cumplir numerosas y cada vez más complejas funciones que se les ha encomendado, por lo cual se ven en la necesidad —y están facultados para ello— de dictar normas jurídicas que admiten la denominación de ley en una acepción amplia o material.

La ley en sentido *material* es toda regla de Derecho, todo precepto normativo escrito y creado por los órganos estatales dentro del límite de sus respectivas competencias. En sentido material, amplio, ley es la Constitución (creada por el poder constituyente), la ley (dada por el Congreso), los reglamentos (producidos por el Poder Ejecutivo), las resoluciones, las ordenanzas municipales, los edictos municipales, etc. La ley material proviene de los diversos órganos del Estado (del Poder Legislativo, del Poder Ejecutivo y de los demás órganos autónomos del Estado), a diferencia de la costumbre, que procede de la comunidad.

Al conjunto de leyes escritas que integran el ordenamiento jurídico se le denomina *legislación*.

137.2. Carácteres de la ley

La ley reúne las siguientes características:

- 1) Es *obligatoria*. La obligatoriedad de ella está respaldada por la fuerza coactiva del Estado.
- 2) Es *general*, por ser dictada para regir colectivamente y no a persona o personas determinadas. La generalidad garantiza el principio de igualdad ante la ley, que impide tanto al legislador en la dación de la ley como al juzgador en su aplicación, hacer distinciones arbitrarias, porque todas las personas tienen derecho a la igualdad de trato sin discriminaciones. Las leyes singulares que se refieren a una persona o a un grupo pequeño de personas son promulgadas porque así “lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas” (Constitución Política, art. 103).
- 3) Es *abstracta*, por estar destinada a regular un número indefinido de casos futuros, todos los que se asemejan al supuesto normativo, y no a un caso particular. También su carácter abstracto inspira el principio de igualdad ante ella, que exige que hechos iguales o semejantes tengan la misma respuesta jurídica.
- 4) Debe ser *creada* por el órgano competente del Estado, esto es, por quien está facultado para imponer normas de conducta obligatoria.
- 5) Es de declaración *solemne*, o sea, debe ser elaborada y declarada con las formalidades o solemnidades dispuestas por el Derecho vigente; “una norma solo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma” (KELSEN).

- 6) La ley ha de *ser justa* para que su cumplimiento no sea impuesto por la violencia. Los tribunales encargados de administrar justicia están obligados a aplicar la ley; no están facultados para decidir sobre la justicia o injusticia de las leyes, pero pueden adaptar el sentido de la ley a la justicia por medio de la interpretación.
- 7) A la ley se la considera conocida por todos (presunción de conocimiento). Nadie puede alegar su incumplimiento por desconocimiento o ignorancia. En verdad, desde el momento en que una ley es publicada, todos los ciudadanos están en la posibilidad de conocerla, si no es que la conocen real y efectivamente.
- 8) La ley tiene carácter permanente. Solo deja de regir cuando se extingue su vigencia por derogación, por vencimiento del plazo por el cual fue dictada, o por haber logrado el fin o haberse extinguido las situaciones de hecho para las cuales fue promulgada, o por haber sido declarada inconstitucional, mediante sentencia del Tribunal Constitucional.

137.3. Jerarquía de las leyes peruanas

Este punto está desarrollado en el capítulo VI, 72. Aquí nos limitamos a hacer una breve referencia esquemática. Tomamos el significado material y no formal de ley. La jerarquía de las leyes peruanas es la siguiente:

- 1) *Primer rango:* 1) *normas constitucionales y normas con fuerza constitucional* (Constitución Política, arts. 51, 57, 102.2. 118.1, 206, 138, 4.^aD. F.); 2) sentencias del Tribunal Constitucional (art. 204).
- 2) *Segundo rango:* a) *leyes y otras normas de igual rango:* leyes orgánicas (art. 106) y leyes ordinarias (art. 102.1); b) resoluciones legislativas (art. 102.1); c) decretos legislativos (art. 104); d) decretos leyes (la Constitución no los menciona, pero en la práctica rigen con el mismo rango de la ley); e) decretos de urgencia (art. 118.19 y 74); f) tratados internacionales que no afecten disposiciones constitucionales; g) reglamentos del Congreso (art. 94); h) normas regionales de carácter general (arts. 197 y 200.4); i) ordenanzas municipales (art. 200.4).
- 3) *Tercer rango:* a) *decretos y normas reglamentarias;* b) convenios internacionales ejecutivos (art. 57); c) decretos supremos (art. 188.8); d) edictos municipales; e) decretos de alcaldía.
- 4) *Cuarto rango:* *Resoluciones supremas, ministeriales, administrativas* (de la sala plena de la Corte Suprema, de la Fiscalía de la Nación, etc.), viceministeriales, de los organismos públicos descentralizados, acuerdos municipales, resoluciones municipales, de alcaldía, resoluciones jefatales, etc.

137.4. Recopilación y codificación de las leyes

Las recopilaciones o compilaciones son las colecciones de leyes de diversas épocas, agrupadas conforme a distintos criterios: orden cronológico, numérico, por materias, etc., pero conservando cada una su propia individualidad y, por tanto, desprovistas de organicidad.

Es famosa la compilación hecha por Triboniano, por orden de Justiniano, de las leyes romanas en el *Corpus Iuris Civilis*. La compilación de las costumbres francesas redactadas por orden de Carlos VII, durante la segunda mitad del siglo XV y la primera del XVI. Las *Siete Partidas* (redactadas en 1265, alcanzaron fuerza de ley en 1348). Es una obra de compilación del rey de Castilla Alfonso X, el Sabio, quien se apoyó en la tradición española del *Fuero Juzgo* y pretendió conciliar las normas consuetudinarias de Castilla con las normas del Derecho romano y del Derecho canónico.

Los códigos¹⁶ son cuerpos orgánicos y sistemáticos de leyes referentes a una o más instituciones jurídicas succinctas.

Como expresa VIDAL¹⁷, mientras en las recopilaciones o compilaciones se da contenido a un material jurídico que no guarda organicidad y se mezclan elementos sin previa depuración, en los códigos se da contenido orgánico al material jurídico y se establece una normativa nueva que va a iniciar su vigencia derogando la normativa anterior.

El movimiento codificador surge en el siglo XVIII bajo la inspiración de la escuela del Derecho natural racionalista.

La codificación no solo sirvió para llevar a cabo la fusión del derecho teórico y práctico, sino que, a diferencia de la compilación, permitió acabar con los arcaísmos, la fragmentación del Derecho y la multiplicación de las costumbres, pero lo que es más importante, permitió hacer algunas reformas de utilidad.

DAVID¹⁸ dice que se precisaban dos condiciones para que la codificación cumpliera con éxito la ambiciosa tarea de reformar el Derecho: de una parte, era necesario que fuese la obra de un soberano ilustrado, liberado del tenebroso peso del pasado y ansioso de consagrarse los nuevos principios de justicia, libertad y dignidad del individuo. De otro lado, era necesario que la codificación se estableciese en un gran país capaz de ejercer sobre los demás una influencia que no pudiesen eludir. El *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794 fracasó por no satisfacer la primera de las

¹⁶ Codex, de donde viene “código”, era el libro de páginas y no en forma de rollo o *volumen*. En el siglo III d. C., por resultar mucho más práctico el manejo de un libro, cuyas páginas se pasan con una sola mano, que el de un rollo, que debe sujetarse con las dos manos para desenrollarlo con la derecha y enrollarlo con la izquierda, esa nueva editorial fue adoptada para los libros de Derecho —las obras literarias continuaron por más tiempo en forma de *volumina*; de ahí que el “código” sea por excelencia un libro de Derecho, un libro práctico. En el Pórtico de la Catedral de Santiago el maestro Mateo distingue los autores de evangelio o epístolas neotestamentarias poniéndoles un *codex* en las manos, en tanto los personajes del Antiguo Testamento llevan rollos (D'ORS, Alvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, 8.^a ed., Madrid: Rialp, 1989, p. 22).

¹⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Introducción al derecho civil peruano*, Lima: WG editor, 1992, p. 52.

¹⁸ DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción por Pedro Bravo Gala, Madrid: Aguilar, 1973, p. 48.

condiciones enunciadas; el Código Civil austriaco de 1811 solo conoció una expansión limitada, por no cumplir la segunda condición. La codificación solo pudo triunfar en las condiciones en que se realizó en Francia, con motivo de la Revolución, asociada al prestigio de la expansión napoleónica.

En Francia, en 1804, se expidió el Código Civil, y entre 1807 y 1810, los Códigos de Procedimientos Civil y Criminal, de Comercio y Penal.

Los códigos franceses se difundieron rápidamente y estimularon el movimiento codificador en la mayoría de los países occidentales, con excepción de los anglosajones.

La codificación ha sido el instrumento más importante para la expansión del Derecho romano-germánico.

Para que el Derecho no se torne rígido y empiece a quedar a la zaga de la evolución social, es necesario que los códigos sean actualizados permanentemente por medio de la doctrina y la jurisprudencia ágiles que adecúen el derecho codificado a las cambiantes realidades económicas y sociales.

137.5. Límites de la ley en el espacio

Las leyes peruanas rigen en el territorio de la República que comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que lo cubre (Constitución Política, art. 54).

137.6. Límites de la ley en el tiempo

Las leyes son obligatorias desde que entran en vigencia hasta que cesan de regir. Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo, salvo en materia penal, cuando favorece al reo (Constitución Política, art. 103).

Las leyes entran en vigencia desde el día siguiente de su publicación completa en el diario oficial *El Peruano*, salvo disposición contraria de la misma ley que postergue su vigencia en todo o en parte (Constitución Política, art. 109). La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma emitida por el Estado (Constitución Política, art. 51). La Ley N.º 26315 dispone que el diario oficial *El Peruano* publique el texto íntegro de los tratados celebrados por el Estado. Los tratados forman parte del Derecho nacional.

Al periodo que transcurre entre la promulgación¹⁹ y la entrada en vigencia de la ley se le denomina *vacancia de la ley* (*vacatio legis*). Durante este periodo rige la ley anterior.

19 Mediante la promulgación de la ley, el presidente de la República certifica su existencia, esto es, corrobora que se ha seguido el procedimiento constitucional para su elaboración. El acto de la promulgación

Las leyes cesan de regir:

1) cuando se vence el plazo de vigencia señalado en la propia ley (leyes temporales); 2) cuando se ha conseguido el fin o ha desaparecido el estado de cosas para las cuales fue dictada (*ratio legis*); 3) por derogación mediante otra ley de igual o superior jerarquía; 4) por sentencia que declare su inconstitucionalidad (Constitución Política, art. 103).

El art. I del título preliminar del Código Civil (CC) vigente de 1984, señala tres formas de derogación de la ley: 1) expresa, por ejemplo, el art. 2112 dispone: "Deróguese el Código Civil promulgado por decreto supremo de treinta de agosto de mil novecientos treinta y seis"; 2) por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior (derogación tácita). Esta derogación se efectúa dentro de los límites de la incompatibilidad. La parte de la ley antigua que no es incompatible con la nueva, subsiste vigente; 3) cuando la materia de la ley anterior es regulada íntegramente por la nueva ley (derogación tácita).

La derogación de una ley derogatoria de otras no hace que estas recobren su vigencia.

137.7. Conflicto de leyes en el tiempo

En toda norma jurídica existe un presupuesto o supuesto de hecho al cual se enlaza una consecuencia o efecto jurídico. La consecuencia se produce luego que el hecho señalado como presupuesto se ha verificado (consumado) totalmente en la realidad. Con una nueva norma se puede modificar el presupuesto o la consecuencia o, a la vez, el presupuesto y la consecuencia de una norma antigua.

Para resolver el conflicto de leyes en el tiempo existen estos criterios:

- 1) la irretroactividad de la ley mediante su aplicación inmediata a todos los hechos y consecuencias que se produzcan durante su vigencia, esto es, la ley no tiene efectos retroactivos ni puede supervivir después que es derogada; 2) la aplicación retroactiva de la ley a los hechos y consecuencias que tuvieron lugar durante la

se realiza en la autógrafo de la ley. "La promulgación es un acto debido, de carácter declarativo, por consiguiente, no constitutivo de la ley, perteneciente, dentro del procedimiento legislativo, a la fase integradora de la eficacia y que se verifica por medio de una fórmula donde se contiene, en primer lugar, la proclamación formal de la ley como tal ley y, en segundo lugar, el mandato de su publicación. La promulgación de la Constitución, por su propia naturaleza, es un asunto que solo lo puede realizar el poder constituyente. Y cuando dicho poder ordena que la promulgación de la nueva Constitución la realice un poder constituido, este mandato no tiene sino un valor simbólico, que no afecta en nada a su obra" (Sentencia del TC, Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, Lima, del 21 de enero del 2002).

vigencia de la ley antigua; 3) la aplicación ultractiva de la ley antigua que supervive a la nueva²⁰.

Dos son las teorías importantes que explican la irretroactividad de la ley:

- 1) teoría de los *derechos adquiridos*, según la cual, la nueva ley no puede alcanzar a los derechos adquiridos antes de su vigencia; 2) teoría de los *hechos consumados*, que significa que la nueva ley rige a los hechos producidos durante su vigencia, pues los hechos consumados (realizados) durante la vigencia de la ley antigua se rigen por esta.

Según esta teoría, para resolver el conflicto de leyes en el tiempo se debe averiguar no si un derecho se adquirió bajo el régimen de la ley antigua, sino si el hecho señalado como presupuesto de la norma se cumplió totalmente estando en vigor la norma derogada.

A diferencia del Código Civil de 1936, que adoptó la *teoría de los derechos adquiridos* para resolver los conflictos de leyes en el tiempo (art. 1824), el Código Civil vigente de 1984 opta por la teoría de los *hechos consumados* al disponer en el art. III del T. P., que “La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” y al extender el alcance de las excepciones al principio de la irretroactividad de la ley solamente a los casos previstos en la Constitución, es decir, tan solo “en materia penal, cuando favorece al reo” (Constitución Política, art. 103).

20 Además, la Constitución Política de 1979, en su art. 307, regulaba la retrovigencia de esta como una figura distinta a la retroactividad de la Constitución y la ley.

La retroactividad consiste en la aplicación de una nueva norma a hechos anteriores a su vigencia, mientras que la retrovigencia es la aplicación de la norma existente cuyos preceptos no se observaron porque su vigencia se interrumpió a consecuencia de un fraude electoral o de un golpe de Estado. Son efectos de la retrovigencia: 1) los actos de fuerza no afectan la vigencia ni el cumplimiento de la Constitución; 2) tampoco afectará la Constitución ni dejarán de cumplirse sus normas cuando fuere supuestamente derogada o modificada por cualquier otro procedimiento distinto del que ella dispone; 3) proclamación del deber de colaborar en el mantenimiento o restablecimiento de su efectiva vigencia; 4) juzgamiento de los usurpadores del poder y de la derogatoria de la Constitución por medios distintos de los que ella establece; 5) incautación de los bienes de quienes se hayan enriquecido al amparo de la suplantación de la soberanía popular o de la usurpación de los poderes públicos; 6) exhortación a la desobediencia civil (método que Ghandi utilizó con éxito contra los ingleses); 7) nulidad de todos los actos del gobierno usurpador; 8) consagración del derecho de insurrección; 9) tipificación del fraude electoral o del golpe de Estado como delito de traición a la patria (Const. de Honduras de 1982, art. 2), pues los que toman el poder por la fuerza son comparables a los que secuestran por la fuerza a una persona, con la agravante de que cuando se secuestra a toda la nación, los que estos actos cometen no pueden ser más que considerados como enemigos de la patria y por lo tanto traidores a ella; 10) acción pública e imprescriptible para perseguir a los que usurpan el poder mediante fraude o violencia (Const. de Honduras de 1982, art. 2) (MOLINO MOLA, Edgardo, *Retrovigencia de la Constitución*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice, t. vi). Sin embargo, nada de esto sucederá si el gobierno golpista obtiene el respaldo de la opinión pública.

Al haberse adoptado la teoría de los hechos consumados, la nueva ley se aplica no solamente a los hechos y consecuencias futuras, sino también a los hechos y consecuencias jurídicas nacidas al amparo de la ley anterior que se encuentren en proceso de desarrollo —no son todavía hechos consumados— al entrar en vigencia la nueva ley, como sucede con las relaciones jurídicas familiares, los derechos reales, los actos jurídicos de duración, etc.

137.8. La ley en la teoría del derecho y del estado

Aquí nos vamos a referir brevemente, siguiendo en especial a STARCK²¹, a la evolución del concepto de ley general en la teoría del derecho y del Estado.

DE AQUINO (1225-1274)²² definió a la ley como el “precepto racional orientando hacia el bien común, y promulgado por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad” (*ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*). En este concepto hay cuatro elementos: 1) la razón (*ratio*) que para Santo Tomás es la regla y la medida de todo obrar humano; 2) el bien común. Todas las acciones humanas se ordenan a un fin último: la felicidad y la beatitud. Como todo ser humano es parte de la comunidad, la ley ha de tener en cuenta la felicidad común, esto es, debe dirigirse al bien común; 3) el legislador que es o el pueblo mismo o su representante; y 4) la promulgación como requisito necesario para que la ley despliegue su fuerza obligatoria. Para la doctrina tomista la ley humana deriva de la ley natural. El principio “no debes matar” emana del principio de la ley natural: nunca debes hacer el mal.

La ley, como voluntad del soberano, es defendida por HOBBES²³ (1588-1679). En su *Leviatán* (nombre tomado de la *Biblia* para designar a la República o Estado) quiere atenerse a la realidad del Derecho. Este no debe establecer solo un orden ideal, sino que debe imponer un orden real entre los hombres. En el estado de naturaleza impera la libertad absoluta y cada cual tiene derecho a todo, incluso a la vida de sus semejantes. Para poder dominar esta vida sin paz ni seguridad, la razón establece como primera regla la siguiente ley natural: *to seek peace and fellow it*, y como segunda regla, el viejo principio de reciprocidad: *quod tibifieri non vis, alteri ne feceris*. La razón exige de los hombres renunciar a su derecho a todo y tomarse solo tantos derechos cuantos puedan corresponder a los demás. La ley (*law*) es obligación, cadena, atadura; derecho (*right*) es libertad y utilidad. Por razón de la paz, la ley natural ordena que el hombre

21 STARCK, *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, ob. cit., p. 159 y ss.

22 DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma Teológica*, traducción por Francisco Barbado Viejo, I. II., Madrid: Rialp, 1964, q. 90, art. 4.

23 HOBBES, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, traducción por Manuel Sánchez Sarto, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

se desprenda de su derecho natural y lo ceda al soberano a condición de que también los otros cedan sus derechos y autoricen al soberano a toda clase de acciones. En virtud de este acto conjunto, los ciudadanos han renunciado contractualmente en aras de la paz a sus derechos y libertades y han conferido al imperante el derecho de soberanía. Nace así el Leviatán, el dios mortal, que no es parte en el contrato, sino un tercero que solo en virtud de él recibe facultades ilimitadas. De este modo, según HOBBES, se supera el dualismo producido por la relación de reciprocidad entre soberano y pueblo, elimina toda idea de un derecho del pueblo y suelda la escisión de la personalidad del Estado. Unifica el primer contrato de unión de los individuos que huyen del estado de naturaleza y el contrato de sumisión. Un contrato de Estado entre los individuos sin la creación simultánea de un poder ilimitado sería incapaz de superar el estado de guerra entre los hombres. El derecho de los individuos que tenían en el estado de naturaleza es transferido al Leviatán. Este no puede hacer injuria al súbdito, puesto que obra por autoridad de cada súbdito; a este le son imputadas las acciones de aquel, el cual nunca puede cometer injusticia. Esta es la consecuencia de un contrato originario de renuncia, por el cual se funda el Estado, a favor de un tercero, el soberano, que por aquel queda facultado, pero nunca obligado. Esto puede causar molestias a los súbditos, pero es infinitamente peor la guerra civil y el estado de anarquía.

Entre los derechos transferidos al imperante por el contrato político figura de modo preferente la legislación. No se reconoce una separación de poderes que sirva de freno al poder supremo. El soberano está sobre las leyes civiles; él es quien las otorga, modifica e interpreta auténticamente. Toda ley dictada por la autoridad del Leviatán es justa.

La ley natural es atadura y cadena que frena los derechos del individuo; otro tanto acontece con las leyes civiles, eficaces porque cuentan con la espada del Leviatán: cadenas artificiales forjadas en el taller del Leviatán, que limitan la libertad natural. Al Derecho pertenecen las *civil laws*, todas de los romanos y válidas en todas partes, modificables por el Leviatán, el Derecho consuetudinario y las sentencias de los jueces comisionados por el Leviatán. El ámbito que queda fuera de esta jerarquía de obligaciones es lo que resta de libertad para los súbditos; en este espacio pueden actuar a su antojo. Las leyes pueden ser generales o mandatos individuales. Lo mismo que el soberano puede dictar una ley particular y privar a determinado súbdito de más libertad que a otro, así también puede exceptuar a algunos de ciertas leyes mediante privilegios.

La ley es un instrumento del Leviatán para asegurar la paz en el Estado. Como el Leviatán no puede decidir por sí solo todos los casos particulares, necesita de funcionarios (jueces) que garanticen, siguiendo sus directrices generales, la paz y la seguridad. La generalidad de la ley sirve a la paz y seguridad jurídica. Lo esencial

para asegurar la paz no es el contenido de la ley, sino su efectividad, es decir, el poder sancionador que hay tras ella.

La concepción de la ley como garantía de libertad civil fue defendida por John Locke (1632-1704). Este autor formula un concepto de ley distinto al de Hobbes. La libertad no significa ni desenfreno ni derecho a todo. Ella solo es posible bajo el imperio de una ley natural enseñada por la razón, que no se contrapone al Derecho ni a la libertad, sino que más bien los determina. Como el egoísmo humano enturbia la visión de las leyes naturales y en el estado de naturaleza no hay jueces que dicten sentencias obligatorias ni un poder capaz de hacerlas ejecutar, surge la guerra en la medida en que se abuse de la libertad. El medio de salvación contra la guerra y para la conservación y el goce pacífico de la libertad y la propiedad no es, como consideraba Hobbes, un monarca absoluto, sino la *ley*. Para HOBBS lo esencial es el fuerte poder soberano y las leyes son sus mandatos. LOCKE, por el contrario, pone las leyes sobre toda dominación personal. El contrato imaginado por Locke solo tiene de común con el hobbesiano el que en él los individuos se ponen de acuerdo; pero no transfieren todos sus derechos al soberano, como en Hobbes, sino que establecen un Poder Legislativo como poder supremo en el Estado, que compete hasta su revocación a aquel a quien se lo ha confiado la comunidad. Para LOCKE, la mejor solución era encomendar la legislación a una asamblea cambiante. Pues los miembros de la misma solo establecerán aquellas leyes a las que ellos mismos quieran someterse. Puesto que el Poder Legislativo ha sido fundado por los miembros de la sociedad, las leyes valen como acuerdos de los ciudadanos. El poder que tiene el Legislativo no es mayor que el que juntos tienen todos los miembros de la sociedad. El Legislativo no puede esclavizar a los súbditos, sino que tiene que proteger su libertad y propiedad y ponerse al servicio del bien común. La sociedad civil descansa en la vigencia de las leyes y estas deben evitar los peligros del estado de naturaleza, mediante una igual sumisión de todos a la ley.

La ley positiva es la que determina el ámbito de la libertad civil. Las leyes civiles limitan la libertad natural. Esto significa civilizar el estado de naturaleza. La libertad nace con la ley. El Poder Legislativo debe dar leyes que afecten a todos por igual. La ley necesita del asentimiento del pueblo o de sus representantes, ser establecida por todos o por encargo de todos, y ser públicamente anunciada; no puede perjudicar a nadie y tiene que orientarse por la ley de Dios, la ley natural y por el bien común.

El Poder Legislativo es el más alto poder del Estado, pero es peligroso que ejecute las leyes otorgadas por él mismo, por lo cual dicha facultad corresponde al Ejecutivo.

Locke establece un dualismo entre poder del Estado (ejecutivo y federativo) y la representación popular. El poder del Estado no solo actúa en el interior como ejecutivo, sino también en el orden de la política exterior como poder federativo, que por la naturaleza de las relaciones internacionales es menos apto para ser dirigido por las leyes.

El pueblo otorga al soberano la facultad de obrar a su arbitrio cuando la ley calla o su rigidez podría conducir a una falta de equidad (creación de derecho por prerrogativa). El pueblo, mediante leyes, puede limitar esta facultad para evitar abusos del soberano. Si el soberano no se aviene a la limitación y surge un conflicto entre él y el Poder Legislativo, no hay ningún juez en la tierra que pueda resolverlo, lo cual origina una escisión del Estado en soberanía y pueblo. El Legislativo y el poder de prerrogativa del Ejecutivo están limitados, en el sentido del aseguramiento de la libertad, la propiedad y el bien público. Las leyes que regulan el tráfico jurídico privado y establecen las penas (*common law*) y las leyes constitucionales (*laws*) entran en el campo de acción del Poder Legislativo. A la prerrogativa corresponde la creación jurídica estatal a corto plazo. Las leyes son solo las reglas duraderas, importantes y fundamentales. Los preceptos particulares exigidos por el bien general solo son admisibles en cuanto excepciones que suavizan la ley, y que corresponde otorgar al Ejecutivo. En principio, las leyes individuales onerosas son incompatibles con las exigencias del bien general, y por eso ni las puede establecer el legislador ni disponerlas por decreto el Ejecutivo. La generalidad de la ley es garantía de libertad política. Las leyes justas y liberales tienen que ser generales, sobre todo si imponen cargas. La seguridad jurídica, junto con las garantías de procedimiento para la legislación, están al servicio de la libertad individual.

Para Jean Jacques Rousseau (1712-1778) (*El contrato social*) la ley es la expresión de la voluntad general. La libertad que a todos es común proviene de la naturaleza del hombre. A partir de cierta etapa de la evolución, los hombres no podían seguir viviendo en el primitivo estado de naturaleza. Por eso acordaron unánimemente un contrato social, al servicio de la conservación del hombre, de su libertad y de sus bienes. El problema reside en encontrar la forma de una agrupación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada miembro, en la que cada cual se una a todos, y, sin embargo, solo se obedezca a sí mismo y permanezca tan libre como antes. La enajenación de cada miembro con todos sus derechos a la comunidad y la promesa de obediencia incondicional representa a primera vista una pérdida total para el particular, pero en cambio recobra más fuerza para la conservación de la libertad y la propiedad. Esta fuerza común (soberanía) queda en manos de la totalidad de los ciudadanos. La soberanía está limitada por razón del fin a que responde la comunidad. El ciudadano debe al soberano todos los servicios que puede prestar y que el soberano puede exigir. Pero el soberano solo puede exigir lo que es necesario para el interés común.

El contrato social es un cuerpo moral o colectivo y como persona pública ostenta el nombre de *república*. Por la fundación de esta república, todo individuo, ya miembro de esta, queda doblemente obligado: como miembro del soberano, frente a los particulares, y como miembro del Estado, frente al soberano.

Con el paso del estado de naturaleza al estado social, se transforma el hombre: el instinto, el impulso físico y la codicia son reemplazados por la justicia, la moralidad, el deber y el derecho; a la libertad natural sigue la libertad civil. La existencia individual es sustituida por la civil.

El pueblo, unido en la república, que como totalidad soberana está sobre cada uno de sus miembros, se manifiesta en la *voluntad general* que tiende a la igualdad y el interés común. La voluntad común es lo que todos quieren para todos. Como según una ley de la razón la voluntad de cada cual quiere siempre lo mejor para sí, también la voluntad común quiere esto para la comunidad. Por eso, la voluntad general es siempre buena y no puede equivocarse nunca. Solo la voluntad general puede ordenar las fuerzas del Estado en el bien común. “Voluntad general”, “República” y “pueblo” son conceptos normativos. República —*res publica*—, interés público y bien común solo existen allí donde habla la voluntad general. Mientras exista una república e impere la voluntad general, el ciudadano se encontrará libre y seguro.

La ley es la expresión pública y solemne de la voluntad general. Como producto del soberano, está sobre los particulares y garantiza la libertad política. Por su forma y contenido la ley es general. El bien común, la libertad, igualdad y seguridad del Estado exigen que la ley sea general. Sin embargo, una ley puede determinar que deba haber privilegios en la república, pero estos no pueden ser otorgados a personas determinadas, sino que es necesario determinar la clase de ciudadanos a la que se quiere privilegiar. Solo son leyes aquellas resoluciones del soberano que son justas y promotoras del bien común. Fuera de la comunidad estatal no se reconoce ninguna ley que tenga validez entre los individuos. La ley precede a lo justo, y no a la inversa. Si la ley no puede ser injusta no es porque tenga por necesario fundamento la justicia, sino porque sería contra la naturaleza que la voluntad común quisiera hacerse daño a sí misma, prescindiendo del bien común. El bien común es la finalidad de la voluntad general. La ley tiene que ser siempre una resolución de todo sobre todo. En sentido estricto, el legislador es el pueblo sometido a las leyes en su condición de soberano; pero como la multitud es ciega, le falta capacidad de juicio para una tarea tan difícil como la legislación, el pueblo necesita de un hombre ilustrado que proyecte las leyes, que ilumine al pueblo sobre lo que es mejor para la comunidad y le indique el camino hacia la voluntad general. Este proyectista de leyes es el legislador. Este no tiene un puesto asignado en la constitución del Estado; su autoridad se basa únicamente en su sabiduría y fuerza de convicción, pero ha de renunciar al uso de la fuerza, no puede poner en vigor ni ejecutar las leyes proyectadas por él. Esta autoridad espiritual garantiza un proyecto de ley orientado al bien común que pueda ser aceptado por la voluntad general, el soberano, y ejecutado más tarde por el magistrado.

Carl Schmitt²⁴ (n. 1888) hace una tajante separación antinómica entre el concepto de ley en el Estado de Derecho y el concepto político de ella. Schmitt se aparta del concepto de ley de impronta tomista y considera que el carácter general es lo que constituye la verdadera médula del concepto de ley y el *mínimum lógico e insoslayable* según la idea del Estado de Derecho.

Según SCHMITT, cinco son las razones que exige el carácter general de la ley en el contexto constitucional del Estado de derecho y del Estado federal:

- 1) El sistema de la distinción entre legislación, administración y justicia solo tiene sentido mientras se entienda por ley una norma general, pues en otro caso el absolutismo del monarca se sustituye por el absolutismo de los órganos parlamentarios.
- 2) El sistema de protección en el Estado de Derecho se basa en la distinción entre normas generales y la aplicación de ellas por jueces o autoridades. Como en el Estado federal de la Constitución de Weimar la competencia legislativa del Reich es más amplia que la competencia administrativa, una renuncia a la generalidad de la ley posibilitaría intervenciones del legislador del Reich en las constituciones de los países, lo cual implicaría la destrucción del sistema constitucional federalista.
- 3) La igualdad rectamente entendida, con raigambre jurídico-constitucional, exige leyes generales, es decir, la igualdad ante la ley es inmanente al concepto que de la ley debe tener un Estado de Derecho.
- 4) La independencia del juez ante un mandato concreto solo es posible bajo la ley general.
- 5) El viejo principio *nulla poena sine lege* y la tipicidad como conceptos fundamentales del sistema jurídico penal presuponen una norma general.

En el sistema del Estado parlamentario legislativo, las medidas de los órganos autorizados para un procedimiento extraordinario no son ni legales ni ilegales. Si estas medidas son reconocidas como leyes, el concepto de ley se degrada, lo mismo que el Estado legislativo, que se convierte en Estado administrativo o jurisdiccional. A diferencia de la ley general, la medida está orientada hacia una situación concreta y su contenido, procedimiento y eficacia se determinan en cada caso según el estado del asunto. Si la medida desplaza a la ley, la ley propia de un Estado de Derecho cede ante la ley política, que se muestra más fuerte que aquella. Por eso, el Estado de Derecho aspira a eliminar el concepto político de ley y dejar abierta la cuestión de la soberanía. Sin embargo, todo caso de conflicto serio plantea de nuevo el tema de la soberanía y vuelve a poner en primer plano el concepto político de ley. En la medida en que la representación popular se identifique con el pueblo, son consecuentes las resoluciones legales que representan medidas. La confianza en el legislador y la homogeneidad política son supuestos de que la voluntad del legislador sea la voluntad del pueblo mismo.

Schmitt cerró la posibilidad de vincular el legislador político a los derechos fundamentales. La Constitución no debe anticiparse al legislador ordinario en la creación de Derecho material, porque de este modo se viola la neutralidad de un sistema que debe estar abierto a todas las tendencias y movimientos. La Constitución del Estado legislativo parlamentario tiene que limitarse a regulaciones sobre organización y procedimiento jurídico.

Destruida la democracia weimariana, Schmitt no volvió a la idea de Estado de Derecho con su concepto de ley, sino que utilizó el concepto político de aquella como fundamento teórico de la ecuación voluntad del *Führer* = ley. En este sentido, Schmitt explica en el marco de ideas absolutistas (unificación en la persona del *Führer* de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial), por ejemplo, la ley sobre medidas de legítima defensa en favor del Estado, dictada por el gobierno del Reich el 3 de junio de 1934 como justificación de acciones excepcionales.

Tras la Segunda Guerra Mundial, Schmitt buscó una nueva orientación recurriendo al sentido originario de la palabra griega *Nomos*, que viene de *nemein*, que significa “tomar”, “repartir”, “apacentar”. En la sucesión histórica lo primero que se requiere es una apropiación, por lo general, una apropiación de tierra; lo apropiado es luego distribuido. Lo distribuido es usado, y eso es el apacentar. El *Nomos* aparece como una medición originaria, referida a un espacio, y que es fundamento de todas las demás medidas. Para esta explicación, SCHMITT se vale del famoso fragmento de Píndaro de los viejos tiempos helénicos: el *Nomos*, rey de todos, de los mortales y de los inmortales, conduce, justificando con mano fuerte lo violento. Como ejemplo, se aduce un hecho de Erakles: echó afuera a los bueyes de Gerión sin haberlos antes recibido como regalo ni haberlos comprado. A juicio del autor alemán Schmitt, esta es una acción directamente legítima, que da sentido a la legalidad de la mera ley. SCHMITT separa el *Nomos* de la palabra alemana “ley”. Pues, “por la utilización de esta desdichada palabra, quedan proyectados en la discusión de la genuina y originaria palabra *Nomos*, términos, conceptos y antítesis conceptuales de nuestra plenamente desgarrada situación actual”. En el concepto de *Nomos* predomina el concepto político de la ley; el *Nomos* designa un acto originario de apropiación y una distribución de los “puestos de apacentamiento”, es decir, la acción (decisión) de un hombre fuerte.

Admitir como ley solamente a la de carácter general como la “última garantía del poder existente”, como sostiene SCHMITT, es desconocer situaciones individuales de crisis y extraordinarias, que en caso de que tengan trascendencia pública deben ser reguladas por el legislador democrático.

SECCIÓN IV.- LA JURISPRUDENCIA

138. La jurisprudencia como ciencia del Derecho

Antaño, la jurisprudencia fue identificada con la ciencia del Derecho (*Iuris prudentia*). ULPIANO dio la definición siguiente: *jurisprudentia est divinorum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* (la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto). Esta acepción de jurisprudencia se mantiene hasta la actualidad; así, por ejemplo, se habla de facultad de jurisprudencia, revista de jurisprudencia, doctor en jurisprudencia.

Etimológicamente, la palabra *jurisprudencia* deriva de los términos *iuris* y *prudentia*, que para los romanos significó conocimiento del Derecho.

139. La jurisprudencia como fuente del Derecho

El juez que resuelve casos iguales en forma diferente carece de probidad e idoneidad para desempeñar el cargo.

139.1. Fuentes formales en el derecho romano germánico y en el derecho anglosajón

En el sistema de *Derecho romano germánico* (*civil law*), al cual pertenece el Derecho peruano, la *ley*, en su acepción material, es la fuente principal de Derecho, a falta de ley rige la costumbre, y a falta de ley y costumbre, se aplican los principios generales del Derecho. *La jurisprudencia* complementa el ordenamiento jurídico²⁵ mediante la interpretación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.

En el Perú, las fuentes formales del Derecho son: la *ley* interpretada mediante la *jurisprudencia vinculante* del Tribunal Constitucional y de las salas especializadas de la Corte Suprema, en caso de existir; a falta o deficiencia de la ley rige la *costumbre* en los casos en que la ley se remite a ella; y a falta de ley y costumbre, los *principios generales del Derecho* (Constitución Política art. 139.8; C.C. art. VIII del título preliminar; CP Const. art. VII del título preliminar). En materia penal rige el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, por tanto, la única fuente formal es la ley interpretada a través de la jurisprudencia vinculante si la hubiere. Las fuentes del Derecho procesal cons-

²⁵ Inc. 6 del art. I del título preliminar del Código Civil español. En la exposición de motivos de este artículo se lee: "No puede desconocerse el hecho de que la Ley lleva adherido, por vía de interpretación, el sentido que la jurisprudencia le ha dado".

titucional son el Código Procesal Constitucional; en caso de vacío o defecto de este se aplica los otros códigos procesales afines a la materia discutida; y a falta o defecto de los otros códigos procesales, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho procesal y la doctrina (CPConst. art. IX del título preliminar).

Los jueces tienen el deber inexcusable de resolver todos los casos que conozcan con estricta sujeción a la Constitución y a la ley²⁶. Son las normas constitucionales y legales las que establecen el sistema de fuentes formales. Así, la Constitución prescribe:

Art. 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, debe aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

En el sistema de Derecho del *common law* (Derecho anglosajón) la fuente principal del Derecho es el *precedente judicial*. También es fuente de Derecho la ley²⁷, pero la importancia inicial del Derecho legislado es inferior al Derecho judicial, pues la norma legal, como dice René David:

[S]olo se verá plenamente incorporada al Derecho una vez que haya sido aplicada e interpretada por los tribunales, y en la forma y medida en que se haya llevado a cabo esa interpretación y aplicación [...] se tiende a citar tan pronto como se pueda, no el texto legal, sino la sentencia en que haya recibido aplicación dicho texto legal. Solo en presencia de dichas sentencias sabrá el jurista lo que quiere decir la ley, porque solamente entonces encontrará la norma jurídica en la forma que resulta familiar, es decir, en la forma de regla jurisprudencial²⁸.

En el *civil law* el Derecho positivo es creado principalmente por el poder político (el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo), en cambio, en el *common law* el Derecho positivo es creado principalmente por el Poder Judicial.

En ambos sistemas, tradiciones o familias jurídicas, el *civil law* y el *common law*, rigen los principios de “igualdad de todos los ciudadanos ante ley”²⁹, y “a igual razón igual derecho”. Ergo, el juez debe dar la misma respuesta jurídica a todos los casos iguales, semejantes o análogos. Una vez interpretada la norma en un determinado

²⁶ Constitución Política art. 138. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

²⁷ Al Derecho legislado se le conoce con el nombre de *Statute law*, que comprende propiamente los *statutes* y las *Acts of Parliament*.

²⁸ DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, ob. cit., pp. 297 y 298.

²⁹ Art. 2.2 de la Constitución Política peruana.

sentido para su aplicación a un caso concreto, esa interpretación adquiere carácter de *precedente judicial*, es decir, de norma general y abstracta, de modo que en el futuro todos los casos semejantes al ya resuelto tendrán la misma solución jurídica, lo que asegura la observancia y la uniformidad de la interpretación de la ley, así como la unidad del Derecho objetivo³⁰, y garantiza al ciudadano una *justicia predecible* con la consiguiente seguridad jurídica para el desenvolvimiento de sus actividades.

En uno y otro sistema de Derecho, el *civil law* y el *common law*, es función de la administración de justicia resolver los conflictos e incertidumbres sociales tratando igual a los casos iguales, dando a cada litigante lo que le corresponde, con las correcciones establecidas por la ley o el precedente judicial, garantizando, de este modo, a la comunidad una justicia predecible, lo que genera la seguridad jurídica como pilar fundamental del Estado de Derecho.

Es imposible que jueces honestos e idóneos de uno y otro sistema de Derecho, guiados más por sus convicciones morales que obligados por el ordenamiento jurídico, resuelvan casos semejantes en forma diferente. Los que dan respuestas desiguales a casos iguales son los otros, los que carecen de principios éticos o tienen una formación profesional deficiente. El juez honesto y probo respeta y hace prevalecer la ley, y rechaza la arbitrariedad.

Carece de toda razonabilidad y racionalidad, por contravenir elementales principios lógicos que ninguna ley o decisión judicial pueden dejar sin efecto, que el juez califique a un mismo supuesto fáctico como válido e inválido, como nulo y anulable, como justo e injusto, como procedente e improcedente, como fundado e infundado. El absurdo de negar y afirmar una misma cosa, como sucede con las sentencias contradictorias que resuelven casos iguales en forma diferente, es un claro signo de la falta de honestidad y capacidad del magistrado, lo que no es raro en países subdesarrollados culturalmente. Casos como estos, en países desarrollados culturalmente, tanto del *common law* como del *civil law*, constituirían un gran escándalo público que obligaría al magistrado a irse a su casa sino a la cárcel.

El magistrado que resuelve casos semejantes en forma diferente, sin motivar las razones por las que toma tal decisión, degenera gravemente la administración de justicia, contraviene los deberes propios de su cargo que lo obligan a actuar con imparcialidad e independencia, sometiéndose únicamente a la Constitución y a la ley; es un magistrado que carece de los méritos o condiciones exigidos por la dignidad del cargo, lo que lo desmerece en el concepto público, porque al resolver casos iguales en forma diferente en vez de generar confianza determina que la comunidad desconfie del sistema de justicia.

30 Art. 65 de la Ley de Ordenamiento Judicial italiano.

Históricamente, en las culturas primitivas, la primera fuente formal del Derecho es la costumbre. El Derecho consuetudinario se transmitió por imitación, luego por la tradición oral y más tarde mediante la escritura. En la alta Edad Media se encuentran las leyes como manifestaciones del poder de los soberanos. Desde comienzos de la Edad Moderna, el legislador es el rey o el príncipe. En el transcurso del siglo XVIII y comienzos del XIX aparecen las codificaciones: en Baviera, en 1756, entró en vigencia el *Codex Maximilianeus Bavanicus*; en Prusia, en 1794, el Código General; en Francia, en 1804, el Código Civil; en Austria, en 1811, el Código Civil General. De este modo, en la Europa continental, a diferencia de Inglaterra, cedió la importancia del Derecho consuetudinario³¹. El juez, en un primer momento ha interpretado la costumbre y la ley con el fin de encontrar el Derecho aplicable al caso particular, sin que su interpretación vincule a los otros jueces, luego la jurisprudencia constante del más alto tribunal ha sido seguida por todos los jueces y ahora una sola sentencia se convierte en un precedente vinculante; si este proviene del más alto tribunal vincula al propio tribunal que lo emitió y a todos los operadores del Derecho.

En el Derecho anglosajón, en 1797, BLACKSTONE³² se refirió al precedente como una *established rule* (regla establecida), según la cual el Derecho establecido en un caso concreto se convierte en una regla permanente aplicable a todos los casos iguales, regla que no puede ser alterada o modificada por ningún juez de acuerdo a sus sentimientos privados, pues él no puede pronunciar un Derecho nuevo, sino conservar y exponer el viejo.

En el Perú, el *precedente vinculante*, como fuente formal de Derecho, se ha incorporado en los siguientes cuerpos legislativos: art. VII del título preliminar del Código Procesal Constitucional; art. 400 del Código Procesal civil; art. 301.A.1 del Código Procesal Penal; art. 40 de la Ley Procesal del Trabajo (Ley N.º 29497); y art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

139.2. Definición de jurisprudencia

La palabra *jurisprudencia* tiene dos acepciones: ciencia del Derecho y fuente del Derecho. Aquí nos referimos a la jurisprudencia como fuente del Derecho.

La jurisprudencia (precedente judicial, *stare decisis*, doctrina jurisprudencial, sentencia normativa) tiene un significado amplio y otro restringido. En el primero, se entiende por jurisprudencia a toda decisión emanada de autoridad judicial³³ o

31 LARENZ, Karl, *Derecho civil. Parte general*, traducción por Miguel Izquierdo y Macías-Picabea, Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 12 y ss.

32 BLACKSTONE, Sir William, *Commentaries on the Law of England*, 15.^a ed., London: A. Strahan for T. Cadell and W. Davies, 1809, libro 1, pp. 68 y 69.

33 MESSINEO dice: "La jurisprudencia viene a ser el reflejo de la vida del derecho, teniendo, sobre la actividad del jurista puro, la ventaja de interpretar la norma, en vista de la solución de una controversia

gubernativa, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho positivo. Así, por ejemplo, se habla de jurisprudencia de la Corte Suprema, jurisprudencia de la Corte Superior, jurisprudencia del Tribunal Fiscal, del Tribunal Registral.

En su sentido restringido, la jurisprudencia es la decisión del más alto tribunal de justicia de un país (Corte Suprema o Tribunal Supremo) que, al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio Tribunal Supremo y para todos los órganos jurisdiccionales inferiores (el juez hace la ley: *judge made law*), mientras no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo. En este sentido, la jurisprudencia tiene la misma fuerza normativa que la ley.

En el *civil law* se afirma que el legislador crea normas generales y “las sentencias judiciales son normas individuales” (KELSEN), dirigidas a las partes de los correspondientes procesos judiciales³⁴; el Derecho positivo se reduce al Derecho legislado. La *jurisprudencia* para que sea tal requiere de un conjunto de sentencias judiciales que contienen el mismo criterio sobre determinado caso, por eso es que se habla, también, de *línea jurisprudencial*. En cambio, en el *common law*, una sola decisión judicial, sobre una cuestión de derecho planteada en un caso concreto, constituye precedente obligatorio para el mismo tribunal que la dictó y para todos los otros tribunales de inferior rango, en los casos futuros en los que se plantee la misma cuestión³⁵.

Se debe desterrar del lenguaje jurídico la doctrina que define como jurisprudencia a un conjunto no interrumpido de fallos firmes y uniformes de los tribunales³⁶.

y, por consiguiente, el inmediato contacto con la práctica del derecho” (MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, traducción por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1979, p. 120).

³⁴ “... Toda sentencia consta de dos partes: el fallo y la fundamentación del fallo: El fallo es una decisión que consiste en la emisión de una norma particular dirigida a las partes del proceso y/o a los órganos de ejecución con la que se trata de resolver un determinado conflicto jurídico. La fundamentación es la parte de la sentencia que trata de mostrar que el fallo es correcto, que trata de justificarlo” (AGUILÓ REGLA, Joseph, *Teoría general de las fuentes del Derecho*, Barcelona: Ariel, 2000, p. 105).

³⁵ “... La *ratio decidendi* (la razón, el criterio o norma) que resuelve el caso vincula en el futuro al tribunal que la ha utilizado y a los tribunales inferiores. Esta doctrina deja tan solo tres alternativas al juez que debe decidir en el futuro: 1) declarar y aplicar el precedente ya existente; 2) distinguir el caso (mostrar que difiere del anterior en alguna propiedad relevante) y apartarse del precedente (*distinguish*); y 3) si el precedente no lo hubiera establecido un tribunal superior, derogarlo o anularlo (*over rule*) (AGUILÓ REGLA, ob. cit., p. 114).

³⁶ La jurisprudencia es “una serie de fallos concordantes para resolver determinada cuestión jurídica” (AL-ZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, 10^a ed., Lima: Eddili, 1987, p. 244). La Ley de Amparo mexicana, segundo párrafo del art. 192, dispone: “Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia de Pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas”. El Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala (arts. 621 y 627) dispone que para que se siente jurisprudencia,

En el mundo moderno es inadmisible sostener que para que quede formada la *norma jurisprudencial* es necesario que concurra un cierto número de ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, porque ello puede servir, y de hecho sirve, para que los magistrados, sin principios éticos o sin capacidad para desempeñarse como tales, den soluciones diferentes a casos iguales, lo que es lo mismo que subastar la justicia al mejor postor con desmedro de la seguridad jurídica que es el pilar fundamental sobre el que se edifica el Estado constitucional de Derecho.

139.3. El precedente judicial en el derecho anglosajón

El principio del *stare decisis et quieta movere* (estese a los decididos, mantenga la quietud) significa que los jueces deben respetar lo decidido anteriormente y no cuestionar los puntos de Derecho ya resueltos. La decisión judicial, además de resolver una controversia, establece un precedente que servirá de fundamento para la solución de casos futuros idénticos.

Sus orígenes más remotos se encuentran en el Derecho romano donde surgió con el fin de evitar las arbitrariedades de los reyes, cónsules y emperadores romanos. Antes de Justiniano suplió la ausencia de normas, precisó el sentido de las pocas leyes existentes, consagró costumbres y garantizó la independencia de los jueces, evitando que se dicten sentencias *ad hoc* en beneficio de los que ostentaban el poder.

Se introdujo en Inglaterra con la invasión de los normandos de origen francés, o sea con la victoria del rey Guillermo el Conquistador en 1066. A partir de entonces convivieron en la isla los pueblos originarios y los invasores, lo que originó que se fusionaran los derechos, especialmente costumbristas, de los anglosajones, celtas, romanos y normandos. Esto fue posible debido a que Guillermo el Conquistador respetó la *lex terrea*, creando así, un Derecho distinto al de los otros pueblos europeos, que refleja el espíritu de una nación con una mentalidad política y cultural propia.

En la Edad Media, en la Europa continental la autoridad del rey era omnipotente, contrariamente, en Inglaterra, antes de la invasión normanda, el señor feudal era muy poderoso, los jueces dependían de él y no de un casi inexistente poder central. El poder de los señores feudales obligó a los reyes normandos a que gobiernen con asistencia o a través del consejo real (*curia regia*), integrado por los señores feudales más notables. Las funciones de gobierno se encomendaron a los ministros de la Corte y la función legislativa al Parlamento del rey. La función jurisdiccional se hizo a través de tres instituciones: la *Court of King's Bench* (asuntos administrativos), la *Court of Common Pleas* (controversias civiles) y la *Court of Exchequer* (asuntos tributarios). Sobre la base de estas cortes se ha configurado la organización actual de los tribuna-

la Corte Suprema de Justicia debe emitir cinco fallos uniformes, no interrumpidos por otro en contrario. Es decir, la jurisprudencia puede ser obligatoria y no obligatoria.

les, a partir de las leyes *Administration of Justice Act* (1970) y *Court Act* (1971)³⁷. En materia penal es original la institución del jurado.

Las cortes convirtieron a las costumbres feudales, de las tribus sajones primitivas y de los pueblos invasores, en el *common law* (Derecho común). Al interpretar y aplicar el Derecho existente, especialmente costumbrista, a la solución de casos concretos crearon precedentes obligatorios para ellas mismas y para las cortes inferiores, precedentes que ni ellas mismas podían cambiar, salvo por razones de trascendencia, lo que brindó predictibilidad al Derecho, evitó que el rey, sus ministros o el parlamento atentaran contra lo que se había venido considerando como justo o legal, lo que determinó que el *stare decisis* se erija como un principio democrático.

En otros términos, en la antigüedad el Derecho inglés fue consuetudinario, luego con las decisiones de los jueces, quienes no podían decidir en forma distinta dónde existe la misma razón, porque esta no puede ser contradictoria, el Derecho consuetudinario se convirtió en jurisprudencial. Es decir, resuelto un caso concreto, en lo sucesivo todas las sentencias debían uniformarse a la decisión anterior cuando los casos son semejantes. Lo decidido en un caso concreto se convirtió en norma general³⁸.

El precedente o *stare decisis* debe ser publicado por razones de transparencia y para consolidar la seguridad jurídica. Si en un principio los precedentes provenían de la interpretación y aplicación de las costumbres, ahora en su mayor parte provienen

³⁷ La *Queen Bench Division* conoce casos civiles no asignados a otras divisiones, mercantiles y de almirantazgo. La *Chancery Division* conoce sobre la administración de bienes de difuntos, disolución de sociedades, hipotecas y otras cargas, *trust*, partición y venta de inmuebles, venta de propiedad relativa a las compañías, cumplimiento de contratos, cuestiones testamentarias. La *Family Division* conoce sobre separación y divorcios, nulidad de matrimonio, pensiones familiares, guarda de menores, adopción. La *County Court* ve casos fundados en contratos o en daños por cantidades a cien mil libras, materias relativas al equito, recuperación de títulos, bancarrotas, sucesiones en valores inferiores a quince mil libras, disolución de compañías con capital inferior a ciento veinte mil libras, supervisión de adopciones, algunas materias de almirantazgo, asuntos sobre tenencia de tierras. Los jueces inferiores reciben el nombre de *Magistrales Court*. La segunda instancia se llama *Court of appeal*. Las cortes criminales se organizan en tres instancias: la *Queen's Bench Division*, la *Court of appeal* y la *House of Lords*.

³⁸ Sin embargo, el litigante que no estaba de acuerdo con la decisión de los jueces podía acudir directamente al rey pidiendo súplica o amparo. El rey para resolver se hacia aconsejar por el Lord Canciller, máxima autoridad eclesiástica y guardián de la conciencia del rey, quien resolvía con arreglo a criterios de equidad y justicia en vez de las rígidas normas del precedente (justicia de equidad); más tarde, las peticiones se hacían directamente al Lord Canciller. Hasta el siglo XIX hubo dos tipos de tribunales: *common law* y *courts of equity*. Jacobo I, en el siglo XVII, resolvió que cuando existe disputa entre la justicia del *common law* y la justicia de equidad debe prevalecer esta. El tribunal del Lord Canciller (*The Court of Chancery*) desarrolló una doctrina jurisprudencial en materia, sobre todo, de propiedad, testamentos, sucesiones intestadas y fideicomisos. Por la equidad se asiste al diligente no al indolente, considera más la intención que la forma, no tolera agravios sin reparación, no se admite los retrasos en el cumplimiento de los contratos, quien busca la equidad debe tener la conciencia tranquila, entre otras máximas.

de la interpretación de las leyes del Parlamento³⁹, en tanto que la otra es creación de Derecho propiamente dicha.

En el precedente del sistema del *Common law* se distinguen dos elementos: la *ratio decidendi* y el *obiter dictum* (dicho sea de paso). La *ratio decidendi* o *Holding* es el argumento que motiva la decisión normativa de una sentencia, es decir, es el núcleo central de la decisión o la razón de la decisión; sin la *ratio decidendi*, la decisión no sería la misma; se determina la *ratio decidendi* analizando los hechos materiales de la sentencia y su fundamentación. El *obiter dictum* se refiere a aquellas consideraciones que no son necesarias para la solución del caso, solo sirven para robustecer la razón de la decisión, corroboran la decisión, pero no tienen efecto vinculante, tienen solamente una función complementaria, persuasiva; si el *obiter dictum* se elimina, la decisión normativa de la sentencia sigue siendo la misma.

En el Derecho inglés hay una sinergia normativa entre el Parlamento y las Cortes judiciales. Las regulaciones de los casos concretos son el resultado de las decisiones que emanan de dos fuentes distintas, igualmente soberanas. De una parte, está la *legislative sovereignty* del Parlamento, es decir de la Corona, de la Cámara de los Lores y de la Cámara de los Comunes, según la fórmula del *King in Parliament*. De la otra está la tradición de *common law* administrada por los jueces ordinarios. La primera es una fuente jurídica formal, la segunda es una fuente jurídica *efectiva*. Las Cortes ordinarias no tienen título para revisar los actos del Parlamento ni puede erigirse en custodios de la Constitución. Están obligados a aplicar rigurosamente la ley y están vinculados al respeto de los precedentes, es decir, de la propia, autónoma tradición jurisprudencial. El Parlamento es el supremo legislador, pero desde el momento en que el parlamento ha expresado su voluntad legislativa, esta está sujeta a la interpretación de los jueces ordinarios y estos están influenciados sea por sus personales opiniones como magistrados, sea por el espíritu general del *common law*. La soberanía de la ley, sea que esta provenga directamente del Parlamento (*statute law*), sea que emerja de la interpretación jurisprudencial de las cortes del *common law*, es concebida y ejercitada en un cuadro institucional llamado “reino de la ley y de los jueces”⁴⁰.

El sistema del *Common law* es seguido por los países que se inspiran en el modelo del Derecho inglés.

El *stare decisis* se deroga como consecuencia: a) que, en circunstancias extraordinarias, el tribunal supremo decide modificar su decisión pasada (*overrule* o *overturn*); b) la dación de una ley del Parlamento; y c) por disposiciones ministeriales

39 A la Ley del Parlamento se le denomina *Act* o *Statute*.

40 ZOLO, Danilo, “Teoria e critica dello Stato di diritto”, en *Lo Statu di diritto: Storia, teoria, critica*, 3.^a ed., Milano: Giangiacomo Feltrinelli, 2006, p. 24.

(*orders in coucil*) dictadas en cumplimiento de autorización parlamentaria, o en uso de la regia prerrogativa.

139.4. El precedente judicial en el derecho romano germánico

Como en el sistema del *common law*, en el romano germánico, históricamente, la *costumbre* fue anterior a la legislación.

Con las recopilaciones de Justiniano, pasando por las *cartas* de la Edad Media que establecían los derechos de los señores feudales y los súbditos, las Grandes Ordenanzas de Luis XIV y Luis XV, el *Codex Maximilianeus Bavanicus Civiles* (1756) y el *Landrech* prusiano de 1794, los monumentos jurídicos universales como son el Código Napoleón de 1804, el BGB alemán del 1900 y el italiano de 1942, y los monumentos jurídicos latinoamericanos como son el Ezboco de Gómez Texeira de Freitas en Brasil, el Código Civil de Andrés Bello que rige, con algunas modificaciones, en Colombia, Chile y Ecuador, y el Código de Vélez Sársfiel en Argentina, además de los numerosos códigos y leyes dictadas en los diferentes países de tradición romano germánica, floreció, creció y se desarrolló el Derecho escrito, lo que ha determinado que en el Estado moderno, el Derecho sea obra, casi exclusiva, del legislador.

En países desarrollados del sistema romano germánico, el Derecho legislado es alimentado, actualizado, reforzado con la obra de los jueces, únicos intérpretes del ordenamiento jurídico con efectos vinculantes, razón por la que se afirma que la ley es lo que el juez quiere que sea. La sólida formación jurídica de estos jueces, pero especialmente sus convicciones morales, les impide que resuelvan casos iguales o semejantes en forma diferente, o sea, advertida o inadvertidamente, están en la senda del precedente judicial obligatorio creando una justicia predecible, presupuesto necesario de la seguridad jurídica existente en sus países.

El juez no es más la boca de la ley, esta no opera por sí sola, sino que para su aplicación tiene que ser interpretada a fin de determinar cuál es su sentido y alcance con relación a un hecho específico; si se sostiene que el texto de la ley es claro, que no presenta dudas sobre su significado, se llegará a tal conclusión después de la interpretación. La interpretación o hermenéutica jurídica es la *conditio sine qua non* del Derecho, sin ella no hay desenvolvimiento del ordenamiento jurídico.

La interpretación dada a la norma legal, consuetudinaria o contenida en los principios generales, sirve de fundamento indispensable para resolver casos futuros semejantes. De este modo se crea una justicia predecible. Los jueces honestos y probos del Derecho romano germánico, al igual que los del *Common law*, saben que resolver casos análogos en forma diferente crea la inseguridad jurídica que aterroriza al ciudadano, convirtiendo en dudosa toda actividad humana, especialmente la económica.

139.5. El precedente judicial en el Perú

El ordenamiento jurídico peruano incorpora al precedente judicial o *stare decisis* como fuente formal de Derecho.

La creación del Derecho debe ser la obra conjunta del legislador y el juez, puesto que el legislador dicta la ley, pero esta no opera por sí sola, sino a través del juez, quien, mediante la interpretación, establece su sentido con relación a un hecho concreto sometido a su decisión, interpretación que servirá de fundamento para la solución de otros casos futuros iguales, de tal modo que estos no tengan respuestas jurídicas contradictorias. Desde esta perspectiva, como no puede ser de otra forma, nuestro ordenamiento jurídico establece los casos en que los tribunales encargados de administrar justicia crean precedentes o doctrina jurisprudencial vinculatoria, como lo vemos a continuación.

139.5.1. Código Procesal Constitucional (Ley N.º 28237 de 31 de mayo del 2004)

El art. VII, dispone:

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

De acuerdo con este texto, las sentencias del Tribunal Constitucional pueden o no constituir precedente vinculante para el propio Tribunal y demás órganos del Estado.

Constituye *precedente constitucional vinculante*, o sea, tiene efecto normativo general y abstracto, la norma jurídica contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional cuando así se exprese en la propia sentencia, por lo que es de cumplimiento obligatorio para el propio Tribunal y para todos los jueces del Poder Judicial u otros operadores jurídicos, en todos los casos iguales⁴¹.

Con las sentencias vinculantes el Tribunal Constitucional se autovincula con sus decisiones (vinculación horizontal) y vincula a todos los operadores jurídicos de cualquier nivel de la República (vinculación vertical). El Tribunal Constitucional

41 El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N.º 422-2005-PA/TC, en los acápitres 43 y 44, ordena a todos los poderes públicos y, en particular, a las cortes judiciales del país, bajo responsabilidad, cumplir en sus propios términos lo resuelto por el Tribunal Constitucional en materia del impuesto a la explotación de los juegos de casino y máquinas tragamonedas.

debe expresar qué parte de su sentencia constituye precedente vinculante, el cual, en consecuencia, tiene efecto normativo. Esta decisión solamente puede ser variada por el Tribunal Constitucional siempre que exprese los fundamentos en los que sustenta tal decisión.

Los fundamentos de las sentencias del Tribunal Constitucional pueden tener la calidad de *ratio decidendi*, que son las consideraciones indispensables y justificantes para que se resuelva la causa estimándola o desestimándola, o de *obiter dicta*, que son las reflexiones, acotaciones o apostillas que no son imprescindibles para fundamentar la decisión, sino que se justifican por razones pedagógicas o de orientación⁴².

El precedente constitucional vinculante está contenido en los fundamentos de la sentencia que tienen el carácter de *ratio decidendi*.

Siendo el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución, sus sentencias que no contengan la declaración que constituyen precedente vinculante, también obligan a todos los operadores jurídicos, sin embargo, estos podrán resolver apartándose de la interpretación no vinculante del Tribunal Constitucional explicando las razones por las cuales se apartan.

Los jueces constitucionales y ordinarios interpretan y aplican las leyes, los reglamentos y toda norma jurídica, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional⁴³.

Como la Constitución es la ley de leyes que fundamenta todo el ordenamiento jurídico, y el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (art. 201), su máximo intérprete, carecen de validez los precedentes judiciales civiles, laborales o penales establecidos por las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República que contravengan a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional. Estos tienen un nivel jerárquico superior al de aquellos.

42 STC. Exp. N.º 0024-2003-AI, del 10 de octubre del 2005.

43 Código Procesal Constitucional: art. vi. *Control difuso e interpretación constitucional*. Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

En materia laboral, la Ley Procesal del Trabajo N.º 29497, en el art. iv del título preliminar, dispone: "Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de Derechos Humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República".

En resumen, mediante el precedente vinculante, el Tribunal Constitucional crea directamente normas jurídicas generales y abstractas, obligatorias para el propio Tribunal Constitucional, para los jueces de todos los niveles y, en fin, para todos los operadores del Derecho, llámese Consejo Nacional de la Magistratura, Jurado Nacional de Elecciones, etcétera.

Mediante las sentencias estimatorias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional deja sin efecto la norma declarada inconstitucional (art. 204), consecuentemente, a partir de la publicación en el diario oficial, el Poder Judicial y todos poderes públicos quedan vinculados por tal decisión. De otro lado, si mediante una sentencia desestimatoria, dictadas en un proceso de inconstitucionalidad, se declara que la norma legal no es inconstitucional, ello determina que los jueces no podrán inaplicar dicha norma en vía de control difuso (art. vi del título preliminar del Código Procesal Constitucional).

139.5.2. Código Procesal Civil

En la justicia ordinaria, con el fin de unificar la jurisprudencia, se ha creado el recurso de casación⁴⁴. El art. 141 de la Constitución establece:

Art. 141. Corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, o en última instancia, cuando la acción se inicia en una Corte Superior o ante la propia Corte Suprema conforme a ley. Asimismo, conoce en casación las resoluciones del fuero militar, con las limitaciones que establece el artículo 173.

Según esta norma, la Corte Suprema es órgano de casación y órgano de segunda instancia según lo determine la ley.

Conforme al señalado mandato constitucional, el Código Procesal Civil (CPC) de 1991, modificado por Ley N.º 29364, en su art. 384 señala: “El recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”, y en el art. 400 prescribe:

Art. 400. Precedente judicial. La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

⁴⁴ La casación tiene su origen en la Ley del 27 de noviembre de 1790 emitida por la Asamblea Constituyente francesa que creó el Tribunal de Casación con la atribución de anular las sentencias pronunciadas en última instancia (*en dernier ressort*), viciadas por contravenir expresamente a la ley o por la violación de las formas del proceso, pero sin la facultad de conocer sobre el fondo de las controversias.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad⁴⁵.

Para generar un precedente judicial vinculante, según el texto original de la norma del art. 400 era necesario convocar a *Sala Plena*, es decir, a todos los magistrados supremos titulares, en cambio, con el texto modificado bastará convocar al *Pleno de los Magistrados Supremos Civiles*.

Sorprende negativamente que, salvo contados casos⁴⁶, no se utilice este mecanismo para unificar la jurisprudencia nacional. No comprendemos por qué la Corte Suprema de Justicia de la República no ha tomado la decisión de llevar a cabo la más importante, innovadora, y menos costosa de las reformas que conduciría a que el Perú cuente con una justicia predecible que legitimaría al Poder Judicial ante la ciudadanía. Nada justifica, ni la falta de recursos, de reglamentos, ni cualquier otra excusa para que la Corte Suprema tome la decisión de crear precedentes judiciales, removiendo cualquier pequeño obstáculo que se pueda presentar en el camino, erigiéndose de este modo en un verdadero poder del Estado.

En plenos casatorios deben resolverse rápidamente casos, en la mayoría de ellos sumamente sencillos, que vienen siendo resueltos en forma contradictoria⁴⁷, lo que deslegitima al Poder Judicial ante la opinión pública general.

⁴⁵ El texto original disponía. Art. 400. 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 de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio. Si los abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio. El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

⁴⁶ Hasta la fecha se han celebrado solo dos plenos casatorios civiles: la Cas. N.º 1465-2007-Cajamarca, establece que la transacción extrajudicial no homologada judicialmente puede ser opuesta como excepción procesal conforme a lo establecido en el art. 446.10 y 453.4 del CPC; y la Cas. N.º 2229-2008-Lambayeque que dispone que la correcta interpretación del art. 950 del CC, permite que dos o más poseedores homogéneos puedan usucapir.

⁴⁷ Por ejemplo: 1. Cuando hay oposición entre el derecho de propiedad y el embargo, en unos casos se hace prevalecer al de propiedad sobre el embargo, aunque aquel no haya sido inscrito y este sí (Casaciones:

139.5.3. Código de Procedimientos Penales

El art. 301.A. 1 prescribe:

La sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el diario oficial y, de ser posible, a través del portal o página web del Poder Judicial.

2. Si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de la Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo —en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional— se convocará inmediatamente al Pleno de los vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta.

En este supuesto no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciará el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al pleno de los vocales de lo penal. La sentencia plenaria se publicará en el diario oficial y, de ser posible, a través del portal o página web del Poder Judicial⁴⁸.

El nuevo Código Procesal Penal (D. Leg. N.º 957, publicado el 9.7.2004) Prescribe:

2974-01, 2472-2001, 3662-01 y 2720-2002), y en otros, se dispone que prevalece el embargo inscrito sobre el de propiedad no inscrito (Cas. N.º 2683-2001). 2. En unos casos se dispone que el pago parcial es causal de contradicción al mandato ejecutivo (Cas. N.º 1123-2000) y en otros que no es causal de contradicción (Cas. N.º 3147-98). 3. Tratándose de títulos valores en los que estén involucradas personas jurídicas, en unos casos se sostiene que solo es exigible que se consigne el nombre de los representantes y no el número de su DNI (Cas. N.º 1778-2005) y en otros se declara la nulidad del título por no haberse consignado el DNI del representante de la empresa (Cas. N.º 1742-2003). 4. En unos casos se establece que no procede el recurso de casación respecto del pago de costas y costos del proceso, por tratarse de un asunto accesorio (Cas. N.º 3322-2000) y en otros se afirma que se ha incurrido en la vulneración del debido proceso al haberse condenado indebidamente al pago de costas y costos (Cas. N.º 3742-2000. Lima). 5. cuando la resolución que es materia de la demanda contencioso administrativa ha sido expedida por el Consejo directivo del Osinerg, en unos casos se establece que el conocimiento de la causa compete al Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo (Cas. N.º 794-2004-Lima) y en otros, que compete a la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva (AP. N.º 3535-2006-Lima, Sala Civil Permanente de la Corte Suprema). 6. Cuando el demandado por reivindicación alega que también es el propietario, en unos casos se dice que en la vía reivindicatoria no se puede discutir el mejor derecho de propiedad (Cas. N.º 2550-98) y en otros, que si es posible (Cas. N.º 1240-04. Tacna). En materia de nulidades y en general de ineeficacia de actos jurídicos, la “jurisprudencia” es espantosa.

⁴⁸ Artículo incorporado al Código de Procedimientos Penales por el art. 2 del D. Leg. N.º 959 de 17 de agosto del 2004.

Art. 433. Contenido de la sentencia casatoria y pleno casatorio.

1. *Si la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema declara fundado el recurso, además de declarar la nulidad de la sentencia o auto recurridos, podrá decidir por sí el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate, u ordenar el reenvío del proceso. La sentencia se notificará a todas las partes, incluso a las no recurrentes.*
2. *Si opta por la anulación sin reenvío en la misma sentencia se pronunciará sobre el fondo dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido. Si decide la anulación con reenvío, indicará el juez o Sala Penal Superior competente y el acto procesal que deba renovarse. El órgano jurisdiccional que reciba los autos, procederá de conformidad con lo resuelto por la Sala Penal Suprema.*
3. *En todo caso, la Sala de oficio o a pedido del Ministerio Público podrá decidir, atendiendo a la naturaleza del asunto objeto de decisión, que lo resuelto constituye doctrina jurisprudencial vinculante a los órganos jurisdiccionales penales diferentes a la propia Corte Suprema, la cual permanecerá hasta que otra decisión expresa la modifique. Si existiere otra Sala Penal o esta se integra con otros vocales, sin perjuicio de resolverse el recurso de casación, a su instancia, se convocará inmediatamente al Pleno Casatorio de los vocales de lo penal de la Corte Suprema para la decisión correspondiente, que se adoptará por mayoría absoluta. En este último supuesto no se requiere la intervención de las partes, ni la resolución que se dicte afectará la decisión adoptada en el caso que la motiva. La resolución que declare la doctrina jurisprudencial se publicará en el diario oficial.*
4. *Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el pleno casatorio de los vocales de lo penal de la Corte Suprema. En este caso, previa a la decisión del pleno, que anunciará el asunto que lo motiva, se señalará día y hora para la vista de la causa, con citación del Ministerio Público y, en su caso, de la Defensoría del Pueblo. Rige, en lo pertinente, lo dispuesto en el numeral anterior.*

El no acatamiento de este mandato favorece la impunidad de grandes delincuentes que se encuentran libres gracias al poder económico, político o de otra índole con que cuentan, o que miles de personas inocentes o que han cometido delitos menores se encuentren sufriendo carcelería con exceso, o que los procesos se dilaten excesiva e innecesariamente⁴⁹.

49 Ejemplo: el personal policial que efectuaba el patrullaje de rutina por la avenida Perú de la ciudad de Trujillo, intervino, el 17 de marzo del 2001, al ciudadano Adolfo Pacheco Mejía, encontrando en su poder una pistola con un proyectil sin percutor; con el atestado policial se formaliza la denuncia, instaurándose el proceso penal por el delito de *peligro común – tenencia ilegal de armas de fuego*, en agravio del Estado (Inst. N.º 489-2001, 2.º Juzgado Penal). El procesado, persona de escasos recursos, es sobrino de un magistrado de la Corte Superior de La Libertad, quien le pagó un abogado para que lo defienda. Se tramitó la instrucción en la vía del *proceso ordinario*; efectuados los informes finales del fiscal provincial y el juez, se elevó el expediente a la Sala Penal Superior, quien, de conformidad con lo solicitado por el fiscal superior, declaró insubsistente los informes finales y mandó que el juzgado de origen adecué el proceso a las normas del *proceso sumario* (3 de septiembre del 2001). El juez hace la adecuación al proceso sumario y dicta sentencia el 24 de septiembre del 2002, absolviendo al procesado, por no

139.5.4. Ley Procesal del Trabajo (Ley N.º 29497)

El art. 40 dispone lo siguiente:

La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiera, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente [...].

De acuerdo con esta norma, el precedente judicial laboral establecido por los jueces supremos de las salas constitucionales y sociales de la Corte Suprema deben ser acatados, sin modificaciones, por los jueces de todos los niveles de la República. Solo puede ser modificado por otro pleno casatorio de los jueces de las salas constitucionales y sociales, observando el mismo procedimiento seguido para instaurarlo.

El pleno casatorio debe señalar cuál es el precedente judicial.

haberse determinado que el arma sea idónea para lesionar el bien jurídico tutelado. El expediente sube en apelación a la Sala Penal Superior, quien, esta vez contrariamente a lo que antes resolvió en este mismo caso, anula la sentencia y dispone que el juez de origen adecúa la causa al trámite del *proceso ordinario* (primero dijo que se sumarice, y ahora que se ordinarice el proceso). El Juez ordinariza el trámite y con los informes finales eleva el expediente a la Sala Penal Superior, quien luego de efectuado el juicio oral dicta sentencia absolviendo al procesado. El procurador interpone recurso de nulidad; la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante resolución de fecha 29 de septiembre del 2005, anula la sentencia y dispone que el juez de la causa *sumarice el proceso*, o sea después de haberse resuelto el caso en un juicio público, contradictorio, de prueba plena, el Supremo Tribunal de la República, anula lo actuado y dispone que el caso lo resuelva el juez en vía sumaria. El juez de la causa, seguramente desconcertado por las decisiones de las instancias superiores y cansado de ordinizar y sumarizar el proceso, adecúa el trámite al *proceso sumario* y dicta sentencia el 1 de marzo del 2007, colocando al procesado en el *border line* entre la libertad y la cárcel, es decir, condenándolo a *cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida*. El sentenciado cuenta lo sucedido a su tío, quien le pagó a su abogado; el tío, anonadado por lo sucedido en un juicio que viene durando más de seis años, le dice que apele; el sentenciado contesta que no, que mucho mejor hubiera sido que desde un inicio lo enviarán a la cárcel por tres o cuatro años, que a la fecha ya habría salido y estaría trabajando tranquilo. Este hecho acreda que en el Perú nadie puede estar seguro de ser víctima de las "injusticias de la justicia", ni los propios magistrados, como ha sucedido en este caso con el magistrado que pagó un abogado para que defienda a su sobrino, confiando, no diremos ingenuamente, que sí puede haber justicia por parte de sus colegas.

Con un mínimo de sentido común se advierte que nuestros jueces (no todos por supuesto) en vez de solucionar conflictos los complican más o los dilatan innecesariamente o resuelven contrariamente a los hechos probados y a la ley. Ellos se comportan de este modo porque tienen asegurada su mensualidad, mientras que los litigantes, desde la persona más modesta hasta el empresario más próspero, a quienes obligan a transitar por años por los pasillos del Poder Judicial, tienen que trabajar día y noche para ganarse el sustento y pagar impuestos con los que se cubre también las remuneraciones de los magistrados.

139.5.5. La Ley Orgánica del Poder Judicial

El art. 22 establece:

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial *El Peruano* de las ejecutorias que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales⁵⁰.

Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan⁵¹.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el diario oficial *El Peruano*, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan⁵².

La Corte Suprema de Justicia de la República debe activar los mecanismos del art. 22 de su propio estatuto para generar la predictibilidad de las decisiones judiciales. La credibilidad del Poder Judicial depende de que imparta una justicia predecible. No es creíble cuando frente a las críticas al sistema de justicia, los jueces contestan diciendo que eso se debe a que en todo proceso judicial hay un ganador y un perdedor, que la parte perdedora siempre se queja. En verdad, el que pierde porque no tenía razón no protesta, salvo, por supuesto, algunos litigantes o abogados carentes de ética que no faltan; se queja el litigante a quien se le ha privado de su derecho haciendo prevalecer

-
- 50 El art. 65 de la Ley de Ordenamiento Judicial italiano dispone: “La Corte Suprema de Casación, como órgano supremo de la justicia, asegura la observancia y la uniformidad de la interpretación de la ley, la unidad del derecho objetivo nacional, el respeto de los límites de las distintas jurisdicciones, regula los conflictos de competencia y atribuciones y cumple con las otras tareas que le sean conferidas por ley”.
- 51 A la facultad del tribunal o juez inferior de apartarse del precedente vinculante establecido en una decisión del tribunal supremo, en el sistema del *Common law* se le conoce como *anticipatory overruling* (derogación anticipada).
- 52 En el campo administrativo, el D. Leg. N.º 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, Título VII, en el art. 43 dispone:
“Art. 43. Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia comisión u oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. El directorio del Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial *El Peruano* cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores”.

la falsedad sobre la verdad; también se queja el litigante vencedor porque la justicia le ha llegado demasiado tarde o porque le ha resultado muy costosa.

La justicia predecible es uno de los presupuestos, sino el más importante, de la seguridad jurídica de un país. No ganamos nada penalizando nuestros problemas sociales o incrementando penas con una justicia penal impredecible que puede someter a proceso o condenar a inocentes, o no procesar o dejar libres a avezados delincuentes. Todos los esfuerzos para promover las inversiones nacionales y extranjeras caen en saco roto ante una justicia civil, penal, comercial, laboral, tributaria, impredecible. Con sentencias contradictorias sobre casos semejantes, nadie puede estar seguro si va a resultar vencedor en un proceso judicial por más que le asista toda la razón del mundo, ni nadie puede asegurar que no va a ganar la litis que ha promovido sin que le asista ninguna razón.

Con la publicidad de las sentencias que establecen precedentes vinculantes se persigue lo siguiente: que el precedente sea conocido y acatado por los magistrados de todas las instancias; que la justicia sea predecible y genere seguridad jurídica; evitar las interpretaciones caprichosas del Derecho positivo por parte de algunos jueces; que la ciudadanía confie en el Poder Judicial; que genere críticas, debates académicos, con el fin de enmendar errores; que la administración de justicia sea transparente, de calidad, y esté sometida al escrutinio popular.

Las sentencias contradictorias y ocultas, conocidas solo por las partes litigantes o son fuente de corrupción o esconden la inidoneidad de sus autores para administrar justicia. En cambio, las sentencias dictadas en conformidad con el precedente vinculante y conocible por todos son fuente de Derecho y legitiman al Poder Judicial⁵³.

139.6. Reforma judicial mediante el precedente judicial

La reforma del sistema de justicia debe empezar por crear una justicia predecible. Esta es la madre de toda reforma judicial en el Perú. ¿Qué justificaría duplicar el

53 La Corte Suprema de Justicia de la República viene publicando las sentencias dictadas en casación, dos o tres cuadernillos cada cierto tiempo, pero lo hace sin ningún orden, con letra chiquita que dificulta su lectura, muchas de ellas contradictorias por resolver casos semejantes en forma diferente, sin que se pueda saber cuál o cuáles de ellas constituyen precedente vinculante. Se repite con frecuencia el mandato legal que dispone que la casación tiene como objetivo la unificación de la jurisprudencia nacional (art. 384), pero cuando los jueces de las instancias inferiores o los abogados invocan una sentencia casatoria, la Corte Suprema contesta que “la ejecutoria suprema invocada no constituye jurisprudencial, por no haber sido expedida con los requisitos establecidos en el art. 400 del CPC”. Esto es como decir “yo administro justicia como me da la gana”. Evidentemente esta actitud de nuestro tribunal supremo viola el principio de igual de todos los litigantes ante la ley y hace tabla rasa del ordenamiento jurídico, lo que indudablemente genera responsabilidad política, administrativa, civil y penal que se debe determinar en cada caso.

presupuesto del Poder Judicial o del Ministerio Público si vamos a seguir contando con una justicia impredecible como consecuencia de la solución de casos semejantes en forma diferente?, ello significaría subvencionar la corrupción, el sometimiento de ciertos jueces a poderes extraños al ordenamiento jurídico. ¿Qué puede justificar que los jueces den respuestas jurídicas diferentes a casos semejantes?, los jueces que así actúan solo evidencian que tienen precio. ¿Qué ganamos informatizando con tecnología de punta al Poder Judicial, al Ministerio Público y a los otros órganos del sistema de justicia, si se va a continuar resolviendo cuestiones de hecho idénticas con respuestas jurídicas distintas? No resolver igual todos los casos iguales, dando a cada uno lo que le corresponde, significa todo lo contrario de lo que es una recta administración de justicia, es hacer que el equilibrio de la balanza oscile con el peso de la corrupción, del que paga más, de la amistad o enemistad, del compadrazgo, de la presión de centros de poder de distinta índole, de la interpretación antojadiza del ordenamiento jurídico para subastar la justicia al mejor postor.

¿De qué nos servirá la promoción de estándares éticos en la magistratura, el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, la actualización de los magistrados, si ellos van a continuar interpretando la ley a su libre arbitrio, si van a seguir dictando sentencias contradictorias, si no van a uniformizar criterios de interpretación del Derecho para mantener la balanza de la justicia firme y estable? La primera reforma, para que las otras tengan éxito, debe ser la de separar de la magistratura a los jueces que resuelven casos iguales en forma diferente sin dar las razones por las que se apartan de su criterio precedente. Para lograr una tal reforma se requiere de órganos de control de la magistratura integrados por personas decentes, conocedoras de las complejidades de la administración de justicia y no por aficionados que fungen de abogados después de haber fracasado en el ejercicio de sus respectivas profesiones. También es necesario que se sancione efectivamente el delito de prevaricato, aún virgen en el país.

Que el precedente vinculante o *stare decisis* esté regulado en el ordenamiento jurídico peruano, pero que no sea seguido por el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, el Ministerio Público, al emitir decisiones que no son congruentes con las anteriormente dadas en casos iguales, genera una administración de justicia impredecible que deslegitima a los órganos integrantes del sistema de justicia; promueve la corrupción, encarezce y retarda la impartición de justicia; incrementa la carga procesal, sacrifica la calidad de las sentencias haciendo prevalecer lo adjetivo sobre lo sustantivo, o sea, las formas sobre los derechos de la persona; promueve, de un lado, la impunidad y, del otro, la violación de los derechos fundamentales. Esto ha determinado que los ciudadanos vivamos en una situación de inseguridad jurídica, que por supuesto, no depende solamente de las anotadas deficiencias que presenta el sistema de justicia, pero ello no puede servir de consuelo de los profesionales del Derecho, quienes estamos obligados a hacer todos los esfuerzos para que lo que ahora es incierto o indiferente se convierta en una norma que brinda seguridad jurídica a

todos, y así evitar que la solución venga por las vías de hecho, cuyas consecuencias pueden ser funestas para el país.

El objetivo de toda reforma de la administración de justicia debe ser el logro de una justicia predecible, transparente, accesible, que nos brinde la tan ansiada seguridad jurídica, y ello solamente es posible cuando a casos iguales se les da la misma respuesta jurídica.

La coexistencia social civilizada, con seguridad, orden y paz encuentra su sustento en una justicia predecible. Si esta falta, triunfa la ley de la selva, la ley del más fuerte: *el que puede, puede*. Sin seguridad jurídica no hay progreso individual, familiar, social, nacional; en el sector económico se ahuyenta a los capitales, se desalienta el tráfico comercial, se obstaculiza el crecimiento económico. A mayor seguridad jurídica mayor inversión, a mayor inversión más puestos de trabajo, a más inversión y más puestos de trabajo, mayores ingresos para el fisco, a mayores recursos fiscales mayor presupuesto para invertir en educación, salud, justicia, seguridad ciudadana, elementos con los cuales se crea un pleno de igualdad, a partir del cual cada ciudadano empieza a correr hacia el logro de su desarrollo, cuyo éxito o fracaso dependerá exclusivamente de su propio esfuerzo, sin que pueda echarle la culpa a nadie de sus fracasos.

Si tanto en el *common law* como en el *civil law* rige el principio de igualdad ante la ley y el que reza a igual razón igual derecho, principios que se hacen realidad con el *Stare decisis et non quieta movere*, por el que una vez resuelto un conflicto de intereses o una incertidumbre mediante una sentencia, esta constituye un precedente obligatorio (jurisprudencia) que no puede variar posteriormente con la opinión de cada juez, salvo que con el transcurso del tiempo devenga en anacrónico, injusto, y admitiendo que la deslegitimación del sistema de justicia tiene su causa eficiente en la justicia impredecible, ha llegado el momento en que la Corte Suprema de Justicia del Perú tome la decisión de crear una justicia predecible.

Si la Corte Suprema, por la razón que fuere, no quiere crear precedentes judiciales aplicando el mecanismo del art. 400 del CPC, simplemente puede activar el mecanismo establecido en el art. 22 de su Ley Orgánica. Así, el propio Poder Judicial puede emprender la gran reforma de la justicia en el Perú, todo es cuestión de que magistrados de buena voluntad tomen la decisión de llevarla a cabo; querer es poder, ¡sí se puede, señores magistrados! Rechacen a los comerciantes de sentencias judiciales que ahora salen con la falacia de que con el precedente vinculatorio se quiere convertir a los jueces en boca de la jurisprudencia, lo que pasa es que tienen temor que se les acabe el negocio. Los magistrados peruanos no pueden seguir comparándose como sus colegas de países subdesarrollados de América Latina, ellos solamente generan inseguridad jurídica, están demasiado lejos de constituir un Poder Judicial sólido y sostenido. Dejen a los españoles que sigan debatiendo sobre si la jurisprudencia puede o no ser fuente de Derecho con el infundado temor de algunos por la posible

alteración del equilibrio de poderes con el precedente obligatorio. Los jueces peruanos no se pueden considerar menos que sus pares de los países desarrollados, quienes no resuelven dos casos iguales contradictoriamente porque su moral individual lo impide, porque saben que los mismos supuestos de hecho no pueden ser y no ser, porque respetan y hacen respetar la ley, porque la razón no es contradictoria y porque, en el mundo civilizado, todos los seres humanos son iguales ante la ley.

No solamente el Derecho, sino también la moral, obligan a los jueces a resolver igual los casos iguales, de tal forma que el ciudadano de antemano sepa cómo será resuelto su caso, es decir, estará seguro de que su caso será resuelto de la misma forma en que se ha resuelto anteriormente otro caso que es igual al suyo. De este modo se crea estabilidad jurídica, social y económica; se genera certeza y predictibilidad en la administración de justicia; se economiza tiempo, energía, recursos personales y materiales; se aprovecha la sabiduría de anteriores magistrados y la judicatura adquiere la categoría de poder, no solamente jurídico, sino que resolviendo conflictos o aclarando incertidumbres, contribuya a levantar un país quasi quebrado moralmente.

De otro lado, la actuación de la Corte Suprema de Justicia con dieciocho magistrados, actuando en varias salas, solo puede generar una jurisprudencia contradictoria, precaria, con la que contamos.

Una justicia predecible solamente se logra con una Corte Suprema actuando en *sala única*, integrada por un número reducido de los mejores juristas con que cuenta el país, que respete y haga respetar sus fallos (*stare decisis*), los que no pueden ser modificados por ningún juez (*established rule*), salvo en circunstancias extraordinarias en las que ella misma hará la modificación mediante resolución debidamente motivada (*overrule*), y que seleccione los procesos que decide resolver (*certiorari*). El precedente judicial así establecido asegurará la unidad, firmeza y estabilidad de la interpretación e integración del ordenamiento jurídico.

139.7. Ventajas del precedente vinculante

De lo expuesto se deducen las ventajas siguientes del precedente vinculante:

139.7.1. Crea una justicia predecible

El precedente judicial obligatorio acaba con las sentencias contradictorias originadas por la interpretación e integración arbitraria del Derecho por parte de los jueces; genera una justicia predecible y con ello la ansiada seguridad jurídica que garantiza la igualdad jurídica y demás derechos fundamentales de las personas; aumenta la credibilidad institucional; incentiva la inversión privada tan necesaria para

emprender nuestro desarrollo económico; y contribuye a construir un verdadero Estado Constitucional de Derecho.

139.7.2. Controla la corrupción

La absoluta discrecionalidad de los jueces para interpretar el ordenamiento jurídico es fuente de corrupción, de encubrimiento de la impunidad y de constante violación de los derechos de la persona. El hecho de que en un proceso judicial no siempre triunfe la verdad probada y la ley, y que los litigantes no combatan en un plano de igualdad de armas, deslegitima al sistema de justicia, desalienta las convicciones democráticas y desincentiva las inversiones.

El precedente obligatorio impide las interpretaciones antojadizas de las normas jurídicas por abogados y jueces de todos los niveles. Los abogados, ante la necesidad de invocar la jurisprudencia obligatoria, estarán obligados a una permanente actualización, y no se atreverán a iniciar acciones judiciales que, tanto ellos como sus clientes, saben que las van a perder. Por su parte, los jueces no podrán basarse en interpretaciones arbitrarias para torcer el sentido de la justicia, sino que actuarán con estricta sujeción a la Constitución y a la ley cuyo sentido esté establecido en la jurisprudencia; no podrán más ampararse en su tan manoseado “criterio jurisdiccional” para darle la razón a quien no la tiene.

Con el establecimiento de una justicia predecible a través de una jurisprudencia obligatoria para todos los jueces se puede verificar fácilmente cuándo un magistrado se está apartando del sentido claro, recto y usual del Derecho positivo con el fin de favorecer la corrupción, a la vez que los particulares tendrían menores posibilidades de corromper a los jueces y demás servidores judiciales.

A mayor predictibilidad de las resoluciones judiciales, menor corrupción.

139.7.3. Genera confianza en el sistema judicial

El establecimiento de sentencias que constituyan normas jurídicas permanentes, que ningún juez pueda modificar o alterar, evita la interpretación antojadiza y arbitraría del ordenamiento jurídico, genera confianza en el Poder Judicial, este se legitima como un verdadero poder del Estado, lo que refuerza el Estado Constitucional de Derecho. Si el Poder Judicial imparte justicia sometiéndose únicamente a la verdad de los hechos probados, a la Constitución y a las leyes, cuyo sentido esté señalado en sentencias dictadas con anterioridad, gana en credibilidad y confianza ciudadana.

A mayor justicia predecible, mayor credibilidad en el sistema de justicia.

139.7.4. Reduce la carga procesal y acelera la administración de justicia

A diferencia de épocas pasadas, las modificaciones o transformaciones sociales se producen con mayor rapidez como consecuencia de la globalización, el incremento de la población, los avances científicos y tecnológicos, el aumento de la actividad económica, la complicación de las relaciones sociales, lo que conduce al aumento de los conflictos e incertidumbres, obligando a que, no obstante que contamos con una legislación sobreabundante, se dicten nuevas leyes u otras normas de igual o inferior jerarquía, con frecuencia de mala calidad.

Una respuesta eficaz a este problema lo constituye el precedente judicial obligatorio, por el cual los jueces saben cómo van a resolver casos análogos, se hace más fácil su labor, lo que les ahorra tiempo y energías; los ciudadanos que de antemano ya saben cómo resolverán los jueces su caso, sin duda, optarán por solucionar muchos de sus problemas sociales mediante la negociación, la conciliación o el arbitraje, lo que significará para ellos ahorro de tiempo y dinero; los litigantes no harán uso de los recursos impugnatorios en situaciones jurídicas que saben que van a perder.

El *stare decisis* desalienta la presentación de demandas y recursos impugnatorios sin posibilidades de éxito, lo que trae como consecuencia directa la reducción de la carga procesal y la celeridad en la administración de justicia.

La solución diferente de casos iguales genera una sobre expectativa de posibilidades de éxito al margen del ordenamiento jurídico, lo que incrementa enormemente, de un lado, la presentación de demandas y denuncias, y, de otro, la presentación de recursos impugnatorios, aun cuando para ello no exista razón alguna. El precedente judicial obligatorio conduce a que se presenten demandas, denuncias y recursos impugnatorios solamente cuando hay posibilidades razonables de éxito.

Con sentencias que no pueden apartarse de las decisiones tomadas previamente por otros jueces de superior nivel se benefician todos los magistrados con el menor número de casos por resolver, a la vez que se simplifica su actividad de solución de conflictos, pues le bastará identificar cómo se ha resuelto anteriormente un caso similar, sin entrar en mayores debates jurídicos; y el ciudadano se beneficia con una pronta y predecible justicia.

139.7.5. Crea estabilidad política

El precedente judicial, al generar credibilidad y legitimación del Poder Judicial, determina que este sea un verdadero contrapeso del poder político, el cual se verá obligado a conducirse por la vereda del Derecho.

Con el establecimiento de sentencias convertidas en normas jurídicas permanentes que no pueden ser modificadas por ningún juez (jurisprudencia como fuente formal de Derecho) pasaremos del gobierno, muchas veces arbitrario de los hombres, al gobierno de la Constitución y la ley. Ningún gobernante o funcionario público osará violar el ordenamiento jurídico, porque habrá un juez, del más bajo o del más alto nivel, que le dirá que debe ejercer el poder dentro de los límites señalados por la ley, cuyo significado estará fijado en una decisión judicial.

El precedente judicial obligatorio genera estabilidad política.

139.7.6. Termina con el monopolio político de crear Derecho

En el Perú, el Derecho es creación del poder político, es decir, del Poder Legislativo y del Ejecutivo, en cambio, en los países del *common law* el Derecho es principalmente creación del Poder Judicial mediante el *stare decisis*. También en países desarrollados del *civil law*, el precedente judicial es garantía de una administración de justicia predecible. En nuestro país, el juez dicta su sentencia pensando que con ella obliga solamente a las partes litigantes, mientras que en los países desarrollados el juez dicta su sentencia con la convicción que está creando una norma jurídica que obliga no solamente a las partes litigantes, sino también al mismo juez y, en general, a todos los ciudadanos, sean gobernantes o gobernados.

En el Perú, los jueces se apartan de sus sentencias cuantas veces lo quieren sin que les pase nada, es decir, pueden resolver casos iguales en forma diferente, lo que determina que la población justificadamente piense que las sentencias tienen un precio; por el contrario, en países desarrollados cultural y moralmente es casi imposible que el juez resuelva casos iguales en forma diferente, porque lo impide su formación ética, así como la ley y el precedente judicial.

La sentencia dictada por el juez debe ser norma jurídica permanente para las partes en litigio, para el propio juez y, en general, para todos los ciudadanos, sin distinción alguna. El juez solamente debe modificar sus resoluciones cuando la realidad social, las valoraciones sociales, han variado de tal manera que se justifique una solución jurídica distinta para casos iguales a los ya resueltos anteriormente, situación en la que el juez deberá motivar debidamente su sentencia, solo así el Poder Judicial será un verdadero poder creador de Derecho, y contrapeso del poder político.

La jurisprudencia vinculante determina que la ley es obra conjunta del legislador y el juez, y se cumple el principio que reza que el gobernante no hace a la ley, sino la ley hace al gobernante.

139.8. El certiorari

La forma como está regulado el recurso de casación en el Código Procesal Civil, permite que cualquier causa, por simple que sea, llegue a la Corte Suprema. Muchos están felices con esta realidad, porque así se incrementan los ingresos propios del Poder Judicial, mediante las tasas que se pagan por estos recursos y las multas que se imponen cuando son declarados improcedentes; no les importa para nada que un elevadísimo porcentaje, a veces de más del noventa por ciento de los recursos de casación, se declaren improcedentes y que se encuentren por años sin ser resueltos debido a la abultada carga procesal. Con esta opción mercantilista, el recurso de casación en vez de ser un eficaz instrumento para controlar la correcta aplicación e interpretación del Derecho y para la unificación de la jurisprudencia, es un eficaz instrumento para saquear los bolsillos de quienes recurren al “Palacio de Justicia” en busca de justicia.

El recurso de casación solamente debe proceder en aquellos casos que tienen interés casacional, con el fin de que la Corte Suprema de Justicia siente el precedente judicial que unifique la jurisprudencia nacional.

Aquí tenemos que preguntarnos ¿quién establecerá los casos que tienen interés casacional? La respuesta es obvia, esa facultad tiene que ser de la Corte Suprema; ella debe seleccionar los casos que ameriten ser revisados en su seno con el fin de generar el precedente vinculante. A esta facultad del tribunal supremo se le conoce como *certiorari* (de revisar), institución procesal del *common law*.

En Estados Unidos de América, debido a la abultada carga procesal de la Corte Suprema, por Ley Judicial (*Judiciary Act*) de 1891 se le autorizó para aceptar o rechazar algunas apelaciones de manera discrecional. Pero como los casos admitidos a *certiorari* se tenían que hacer de conocimiento de la otra parte y ambas partes litigantes podían presentar informes orales o escritos, se volvió a incrementar la carga procesal. Por esta razón, el congreso por ley de 1925 otorgó a la Corte Suprema mayores facultades para el control del volumen de sus actividades; si una de las partes pretende que la Corte Suprema revise una decisión de una corte federal presenta una *petition of writ*; para la admisión del *certiorari* se requiere el voto favorable de cuatro de los nueve miembros de la Corte Suprema (*the rule of four*). Finalmente, en 1988, el Congreso redujo aún más la jurisdicción obligatoria de la Corte Suprema, convirtiéndola casi en su totalidad en una jurisdicción discrecional. En la actualidad, mediante el uso del *certiorari* la Corte Suprema estadounidense considera como casos que revisten gravedad e importancia general, solamente a los que afecten el interés público o gubernamental. La Corte Suprema admite o rechaza la petición de *certiorari* sin motivación alguna, puesto que no se trata de un recurso impugnatorio, no es un derecho de las partes, sino una facultad del Supremo Tribunal de escoger los casos para establecer un precedente obligatorio.

En el Perú, el Código Procesal Civil en art. 392-A, incorporado por Ley N.º 29364, dispone:

Art. 392-A. Procedencia excepcional. Aun si la resolución impugnada no cumpliera con algún requisito previsto en el artículo 388, la Corte puede concederlo excepcionalmente si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines previstos en el artículo 384. Atendiendo al carácter extraordinario de la concesión del recurso, la Corte motivará las razones de la procedencia.

El art. 388 no se refiere a los requisitos de la *resolución*, sino a los requisitos del *recurso*. Luego, la palabra *resolución* usada por el art. 392-A hay que entenderla como *recurso*.

El art. 392-A está influenciado por la institución del *certiorari*, al facultar a la Corte para que conceda el recurso de casación excepcionalmente, con carácter extraordinario, cuando considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines del art. 384, en cuyo caso motivará las razones de la procedencia.

SECCIÓN V.- LA COSTUMBRE

140. Concepto

La costumbre es una práctica general, uniforme y constantemente repetida de una determinada conducta por los miembros de una comunidad, con la convicción de que se trata de una regla obligatoria.

En otros términos, la costumbre es un comportamiento repetido y acatado como obligatorio por una concisa comunidad.

141. Elementos

En la costumbre jurídica se distinguen dos elementos: uno externo o material y otro interno o sicológico. Estos elementos están expresados en la fórmula romana: *Inveterata consuetudo et opinio iuris seu necessitates*.

El elemento externo o material consiste en la práctica repetida de cierta conducta en un medio social (la *inveterata consuetudo*). En la doctrina también se la conoce como *longeva consuetudo*, por cuanto la costumbre debe ser antigua, constante y uniforme. Sin embargo, en la actualidad este elemento es objeto de críticas, puesto que hay costumbres, especialmente comerciales, de formación muy rápida.

El elemento interno o sicológico (llamado también: *espiritual, opinio iuris, “opinio iuris necessitatis”*) consiste en la convicción común de que se trata de una práctica obligatoria que tiene la calidad de precepto jurídico. Existe el general convencimiento de que es obligatorio seguir determinada conducta, o sea, que las personas se comportan de un modo uniforme con la convicción de que así deben obrar, porque de lo contrario violan la norma y se harán acreedores a una sanción.

Las prácticas que carezcan de *opinio iuris* no tienen la calidad de costumbre desde el punto de vista jurídico. Por ello, los actos cumplidos por cortesía, tolerancia, humanidad, etc., no son idóneos para constituir normas consuetudinarias. Por ejemplo, las donaciones que se hacen por razones de aniversarios, matrimonios, etc., no constituyen prácticas jurídicas de las cuales se deriven derechos y obligaciones.

El elemento material (repetición de actos perceptibles) y el elemento sicológico (conciencia de obligatoriedad) están unidos sustancialmente como dos aspectos del comportamiento repetido.

142. Carácter es

Se señalan como caracteres de la costumbre los siguientes:

- a) *Espontaneidad.* A diferencia de la ley que surge como un acto de voluntad del legislador, la costumbre surge de manera espontánea, en principio sin la convicción de que se está creando una norma jurídica.
- b) *Uniformidad.* Las prácticas consisten en la repetición constante de tipos de hechos uniformes, a pesar de que no sean exactamente iguales. Un acto realizado en forma aislada por una persona o grupo de personas, luego es repetido paulatina y consecutivamente de manera igual.
- c) *Generalidad.* La práctica debe ser común a todos los miembros de una comunidad. La costumbre debe ser observada por el mayor número de individuos, aunque no se exige que lo sea por la absoluta totalidad de ellos. La generalidad, por el aspecto geográfico, es entendida en su sentido relativo, puesto que es reconocida también la costumbre regional y local, pero dentro de estos ámbitos la práctica debe ser general.
- d) *Duración.* La práctica debe tener una duración más o menos larga. La duración no es determinable *a priori*, sino que en cada caso concreto se establecerá si ha calado suficientemente en la vida social en tal forma de adquirir una autoridad indiscutible.
- e) *No tiene forma.* A diferencia de la ley que se plasma expresamente y por escrito, la costumbre tiene un carácter tácito: solo se da a conocer mediante usos repetidos.
- f) La costumbre decae por el *desuso*, mientras que la ley cesa en las condiciones que ella misma u otra ley establecen.
- g) *Carece de seguridad.* La principal ventaja de la ley es que da seguridad y certeza al derecho; por el contrario, la costumbre carece de las notas de seguridad y certeza.

143. Clases

Por su difusión territorial, la costumbre puede ser general, regional o local, según se practique en todo el territorio de un país o apenas se extienda a determinada región o localidad. En el caso peruano, nuestra realidad geográfica, política, económica, cultural y social en general exige que se respeten prevalentemente las costumbres locales, pues en muchos lugares de la patria, por el estado de abandono en que se encuentran, el Derecho escrito es desconocido. Siendo esta una realidad innegable, la costumbre en esos lugares olvidados debe prevalecer aun contra la ley, porque en verdad resulta inmoral aplicar a esos peruanos un Derecho positivo que ignoran totalmente.

Por su relación con la ley, la costumbre se clasifica en:

- a) *Consuetudo extra o praeter legem.* Se llama así a la costumbre que está fuera de la ley, pero no se opone a ella. Esta, en muchas legislaciones es considerada como fuente de segundo orden (después de la ley) del Derecho positivo privado, para regular acontecimientos sobre los que el Derecho escrito guarda silencio. Como no se opone a las prescripciones del Derecho escrito, tiene valor como fuente para regular las relaciones no contempladas en este.
- b) *Consuetudo secundum o propter legem* (llamada también *interpretativa*); se denomina así a la costumbre según ley por tener como objeto situaciones reguladas por ley. Cuando el objeto de una costumbre es regulado por ley, aquella cede el paso a esta como fuente del Derecho. Desde el instante en que el legislador disciplina una práctica consuetudinaria, rige la ley y no la costumbre.

Se llama también *costumbre según ley* a aquella que aplica en forma constante una ley en determinado sentido, cuando ella ofrece varios sentidos; una práctica en tal sentido no crea nuevas normas jurídicas, sino solamente interpreta la ley.

La costumbre conforme a ley, como explica DE COSSIO,

[T]iene extraordinario valor, en cuanto unas veces ha sido fuente de origen de la ley misma, en aquellos casos en que esta se limita a recoger prácticas jurídicas anteriores, con lo que su prestigio crece y su cumplimiento se facilita de modo extraordinario, sirviendo la costumbre entonces de base para una mejor interpretación del texto legal. Otras veces es la ley la que con la práctica y general aplicación, llega a incorporar así elementos consuetudinarios, arraigados de este modo en la conciencia de todos⁵⁴.

La costumbre ha servido de fuente origen de la ley, en la cual el legislador se ha inspirado para dictar el Derecho escrito, así como la costumbre interpretativa no constituye fuente autónoma de Derecho supletorio de la ley. La costumbre adquiere

54 DE COSSIO, *Instituciones de derecho civil*, ob. cit., p. 47.

el carácter de norma jurídica cuando el Estado la reconoce como tal y le otorga el respaldo de la coerción.

- c) *Consuetudo contra legem* (costumbre contraria a la ley) es aquella que se opone abiertamente a las normas legales, por lo cual puede derogar la ley por ser perjudicial o por *desuetudinem*. La doctrina y la legislación prevalecientes rechazan como norma a la costumbre *contra legem*⁵⁵.

144. Valor de la costumbre como fuente

Las teorías sobre la mayor o menor fuerza obligatoria de la costumbre son encontradas. En las sociedades primitivas, las acciones espontáneas, que luego se repetían de modo uniforme, terminaron por ser obligatorias, imponiendo un *modus* de vida que se transmitía oralmente de generación en generación, sin sufrir alteraciones para no despertar la ira de los dioses (así, el Derecho y la religión marchan unidos). Cuando aparece la escritura, se escribe lo que hasta el momento se había practicado, y luego, con el surgimiento del Derecho codificado, esas reglas que habían perdurado por siglos son convertidas en ley. Desde ese momento la ley pasa a ser la fuente primordial del Derecho, desplazando a la costumbre a un segundo plano. Lo dicho no quiere decir que ley y costumbre sean la misma cosa, pues muchas veces la ley no se inspira en la costumbre sino en principios ajenos a ella y en otras ocasiones, la ley surge, precisamente, para dejar sin efecto costumbres que crean circunstancias injustas o que son contrarias a la moral o al nuevo orden impuesto.

En el Derecho contemporáneo, el papel de la costumbre es modesto, si se lo compara con el de la ley. Sin embargo, en el sistema del Derecho inglés la costumbre tiene un papel primordial. Como dice VINOGRADOFF⁵⁶, para que se convierta la costumbre en parte del Derecho inglés debe ser cierta y continua y además tener existencia desde tiempo inmemorial; así mismo: “en los tribunales ingleses modernos la costumbre tiene que pasar también la prueba de razonabilidad: es decir, hay que demostrar que es razonable en su aplicación a las circunstancias de los casos concretos” [...] “Por otra parte, aunque pueda demostrarse que una costumbre tiene gran actualidad, los tribunales la repudian a veces si creen que su aplicación a las circunstancias modernas sería tan dura

55 En un país como el Perú donde, como se afirma, seis de cada diez personas incumplen la ley y se comportan conforme a sus costumbres aun cuando estas sean contrarias a la ley, la costumbre deviene en fuente principal del Derecho. En la vida real informal, que supera a la formal, la costumbre deroga a la ley. Esta anómala situación será superada cuando el legislador recoja en normas escritas los usos y costumbres que rigen las relaciones humanas; en otras palabras, el Derecho escrito debe adecuarse a la realidad si no quiere quedarse en pura teoría, en pura idealidad.

56 VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al derecho*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 111 y ss.

e inconveniente que no es razonable imponer su cumplimiento". También por ley se puede declarar la invalidez de una costumbre anticuada que ahora resulta injusta.

En nuestro sistema de Derecho, la costumbre tiene distinta fuerza obligatoria en las diversas disciplinas jurídicas; en algunas de estas, ella no tiene eficacia alguna. Por ejemplo, en Derecho penal la costumbre no es aplicable en forma alguna; en esta materia impera la regla absoluta *nullum crimen sine lege y nulla poena sine lege*. En cambio, en el Derecho civil la recepción de la costumbre es holgada, y en el Derecho comercial tiene una amplitud mayor.

La doctrina más generalizada rechaza el valor normativo de la costumbre *secundum legem*; admite la *praeter legem*; y ubica fuera del ordenamiento jurídico a la costumbre *contra legem*.

Para el racionalismo, la costumbre tiene validez por mandato del legislador y en la medida en que este la admite⁵⁷. Con la codificación racionalista del siglo XIX se inicia la decadencia del valor normativo de la costumbre.

Para la escuela histórica encabezada por SAVIGNY, cada pueblo tiene un espíritu propio, del cual el lenguaje, el arte, la moral y el Derecho son su resultado; la costumbre es la fuente auténtica y genuina, la piedra angular del derecho, porque ella es producto espontáneo del espíritu popular. La codificación es un producto artificioso que se imponía a la conciencia popular. SAVIGNY atribuía a la costumbre la máxima importancia como fuente del Derecho, por ser el reflejo de la conciencia jurídica popular, del espíritu del pueblo; ella es la expresión externa de principios latentes que tienen que estar más de acuerdo con las nociones de justicia existentes en una sociedad que las creaciones artificiales del Estado mediante la ley:

[L]as construcciones puramente racionalistas, al ser puestas en contacto con realidades regidas por tendencias sicológicas distintas, suelen resultar impotentes. Sostenía esta escuela que el método más seguro de crear un Derecho positivo duradero es basándolo en cimientos proporcionados por la costumbre nacional y el uso histórico.

Para el positivismo, el Derecho se identifica con la ley. La costumbre es fuente cuando la ley se refiere expresamente a ella. En este sentido, COVIELLO⁵⁸ afirma que:

⁵⁷ El Derecho positivo civil peruano se afilia a esta doctrina. Tanto los derogados códigos civiles de 1852 y de 1936, como el Código vigente de 1984, no consideran a la costumbre como fuente autónoma de Derecho. Por tanto, hasta antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, la costumbre no tenía valor normativo sino únicamente cuando la ley se remitía a ella.

El art. 2 del T. P. del CC ecuatoriano expresamente dice: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella".

⁵⁸ COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, traducción por Felipe de J. Tena, Madrid: Uteha, 1938, p. 58.

[N]o es posible que se forme una costumbre que valga para abrogar o para derogar una ley, y, por ende, que la ley pierda su vigencia por desuso, el cual no es otra cosa que una costumbre negativa, contraria a la ley, desde el momento en que aún la costumbre *praeter legem* no puede tener valor sino por la ley que lo ha reconocido.

Sin embargo, este autor admite que existen disposiciones legales que no tienen ya valor porque de largo tiempo atrás no se han aplicado, debido a que se ha formado una costumbre contraria que tiene valor de hecho que no puede distinguirse del valor jurídico.

Por su parte, BORDA⁵⁹ sostiene que:

[L]a costumbre no puede derogar ni sustituir una ley. Pero si este principio, como tal es indiscutible, también es verdad que en ocasiones ha habido que admitir que no puede aplicarse a algunas situaciones singulares. En efecto, la vida del Derecho es tan vigorosa, que más de una vez los tribunales se han visto forzados a admitir la derogación de la ley por la costumbre y a reconocer el predominio de esta sobre aquella.

A la costumbre *contra legem* que produce el desuso de la ley, se opone el principio según el cual *la ley se deroga solo por otra ley* (C. C., art. I del título preliminar), por lo que jurídicamente es imposible que una costumbre derogue a una ley precedente. No obstante, la claridad de la ley sobre su supremacía, no encontramos razonable que, sin ninguna otra causa, se niegue valor a la costumbre, pues como dice DE COSSIO⁶⁰:

[R]esulta evidente que una ley, diga lo que diga el legislador, no se puede considerar verdaderamente vigente cuando nadie la observa o aplica, puesto que la vigencia de una ley depende en último término de su efectividad. Por otra parte, no existe duda acerca de que, si todos o una gran parte de los ciudadanos afirman con sus actos de voluntad contraria a la ley, esta, más pronto o más tarde, habrá de ser derogada.

Añade, DE COSSIO, que lo cierto es que el Derecho consuetudinario es un Derecho vivo,

59 BORDA, Guillermo, *Manual de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, p. 49.

60 DE COSSIO, *Instituciones de derecho civil*, ob. cit., p. 48.

Walter HEINRICH, citado por AFTALIÓN (AFTALIÓN; GARCÍA y VILANOVA, *Introducción al derecho*, p. 328), dice que el Derecho consuetudinario derogatorio es el que existe puesto que una ley carece de vigencia por obra de una costumbre, ya sea que nunca la haya tenido —vale decir, en los casos en que la práctica prescinde de la ley y se actúa como si esta no existiera (desuetudo)— ya sea que, habiendo alcanzado vigencia, la haya perdido más tarde por la formación de una costumbre contraria (costumbre abrogatoria).

[Q]ue normalmente se acata por todos de una manera espontánea y natural, hasta el extremo de ser extraordinariamente raro el que llegue a suscitarse pleitos en materias reguladas por el derecho consuetudinario, por la sencilla razón de que todos lo respetan sin protesta.

Si se quiere un Derecho que no pueda ser derogado por la costumbre, hay que edificarlo sobre la base de la costumbre. Un Derecho como el peruano generado en Lima, ignorando los variados usos y costumbres del resto del país, es arbitrario y bárbaro; es un Derecho en el cual “la ley se acata, pero no se cumple”. Pretender privar a los seres humanos de sus modos de vida por medio de leyes formuladas por puros procedimientos racionalistas, es privarlos de su derecho al progreso, es generar una horda de esclavos en vez de contribuir a formar una sociedad civilizada.

Muchos códigos regulan en forma expresa a la costumbre como fuente de Derecho de segundo orden, esto es, inmediatamente después de la ley. La costumbre elevada a la categoría de fuente de Derecho pasa a formar parte del Derecho positivo.

El art. I del Código Civil italiano de 1942 dice: “Son fuentes del derecho: 1) las leyes; 2) los reglamentos; 3) las normas corporativas; 4) los usos”.

El art. 17 del Código Civil argentino modificado, por ley 17.711, dispone: “Los usos y costumbres no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente”.

El nuevo título preliminar del Código Civil español vigente desde 1974, tiene el más completo sistema de fuentes del derecho positivo. Expresa este Código lo siguiente:

Artículo 1.- Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2.- Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3.- La costumbre solo regirá en defecto de la ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre. 4.- Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de la ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. 5.- Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el boletín oficial del Estado. 6.- La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 7.- Los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.

Conforme a las normas antes transcritas, la costumbre tiene *eficacia praeter legem* solamente cuando falte del todo una ley aplicable al asunto de que se trate. En tal caso la costumbre es fuente autónoma de derecho en cuanto no se halle en contraste con el Derecho escrito. No es admitida la costumbre *contra legem*.

En el Derecho peruano, la Constitución Política establece en su art. 139 que “son principios y derechos de la función jurisdiccional [...] 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”. De acuerdo con este texto, en ausencia absoluta de ley no se aplica la costumbre para llenar las lagunas del Derecho escrito sino los principios generales que vienen a ser la fuente supletoria de primer orden. Solamente a falta de ley y de principios generales se aplica la costumbre como fuente supletoria de segundo orden. Esto nos parece que no es correcto, puesto que la costumbre debe ser siempre fuente supletoria de primer orden y los principios generales fuente supletoria de segundo orden. De este modo, a falta de ley se aplica la costumbre y a falta de ley y de costumbre se aplican los principios generales. Según el ordenamiento jurídico civil, la costumbre (o el uso) es fuente supletoria de primer grado en los casos en que la ley expresamente se remite a ella en defecto de norma aplicable. A manera de ejemplo citemos algunos de estos casos a que se refiere el Código Civil:

Artículo 1565.- El comprador está obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos. A falta de plazo convenido o de usos diversos, el comprador debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato.

Artículo 1580.- En la compraventa sobre documentos, la entrega del bien queda sustituida por la de su título representativo y por los otros documentos exigidos por el contrato o, en su defecto, por los usos.

Artículo 1581.- El pago del precio debe efectuarse en el momento y en el lugar de entrega de los documentos indicados en el artículo 1580, salvo pactos o usos distintos.

Artículo 1610.- En el suministro continuado, el precio se paga, a falta de pacto, de acuerdo con los usos del mercado.

Artículo 1659.- La entrega de lo que se presta y su devolución se harán en el lugar convenido o, en su defecto, en el que se acostumbre hacerlo.

Artículo 1678.- El arrendador está obligado a entregar al arrendatario el bien arrendado con todos sus accesorios, en el plazo, lugar y estado convenidos. Si no se indica en el contrato el tiempo ni el lugar de la entrega, debe realizarse inmediatamente donde se celebró, salvo que por costumbre deba realizarse en otro lugar o época.

Artículo 1759.- Cuando el servicio sea remunerado, la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado su resultado, salvo cuando por convenio, por la naturaleza del contrato, o por la costumbre, deba pagarse por adelantado o periódicamente.

En casos como los precedentes, que no son los únicos, a falta de pacto y en silencio de la ley, pero por referencia expresa de esta, la costumbre (los usos) tiene efectos normativos. En casos como estos la costumbre tiene un orden jerárquico que está inmediatamente después de la ley y antes que los principios generales del Derecho.

Con gran acierto, el Código de Comercio enuncia a los usos del comercio como fuente autónoma aplicable inmediatamente después de la ley comercial. El art. 2 de este Código dice:

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común.

Así, en materia comercial, los usos (costumbres) *praeter legem* (fuera de la ley) tienen el valor de fuente supletoria del Derecho comercial, a falta de disposición legal en el Código de Comercio y disposiciones modificatorias y complementarias de este.

145. Prueba de la costumbre

Si bien es cierto que el Derecho no se prueba porque rige el principio *iura novit curia* (los jueces conocen el Derecho), pero cuando de Derecho consuetudinario se trata, el juez no está obligado a conocer la costumbre, porque, como afirma COVIELLO⁶¹:

[L]a ley se concreta en un solo acto que se hace notorio por la publicación; la costumbre, en cambio, es un uso formado lentamente; y la norma que de ella resulta no es tan clara y precisa que no se preste a equivocaciones. De aquí la imposibilidad de exigir al juez un conocimiento tan exacto y pleno como el que debe tener respecto de la ley.

Lo cual no impide que, si lo tiene, deba aplicarla si ha sido invocada, aunque no haya sido plenamente probada. Quien invoca una ley como fundamento de su pretensión no tiene necesidad de probarla; pero quien invoca la costumbre debe probar su existencia y contenido, a menos que sea notoria o que sea conocida por el juez.

El art. 190 del Código Procesal Civil establece que “los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando esta sustenta la pretensión”.

61 COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 55.

ALBADALEJO⁶² dice que:

[P]ara demostrar la existencia real de la norma jurídica consuetudinaria, es decir, para que conste que rige o que está vigente, hay que probar el hecho de que esa costumbre se practica efectivamente. Y en ese sentido es en el que se dice que la costumbre, a efectos de prueba, se considera como un hecho. Lo cual es exacto, pues, realmente, es que el que la comunidad la observe o no, es efectivamente un hecho.

En efecto, la prueba no se concreta solamente a la existencia y contenido de la costumbre sino también a la demostración del hecho de que, en efecto, es practicada en el lugar de donde procede la relación jurídica que ha dado origen al litigio.

146. Los usos jurídicos

Doctrinariamente se distingue entre costumbres y usos, llamados también usos convencionales, usos del tráfico, usos sociales, usos de los negocios, o prácticas de los negocios, que son ciertos modelos establecidos en el mundo de los negocios mediante prácticas habituales de ciertas conductas, sin la necesidad de la *opinio iuris* o *necessitatibus* que sí es exigida en la costumbre.

Tanto en el uso como en la costumbre encontramos el elemento objetivo: la práctica más o menos reiterada y constante de ciertos actos; pero elemento subjetivo *opinio iuris* solamente existe en la costumbre, mas no en el uso. Sin embargo, como sostiene COVIELLO⁶³:

[L]a distinción es difícil, porque muchas veces los usos en los que falta la *opinio necessitatibus* producen, como la costumbre propia y verdadera, efectos jurídicos que son diversos según los casos y a veces de tal naturaleza e importancia, que engendran fácilmente la confusión, y porque el elemento distintivo de la *opinio necessitatibus* por su misma índole escapa a una apreciación segura.

En todo caso, los usos vienen a complementar el sentido dinámico y general de la costumbre.

Según MESSINEO⁶⁴, el requisito de la *opinio iuris* ha sido puesto en duda, por ser irrelevante y constituir un círculo vicioso al considerarlo como un presupuesto

62 ALBALADEJO, *Derecho civil*, ob. cit., p. 73.

63 COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 59.

64 MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, ob. cit., p. 19.

necesario del uso (en la doctrina y en la legislación italiana se llama *uso a la costumbre*), o sea, elemento constitutivo del mismo y

[C]onsiderar, al mismo tiempo, que la *opinio iuris* presupone la existencia de una obligación, a la cual el individuo piensa someterse con el hecho mismo de seguir el uso. En otras palabras, al exigir dicho requisito, se afirman dos cosas, que están en oposición: que el uso no se forma sin la *opinio*, pero que la opinión solo nace cuando se ha formado ya el uso.

La verdad es que con el hecho de la observancia del uso se postula su obligatoriedad preexistente y, a un mismo tiempo, la alimenta y convalida; de ahí que el uso decaiga si falta la observancia. Agrega MESSINEO que la *opinio iuris* es, a lo más, un factor necesario para la conservación del uso (costumbre) ya constituido.

La costumbre puede quedar inobservada igual a como puede quedar inobservado el Derecho escrito, pero este no pierde fuerza obligatoria por el desuso, como sí sucede con la costumbre, que decae por su desuso (*desuetudine*).

De los ejemplos de nuestro Derecho positivo, que hemos mencionado, aparece que la ley utiliza indistintamente las palabras *uso* o *costumbre* para referirse a una fuente supletoria del Derecho en silencio de la ley; de modo que, al reconocerse a los usos jurídicos como costumbre, se elimina toda duda sobre el valor normativo de los usos (usos y costumbres son una misma cosa).

Son fuente del derecho los usos *praeter legem* (usos fuera de la ley), mas no los usos y costumbres interpretativos, ni los usos y costumbres de mera cortesía, practicados comúnmente en la vida social, pero sin la menor convicción de estar sometiéndose a una norma jurídica de la cual se derivan derechos y obligaciones (simples normas de trato social).

147. Buenas costumbres

El adjetivo calificativo “buenas” que se antepone a la palabra “costumbres” es el signo patético de la penetración de la moral en el Derecho y, específicamente, en el Derecho consuetudinario. Perteneciendo el calificativo “buenas” a la moral, la noción de “buenas costumbres” responde a la exigencia del respeto debido a las reglas morales de convivencia social.

La apreciación que califica como buena o como mala a la costumbre es una tarea puramente axiológica. Una misma valoración va cambiando su signo de positivo a negativo, o viceversa, según las épocas y lugares; los usos, costumbres y hábitos que hoy son considerados como deshonestos, indecorosos y atentatorios contra el honor

y la reputación de la persona, mañana pueden ser calificados no solo de morales, sino hasta de necesarios e inexcusables. Sin embargo, como advierte BURGA⁶⁵:

[E]s necesario destacar que por encima de esa mutabilidad de ciertas normas o cánones, con los que axiológicamente se califica o descalifica la conducta, existen, en cambio, valoraciones fundamentales en todos los ordenamientos jurídicos, que hacen a la estabilidad de las decisiones en cuanto se inspiran en ideales puros, hacia los cuales se proyecta en sus valoraciones positivas la conducta de los miembros de la comunidad. En ellos, de un modo u otro, se está inmerso en cuanto son los que presiden, orientan o inspiran las distintas esferas del valor o el plexo axiológico respectivo que concita la aprobación de la comunidad, en cuanto se muestra la costumbre o conducta haciendo efectiva en su vigencia el sentido positivo de los mismos.

Por ejemplo, en la cultura occidental, esos cánones fundamentales están dados por la filosofía grecolatina y por la religión, en especial, la cristiana, a cuyos fundamentos habrá que recurrir cada vez que exista la necesidad de apreciar si determinada conducta es buena o mala.

Es cierto que la regla jurídica, en su aspecto axiológico, nos indica cuándo una costumbre es buena o mala, pues toda costumbre que no contradice al ordenamiento jurídico es buena y por eso será permitida; en cambio, toda costumbre *contra legem*, inevitablemente deviene en ilícita y, por tanto, es valorada como mala, por lo cual está prohibida. Los valores consagrados por obra de la comunidad que han sido positivizados (elevados a la categoría de normas jurídicas) en la Constitución y las leyes, es lo que se conoce como costumbre *secundum legem*; en tal virtud, esta costumbre conforme a ley es buena y lo es también la costumbre interpretativa, o sea, aquellas prácticas uniformes y constantes de dar a la ley un concreto sentido, y así se hace porque se considera que es bueno.

Empero, la regla jurídica no es la única norma de vida, sino que hay otros valores a los cuales se atiene la comunidad para calificar una costumbre como buena o mala; esos valores pueden ser religiosos, filosóficos, políticos, sociales, etc. En fin, siempre habrá la necesidad de indagar en cada comunidad cuáles son los valores que sustentan su modo de vida, para poder calificar si una costumbre es buena o mala. Por ejemplo, en las sociedades teocráticas como el imperio incaico o la civilización musulmana, el criterio axiológico con que se enfoca la valoración de las costumbres es el religioso.

65 BURGA, Ernesto Eduardo, "Buenas costumbres", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. x, Buenos Aires: Driskill, 1985, p. 514.

Las buenas costumbres —opina LEÓN BARANDIARÁN⁶⁶— ponen el Derecho en relación con la moral; lo contrario a las buenas costumbres, vale decir, lo inmoral, lo ilícito, es reprobable jurídicamente. Agrega que: la respectiva apreciación corresponde, naturalmente, al juez, en cuanto ello cae dentro de su competencia funcional. Mas, como una exigencia deontológica, por la propia naturaleza de la función judicial, no puede ser una apreciación arbitraria, caprichosa, completamente subjetiva, personalísima. El juez aquí es un intérprete del sentir y del apreciar general de las gentes sobre la moral social reinante, debiendo proceder como procedería un hombre con un sensato y natural criterio de persona de bien. Siempre resulta posible hacer la discriminación entre lo lícito o lo ilícito, lo moral o lo inmoral, para poder pronunciar la nulidad del pacto que atenta contra lo primero.

Mas lo anterior no significa la confusión entre moral y Derecho; la ley no prohíbe el pacto que se oponga a la moral, sino el que es contrario a las buenas costumbres; el Derecho no exige todo lo que la moral exige (la caridad, por ejemplo), ni prohíbe todo lo que ella prohíbe (no entra en general en el mundo de las intenciones); pero el Derecho no permite lo que es notoria y objetivamente inmoral.

El Derecho, cuando se refiere a la intención, no la considera en las infinitas posibilidades y modalidades que ella reviste en cada acción humana. En cambio, el orden moral considera la intención, los propósitos en su totalidad, al extremo de que el elemento interno, al reflejarse en la acción, proyecta en ellos todos los contenidos interiores del sujeto y, por eso, la acción reproduce la personalidad moral del sujeto.

Esto se ve claro en el ejercicio del Derecho, en que por lo general las intenciones son irrelevantes. Puede así, por ejemplo, el propietario desalojar no por necesidad, sino por complacencia en el mal ajeno, a la viuda y a los huérfanos por el alquiler impago, y esto, que no interesa al derecho, es de especial significación para la moral⁶⁷.

Las *buenas costumbres*, por constituir el respeto debido a las reglas morales de convivencia, se encuentran integrando, sin agotarlo, el concepto de *orden público*.

El Código Civil unas veces hace referencia conjuntamente a ambos conceptos: orden público y buenas costumbres (arts. 6, 96, 104, 120, 1681, 1697, 2049, 2050, 2104); otras veces apenas se refiere al concepto de buenas costumbres (arts. 515, 738); en algunas ocasiones solo menciona al orden público (arts. 13, 1328, 2060); y otras veces se refiere conjuntamente a la moral y a las buenas costumbres (art. 1913).

⁶⁶ LEÓN BARANDIARÁN, José, *Curso elemental de derecho civil peruano: parte general del derecho civil, título preliminar del Código Civil, el derecho de las personas en el Código Civil*, Lima, 1973, pp. 46 y 47.

⁶⁷ GOLDSCHMIDT, James, “El concepto del derecho”, en *Introducción al derecho. Materiales de autoaprendizaje*, de CHANAMÉ ORBE, Raúl (comp.), Lima: Grijley, 1996, pp. 48 y 49.

El Código Penal derogado de 1924, en el libro segundo, sección tercera, bajo el rubro genérico de “Delitos contra las buenas costumbres”, comprendió tres categorías de delitos: contra la libertad y honor sexuales, delitos de corrupción y delitos que atenían contra el pudor público. El Código Penal vigente, en el libro II, título IV, sobre delitos contra la libertad, tipifica los delitos de violación de la libertad sexual (cap. IX), el proxenetismo (cap. X) y las ofensas al poder público (cap. XI). Todos ellos afectan al Derecho consuetudinario relativo al comportamiento del individuo en el plano de su vida sexual, y por ello podemos afirmar que en Derecho penal el concepto de buenas costumbres se identifica con la moral sexual.

En el ámbito del Derecho privado el concepto de buenas costumbres no comprende solamente la moral sexual, sino que su contenido es mucho más amplio. Por ejemplo, es contrario a las buenas costumbres el corretaje matrimonial, los pactos por los que una de las partes se compromete a mantener relaciones sexuales extra-matrimoniales, así como la remuneración a la persona que consiente en sostenerla; el compromiso de obrar en fraude de la ley; la promesa de remuneración a cambio de que una persona efectúe un acto que está obligada a realizar; la penalidad excesiva contenida en las arras confirmatorias y en la cláusula penal, etc.

SECCIÓN VI. - LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

148. Concepto

¿Qué son los principios generales del Derecho? Esos principios son las ideas, postulados éticos, o criterios fundamentales, básicos, positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico escrito (legal y jurisprudencial) y consuetudinario.

Ejemplos: los principios de “buena fe”, “equidad”, “confianza”, “vivir honestamente”, “no hacer mal a nadie”, “dar a cada uno lo suyo”, del “respeto recíproco”, de la “autonomía de la voluntad contractual”, el principio que dice que “lo que no está jurídicamente prohibido es permitido”, el de la “función social de la propiedad”, la “prohibición del enriquecimiento ilícito”, el principio *pacta sunt servanda* (obligatoriedad de los pactos libremente contraídos), el principio de que “nadie puede ser juez de su propia causa”, el que dice que “nadie puede ser condenado sin ser oído”, el principio que reza *summus ius, summa iniuria* (la aplicación rígida del Derecho puede producir situaciones injustas).

Los principios generales informan el ordenamiento jurídico y nos ofrecen los medios más adecuados para una mejor interpretación y aplicación de la norma legal y consuetudinaria. Ellos constituyen las bases teóricas y las razones lógicas que le dan al ordenamiento jurídico su sentido ético, su medida racional y su fuerza vital o histórica.

Para algunos autores, los principios generales son verdades jurídicas universales dictadas por la recta razón (*iustnaturalismo*); por tanto, se hallan fuera del ordenamiento escrito y consuetudinario de un país; tienen un carácter previo y exterior al Derecho positivo. Para otros, esos principios son los criterios que sirven de fundamento e informan el Derecho positivo de cada país (*postura iuspositivista*); por tanto, ellos no se pueden deducir *a priori*, sino que deben ser conocidos mediante una labor de abstracción de las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente de una nación. Más adelante nos ocupamos del origen y teorías sobre los principios generales.

149. Funciones

¿Qué funciones cumplen los principios generales del Derecho? Cumplen una triple función: creativa, interpretativa e integradora del ordenamiento jurídico. Por eso se ha dicho que los principios generales son “la causa y el fin, el origen y el término, el alfa y la omega del Derecho”⁶⁸.

149.1. Función creadora (fuentes materiales de derecho)

Los principios generales creativos señalan las pautas que deben acatarse en la elaboración, modificación y derogación de las normas. Los principios son los postulados éticos que informan, inspiran y orientan la actividad del órgano constituyente, legislador, ejecutivo, jurisdiccional y demás órganos menores de producción jurídica, así como del Derecho consuetudinario.

En su función informadora del ordenamiento jurídico, los principios generales se encuentran fuera de la clasificación jerárquica de las fuentes formales del Derecho positivo, y se consideran como tales a las ideas fundamentales en que se ha inspirado el creador de las normas jurídicas y, por tanto, constituyen la base de validez del

68 MANS PUIGARNAU, Jaime M., *Los principios generales del derecho*, Barcelona: Bosch, 1957, p. 27.

En la Edad Media se acuñó la frase *nemo iurista nisi principalista* (nadie puede ser jurista si no es principalista). VALENCIA RESTREPO dice: “Quien conoce los principios generales, domina todo el derecho. El que los ignora, nada sabe de él” (VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*, Bogotá: Temis, 1993, p. 49).

ordenamiento jurídico. Por ejemplo, cuando en el art. 2 inc. 3 de la Constitución se establece que “toda persona tiene derecho: a la libertad [...] de religión”, el principio general de la libertad religiosa del ser humano constituye la materia o contenido de dicho precepto constitucional.

Tales principios se incorporan al ordenamiento jurídico por medio de la actividad legislativa, ejecutiva, y jurisdiccional, que origina la formación de las leyes, reglamentos y sentencias. Esto es, que ellos van a formar parte de la materia o contenido de los preceptos normativos. De este modo, quedan positivizados, es decir, convertidos en Derecho positivo. Por ejemplo, la Constitución ha convertido en preceptos constitucionales principios políticos como el de democracia, Estado de Derecho, división de poderes, sufragio universal y secreto; principios relativos a los derechos fundamentales de la persona: la libertad, la igualdad ante la ley, la libre contratación, etc. El Derecho procesal ha incorporado, entre otros, los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad, contradicción. El Derecho penal ha positivizado los principios de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, exclusión de la analogía, etc. El Derecho internacional público consagra los principios de amistad entre las naciones, la cooperación internacional, la independencia política de los Estados, los principios relativos a los derechos fundamentales de la persona, etc.

149.2. Función interpretativa

Los principios generales son pautas o criterios de interpretación de las normas jurídicas. Por ejemplo, el principio de interpretar los textos de acuerdo con el fin pretendido por las partes, el principio de la interpretación sistemática de un texto (ley, contrato, testamento, etc.).

149.3. Función integradora (fuente formal de derecho)

Los principios generales irrumpen en el movimiento codificador como un medio ideal para llenar las lagunas del Derecho legislado.

El legislador no puede prever todas las peculiaridades, detalles, características o especificidades de los hechos sociales, que con la ley regula, y si no puede prever todos los casos que surgen en la vida social, menos puede prever todos los que todavía no se han presentado, pero que se presentarán en un futuro próximo o lejano. Los principios generales sirven para llenar las lagunas de que adolece el Derecho, es decir, son fuente formal de aplicación subsidiaria a falta de ley y de costumbre.

El Derecho peruano consagra expresamente la función integradora de los principios generales al haberlos considerado como fuente subsidiaria. La Constitución en

su art. 139 dice: "Son principios y derechos de la función judicial [...] 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario". El art. VIII del título preliminar del Código Civil estatuye: "Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano".

Como hemos afirmado, no existe ordenamiento jurídico legal o consuetudinario, por más minucioso que sea, que pueda prever todos los posibles casos particulares, presentes y futuros, que ofrece la experiencia humana. En todo ordenamiento legal existen lagunas tanto porque hay hechos para los cuales no existe ley aplicable (lagunas legales), cuanto porque la aplicación de las que aparentemente regulan el caso de que se trate produciría resultados opuestos a los anhelados por el ordenamiento jurídico que se vería afectado en su sentido ético (lagunas axiológicas) por la aberrante injusticia a que conduciría la solución, salvo que se considere que "la ley más infame tiene que ser reconocida como obligatoria desde el momento en que se constituye de modo formalmente correcto"⁶⁹, y que, por tanto, a quien ejerce el Derecho no le es dado recusar la vigencia de la ley alegando injusticia de esta por considerar que permanece viva la lección de SÓCRATES negándose a evadirse de la cárcel para substraerse a la pena de muerte que le había sido impuesta: "Es preciso que los hombres buenos respeten las leyes malas, para que los malos no aprendan a no respetar las buenas"⁷⁰; sin embargo, la lección del filósofo griego ahora no puede tener vigencia porque no existe necesidad humana más vital y urgente que la de la realización de la justicia como un presupuesto necesario de la convivencia humana. En fin, cualquiera sea la posición que se adopte respecto a las leyes aberrantemente injustas, esto es, se admita o no las lagunas axiológicas, lo cierto es que no se puede dejar de admitir las lagunas legales porque el legislador es incapaz de prever todos los casos inmediatos o mediatos que en la vida real se presentan, puesto que la vida es tan variada y variable, se renueva vertiginosa e incesantemente produciendo nuevas circunstancias que el legislador ni siquiera las pensó; de ahí que sea necesario recurrir a la costumbre cuando falta la ley, y a los principios generales del Derecho como último *subsidiump* a falta de ley y de costumbre. El juez nunca puede dejar de dar una solución jurídica a los hechos sometidos a su decisión, pues si no existe norma aplicable en el Derecho positivo escrito o consuetudinario, recurrirá en última instancia a los principios generales del Derecho, aun cuando sobre ello nada dijera el ordenamiento escrito⁷¹.

69 BERGBOHM, citado por DÍAZ COUSELO, José María, *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires: Plus Ultra, 1971, p. 14.

70 REALE, Miguel, *Introducción al derecho*, 6^a ed., Madrid: Ediciones Pirámide, 1984, p. 150.

71 En la mayoría de los ordenamientos jurídicos de tradición romanística se establece que, en defecto o deficiencia de la ley o de la costumbre, se aplicarán los principios generales del derecho (así, el Código

Como normas de aplicación supletoria⁷², los principios generales del Derecho actúan como fuente directa, autónoma y subsidiaria, en defecto o deficiencia de la ley y de la costumbre. Como norma subsidiaria, el significado y alcance de los principios generales son los de ser una fuente más del ordenamiento jurídico,

[E]ntendido como sistema normativo pleno, coherente y unitario, cuyas fuentes están en él mismo o, excepcionalmente, en las remisiones que hagan a elementos extraños. Que se regule como fuente subsidiaria no excluye que también los principios generales caigan dentro del sistema ordenador de la vida social, sino que por esa nota de subsidiariedad ha de mantenerse precisamente en la esfera de las fuentes principales⁷³.

Por la función interpretativa, tales principios llegan a ser fuente formal de Derecho; de ahí que sea correcto también afirmar que los principios tienen una doble (no triple, como hemos dicho antes) función: a) principios informadores del ordenamiento jurídico, y b) como normas aplicables subsidiariamente a falta de ley y costumbre. Así, el art. 1.4 del Código Civil español dispone: “Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

150. Origen y fundamento. Diversas teorías

El origen y fundamento de los principios generales del Derecho son las materias más discutidas. La teoría *iustnaturalista* identifica a los principios generales del Derecho con los principios del Derecho natural. El código austriaco de 1797 fue el primero que se ocupó de ellos con la denominación de “principios generales y naturales del derecho”, luego en el Código Civil de 1811 se les llama solamente “principios naturales”. El art. 7 de este código prescribe:

Civil peruano, el brasileño, el español, el mexicano, el portugués, el italiano, el canónico). El art. viii del título preliminar del CC peruano dice: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. Otros ordenamientos no hacen referencia expresa a la aplicación supletoria de los principios generales del Derecho, como el Código Civil francés, el belga, el alemán, pero igual se recurre a ellos, puesto que tienen existencia independientemente de lo que diga el derecho estatal.

⁷² Como normas de aplicación subsidiaria, los principios generales ya aparecen regulados en el Código prusiano de 1794, parte 49, que dice: “Si el juez no encuentra alguna ley que pueda servir a la decisión de la controversia, deberá decidir según las disposiciones aplicables a casos análogos, y los principios generales recogidos por este Código, examinados con el mejor criterio”.

⁷³ LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, “La equidad en el nuevo título preliminar del Código Civil”, en *Documentación Jurídica*, n.º 4, octubre-diciembre, 1974, Madrid: 1975, p. 128.

No pudiendo ser resuelto un caso, ni por las palabras ni por el sentido natural de una ley, deberá estarse a los casos semejantes resueltos en las leyes y tomarse en consideración los fundamentos de otras leyes análogas. Si, no obstante, el caso jurídico permanece dudoso, deberá decidirse de acuerdo con los principios naturales del derecho teniendo en cuenta las circunstancias reunidas y meditadamente apreciadas.

Según el art. 16, todo hombre posee derechos innatos (*angeborene rechte*) reconocibles mediante la mera razón⁷⁴.

Dentro de esta concepción iusnaturalista, por principios generales del Derecho debe entenderse los principios superiores de justicia, inmutables, de valor absoluto, permanentes y universales, cuya fuente inagotable está constituida por la naturaleza misma de las cosas, la cual puede ser aprehendida por medio de la razón, por ejemplo, los derechos absolutos de la personalidad, la libertad, la igualdad ante la ley, la división de los poderes, la obligatoriedad de los contratos, la legítima defensa, el principio de que nadie puede enriquecerse indebidamente a costa de otro, etc. Estos principios son superiores al orden positivo escrito, y si bien no pueden destruir las normas vigentes, tienen valor “sobre y dentro de tales normas, puesto que representan la razón suprema y el espíritu que las informa”⁷⁵. El significado de las normas es plenamente inteligible mediante los principios del Derecho natural que se fundan, viven y actúan en ellas. El ordenamiento jurídico tiene su origen en los principios del Derecho natural.

El Derecho natural fija los grandes principios rectores de la organización social, y sus reglas están por encima del Derecho positivo; este debe ajustarse a aquél. Para el Derecho natural, la justicia es un elemento necesario del Derecho, lo cual implica negar categoría jurídica a las leyes injustas. Las reglas del Derecho natural se derivan de la naturaleza humana y de las cosas, y presiden las acciones de los seres humanos con anterioridad a toda ley positiva. Los seres humanos deben vivir en conformidad con la naturaleza y con la razón⁷⁶. La historia nos muestra que la experiencia jurídica presupone ciertas constantes valorativas que, una vez impregnadas en la conciencia social, se revelan como rutas éticas que, aun antes de ser captadas por el intelecto, condicionan y dan sentido al comportamiento humano. De esos valores constantes, el primordial es el de la persona humana, pues por medio de esta la humanidad toma

⁷⁴ El Código Civil austriaco (ABGB) de 1811 es el fruto de la escuela *racionalista del Derecho natural* imperante en el siglo XVIII y principios del XIX, representada en primer lugar por Franz Von Zeiller.

⁷⁵ DEL VECCHIO, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, Barcelona: Bosch, 1948, p. 51.

⁷⁶ Los estoicos griegos no hicieron distinción entre ley natural y ley racional; para Crisipo y Zenón, el primer deber del hombre es seguir a la naturaleza, porque esto equivale a vivir según razón. Para Aristóteles, el Derecho natural es la *expresión de la naturaleza de las cosas*. El romano Ulpiano concibe al Derecho natural como aquel que la naturaleza enseña a todos los animales (*quod natura omnia animalia docuit*); según Cicerón, la ley natural no necesita ser promulgada, sino que es la que confiere legitimidad ética a los preceptos de la ley positiva (la ley natural es la *ratio summa insita in natura; non scripta, sed nata lex; vera lex, recta ratio, naturae congruens*).

conciencia de su dignidad ética. Toda la experiencia jurídica y, por tanto, el Derecho escrito (legal o jurisprudencial) y el consuetudinario que la integran, descansan sobre la base de los principios generales.

Otros juristas consideran como principios generales a las máximas o axiomas jurídicos. Como dice BRUGI⁷⁷:

El Derecho vive en todo pueblo, con anterioridad a la ley, en una serie de máximas orgánicamente enlazadas entre sí, en un sistema íntimo donde se armonizan el Derecho público y el Derecho privado. De estas máximas unas son más asequibles que otras a los juristas; pero las inteligencias despiertas podrían remontarse, por abstracción, a algunas máximas supremas.

ULPIANO redujo estos principios a tres: *Iuris precepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribure* (los principios supremos del Derecho son estos: vivir honestamente, no perjudicar a otro y dar a cada uno lo suyo).

Algunas máximas han perdido vigencia, pero otras persisten por siglos como directrices de innegable valor jurídico. Por ejemplo, *utile per inutile non vitiatur* (lo que es útil no debe ser perjudicado por lo que no lo es), *exceptiones sunt strictissimae interpretationis* (las excepciones son de estricta interpretación), *permittitur quod non prohibetur* (está permitido lo que no está prohibido), *ad impossibilia nenio tenetur* (nadie está obligado a lo imposible).

La tendencia *positivista* considera que los principios generales son los inspiradores del Derecho positivo, los elaborados o acogidos por la ciencia del Derecho, o que resulten de los imperativos de la conciencia social⁷⁸; para su reconocimiento como tales deben encajar en el sistema del Derecho positivo y estar reconocidos en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia. PACCHIONI⁷⁹ sostiene que por encima de los principios derivados de la legislación positiva, están “los más generales principios del derecho [...] Los principios de la jurisprudencia latamente entendidos [...] el gran depósito del cual los legisladores modernos han derivado sus códigos y del cual extraen cotidianamente sus leyes especiales”. Por su parte, CARNELUTTI afirma que “los principios están dentro del Derecho escrito como el alcohol está dentro del vino; representan el espíritu o la esencia de la ley”, y replicando a los iusnaturalistas o historicistas asevera que “la historia o la filosofía no son aquello de que se extraen,

⁷⁷ BRUGI, Biagio, *Instituciones de Derecho Civil*, Trad. de la cuarta edición italiana por Jaime Simó Bofaruel, Ciudad de México: Uteha, 1946, p. 29. ob. cit., p. 29.

⁷⁸ MARÍN PÉREZ, Pascual, *Derecho civil*, vol. I, p. 68.

⁷⁹ PACCHIONI, cit., de GARDELLA, Lorenzo A., “Principios generales del derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Omeya*, t. XXIII, Buenos Aires: Driskill, 1985, p. 131.

sino, eventualmente, aquello con que se extraen los principios generales de las normas constituidas, es decir, medios para la interpretación de estas”.

Para la posición positivista, los principios generales del Derecho están implícitos en el Derecho positivo, del cual se extraen mediante un proceso de inducción y de abstracción. En este sentido se habla de principios generales del Derecho nacional y del Derecho comparado. Los primeros son determinados en función del ordenamiento jurídico vigente en cada país, y los segundos son abstraídos mediante el estudio comparativo de los ordenamientos jurídicos de los diversos países. Sin duda, hay principios que son el fruto de la formación histórica de cada nación, otros son comunes a cada sistema de derecho (principios del Derecho romano germánico, del *Common law*, etc.) y otros que, por la universalidad de la ciencia y de la naturaleza humana, son comunes a todos los ordenamientos jurídicos, cualquiera sea el sistema al que pertenezcan, no obstante, las naturales variaciones que se puede dar en su aplicación.

La objeción principal que se puede formular contra la corriente positivista, se fundamenta en que no solo son principios generales los reconocidos por el Derecho positivo, obtenidos por un proceso de generalización y abstracción, sino que hay algunos que están fuera del Derecho escrito, y por lo general, existen antes que él. Bien dice LARENZ⁸⁰, con referencia al principio general del respeto recíproco, citando a HENKEL, que es constitutivo de todo ordenamiento jurídico: “La pretensión (del hombre al respeto a su personalidad) lo mismo que la dignidad humana, no requiere una atribución humana; es un derecho de carácter previo, predeterminado, ‘natural’, que corresponde del mismo modo a todos los hombres”; por eso el respeto no puede darlo el Derecho positivo, ni adquirirse a través de él; es indeclinable, indisponible e irrenunciable... El principio del respeto recíproco atraviesa todo el ordenamiento jurídico. Así, en primer lugar, subyace en todo contrato y, por tanto, en el derecho de contratos, pues cuando yo concluyo un contrato con otro y dejo que valga tanto su voluntad como la mía, reconozco que tanto él como yo somos personas. El contrato constituye una categoría fundamental del derecho y no es una casualidad que ocupe un puesto central en las doctrinas del Derecho natural de la época moderna.

La corriente *positivista histórica* considera que los principios deben ser extraídos del sistema del Derecho romano, tanto más completo en sí cuanto que ha perdido el carácter de ley y vive como ciencia, apartado de todo conflicto de intereses. En la mayoría de casos habrá principios de Derecho romano modernizado, invocados en un aspecto, que no pugnan con las condiciones sociales de hoy; o bien principios de Derecho natural, que, nacido del derecho romano, tornó a él haciendo germinar en su entraña ideas y conceptos generales.

80 LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, ob. cit., p. 64.

Otros autores identifican a los principios generales de Derecho con la *analogía de Derecho* (*analogía iuris*), considerada en contraposición a la analogía de la ley; se toma como punto de partida no una ley, sino el conjunto del ordenamiento jurídico positivo, a fin de extraer una regla aplicable a un caso concreto para cuya solución no hay ley; el juez debe encontrar la norma jurídica que sea fiel aplicación de los principios informantes del ordenamiento jurídico, esto es, la norma que represente una consecuencia del espíritu del sistema del Derecho vigente. La analogía jurídica reside en que no se crean principios nuevos, sino que, hallados los que dieron nacimiento a la resolución de algunos casos, se reconoce que poseen la virtud de regular casos afines. Es como si se trajeran consecuencias homogéneas de las premisas del legislador, las cuales, formuladas o no, constituyeron, por cierto, la presuposición de las normas de ley. Así, la analogía es el remedio natural de la imposibilidad, reconocida siempre por los legisladores, de que las leyes abarquen todos los casos de la vida real, y de la insuficiencia de las mismas ante la producción de casos nuevos⁸¹.

DEL VECCHIO critica esta posición, diciendo que la analogía funciona “de lo particular a lo particular coordinado”, mientras que con los principios generales se conecta lo general con lo particular; además, no concuerda con los propósitos del legislador, que distingue entre analogía y principios generales. Es erróneo “el suponer que la analogía puede extenderse indefinidamente”⁸².

Criticando las teorías antes mencionadas, RECASÉNS SICHES⁸³ argumenta que quien afirma que por principios de Derecho debe entenderse los que se derivan del Derecho romano, no puede aducir para su fundamento ninguna razón seria. Además, la afirmación de que los principios generales son los principios del sistema legal obtenidos por un proceso de generalización creciente de los criterios que informan los distintos preceptos, es una verdad a medias, porque no llega al punto más importante del problema, a saber, el caso en que no se pueda encontrar ninguna solución que esté contenida en la ley, ni en forma expresa ni implícita. Lo mismo puede decirse respecto a la analogía, sea analogía de la ley o del Derecho, pues con ella se regula un caso no previsto pero parejo a otro que sí lo ha sido; es decir, que la ley positiva contiene implícitamente la solución, y, por ende, nos hallamos fuera de los principios generales. Cuando el ordenamiento legislado no contenga solución, el principio general no puede ser extraído ni por vía analógica ni por el procedimiento de generalización inductiva.

81 BRUGI, *Instituciones de Derecho Civil*, ob. cit., p. 28.

82 DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 128.

83 *Ibid.*, pp. 301 y 302.

Adoptando una posición iusnaturalista, idealista, RECASÉNS SICHES sostiene que:

[L]a creencia en unos principios de justicia, la idea de un Derecho natural o de un Derecho racional, la tendencia hacia un ideal jurídico, ha sido patrimonio de las convicciones tanto individuales como colectivas a través del desarrollo histórico de la humanidad.

No obstante que en el siglo XIX algunas escuelas pretendieron ignorar esa idea, ella siempre se ha afirmado en la vida y en la política: toda revolución, especialmente la francesa, implica una creencia iusnaturalista. Citando a DEL VECCHIO, “el actual derecho legislado se ha formado rindiendo culto a los principios ideales, que ha ido incorporando en mayor o menor proporción a sus textos y a los que ha apuntado intencionalmente el legislador”.

Los principios generales denotan un criterio de estimación ideal. El juzgador, si para un caso concreto no existe solución legal aplicable ni siquiera por vía analógica ni por generalización inductiva, debe buscar una norma o criterio en el trasfondo de las convicciones sociales que integran y orientan el orden jurídico vigente; pero si todos estos procedimientos fallaran, entonces el juez deberá determinar, por su cuenta y mediante un juicio de valoración, el principio que él estime como idealmente válido y no incompatible con los principios formulados del ordenamiento vigente; y en su virtud dictar el precepto concreto de la sentencia.

Cabría decir —concluye RECASÉNS— que para los casos imprevistos, el legislador firma un documento en blanco que debe ser llenado por el juez, inspirándose en una estimación ideal y de justicia; pues esos principios generales no pueden tener vigencia frente a una norma formulada por el Derecho positivo, por la sencilla razón de que si se les otorgase tal vigencia saltaría hecho pedazos el sistema jurídico, pues quedaría destruida la certeza y seguridad, raíz esencial de todo Derecho.

Por medio de la razón es siempre posible elaborar un criterio para resolver y restablecer el orden jurídico turbado, debiendo tenerse presente en todo momento que la función judicial debe ejercerse subordinadamente a la legislativa. Se caería en arbitrariedad total, porque se sacrificaría el valor objetivo e impersonal del Derecho, si se dejara al juez en libertad de modificar la ley; la libertad del juez se resolvería en la negación de la libertad de los ciudadanos.

Según otra corriente de opinión, los principios generales del Derecho son aquellos *principios organizadores de la comunidad* o *principios políticos*. La legislación revolucionaria rusa, la fascista italiana y la nazi alemana, señalaron a los principios políticos de sus respectivas ideologías como los inspiradores y supletorios de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Las ideologías políticas y los ordenamientos jurídicos son fenómenos históricos en continua evolución, por lo cual puede resultar peligroso considerar como principios a ideas nuevas, no suficientemente maduras

y a veces destinadas a tener vida efímera. Como expresa MARÍN PÉREZ⁸⁴, no debe confundirse con las directivas políticas, o la ideología de partido, ya se exprese en un programa o en las leyes políticas. Alcanzan el significado de principios generales solo los que tienen valor integrante efectivo (Constitución Política real); aquellos que al cambiar determinan que las leyes, aunque no se alteren sus textos, tomen nuevo carácter y sentido.

Para COSSIO⁸⁵, la expresión principios generales del Derecho es equívoca, porque tienen título suficiente para aspirar a esa calificación tanto los juicios estimativos supremos cuanto los principios lógicos que estructuran el comportamiento jurídico [...] Los principios generales del Derecho son juicios estimativos de valor muy general o supremos capaces de determinar la conducta de los hombres en razón de su intrínseco valor, de manera que faltando la norma legal que configure el comportamiento, siempre es posible traer a cuenta una norma que surja de aquel juicio estimativo preexistente a la acción legislativa, y al juicio de valor original que ella pueda implicar.

Según DE CASTRO⁸⁶, los principios jurídicos son como el aire en que jurídicamente se vive, cuya existencia no se advierte mientras no se está en cuestión. Su carácter vario y dinámico, la falta de formulación auténtica, impiden la enumeración exhaustiva y precisa; será necesario limitarse a distinguir ciertos tipos fundamentales.

Los principios generales —afirma LÓPEZ— constituyen todo el conjunto de normas no formuladas que:

[E]stán presentes en todos los momentos de la vida del Derecho y ofrecen un extenso contenido del que no está ausente la equidad, la cual no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios superiores (*altiora principia*) de justicia para decidir un caso para el que resulta inadecuada, según el principio general correspondiente, la regla general y de ahí que la equidad pueda alegarse, en todo caso, en que se pueda recurrir a los principios de justicia, sea por mandato expreso de la ley, a falta de disposiciones positivas, o para interpretarlas.

El proyecto inicial del Código Civil francés, art. 11, decía: “En las materias civiles, el juez, a falta de ley precisa, es un ministro de la equidad. La equidad es la vuelta a la ley natural, o a los usos aceptados por el silencio de la ley positiva”.

A manera de conclusión, podemos afirmar que los principios inspiradores del ordenamiento jurídico no son fuente supletoria porque al haberlos incorporado el

⁸⁴ MARÍN PÉREZ, *Derecho civil*, ob. cit., p. 68.

⁸⁵ COSSIO, Carlos, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires: Losada, 1947, p. 247 y ss.

⁸⁶ DE CASTRO, citado por PÉREZ, *Derecho civil*, ob. cit., p. 68.

legislador en la norma, han pasado a integrar el Derecho positivo escrito; tampoco constituyen fuente supletoria las soluciones obtenidas por vía de interpretación analógica, porque mediante ella se soluciona un caso nuevo, no previsto, aplicándole la norma que regula un hecho semejante; cuando la norma aplicable al caso concreto es extraída mediante el procedimiento de generalización inductiva, no se obtiene un principio ajeno al Derecho positivo escrito sino que se aplica el espíritu de este. Los principios generales que constituyen normas aplicables subsidiariamente por falta o deficiencia de la ley, no se encuentran dentro sino fuera del ordenamiento positivo y han de estar en esas aspiraciones naturales, ideales de justicia, en las convicciones sociales, económicas, culturales, morales, religiosas, políticas nuevas o tradicionalmente arraigadas en el alma del pueblo y que, por lo tanto, constituyen la base de todo sistema de Derecho. Las transformaciones profundas que experimenten esas aspiraciones y convicciones darán lugar a la desaparición de algunos principios generales de Derecho y a la aparición de otros.

Los principios generales son, pues, los conceptos fundamentales, básicos y elementales, inspiradores o no del sistema de Derecho positivo, sean naturales, esto es, permanentes, inmutables y universales (por ejemplo, el principio de la libertad, el *pacta sunt servanda*), sean principios informadores de un sistema particular de Derecho, o que estén vinculados a una precisa cultura jurídica o periodo histórico (por ejemplo, durante la vigencia del D. L. N.º 17716, Ley de Reforma Agraria, en el Perú rigió el principio de Derecho agrario, según el cual “la tierra es de quien la trabaja”; ahora ese principio no rige más). Los principios en que el legislador se ha inspirado para dar la ley, son positivizados, que están dentro del Derecho escrito y no fuera de él (principios según ley); están en el espíritu de la ley; su aplicación implica la aplicación de la misma ley escrita que de letra y espíritu se compone; no constituyen ni pueden ser fuente supletoria autónoma de Derecho, porque son ya Derecho positivo escrito. Tampoco pueden constituir su fuente supletoria los principios que están fuera de la ley pero que la contradigan (*principios contra legem*); de aplicarse estos, se destruiría el ordenamiento jurídico. Constituyen fuente supletoria independiente de la ley únicamente los principios que están fuera del sistema del derecho escrito pero que no lo contradigan (*principios praeter legem*). Ante un principio del Derecho peruano y otro que no lo es, el juez preferirá el primero.

SECCIÓN VII.- LA DOCTRINA

151. Concepto

La doctrina comprende el conjunto de opiniones y argumentos de los estudiosos del Derecho (juristas, abogados, filósofos y todos aquellos que se dedican al estudio del Derecho desde sus diversas perspectivas).

152. La doctrina como fuente del Derecho

La doctrina no es fuente formal de Derecho, salvo que la ley se remita a ella⁸⁷, porque no crea normas jurídicas sino que las interpreta, describe, explica y sistematiza para su mejor utilidad y aplicación y contribuye al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico vigente. Es un medio de conocimiento del Derecho.

Si bien es cierto que la doctrina no constituye una fuente autónoma de Derecho propiamente dicha, tiene sin embargo un valor descollante en la formación de la ley, de la jurisprudencia y de algunas costumbres. El legislador, cuando elabora una nueva ley, tiene muy en cuenta la doctrina de los autores sobre los defectos de la ley que se deroga y las necesidades normativas futuras. Los jueces basan sus decisiones en las soluciones consagradas por la doctrina; es difícil que ellos puedan apartarse de las opiniones vertidas por los más autorizados juristas sobre un específico punto del Derecho; las críticas formuladas por los juristas provocan cambios en la jurisprudencia. Pero cabe enfatizar que la doctrina no obliga a los tribunales a fallar según ella, porque no tiene más valor que el prestigio y la autoridad científica del autor que la defiende; los jueces tienen independencia respecto de los juristas, y pueden sentar en sus sentencias una doctrina contraria que refute a la de aquellos.

Los estudiosos del Derecho, por su pericia técnica, influyen con mayor fuerza que los demás miembros de la comunidad en la elaboración y desarrollo del Derecho legislado, jurisprudencial y consuetudinario. En cuanto a este último, la evolución y cambios de la vida de relación generan el surgimiento de nuevas figuras jurídicas atípicas que adquieren formas concretas por obra de los juristas, transfundiéndose, de este modo, el trabajo técnico a la conciencia popular (el Derecho científico se añade al Derecho popular). Pensemos, por ejemplo, en los contratos modernos (*joint venture*, titulización, franquicia, etc.), que en nuestro medio han sido primero desarrollados

87 El art. III del título preliminar del Código Procesal Civil menciona a la doctrina como fuente del Derecho procesal.

por los estudiosos del Derecho y luego adoptados por la práctica social, antes de ser configurados legalmente.

En el periodo clásico del Derecho romano la fuente principal de este fue la doctrina constituida por las enseñanzas de los jurisconsultos, cuyas opiniones comunes desempeñaban más o menos el oficio de los artículos de los códigos del Derecho moderno. En esa época adquirió importancia el *respondere*, o sea, opinar sobre un caso práctico presentado al jurisconsulto por las partes. Augusto concedió a algunos jurisconsultos el privilegio del *ius respondi ex auctoritate principis*; inicialmente, dicho privilegio fue otorgado solo a los juristas del orden senatorio. El magistrado era vinculado por los *responso* u opiniones de los juristas privilegiados referente a las causas que tenía que examinar. Como nos recuerda DEL VECCHIO⁸⁸, el llamado “Tribunal de los muertos”—por la célebre Constitución de Teodosio II (año 426 d. C.)—consistió en que se impuso a los jueces la obligación de atenerse a las opiniones de Papiniano, Gayo, Ulpiano, Paulo y Modestino, dando preferencia, en caso de que hubiese empate de opiniones opuestas, a la de Papiniano, considerado como presidente de aquel hipotético tribunal. *El Digesto*, del *Corpus iuris civilis* de JUSTINIANO, es el compendio de fragmentos de las obras de los antiguos jurisconsultos. En la Edad Media, la doctrina de los jurisconsultos romanos volvió a cobrar autoridad con Acursio, Baldo de Ubaldis y Bartolo de Sassoferato. Está demostrado que, en determinadas épocas de la historia, la doctrina ha tenido el carácter de fuente formal del Derecho, carácter del que carece en la actualidad.

Las opiniones de los juristas han sido decisivas en la obra codificadora. Así tenemos, por ejemplo, a Domat y Pothier, quienes son los inspiradores del *Code Napoleón* en Francia; y a Ihering, Savigny, Puchta, Windscheid, entre otros, cuyas opiniones fueron consagradas en el Código alemán de 1900.

El legislador, el juez o magistrado, el jurista, el estudiante de Derecho y los profesionales del Derecho no pueden ejercer sus actividades eficientemente sin contar con las obras de los juristas.

Las normas generales y abstractas no pueden ser comprensibles y, por tanto, no se pueden aplicar sin la concurrencia de la doctrina, que define o precisa el significado de los textos normativos, los explica y sistematiza. Es la doctrina la que muestra los aciertos, deficiencias, incoherencias del derecho escrito y aporta las posibles soluciones. Además, desarrolla y expone el derecho, la jurisprudencia, el consuetudinario y los principios generales del derecho, a los cuales también descubre.

88 DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., ob. cit., p. 273.

SECCIÓN VIII.- FUENTES NEGOCIALES

153. El acto jurídico como fuente del Derecho

Con la expresión *fuentes negociales* nos referimos al acto o negocio jurídico. Este es un instrumento puesto al servicio de la autonomía de la voluntad privada (poder de obrar o de abstenerse) para que los sujetos autorregulen sus propios intereses y relaciones según su voluntad. El Derecho concede a la declaración de voluntad, creadora de actos jurídicos (contratos, testamentos, poderes, etc.), eficacia reguladora. El acto jurídico es el que hace de lo querido por el sujeto una reglamentación, una *lex privata*, respaldada por la coacción del Estado.

El Código Civil (art. 140) define al acto jurídico (negocio jurídico) como “la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”. El art. 2, inciso 14 de la Constitución, dispone que toda persona tiene derecho “a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

El acto jurídico genera normas jurídicas particulares obligatorias para las partes involucradas en él. Tales normas pueden ser individuales (por ejemplo, una compraventa) o generales (v. gr., un contrato por el cual el Estado concede la explotación de recursos naturales, en el cual se estipulan cláusulas que constituyen normas para toda la población).

En el capítulo IX, cuarta parte, hemos tratado *in extenso* sobre los hechos y los actos jurídicos.

SECCIÓN IX.- FUENTES FORMALES DEL DERECHO CIVIL PERUANO

154. Fuentes de producción de nuestro Derecho civil

Las fuentes de producción que admite nuestro Derecho civil son el poder público (leyes, decretos, ordenanzas, sentencias, etc.), el pueblo (costumbres), los particulares (actos o negocios jurídicos).

155. Fuentes formales de nuestro Derecho civil

Las fuentes del Derecho civil que admite nuestro ordenamiento civil expresamente son dos: la ley y los principios generales del Derecho (art. VIII del CC). La costumbre es fuente supletoria solo en los casos en que la ley se remite expresamente a ella.

Aquí la ley es tomada en su sentido material, amplio, interpretada, cuando existe, por la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional y de las salas especializadas de la Corte Suprema, en este orden de prevalencia (art. VII del título preliminar del CPConst.; art. 400 del CPC; art. 40 de la Ley N.º 29497, Ley Procesal del Trabajo; art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El art. VIII del título preliminar del Código Civil incorpora en su sistema de fuentes el principio de *la plenitud hermética*, sin fisuras, del ordenamiento jurídico, al disponer que “los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y preferentemente los que inspiran el derecho peruano”. De este modo, como dice DEL VECCHIO⁸⁹:

[N]o hay interferencia entre los hombres, no hay controversia posible por complicada que parezca o por imprevisible que se nos antoje, que no exija y deba tener solución en el campo del Derecho. Las dudas pueden persistir largo tiempo en el campo teórico: la misma filosofía del Derecho puede discutir durante siglos sus cuestiones: pero la práctica jurídica no admite dilación. A la cuestión *quid iuris?* debe darse una respuesta —que teóricamente podrá no ser infalible, pero que prácticamente ha de ser definitiva— [...] El Derecho pretende ser necesariamente una regulación total, desde su punto de vista jurídico, por lo cual necesariamente hay que predicar de él, como sistema vigente, una plenitud hermética⁹⁰.

Es obligación del juez aplicar el texto y espíritu de la ley a la solución del caso concreto. No puede pasar a una fuente de segundo orden sin haber agotado previamente toda posibilidad de encontrar una solución dentro del Derecho positivo escrito, recurriendo, inclusive, a la aplicación analógica de la ley. Solo cuando haya agotado todos los medios y procedimientos sin encontrar una norma o criterio positivo, indagará fuera de él, mediante juicios de valoración de la realidad social, la obtención

89 *Ibid.*, p. 297.

90 Esta característica del Derecho como plenitud hermética, como un sistema total, completo, como un círculo cerrado que no admite fisuras, no es exclusiva del Derecho codificado como el nuestro, porque, también, el *common law* inglés se caracteriza por ser un Derecho completo que llena todos los espacios del sistema legal inglés. El juez inglés no está autorizado para decir a quien ante él comparece en demanda de justicia, que la ley no tiene disposiciones aplicables al caso, sino que está obligado a sentenciar todas las cuestiones que le han sido planteadas. El tribunal no puede excusarse diciendo: “La ley se ha olvidado de tu caso”. La diferencia entre la obligación del juez de sentenciar en todos los casos que se le planteen y la misma obligación establecida por el *common law*, radica en que el juez inglés no está autorizado a recurrir a los principios generales a falta de ley, sino que debe recurrir, cuando falta ley o sentencia aplicables al caso concreto, al procedimiento de analogía o semejanza y comparación por el cual se llega al precedente judicial más semejante por sus circunstancias y, de este modo, el juez inglés “deduce una inferencia de cuál habría sido la resolución adoptada por sus predecesores si hubiesen tenido que resolver el caso presente” (JENKS, Edward, *El derecho inglés*, traducción por José Paniagua Porras, Madrid: Reus, 1930, p. 52).

del principio justo aplicable, pero cuidando siempre de que esa solución no contradiga el ordenamiento positivo escrito, porque si eso ocurre, estaría cometiendo una arbitrariedad que el Derecho no ampara. Cuando en el Derecho legislado no existe norma aplicable directamente ni por vía analógica y tampoco existe costumbre aplicable, cuando la ley se remite a ella, se recurre a los principios generales como última instancia subsidiaria.

François GÉNY ha dicho que en defecto de la ley el juez debe resolver de acuerdo con los principios generales, no escritos, autónomos, síntesis de lo justo y razonable, que imperen más allá de las normas positivas.

Parece ser que nuestro código se afilia a la concepción positivista de los principios generales del Derecho al sostener en el art. VIII del título preliminar que el juez debe preferir los principios que inspiran el Derecho peruano. Sin embargo, hay que advertir que los principios generales del Derecho no pueden ser los que informan el ordenamiento positivo, porque ellos constituyen el espíritu de la ley; son ya Derecho positivo. Lo que se intenta con ellos es dar solución a conflictos para los cuales la positividad no ofrece norma o criterio alguno. Por ejemplo, el art. 1361 del Código Civil dispone que “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”, es decir, consagra el principio *pacta sunt servanda*, que exige el cumplimiento del contrato libremente estipulado; el principio general *pacta sunt servanda* está positivizado en el art. 1361, o sea, es ya ley, fuente principal del Derecho civil. Ya no es apenas un principio general de aplicación subsidiaria a falta de ley, sino que el *pacta sunt servanda* es una norma legal. Si en la práctica se debe solucionar un conflicto de intereses surgido a consecuencia de que una de las partes contratantes, sin razón justificada, no quiere ejecutar su prestación tal cual ha sido convenida, el caso se soluciona aplicando la ley (el art. 1361 que contiene el principio *pacta sunt servanda*) y no el principio *pacta sunt servanda* como norma subsidiaria.

Los principios generales son absolutos, universales, esto es, semejantes e idénticos en los diversos pueblos, aun en aquellos que no tienen ni han tenido comunicación alguna; esto se debe, como dice DEL VECCHIO⁹¹, a la unidad del espíritu humano del cual surge el Derecho, “pero es también cierto que un mismo motivo puede traducirse en fórmulas bastante diferentes y antitéticas, cuando deba hacerse valer en circunstancias totalmente diversas”, dando lugar al surgimiento de principios jurídicos sociales, tradicionales y nacionales que viven en el espíritu de cada pueblo, como podría ser, por ejemplo, el principio de que “la tierra es de quien la trabaja” que en una época pasada inspiraron nuestro ordenamiento agrario. Nunca debemos olvidar a nuestros principios autóctonos que dicen: “no seas ladrón”, “no seas mentiroso”,

91 DEL VECCHIO, Giorgio, “Las bases del derecho comparado y los principios generales del derecho”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, n.º 4, año xv, Ciudad de México: enero de 1961, p. 29 y ss.

“no seas ocioso”, “no seas pervertido”, sobre los cuales se edificó el incanato, que sigue causando admiración a propios y extraños aun en la actualidad. Juntamente con la destrucción del incanato el conquistador destruyó esos sabios principios, implantando una nueva sociedad, con otros principios generales, en la que imperan las profundas desigualdades entre sus componentes, donde abundan los ociosos que viven a expensas del trabajo de los demás, tan igual como el conquistador que se llevó el oro obtenido con el trabajo y muerte de los indios; los mentirosos, desleales y traidores como aquellos que engañaron a Atahualpa con el cuarto del rescate; y ni qué decir de los ladrones, principalmente aquellos que, llegando al poder, en poco tiempo amasan inmensas fortunas que les permiten, al término de sus mandatos, vivir cómodamente sin trabajar, incluso fuera del país, cuando corren peligro de que la justicia les persiga.

Vivimos en una sociedad dominada, salvo honrosas excepciones, por los menos civilizados, con aires de civilizados; muchos de ellos se ufanan de ser descendientes de los conquistadores, olvidando que estos en su mayoría fueron una pléyade de aventureros, ladrones, mentirosos, ociosos, desleales, incivilizados; en una sociedad donde esos elementales principios de Derecho natural, como son el derecho a la salud, a una auténtica libertad, a una real igualdad ante la ley, a la inteligencia alcanzable mediante la educación, etc., son meras declaraciones líricas escritas en el art. 2 de la Constitución. Una sociedad así no puede calificarse de civilizada, y luego, todavía nos molestamos cuando alguna prensa extranjera declara que en nuestra patria solamente hay democracia para los que tienen el estómago lleno; ¿acaso podemos demostrar que desde la conquista hasta nuestros días esto no es así?

Pero el Derecho no puede seguir siendo el instrumento que está al servicio de unos cuantos, porque la realidad nos viene demostrando, desde hace ya buen tiempo, que si no solucionamos por la vía del Derecho la crisis política, económica, social y moral que arrastra al Estado de Derecho al borde del precipicio, esa solución puede llegar por las vías de hecho, con consecuencias impredecibles para todos. Propongámonos hacer del Perú un país donde reine la honestidad, la verdad, el trabajo; donde la protección de los derechos fundamentales del ser humano sea toda una realidad; donde gobierne la ley y no los hombres. No olvidemos el mensaje moral de nuestros antepasados contenido en el saludo inca (no seas ocioso, no seas ladrón, no seas mentiroso) que debe inspirarnos a derrotar a la violencia mediante el ataque a sus verdaderas causas, esto es, a la extrema pobreza que agobia a millones de peruanos, a la desnutrición que produce daños irreversibles en el desarrollo físico y mental de millones de niños, a la espantosa tasa de mortalidad infantil, al egoísmo, a la ambición desenfrenada de riqueza y de poder que tienen unos cuantos, a la corrupción, a la deshonestidad, al enriquecimiento ilícito, a la estafa financiera, a la mentira sistematizada, a la incompetencia y el parasitismo de la burocracia estatal, al soborno, a la coima, al padrinazgo; al malabarismo

jurídico, triquiñuelas y malas artes en la administración de justicia, a los hechos de desapariciones de personas humanas que son actos que revelan la extrema crueldad de los que los practican, a la discriminación de grandes sectores de la población sumidos en la más horrible pobreza e ignorancia, etc. Si no derrotamos a estos males, muchos endémicos, la violencia volverá y crecerá con sus secuelas negativas para todos. A la violencia y el terror se los derrotará definitivamente con las armas de la justicia basada en los principios que defienden la dignidad humana, la vida, la libertad e igualdad jurídica, la fraternidad y solidaridad social. Solamente se requiere de buena voluntad de gobernantes y gobernados para hacer realidad ese principio consagrado en el art. 1 de la Constitución que reza: *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*

En cuanto a la prelación de las fuentes del Derecho civil, la *ley* —en primer lugar, la ley suprema (la Constitución)— tiene primacía sobre las otras fuentes. Esto se deduce claramente del art. 51 de la Constitución que dispone: *La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre la norma de inferior jerarquía, y así sucesivamente;* y del art. I del título preliminar del Código Civil, que dispone: *La ley se deroga solo por otra ley.* Los principios generales del Derecho, en cuanto constituyen el fundamento de la ley y de la costumbre, se aplican *indirectamente* con la aplicación de la ley y de la costumbre, y directamente como fuente subsidiaria. La costumbre solo regirá cuando la ley se remita expresamente a ella, sin perjuicio, al igual que los principios generales, en su carácter informador del Derecho legislado. La primacía de la ley es exigida también por la Constitución, que en su art. 139.8, prescribe: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario...”. Como se aprecia, erróneamente se consideran a los principios generales como fuente subsidiaria en segundo lugar, y a la costumbre como fuente subsidiaria, en tercer lugar. Como los principios generales fundamentan tanto el derecho legislado como el consuetudinario, están en la esencia misma de todo el Derecho, deben figurar como fuente supletoria después de la costumbre.

156. Epílogo

Acerca de fuentes, tanto el derogado Código Civil de 1936 como el vigente de 1984, legislan en forma inadecuada e insuficiente las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico civil. Inadecuada, porque en buena técnica legislativa un Código Civil debe comenzar enunciando las fuentes formales integrantes del ordenamiento legislado y consuetudinario, tal como lo hacen el Código Civil italiano y el Código Civil espa-

ñol⁹², por mencionar solamente dos ejemplos; y es insuficiente porque ambos cuerpos legales patrios son ajenos a nuestra realidad social e histórica al no haber legislado sobre la costumbre como fuente de Derecho, lo que sí hace, en cambio, el Código de Comercio, que en su art. 2 señala:

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos de comercio observados en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común...

Las fuentes del Derecho civil son la ley (fuente principal) y los principios generales del Derecho (fuente supletoria); la costumbre es fuente supletoria solamente cuando la ley se remite expresamente a ella, es decir, es jurídicamente obligatoria cuando la ley le otorga tal carácter. En cambio, las fuentes del Derecho comercial son la ley (Código de Comercio y las leyes modificatorias y complementarias) como fuente principal; los usos (costumbres) como fuente supletoria de primer grado; y las reglas del derecho común (Código Civil y principios generales del derecho) como fuente supletoria de segundo y último grado.

El Derecho legislado comprende desde la ley de mayor rango hasta la última disposición administrativa de carácter normativo.

No cabe duda de que la costumbre, entendida como una práctica efectiva y repetida de una conducta concreta, de tal modo que los miembros de la comunidad tengan la convicción moral de conducirse en la forma que siempre lo han venido haciendo, constituye un modo de crear Derecho (ese conjunto de normas no escritas que integran el Derecho consuetudinario). No obstante, esta verdad, para el Código vigente, la costumbre es apenas fuente formal en aquellos casos que específicamente señala la ley; por ello consideramos necesario modificar el título preliminar en lo relativo a las fuentes, enunciándolas de manera directa, sistemática y jerarquizada, donde la costumbre ocupe la categoría de fuente supletoria de la ley, es decir, fuente supletoria de primer grado.

92 Código español. título preliminar, art. 1: 1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. 2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior. 3. La costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre. 4. Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. 5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el boletín oficial del Estado.

En conclusión, de acuerdo con el art. VIII de título preliminar del Código Civil, las fuentes del Derecho civil peruano y el orden de prelación de ellas es el siguiente:

1. la ley,
2. los principios generales del Derecho.

En los casos en que la ley se remite a la costumbre, atribuyéndole la calidad de Derecho, las fuentes del Derecho civil y el orden de prevalencia es como sigue:

1. la ley (fuente principal),
2. la costumbre (fuente supletoria de primer grado),
3. los principios generales del Derecho (fuente supletoria de segundo y último grado).

Antes de pasar de una fuente a otra hay que agotar todas las posibilidades de su aplicación. La ley se aplicará tanto en su letra como en su espíritu (costumbres y principios generales que la inspiraron), recurriendo, inclusive, a la aplicación analógica. Agotada la posibilidad de la aplicación de esta, se recurre, en su caso, a la costumbre *praeter legem*, y a falta de ley y costumbre, a los principios generales del Derecho, prefiriendo a los que han calado en la conciencia jurídica nacional. Los principios que inspiran el Derecho peruano escrito están en el espíritu de la ley, no son fuentes supletorias; sostener lo contrario es negar la renovación del Derecho mientras dure la vigencia de la ley.

Es necesario modificar, sin mayor dilación, el art. VIII del título preliminar del Código Civil y el art. 139.8 de la Constitución, estableciendo que las fuentes del ordenamiento jurídico peruano son la ley (fuente principal), la costumbre (fuente subsidiaria de primer grado) y los principios generales del Derecho (fuente subsidiaria de segundo grado).

XI

CAPÍTULO

APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO

SECCIÓN I.- APLICACIÓN DEL DERECHO

157. Introducción

Interpretación, integración y aplicación son tres términos distintos que están correlacionados.

El Derecho existe para ser aplicado; contiene siempre una prescripción y no una simple indicación que los sujetos pueden o no atender de acuerdo con sus intereses. Los sujetos en sus actos o negocios jurídicos aplican el Derecho. Sin embargo, en el lenguaje jurídico la frase *aplicación del Derecho* está reservada a la aplicación hecha, en ejercicio de sus funciones, por los órganos o personas investidas de competencia: el juez, el funcionario administrativo, los árbitros.

Para aplicar el Derecho, previamente hay que interpretarlo, aun cuando sea claro, pues la claridad es la consecuencia de un acto interpretativo. El Derecho es bien aplicado cuando es bien interpretado.

Ante un hecho específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma.

158. Concepto de aplicación del Derecho

La aplicación del Derecho consiste en un proceso mental que parte de dos polos opuestos: el hecho social con relevancia jurídica y la norma que lo regula, a los cuales se les va aproximando poco a poco, acomodando recíprocamente el contenido de la norma jurídica al hecho social y acoplando el hecho a la norma, hasta lograr su conjunción.

El Derecho es aplicado cuando el hecho social se ajusta al supuesto normativo.

En todo proceso judicial, arbitral o administrativo, el juzgador decide sobre la base de los hechos, las pruebas y el Derecho. Este se aplica a los hechos probados.

El proceso de creación del Derecho y su aplicación al arreglo de casos concretos constituye una unidad integrada por una serie de actos sucesivos que comienza con la creación de la Constitución, de las normas con rango de ley y todas las demás disposiciones legales de rango inferior, las normas particulares, hasta concluir en la norma individualizada denominada *norma del caso concreto*. Separar en el Derecho dos momentos: el de creación y el de aplicación, ha servido para incurrir en el error de identificar el Derecho exclusivamente con el momento de su creación, estimando que toda decisión ha sido tomada ya por el legislador; que el juez es solo la boca muda de la ley, un mero aplicador mecánico del texto legal al caso concreto.

La aplicación del Derecho, esto es, la acomodación de los hechos al contenido de la norma y de la norma a los hechos, no es una labor mecánica sino creativa. En cambio, la interpretación consiste en establecer el sentido de la norma. Pero tanto la aplicación como la interpretación deben respetar el contenido de las normas; porque los órganos encargados de interpretar y aplicar el Derecho están sometidos a él como lo están todos los demás órganos del Estado y cualquier ciudadano. Nadie puede estar por encima de la ley; en ese sentido, se habla del gobierno de las leyes y no de los hombres, porque en caso contrario la sociedad no se rige por el Derecho, es decir, por unas reglas y principios jurídicos comunes, sino por la arbitrariedad de unos cuantos.

159. Aplicación silogística del Derecho

El silogismo consta de tres partes: la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión. La premisa mayor es una proposición genérica. La premisa menor es una proposición concreta. La conclusión indica si la premisa menor cae o no dentro de lo enunciado de la premisa mayor.

Al proceso lógico por el cual se estima que la premisa menor encaja dentro de la premisa mayor, se lo denomina *subsunción*.

La *subsunción* es el silogismo por el cual los conceptos de *menor extensión* (*o denominación*) se incluyen, encajan, en los conceptos de *mayor extensión*, quedan

subsumidos en ellos. Los conceptos de mayor extensión son proclamables de mayor número de sujetos o hechos que el de menor extensión, pero tienen también menor *comprehensión* (o *connotación*) (menor número de características o notas distintivas). Los conceptos de menor extensión son pregonables de menor número de sujetos o hechos, pero tienen mayor *comprehensión* (mayor número de características o notas distintivas).

El proceso de aplicación del Derecho consiste en determinar si un hecho real cae o no dentro del supuesto abstracto descrito por una o varias normas jurídicas y decidir si por ello se le puede aplicar la consecuencia jurídica prevista. Para ello es preciso, una vez confirmado el hecho, emitir un juicio sobre la base de un raciocinio lógico que de ordinario asume la forma de un silogismo¹. En este silogismo, la norma jurídica, o sea, la premisa mayor, es una proposición genérica (tanto en el supuesto como en la consecuencia) que describe abstractamente un sector de la realidad social; es el concepto de mayor extensión o denotación. La premisa menor es el enunciado o expresión lingüística del hecho concreto; es el concepto de menor extensión o denotación. La conclusión es la consecuencia jurídica asignada al hecho concreto y es la misma que figura abstractamente en la premisa mayor.

Esquematizando, llamemos *H* al hecho concreto de la vida real, *S* al supuesto de hecho descrito abstractamente en una norma jurídica y *C* a la consecuencia asignada al supuesto de la norma. Si el hecho concreto *H* es un caso particular del supuesto de hecho *S*, se aplica al hecho concreto la consecuencia jurídica *C*. La fórmula lógica es entonces si el hecho concreto de la vida real *H* se subsume dentro del supuesto normativo *S* (*H* es un caso particular de *S*) se aplica al hecho *H* la consecuencia jurídica *C*. En otras palabras, si el supuesto de hecho 5 está realizado en un hecho concreto *H*, vale para *H* la consecuencia jurídica *C*. Es decir, si el hecho concreto *H* realiza *S*, o sea, es un caso particular de *S*; para *H* vale *C*.

La fórmula silogística completa es la siguiente:

Si *S* es realizado en un hecho real concreto *H*, la consecuencia jurídica *C* vale para ese hecho; un hecho concreto *H* realiza *S*, es decir, es un caso de *S*; por tanto, para *H* vale *C*.

De este modo, cada vez que en la vida real se produzca un hecho que se subsume en el supuesto normativo se le aplica la consecuencia que la norma asigna a dicho supuesto.

Para que el Derecho se aplique en la sencilla forma silogística es necesario que exista una norma completa que se refiera a un solo hecho real y que en la práctica se verifique este hecho, el cual no debe presentar ninguna dificultad en su enunciación,

¹ RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la ciencia del derecho*, 2.^a ed., Salamanca: Cervantes, 1993, p. 200.

y ello sucede muy rara vez. En la vida real se presentan problemas relativos tanto a las normas como a los hechos.

En cuanto a las normas, para resolver un caso concreto no siempre concurre una sola norma sino varias que se complementan o que son contradictorias o redundantes; es decir, el hecho concreto incide en el supuesto de varias normas jurídicas pertenecientes a la misma rama o a ramas distintas del ordenamiento jurídico. Además, en la norma, la configuración del supuesto de hecho y de la consecuencia se hace siempre de modo genérico, pero requieren ser precisados para su aplicación a cada caso concreto.

Por lo tocante a los hechos, estos deben ser comprobados y enunciados, esto es, valorados y expresados lingüísticamente para poder determinar si se subsumen o no en el supuesto de hecho normativo. Como dice LARENZ², “no se subsumen los hechos —¿cómo habría de ser posible esto?—, sino *enunciados* sobre un hecho como hecho acaecido”, en otros hechos que son las proposiciones normativas.

Esto demuestra que la aplicación del Derecho no se reduce a una simple actividad mecánica, silogística. No es que el razonamiento silogístico esté mal, sino que para hacer tal razonamiento previamente es necesaria una recta formulación de las premisas, formulación que es imposible de hacer sobre la base de solo en una simple operación de lógica formal, matemática.

De este modo llegamos a la conclusión de que la necesidad de resolver un hecho con trascendencia jurídica nos enfrenta a tres tipos de problemas: 1) construcción del *hecho específico* sobre la base de la prueba producida y calificación jurídica del mismo; 2) selección, de entre las fuentes formales del Derecho, de la norma o normas aplicables; y 3) esclarecimiento del significado de la norma seleccionada con miras a determinar las consecuencias jurídicas atribuibles al hecho que se cuestiona. De estas dificultades, las dos primeras pertenecen al tema de la aplicación del Derecho y el tercero a la teoría de la interpretación, de la cual nos ocuparemos más adelante.

160. Calificación jurídica del hecho

En el mundo jurídico no se trabaja con hechos puros, tal y como se han dado en la realidad, sino con hechos jurídicamente relevantes y calificados como resultado de la actividad jurídica³.

2 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 1994, p. 268.

3 RECASÉNS SICHES, Luis, “La interpretación del derecho”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. xvi, Buenos Aires: 1961, p. 535.

Las normas jurídicas se aplican a hechos, mas no a hechos abstractos sino a sucesos de la vida real. Pero esto solo es posible si el hecho acaecido es enunciado lingüísticamente (una cosa es el hecho real y otra su enunciado), porque, como sabemos, la subsunción no es de un hecho en un concepto, sino de un concepto en otro concepto, es decir, del concepto del suceso *fáctico* en el concepto del suceso abstracto descrito en el supuesto de la norma. La consecuencia jurídica prevista (C) solamente se aplica al hecho de la vida real (H) si en su enunciado concurren todos los elementos o características del concepto o enunciado del supuesto normativo (S), esto es, el suceso *fáctico* es un caso del supuesto normativo.

Para la enunciación del hecho definitivo, el ejecutor del Derecho (juez, abogado, jurista) se basa: o bien en la percepción, por ejemplo, del nacimiento o la muerte de una persona, el deterioro o la destrucción de un bien, la inscripción de un acto jurídico en el registro correspondiente; o bien en la interpretación de la conducta humana; por ejemplo, vemos a otro meter una llave en el agujero de la cerradura y darle vuelta, lo cual interpretamos como “abrir la puerta”; o interpretamos las declaraciones de voluntad con las cuales se forma un acto o negocio jurídico. También se apoya en sus conocimientos técnicos y científicos, en la experiencia social, en el sentido común, para descubrir en los actos humanos cuáles fueron los fines que se propusieron el sujeto o sujetos, o cuando están presentes o no ciertas cualidades en los bienes (v. gr., cuando un bien es útil para el fin a que está destinado), etc. En ocasiones, el juez o el abogado recurre a juicios de valor o a la moral social dominante para concretizar el hecho, adecuándolo a conceptos generales como “buenas costumbres”, “buena fe”, “negligencia”, etc. Lo que le interesa al operador del Derecho es verificar la realización del hecho concreto (no de un hecho abstracto o ficticio), tal y como ha sucedido en la realidad, porque su propósito primero y último es descubrir la verdad de lo ocurrido, separando de él los elementos que carecen de relevancia jurídica.

Para coordinar el hecho de la realidad con el supuesto de hecho de la norma ha de concretizarse primero el sentido de la norma aplicable mediante la interpretación (véase segunda parte del capítulo XI). Una norma es rectamente aplicada solo si se ha establecido lo que quiere decir sobre un hecho concreto y si no hay errores en la calificación o enjuiciamiento jurídico del hecho. Para saber cuál es el significado jurídico de los hechos hay que interpretarlos normativamente, pero ello supone un conocimiento previo del sentido de la norma aplicable. El sentido de la norma se determina si se aplica a una realidad concreta. La determinación del hecho está orientada a determinar la consecuencia jurídica.

Realizados estos actos previos de comprobación del hecho tal como ha ocurrido en la realidad, concretizado y delimitado, viene su enjuiciamiento jurídico como un hecho que presenta las mismas características del supuesto de hecho de una o más normas integrantes del ordenamiento jurídico, es decir, se *califica* a determinada con-

ducta, a la luz de la norma jurídica, como diligente o negligente, lícita o ilícita, dolosa o culposa, de buena o mala fe, como conforme o contraria a las buenas costumbres; a una obligación se la enjuicia jurídicamente como líquida o ilíquida, exigible o no exigible; a la prestación, como posible o imposible de ejecutar; a un contrato como conmutativo o riesgoso, de ejecución instantánea o de trato sucesivo, etc. Como se aprecia, la *calificación jurídica* es el juicio por el cual se le asigna al hecho un nombre que expresa un concepto jurídico. En ocasiones, el hecho requiere de una calificación jurídica genérica previa conforme a investigaciones preliminares, por ejemplo, un hecho ilícito es calificado como “delito contra el patrimonio”, para después de profundizar las indagaciones sobre la verdad de lo acontecido, calificarlo definitivamente como robo, hurto, apropiación ilícita, etc.

161. Elección de la norma o normas aplicables

Enjuiciado y calificado el suceso *fáctico*, el paso siguiente consiste en elegir, de entre el ordenamiento jurídico, la norma o normas a él aplicable.

El proceso de selección de las normas aplicables no siempre es tarea fácil, sino que, como dice LARENZ, partiendo del *hecho bruto* que le es presentado, prueba una tras otra las normas que le son posiblemente aplicables, evaluando las circunstancias hasta entonces conocidas del hecho acaecido hasta enunciarlo como un hecho definitivo (del cual ya se sabe cuándo, dónde y de qué modo ocurrió), que se ubica en un concreto ámbito del Derecho (público o privado, de los derechos reales, de obligaciones, familia, registral, etc.). Esto nos indica que el proceso de enunciación del hecho y el de elección de la norma aplicable están interrelacionados, porque para enjuiciar y calificar el hecho y para seleccionar la norma o normas que le son aplicables hay que transitar de los hechos a las normas y de las normas a los hechos. Así, por ejemplo, los herederos de la víctima de un accidente de tránsito presentan al juez una demanda de indemnización de daños alegando que el suceso dañoso se produjo por culpa exclusiva del demandado que conducía a excesiva velocidad, no obstante, que el lugar del accidente es una zona transitada por escolares, sin haber disminuido la rapidez ante la señal de “disminuya la velocidad” y finalmente sin detenerse ante la señal de “pare”. A este hecho así presentado le es aplicable el art. 1969, que dispone que aquel que por culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo (responsabilidad civil subjetiva). El demandado alega y prueba en el proceso que las señales de “disminuya la velocidad” y “pare” no existían al momento del percance y tampoco ningún centro educativo cercano a dicho lugar, por lo cual no es cierto que sea transitado por escolares. A un hecho así concretizado ya no se le puede aplicar el art. 1969, sino el art. 1970, el cual prescribe que aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso (como es el automóvil con el que se produjo el hecho dañoso) causa un daño a otro está obligado a repararlo (responsabilidad civil objetiva). Pero, además,

se prueba en el proceso que la víctima ingresó intempestivamente a la calzada, contribuyendo a que ocurriera el accidente, y por ello también es aplicable el art. 1973, según el cual, si la imprudencia de la víctima hubiere ocurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida según las circunstancias.

El hecho bruto presentado al juez con la demanda se va aclarando y determinando con la contestación de aquella, con las pruebas actuadas en el proceso (y, en su caso, por las presunciones legales) y con la argumentación de las partes, hasta quedar convertido en un hecho definitivo; paralelamente se va seleccionando la norma o normas aplicables a tal hecho, hasta su elección y concretización definitiva mediante la interpretación, produciéndose un entrelazamiento entre hecho y derecho. La norma concretizada suficientemente en su significado como para regular el hecho concreto queda individualizada en la sentencia.

Quien maneja el Derecho, conocedor de su oficio, conoce de antemano en qué sector o rama del ordenamiento jurídico se ubica el hecho vital, si en campo del Derecho público o del privado; dentro del primero, por ejemplo, si se trata de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o si es un caso de una simple relación administrativa; dentro del segundo, si es un asunto de Derecho de familia, de contratos, etc.

No faltan por supuesto los casos que suscitan dificultades, cuando, verbigracia, el *hecho fáctico* incide en el supuesto de varias normas, a veces, de ramas distintas del Derecho. Un solo caso puede tener un aspecto jurídico real, familiar, contractual, extracontractual y hasta penal. Al enjuiciar el hecho se debe considerar con cuidado todas las circunstancias que en él concurren, para determinar las normas aplicables y asignarle las consecuencias jurídicas. En estos casos nos encontramos ante el concurso o concurrencia de normas jurídicas. Aquí hay que distinguir la hipótesis en que cada norma o grupo de normas regula un aspecto del hecho; por ello no hay mayor problema en la elección de las normas aplicables; así, por ejemplo, un homicidio tiene un aspecto penal regulado por la ley penal que, como consecuencia, prescribe la aplicación de una pena al homicida, y otro aspecto civil regulado por el Código Civil que como consecuencia dispone que el homicida debe indemnizar el daño causado a los herederos de la víctima. La otra hipótesis es que las normas concurrentes señalen consecuencias jurídicas diferentes y excluyentes, en cuyo caso la elección de la norma se hace conforme a ciertos principios, como la prevalencia de la norma de mayor jerarquía sobre la de menor jerarquía, de la norma especial sobre la general, de la nueva norma sobre la antigua, etc. Si concurren varias normas con consecuencias diferentes, pero no excluyentes, mediante la interpretación se determinará la norma aplicable. Cuando concurren varias normas que no son excluyentes, sino que se complementan, se aplicarán todas ellas.

En el ir y venir de los hechos al Derecho y de este a los hechos, la cuestión de hecho se refiere a su pura realidad *fáctica* y a todas sus circunstancias, incluidas las

valoraciones que de él se hacen para poder enunciarlo y a todas las investigaciones realizadas para confirmar su verificación efectiva. La cuestión de Derecho se refiere preferentemente a su calificación jurídica (por ejemplo, calificar la conducta del homicida como alevosa, o como negligente), asignándole su respectiva denominación jurídica; a la elección de la norma aplicable a tal hecho; y a la subsunción del hecho en el supuesto normativo. Cuando el hecho es descrito ya en términos jurídicos, la distinción entre cuestiones de hecho y de Derecho se hace más difícil.

SECCIÓN II.- INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

162. Introducción

Cada vez que tomamos contacto con una realidad específica intentamos sacar a luz el sentido que ella alberga. A la actividad intelectual dirigida a comprender y explicar o declarar el sentido de algo, por ejemplo, de un sueño, de una obra artística, histórica, filosófica, de una norma moral, religiosa, jurídica, y, en fin, de todo lo que es objeto, especialmente de las ciencias culturales, se le califica como *interpretación* (del latín *interpretari*), la misma que adquiere importancia decisiva en el campo de la convivencia social. A la interpretación de textos se le denomina también *hermenéutica*⁴.

Señala BETTI⁵ que en toda ciencia hay la exigencia de precisar con todo rigor su propio objeto, de mostrar las metas de verdad que se tratan de alcanzar y de fijar los medios cognoscitivos con los que estas metas pueden ser alcanzadas. Frente a esta triple exigencia se encuentra la ciencia hermenéutica o teoría de la interpretación, orientada a abrazar en síntesis el objeto, las metas y los métodos, entre sí diferenciados, de los procedimientos utilizados por los cultivadores de las diversas ciencias morales.

4 *Hermenéutica* viene del sustantivo griego *hermeneia*, que a su vez fue vertido al latín como *interpretatio*. Hermenéutica es sinónimo de interpretación. En el campo filosófico, en 1924, Carlos Maximiliano postuló una división entre hermenéutica, como teoría general de la interpretación, y la interpretación como el acto mismo de interpretar. Hans George GADAMER, autor de *Verdad y método*, discípulo de Heidegger, considera a la hermenéutica como una filosofía de la *praxis* que pretende explicar el mundo, la realidad y la manera de llegar a ella. Esta filosofía hermenéutica nada tiene que ver con la interpretación jurídica. La comunidad jurídica utiliza los términos *hermenéutica* e *interpretación* como sinónimos. (GARCÍA BELLAUNDE, Domingo, "Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica", en *Revista Jurídica del Perú*, n.º 3, año XLV, Lima: julio de 1995, pp. 187 y 188). La palabra *hermenéutica* está vinculada al dios *Mernes* que, entre otras cosas, expresa la idea de lo oculto por descubrir (CORREAS, Óscar, *Teoría del derecho*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 194).

5 BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción por José Luis de los Mozos, Madrid: Reus, 1975, p. 69.

Cuando el objeto por interpretar tiene forma lingüística, mediante la interpretación se explica o declara en lenguaje que se entiende, lo dicho en otro falto de claridad de sentido. Puesto que se refiere a la norma jurídica escrita, en cuanto esquema de conducta social, es inevitable proceder a su interpretación para conocer el sentido dispuesto en su texto, en cierto modo, oculto, o para asignarle un sentido adecuando la norma a la nueva realidad social.

Las normas jurídicas se aplican a sucesos *fácticos* acaecidos en realidad que requieren de una respuesta jurídica (hechos jurídicos). No pueden ser aplicadas a la solución de hechos concretos si es que de antemano no se ha dilucidado su sentido en relación con tales hechos. Si de la labor de esclarecimiento del significado de la norma resulta que su sentido general es claro respecto al hecho concreto, por encajar este perfectamente en el supuesto de hecho de la norma, se aplica al hecho de la realidad las consecuencias jurídicas establecidas por la norma. Sigue con frecuencia que el sentido general y abstracto de la norma es claro, pero lo que significa o quiere decir sobre el caso concreto ya no lo es, por lo cual la actividad interpretativa se complica, pues hay que desentrañar y concretizar el verdadero sentido de la norma en cuanto al hecho en mención, a fin de tomar una decisión fundada en las pautas de valoración contenidas en el ordenamiento jurídico. Mediante la interpretación se establece si la norma tiene o no claridad de sentido⁶, no en abstracto, sino en relación con una realidad concreta. La selección de la norma aplicable y el análisis de su sentido son las dos fases del procedimiento interpretativo.

La interpretación no se reduce a esclarecer el sentido de la norma, sino que también hay que dilucidar el sentido de los hechos que suscitan un problema jurídico.

La aplicación de la norma jurídica tiene su premisa normal en la interpretación. La aplicación de ella a una situación de hecho presupone a su vez una confrontación de esta eventualidad con el tipo previsto en la norma. Se trata de verificar si en tal o cual medida la situación dada en la vida real corresponde al presupuesto de hecho de la norma, en el cual se pretende encajar y de obtener de él los rasgos más relevantes para su tratamiento jurídico. En esto consiste la diagnosis, enjuiciamiento o calificación jurídica⁷ de los hechos.

6 LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 303. Tradicionalmente se distingue la “cuestión de hecho” de la “cuestión de Derecho”. La cuestión de hecho se equipara, las más de las veces, a la denominada *subsunción del hecho supuesto bajo el supuesto de hecho de una norma jurídica*. No obstante, se trata al respecto solo de una pequeña parte del enjuiciamiento según máximas de experiencia, de interpretación de actuaciones y declaraciones humanas, de la coordinación tipológica o de una valoración en el marco de una pauta que precisa ser concretizada. Solo los hechos son capaces y necesitan de prueba; el enjuiciamiento jurídico de los hechos no es objeto de prueba, sino de ponderación y resolución judiciales.

7 BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, ob. cit., p. 83.

La actividad de quien maneja el Derecho comprende tres fases: 1) la reconstrucción de los hechos; 2) la reconstrucción de la norma aplicable, o sea, la elección, individualización y concreción del precepto aplicable a tales hechos, y 3) la formulación de la decisión, es decir, del silogismo jurídico, cuyas premisas mayor y menor son las dos operaciones antes citadas, mediante una subsunción doble: concreción de los supuestos de hecho generales, previstos en la norma, en el problema de hecho reconstruido en la primera fase, y, en segundo término, concreción de las consecuencias jurídicas asimismo generales establecidas en la norma para adecuarlas al caso concreto⁸. Esto implica que se debe interpretar normas y hechos a fin de que la solución de problemas concretos con base en el Derecho no sea una labor ciega, mecánica, sino creativa dentro de los límites permitidos por el ordenamiento, que dé a la decisión una justificación razonable acorde con el sentido común o la opinión pública general.

Ahora bien, ¿la interpretación es o no creadora de Derecho? ASCOLI⁹ advierte que estudiar “si, y en qué medida y con qué carácter, la interpretación del derecho es creación, es una de las más arduas”, entre cuantas investigaciones puedan ser afrontadas. Agrega que “el problema sobre la naturaleza de la interpretación no es técnico o interno de la filosofía del Derecho, sino un problema continuamente suscitado por el derecho a la filosofía”.

Los estudios de Kelsen, Merkel, Vedross, Recaséns Siches y Bobbio, muestran que la creación de unas normas jurídicas está regulada por otras normas jurídicas. El ordenamiento jurídico está estructurado en forma unitaria, jerárquica y escalonada, de suerte que las normas que lo integran (leyes, ordenanzas, tratados, contratos, sentencias, etc.) *están conectadas formalmente*, de modo que entre ellas existe una relación de fundamentación de validez de unas en la validez de otras, es decir, cada norma tiene en otra superior el fundamento formal de su vigencia y, a su vez, sirve de fundamento a otra inferior. Por ejemplo, una sentencia tiene su fundamento de validez en leyes sustantivas y procesales; y todas estas encuentran su razón de validez formal en la Constitución. Pero cada norma inferior no es una mera deducción lógica de la norma superior, sino que aporta algo, no contenido en esta, derivado de la calificación y determinación de hechos o situaciones no especificados en ella. Por ejemplo, una ley que establezca que “el deudor debe ejecutar su prestación a favor del acreedor en el plazo legal o convencional”; en la norma particular (v. gr., el contrato) o en la norma individualizada (una sentencia) a los cuales se aplica esta ley se dice, verbigracia, Juan pagará a Pedro la suma S/ 1000 soles en el plazo de 30 días. La norma general se refiere a uno o varios sujetos indeterminados, a cantidades adeudadas, a

⁸ DE LUCAS, Javier y Ángela APARISI, “Sobre la interpretación jurídica”, en DE LUCAS, Javier et al., *Introducción a la teoría del derecho*, 2.ª ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p. 312.

⁹ ASCOLI, Max, *La interpretación de las leyes*, traducción por Ricardo Smith, Buenos Aires: Losada, 1946, p. 25 y ss.

plazos legales o convencionales, mientras que la norma particular y la individualizada hablan de los sujetos mengano o zutano, de tales o cuales bienes o cantidades, del plazo de tantos días, meses o años, etc. En la norma inferior siempre hay elementos que no están contenidos en la norma superior.

Para los que consideraban que el Derecho se agota en la ley, el intérprete no crea normas, sino que aplica la ley existente mediante una actividad que se traduce en un silogismo, cuya premisa mayor es la ley, la menor el caso concreto que tiene que resolver, y la conclusión es la sentencia que subsume el caso concreto en el tipo legal general y abstracto. Admitir esto puede conducir a soluciones tremadamente injustas, pero coherentes, además, toda actividad normativa presupone la interpretación no solo de otra norma superior, sino también la interpretación de los hechos que se quieren regular. Así, el legislador, para dar una ley, interpreta la Constitución y el sector de la realidad sobre la cual pretende legislar. La lógica formal sirve solo para la corrección formal de la inferencia, pero no aporta ningún criterio para la elección entre las varias premisas posibles¹⁰. Por ejemplo, un judío entra a comprar un bien en un establecimiento abierto al público; el propietario del establecimiento, quien es partidario del nazismo, se niega a venderlo. Este conflicto puede ser enfocado desde el punto de vista de la norma que dispone que toda persona es libre de contratar o no contratar y si desea contratar es libre de elegir la persona de su cocontratante; y también puede ser enfocado desde la perspectiva de la norma, también vigente, que establece que nadie puede ser discriminado por razones de raza, religión, ideas o creencias. La lógica deductiva no dice en absoluto nada sobre cómo elegir una de estas premisas, pero una vez elegida, la mecánica silogística funciona con toda corrección. El intérprete crea normas jurídicas dentro de los límites fijados por la norma que interpreta. La labor normativa y la interpretativa son inseparables; son como las dos caras de una misma moneda. En la actividad normativa hay interpretación y en la actividad interpretativa hay creación, cualquiera que sea la premisa elegida.

Otro problema que plantea la interpretación es el relativo a los criterios o métodos de interpretación jurídica. *Método* es el procedimiento que se sigue en las ciencias para encontrar y enseñar la verdad. SAVIGNY no habló de métodos sino de cuatro elementos de la interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático, los cuales no deben considerarse aisladamente sino analizarse en forma conjunta para lograr una genuina interpretación. RECASÉNS SICHES¹¹ califica de pintoresco lo siguiente:

[E]l hecho de referirse a *varios* métodos de interpretación del Derecho, sin estar en condiciones de ofrecer ningún criterio de preferencia o prioridad entre esos diferentes métodos [...] por ejemplo, el mal llamado *gramatical*; el mal llamado *lógico*; el deno-

10 RECASÉNS SICHES, "La interpretación del derecho", art. cit., p. 564.

11 *Ibid.*, pp. 535 y 536.

minado *histórico* —sin saber de modo cierto qué se quería expresar con esto—; y el pomposamente designado como *sistemático*.

Sin embargo, a partir de SAVIGNY y hasta ahora, la doctrina predominante habla de métodos de interpretación. La verdad es que ni la teoría, ni la filosofía del derecho han resuelto este problema a fin de precisar si existe un solo método jurídico de interpretación integrado por varios elementos, o si se trata de varios métodos; tampoco han resuelto el problema relativo al lenguaje a utilizar; tanto es así, que se usan indistintamente las expresiones métodos, criterios, reglas y cánones para referirse a los procedimientos que se deben seguir para desentrañar el sentido y alcance de la norma, no como si se tratara de sistemas aislados sino como distintos métodos que se complementan conforme a la ponderación que de ellos hace el intérprete desde la perspectiva de su concepción filosófica sobre el Derecho (positivista, tridimensional, egológica, etc.).

163. Concepto de interpretación del Derecho

La frase *interpretación del Derecho* se refiere a la indagación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas en torno a un hecho¹² o conjunto de hechos concretos a los cuales deben aplicarse. Se interpretan todas las normas jurídicas, por lo cual el enunciado *interpretación del Derecho* es preferible a la otra frase, usual pero impropia: *interpretación de la ley*, por cuanto esta es solo una de las fuentes del Derecho, aunque la más importante en los sistemas normativos modernos.

Como toda norma jurídica regula hechos y nada más que eso, no hay interpretación jurídica que no esté referida a un hecho (contrato, testamento, homicidio, etc.). La interpretación puede hacerse con alcances puramente teóricos para que sirva de explicación de una serie de hechos posibles, o puede realizarse para que la norma

12 Hecho jurídico es todo suceso o falta de suceso, proveniente de la naturaleza (por ejemplo, la muerte de una persona) o de la conducta humana (v. gr., un contrato, un testamento, un delito), al cual el ordenamiento jurídico le anexa una consecuencia de derecho.

LARENZ: interpretar es, si nos atenemos al sentido de las palabras, la separación, difusión y exposición del sentido dispuesto en el texto, pero, en cierto modo, todavía oculto (LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 308).

DE CASTRO Y BRAVO: "Interpretar es averiguar lo que tiene valor normativo. De este modo se amplía la función interpretativa a la delimitación del campo de lo jurídico, comprendiendo tanto la concreción de las fuentes como la determinación de su sentido. En ese significado ampliado ha sido posible plantear, en torno de la interpretación, lo que se ha llamado *problemática del método jurídico*. En ella se ofrecen varias preguntas: detrás de las palabras de la ley ¿se puede buscar algo más: ¿una voluntad real, una abstracción dogmática, una ponderación de intereses, lo que el juez entienda, lo que el vulgo piense, un mandato de orden moral y político?" (DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, 2.^a ed., t. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 447).

interpretada sea directamente aplicable como razón justificadora suficiente de una decisión en un caso concreto, por ejemplo, la hecha para que la norma sirva de fundamento de una decisión judicial.

Según ESSER¹³, toda interpretación representa un coligamiento entre la *lex scripta* y el *ius non scriptum*, y solo este coligamiento crea la norma positiva verdadera y propia. Esto es verdad tanto para la norma oscura como para aquella que parece proveer una respuesta manifiestamente clara, desde el momento que tal claridad no es en realidad objetiva, sino que reside, por así decir, en el ojo de quien la ve. El intérprete no recepciona un sentido objetivo que existe en la norma, sino que atribuye a esta un sentido derivado de un complejísimo sistema de significados. La declaración legislativa dice ESSER no tiene un significado objetivo; el único significado que asume es aquel que le atribuye el intérprete. El acto hermenéutico es un acto necesario para dar un significado a la declaración legislativa, que de otro modo no lo tendría; es un acto consistente no en un silogismo, sino en la recepción de una declaración a la cual se le atribuye un significado.

En opinión de KELSEN, interpretar valdría decir:

[E]s una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del Derecho al pasar de la norma superior a una norma inferior. En el caso normal, el de la interpretación de una ley, se trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer¹⁴.

Si la norma jurídica tiene como finalidad regular la vida social, esa finalidad se cumple cuando la norma es aplicada a la solución de los hechos que prevé. Para ser aplicada, previamente debe ser interpretada con el fin de sacar a luz el significado que encierra, delimitándolo, explicándolo y enunciándolo con otras palabras más claras y precisas que hagan posible su comunicación. Entender un enunciado normativo importa contar con otro enunciado que traduzca al primero, por significar lo mismo. Debe existir una relación racional de equivalencia o por lo menos de similitud¹⁵ entre la norma interpretada y su interpretación.

¹³ ESSER, Josef, *Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts*, Tübingen: Mohr, 1956, por GIUSEPPE GIUSEPPE MONATERI, Pier, "Interpretare la legge", en *Rivista di Diritto Civile*, n.º 6, Padova, 1987, p. 537.

¹⁴ KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, traducción por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires: Losada, 1941, p. 163.

¹⁵ CARNAP escribe: "Si buscamos una traducción exacta de un cierto enunciado, por ejemplo, la traducción exacta de una hipótesis científica, o de la declaración de un testigo ante un tribunal, del francés al inglés, normalmente exigiremos mucho más que una mera concordancia en las intenciones de las oraciones, es decir, equivalencia lógica de las oraciones. Inclusive si limitamos nuestro interés al significado denotativo (cognoscitivo) —poniendo de lado otros componentes significativos, como los componentes

Pero la tarea interpretativa no es solo una tarea intelectiva de comprensión de la norma puesta ahí para el intérprete, sino también una operación de selección de materiales normativos con los cuales el intérprete crea la norma decisoria, tarea en la cual asume importancia la aceptación o inclusión de ciertos preceptos como el rechazo y descarte de otros, a los cuales se considera impertinentes o inaplicables al caso concreto¹⁶. Además, es una tarea valorativa de hechos (conductas humanas) y de normas aplicables a tales hechos¹⁷; no se lleva a cabo solamente por medio de inferencias lógico-formales, sino que implica una valoración del intérprete¹⁸. Como la interpretación está integrada por la conciencia axiológica, no hay interpretación sin intérprete. La tarea de este es la de decir el sentido del texto normativo; por eso se ha dicho que “las normas no dicen otra cosa que lo que alguien dice que dicen”¹⁹. Tratándose de la interpretación judicial, paradigma hermenéutico, las normas dicen lo que los jueces quieren que digan.

Cuando se trata de textos (fórmula lingüística escrita u oral) normativos, la actividad interpretativa se orienta a descubrir, delimitar y explicar un texto. Se entiende por texto no solamente a la expresión fijada por escrito, sino también a la expresión oral del pensamiento²⁰. Pero se interpreta también la costumbre que no es un texto

emocionales y motivadores, aunque frecuentemente sean muy importantes aún en la traducción de textos teóricos—, la equivalencia lógica de las oraciones no es suficiente; se requerirá que por lo menos algunos de los términos denotativos sean también lógicamente equivalentes. En otros términos: que las estructuras intencionales sean iguales o, por lo menos, similares” (“if we ask for an exact translation of a given statement, say the exact translation of a scientific hypothesis or of the testimony of a witness in court from French into English, we should usually require much more than agreement in the intentions of the sentences, that is, L-equivalence of the sentences. Even if we restrict our attention to designative [cognitive] meaning —leaving aside other meaning components like the emotive and the motivative, although they are often very important even for the translation of theoretical text— L-equivalence of sentences is not sufficient; it will be required that at least some of the component designators be L-equivalent, in other words, that the intentional structure be alike or at least similar”) (cita de VERNENGO, Roberto J., *La interpretación literal de la ley*, 2.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 55).

16. SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Buenos Aires: Olejnik, 2017, p. 166.
17. AFTALIÓN expresa que la interpretación es un acto de comprensión y, por ende, una toma de posición axiológica. Los jueces no valoran solamente conductas, sino que también valoran las leyes, puesto que eligen, en un acto de decisión valorada, aquellas de las normas del ordenamiento jurídico que consideran aplicables al caso. Únicamente una intuición axiológica, emocional, de las concretas conductas humanas prefiguradas por las normas, es la piedra de toque que puede decir en definitiva cuál es esa solución justa (AFTALIÓN, Enrique, *Critica del saber de los juristas*, La Plata: Mandolin, 1951, pp. 246-250).
18. Para Gian FORMAGGIO (cita de DE LUCAS, Javier y Ángela APARISI: “Sobre la interpretación jurídica”, en DE LUCAS, Javier et al., *Introducción a la teoría del derecho*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p. 316), la interpretación no es solamente una actividad *noética* (de comprensión, cuyo resultado es la atribución de significado), ni *lingüística* (de enunciación, cuyo resultado es la adscripción de significado a una disposición), sino también actividad *dianoética* (de justificación, de argumentación).
19. CORREAS, Óscar, *Teoría del derecho*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 196
20. Los latinos usaron las expresiones *textus orationis* y *contextus orationis* para indicar la transmisión oral del pensamiento. Se alude con ello a la textura de todo discurso oral o escrito. “La palabra *texto*, indica

previamente dado, por lo cual necesita de una formulación lingüística, la misma que es el resultado de la interpretación de un comportamiento social en determinado sentido.

En resumen, interpretar una norma jurídica es establecer su sentido y alcance en relación con un hecho determinado al cual debe aplicarse. ¿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 adecúan a la nueva realidad social, el intérprete *atribuye* a la norma el significado que lo actualiza.

164. Carácter de la interpretación

El estudio de la interpretación está estrechamente unido al estudio de las fuentes del Derecho, razón por la cual el tratamiento doctrinario de la interpretación tiene que asumir un carácter diferente en los diversos sistemas. Esto es, los problemas sobre la interpretación asumen formas diferentes, según que la fuente predominante del Derecho sea la legislación (sistema del *civil law*) o los precedentes judiciales (sistema del *common law*).

Como expresa Ross²¹, en el sistema legislado el juez cuenta con una regla general revestida de autoridad a la cual debe interpretar; la atención se concentra “en la relación existente entre una formulación lingüística dada y un complejo específico de hechos”; la argumentación se dirige a descubrir el significado de la ley y a sostener que los hechos dados están o no comprendidos por el mismo. En cambio, en el sistema inglés, donde los precedentes son la fuente predominante, el juez no cuenta con una regla general revestida de autoridad, en cuyo caso la interpretación se orienta a derivar una regla general de los precedentes existentes y aplicarla al caso por decidir. La tarea del juez no consiste tanto en aplicar una regla general a un caso específico, cuanto decidir si el caso difiere del precedente de manera tal que hay fundamento para arribar a una decisión distinta; el razonamiento jurídico lo es por vía de ejemplos, y la técnica de argumentación se dirige a mostrar los parecidos y diferencias que muestran los casos, y a sostener que las diferencias son o no relevantes.

más que el vehículo externo que necesita la manifestación del pensamiento para que conste por largo tiempo, la estructura de la propia formulación del pensamiento en cuanto lenguaje articulado” (RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 214).

²¹ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1958, p. 107 y 108.

165. Sujetos de la interpretación

Todos somos actores de la interpretación jurídica. Solo un jurista o un presuntuoso accionante del Derecho, que por desgracia no faltan, puede pretender ser el único titular de la interpretación jurídica. Los ciudadanos comunes interpretan el Derecho cotidianamente, por ejemplo, cuando una persona lee el cartel colocado en la puerta de entrada a un establecimiento que dice: “prohibido entrar con perros”, sabe que no puede ingresar con caballos, vacas, osos, etc. Los legisladores interpretan la Constitución a fin de que sus leyes no devengen en inconstitucionales ni por la forma ni por el fondo y también interpretan sus leyes (Constitución Política, art. 102.1). Lo hacen los abogados para fundamentar sus petitorios ante los jueces, o para sustentar sus informes o consejos profesionales. También los juristas en sus estudios científicos²². Todo funcionario público, en algún momento, antes de tomar una decisión con efectos jurídicos, se ve obligado a interpretar las normas, verbigracia, el funcionario municipal que niega o autoriza para construir un edificio, lo hace interpretando las normas acerca de la clase de terrenos aptos para ello. Desde luego que lo hacen los magistrados (de cualquier clase o categoría) y los árbitros, con miras a la solución de un conflicto o aclarar una incertidumbre. Todos lo hacemos para aclarar y explicar el sentido de las normas jurídicas, desde las constitucionales hasta las de menor jerarquía. La interpretación es un dato ineludible de toda experiencia jurídica.

Sin duda, la interpretación más palpable es la que cumple el juez con la finalidad de solucionar un caso concreto²³. El juzgador tiene la imperiosa necesidad de interpretar la norma general y abstracta para aplicarla a los casos concretos sometidos a su decisión, y de esa manera la norma general queda individualizada en la sentencia; de allí que bien se ha dicho que ley y sentencia son una misma cosa. La ley vive quieta (estática) y abstractamente en los textos legales, mientras que la sentencia es la fase dinámica (de actividad) de la ley.

El tránsito de la ley general y abstracta a la ley individualizada y concreta como es la sentencia judicial, la resolución administrativa (dictada en la denominada *justicia administrativa*) y en su caso el laudo arbitral, se da por conducto del juez, de los órganos competentes de la administración y de los árbitros de derecho, respectivamente. Cada una de estas personas encargadas de hacer justicia dentro del ámbito de sus propias

22 LARENZ dice: “La tarea de la interpretación se la reparten la jurisprudencia de los tribunales y la ciencia del derecho, de modo que esta facilita, 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 aquella 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” (LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 310).

23 DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Una teoría del derecho (Introducción al estudio del derecho)*, 6.^a ed., Madrid: Civitas, 1993, p. 189.

competencias tiene que aplicar la ley, previa interpretación, para solucionar los casos concretos sometidos a su decisión.

Las normas que componen el ordenamiento jurídico no obran por sí solas, sino que son las aplicadas o movilizadas por el juzgador, previa interpretación. Por tanto, el juez es parte integrante, pieza fundamental, del ordenamiento jurídico. Como bien afirma RUIZ VADILLO²⁴ lo siguiente:

[D]e la misma manera que el derecho es el enlace entre el individuo y la sociedad, el instrumento que une a esas dos grandes entidades conciliando sus intereses y exigencias, muchas veces contrapuestas, así el juez es la institución a través del cual se produce el tránsito entre la ley y la realidad, la comunicación entre la ley abstracta y la ley concreta que es la sentencia, las que, a mi juicio, son una y otra la misma entidad contemplada respectiva y cronológicamente en una posición estática, de quietud la primera y dinamismo y movimiento la segunda.

El juez no puede abstenerse de resolver cuantos casos le sean sometidos a su decisión por difíciles y complejos que sean, o por oscuridad, defecto o deficiencia de la ley, casos en los cuales se aplicarán los principios generales del Derecho (art. VIII del título preliminar). La aplicación de la ley, de la costumbre o de los principios generales, exige previamente su interpretación. Pero conviene aclarar que esta no siempre está vinculada con la aplicación de la norma, como sucede, por ejemplo, con la interpretación que hacen los juristas que se plantean determinadas cuestiones que intentan resolver mediante las normas jurídicas.

166. Objeto de la interpretación jurídica

Objeto de interpretación jurídica son todas las normas que integran el ordenamiento jurídico: las normas legales (Constitución, leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas municipales, etc.); las negociales (contratos, testamentos, etc.); las consuetudinarias (usos y costumbres); las contenidas en los principios generales del Derecho; y las individualizadas (sentencias, laudos arbitrales, resoluciones administrativas). Si falta la norma jurídica no hay interpretación, sino integración del Derecho.

Siendo la ley, en sentido material (Constitución, ley, tratado, reglamento, decreto, etc.), la fuente formal más importante del Derecho, la teoría de la interpretación está esencialmente referida a ella²⁵. Pero también se interpreta la costumbre

²⁴ RUIZ VADILLO, Enrique, "La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código Civil español", en *Revista Documentación Jurídica*, n.º 4, Madrid: octubre de 1974, p. 85.

²⁵ Como dice MONATERI, en el campo de la interpretación de la ley asistimos a un amplio debate. La controversia se caracteriza por dos contraposiciones. El debate que se lleva a cabo entre la teoría que ve

y los principios generales del Derecho cuando son llamados por la ley a cumplir la misión de fuentes supletorias de primer y segundo grado, respectivamente, además de las normas particulares y las individualizadas. Por eso, como hemos dicho, es preferible hablar de interpretación jurídica o interpretación del Derecho antes que de interpretación de la ley.

Las normas jurídicas están agrupadas en ramas o subordenamientos jurídicos que regulan las diferentes instituciones (familia, contratos, bienes, actos ilícitos, etc.) y cada subordenamiento integra el ordenamiento jurídico vigente en un país. Cuando, por ejemplo, se quiere fijar el sentido de una norma relativa al divorcio, debemos tener presente no solo todo el libro relativo al Derecho de familia del Código Civil, sino todo el Código Civil y también todo el ordenamiento jurídico, puesto que este es el entorno normativo del cual depende el sentido y alcance de todas y cada una de las normas que lo integran.

A su vez, el ordenamiento jurídico se ubica dentro de un entorno social, económico, político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en el cual se consideran los hechos que requieren de una respuesta jurídica. Realidad que está descrita abstractamente conforme a determinadas valoraciones en el supuesto de hecho de las normas, ya que entre realidad social y ordenamiento jurídico existe una interacción dinámica, un mutuo condicionamiento, por lo cual es necesario que la interpretación dé cuenta de ambos elementos: el ordenamiento y la realidad social.

Se interpretan las normas jurídicas para establecer su sentido y alcance ante el hecho concreto a que han de aplicarse. Cossío critica esta conclusión afirmando que las leyes son conceptos que, como tales, no se *explican*, ni se *interpretan* o *comprenden*, sino que se *inteligén*, pues lo que se interpreta es la conducta por medio de la ley²⁶. No obstante, la autoridad intelectual de Cossío, acerca de una realidad concreta, el intérprete forzosamente tiene que valorar la norma, primero, eligiéndola de entre las que integran el ordenamiento y luego seleccionando, de entre los varios sentidos que presenta, el más justo para resolver el caso concreto. La valoración de la norma la hace a fin de valorar la realidad social (realidad de conducta social) “cuyo sentido jurídico —en cuanto orden, seguridad y justicia— tiene que establecer”²⁷.

En resumen, son objeto de la interpretación jurídica tanto las normas como los hechos a los cuales han de ser aplicadas. El intérprete, al abordar los hechos, los

a la norma, de la ley, como un dato que precede a la interpretación y que es puesto a la luz, mediante la interpretación misma, y la teoría según la cual la norma sigue como un producto de la interpretación, y viene, en realidad, creada en el contexto mismo del proceder interpretativo (GIUSEPPE MONATERI, “*Interpretare la legge*”, art. cit., p. 531).

²⁶ COSSÍO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1967, p. 128.

²⁷ AFTALIÓN, Enrique; Fernando GARCÍA OLANO y José VILANOVA, *Introducción al derecho*, Buenos Aires: El Ateneo, 1940, p. 450.

valora y determina en vista de la calificación jurídica que los atribuye, y esta misma valoración lo impulsa a seleccionar, de entre las varias posibilidades, aquella norma que, según su comprensión, parece adaptarse mejor a la comprensión de los hechos²⁸.

167. Interpretación e integración

La interpretación difiere de la integración. Presupone la existencia de una norma jurídica que interpretar. La integración, en cambio, a diferencia de la interpretación, supone la falta de una norma jurídica aplicable a la solución de un caso concreto; por esta razón, el intérprete debe formular la norma aplicable, respetando las reglas de integración que el propio ordenamiento legislado, o en su defecto, la ciencia jurídica, le brinda. Las reglas más importantes de integración son la analogía, las costumbres y los principios generales del Derecho. Cuando la interpretación es impotente para resolver un caso concreto, el intérprete, en especial, el juez, debe dejar de ser tal para pasar a cumplir una función de integración, es decir, completar y llenar los vacíos que presenta el ordenamiento legal. Son razones de claridad las que nos obligan a hacer aquí esta breve referencia sobre la integración del Derecho, más adelante nos ocuparemos de ella ampliamente.

168. Interpretación y construcción

Un sector de la doctrina angloamericana distingue entre interpretación y construcción. Así, COOLEY, constitucionalista de los Estados Unidos, dice lo siguiente:

[L]a interpretación difiere de la construcción en que la primera es el arte de encontrar el verdadero sentido de cualquier especie de palabras; que es el sentido que el autor entendió expresar y la determinación de otros derivados de la misma idea que el autor entendió expresar. En cambio, la construcción es la extracción de conclusiones, respecto de cuestiones que se encuentran más allá de las expresiones directas del texto, de elementos conocidos y dados en el texto. La interpretación únicamente tiene lugar si el texto expresa uno u otro significado. En cambio, la construcción es empleada cuando, comparando dos escritos diferentes del mismo individuo o dos sanciones diferentes del mismo cuerpo legislativo, se encuentran contradicciones entre uno y otro, o si la parte de un escrito o declaración contradice el resto.

28 ESSER, *Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts*, ob. cit., 538. En tal modo que la regla aplicada resulta de un doble proceso. Con base en su propia concepción, el intérprete valora ya los hechos a la luz de la calificación jurídica que siente de su deber utilizar. Contemporáneamente, del mismo modo, él comienza ya a tener una precomprensión de las normas que le parecen aplicables a los hechos. El primer momento se refleja sobre el segundo, y el segundo sobre el primero, en aquello que ha sido llamado un “círculo hermenéutico”.

Otro sector importante de la doctrina estadounidense y la totalidad de la doctrina latina no distinguen entre interpretación jurídica y construcción jurídica, sino que ambos conceptos aparecen con la denominación genérica de interpretación.

169. Interpretación y traducción

Los vocablos *interpretar* y *traducir* son expresiones sinónimas, significan explicar o traducir el sentido de algo. Se interpreta o traduce una norma jurídica para entender su sentido y alcance respecto a un determinado hecho.

VERNENGO²⁹ dice que “entender un enunciado significa disponer de una traducción aceptable del mismo”. Luego, parafraseando a MANTES, afirma que un discurso A es la interpretación de un discurso B, si y solo si A es la traducción de B, y las expresiones que integran A son mejor entendidas que las que integran B. Dos relaciones, por tanto, son postuladas como explicación de una interpretación: entre dos conjuntos de enunciados se constituye alguna relación por la cual uno es visto como la traducción del otro; sicológicamente, la traducción es mejor entendida que el conjunto traducido.

La traducción esclarece el sentido del texto original; “la traducción es el sentido del texto original, sentido que de no disponer de ella permanecería oculto o disimulado”.

Sin embargo, es usual hablar de *traducción* para expresar en una lengua lo que está escrito o se ha expresado antes en otra, esto es, un conjunto de símbolos en un lenguaje significa lo mismo que otro conjunto de símbolos en otro lenguaje. Por ejemplo, traducir un texto del inglés al castellano.

GUASTINI³⁰ sostiene que la interpretación se asemeja a la traducción, ya ambas no son otra cosa que reformulaciones de textos. Traducir significa reformular un texto en una lengua distinta de aquella en la que ha sido formulado. Interpretar significa reformular un texto, no importa que sea en la misma lengua en la cual ha sido formulado (como de regla ocurre) o en otra lengua. En Derecho, la interpretación es la reformulación de textos normativos de las fuentes.

También se entiende por traducción a la expresión en un lenguaje común de lo que está escrito o expresado en un lenguaje técnico. Dentro de un mismo idioma existe el lenguaje común que usamos todos y el lenguaje técnico privativo de un sector de la población que cultiva algún arte, ciencia o técnica; por ejemplo, el

29 VERNENGO, *La interpretación literal de la ley*, ob. cit., pp. 43 y ss.

30 *Ibid.*, p. 118.

lenguaje técnico que utilizan los abogados, los médicos, los biólogos, que ahorran el esfuerzo que supondría aludir a las complejas circunstancias con un léxico común, menos económico y menos preciso. Los abogados saben muy bien a que complejas circunstancias se están refiriendo con las expresiones “gananciales”, “hijo alimentista”, *leasing*, “fideicomiso”, las cuales son ignotas para el común de las gentes. De ahí que siempre exista la necesidad de traducir los vocablos o expresiones técnicas al lenguaje común.

Puede suceder que un lenguaje no disponga de expresiones equivalentes para traducir lo expresado en otro idioma. Por ejemplo, la palabra inglesa *leasing* que no tiene traducción al castellano, pero que equivocadamente muchos lo traducen como arrendamiento. El *leasing* es un contrato por el cual una de las partes, la empresa *leasing*, se obliga a adquirir un bien, cuyo proveedor y características técnicas son señalados por la otra parte (el cliente o usuario), y a conceder a este su tenencia y disfrute a cambio de una remuneración periódica durante cierto tiempo, que por lo general coincide con la vida económica útil del bien, con la opción de compra al final del plazo a favor del usuario. En cambio, por el contrato de arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida. Acerca de estos casos, antes que hacer una traducción que conduzca a un entendimiento parcial o a un mal entendimiento, es preferible incorporar la palabra o expresión original al lenguaje en que se pretende hacer la versión. Esto ha sucedido con muchas instituciones jurídicas del Derecho inglés que han sido incorporadas al Derecho romano-germánico con su misma denominación en inglés, como *leasing*, *joint venture*, *factoring*, *underwriting*, *warrant*, *know how*, etc.

170. Necesidad de la interpretación

La realidad social cambia sin cesar. Cambian los hechos como consecuencia de los nuevos descubrimientos científicos y tecnológicos, del surgimiento de nuevas formas de vida, de la aparición de nuevas necesidades, etc., y cambian las valoraciones. Así, por ejemplo, hasta hace poco los conceptos de soberanía de los Estados y de territorialidad de la ley penal tenían carácter absoluto; ahora, sobre ellos, prevalecen los derechos fundamentales del ser humano. Sin el respeto a la vida, la integridad física y sicológica, y la libertad del ser humano, no se justifica el Estado, el ejército, la Iglesia, ni ninguna otra institución inventada o creada por el hombre para el logro de sus fines. El Derecho debe adaptarse permanentemente a estos nuevos hechos, a estas nuevas valoraciones. Esta labor de adaptación del Derecho a las nuevas realidades se cumple mediante la derogación de normas antiguas y la creación de otras nuevas, y por conducto de la interpretación que vivifica el Derecho existente aclarando, ampliando o restringiendo su significado para adecuarlo a las nuevas circunstancias.

La norma jurídica, en especial la norma legal, como regla de conducta por la cual se rige la vida social, se refiere a un sector de la realidad; a lo que esta ya es o puede llegar a ser. Por su riqueza y variabilidad, la vida social no puede ser configurada y prevista con exactitud, sino solo en forma aproximada; es imposible que la ley cubra toda la amplitud de la realidad, en todas sus formas, evolución y cambios³¹; la experiencia social rebasa ampliamente a la experiencia conceptual³²; no existe un sistema conceptual que pueda abarcar toda la realidad. El ordenamiento jurídico no es una fotografía de esta. No siempre hay una exacta coincidencia entre la previsión normativa y los fenómenos de la realidad. Esta es una y otra su expresión conceptual. Una ley es en gran parte una decisión tomada en un estado de incertezza sobre el futuro y sobre los varios casos particulares³³. Por estas razones, la interpretación es el correlato necesario del Derecho legislado, en vista de la limitada capacidad de previsión y control del proceso social del legislador. Por ello, es acertado confiar a la interpretación la tarea de asignar significados a la norma legal que, de acuerdo con las especificaciones de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, debe ser aplicada a la infinita variedad de casos particulares, sobre todo a aquellos que se encontraron fuera de la ley en el momento en que fue creada y a aquellos que surgen con posterioridad.

Para que el hecho de la realidad encaje con exactitud en el presupuesto de la norma es necesario que la norma general y abstracta esté suficientemente individualizada y concretizada y que todos y cada uno de los elementos del hecho de la realidad, delimitado en forma perfecta, coincidan con todos y cada uno de los elementos del presupuesto normativo, caso en el cual la interpretación quedaría reducida a una simple operación lógica de subsunción de la realidad en la norma. Pero ocurre que en la realidad práctica es muy difícil que un hecho real se corresponda exactamente con el supuesto de hecho de una norma. Para que ello ocurra sería necesario que existieran tantas normas concretas cuantos hechos se den en la realidad, lo cual es una utopía. En la realidad práctica, de un lado, son escasas las normas que se presentan tan concretizadas que apenas se discuta su sentido, y, de otro lado, los hechos de que se trata

31 El legislador tiene solo un poder limitado de control y de previsión, él no está en grado de advertir una gran mole de hechos presentes, y no está en grado de adivinar el futuro, emite proposiciones que pueden recibir en concreto un significado solo cuando son insertadas en el contexto de una determinada tradición jurídica, y emana de textos que son esencialmente incompletos (GIUSEPPE MONATERI, "Interpretare la legge", art. cit., p. 614).

32 Al rebasamiento de la experiencia humana respecto a cualquier sistema conceptual se le conoce con el nombre de *metábasis*.

33 GIUSEPPE MONATERI, "Interpretare la legge", art. cit., p. 618. "Alcune delle questioni centrali del diritto, della legislazione, delle decisioni giudiziali, e delle opinioni dottrinali, non concernono tanto l'applicazione di una data conoscenza ad una certa serie di problemi, ma riguardano piuttosto il problema centrale dell'organizzazione della nostra ignoranza sul futuro e sui fatti particolari del processo sociale".

no son simples sino complejos y, por ello, difícilmente sus elementos coinciden con los del presupuesto normativo.

Una norma solo puede ser aplicada luego de ser interpretada, aun cuando se considere que no es necesario hacerlo por estimar que su texto es claro, que el sentido de su contenido es inequívoco. Por lo demás, “solo respecto de un caso podrá decirse que la ley es clara; la riqueza de la vida siempre podrá producir situaciones que provoquen la duda sobre el sentido de la ley”³⁴, porque lo que es claro ahora puede no serlo en época posterior. Todas las normas jurídicas, inclusive las que contienen reglas de interpretación, deben ser interpretadas, por lo que, como explica LACLAU³⁵, son erróneas las aseveraciones contenidas en los clásicos adagios que expresan, respecto de los textos legales: *in claris non fit interpretatio, clara non indigent interpretatione*. Contrariamente a lo sostenido por estas antiguas reglas, fácil resulta concluir que el carácter claro u oscuro de una ley solo podrá afirmarse sobre la base de una previa interpretación de ella.

El texto abstracto de la norma puede ser muy claro, pero puede no tener la misma claridad en cuanto al hecho concreto al que ha de aplicarse. IHERING³⁶ pone el siguiente ejemplo: Supóngase que tres amigos: A, B y C, se pasean a orillas de un río. De repente, A ve en la orilla opuesta asomar un objeto desde el subsuelo; se lo comunica a sus amigos; B, entonces, llama al perro de C y lo envía a buscar el objeto; el animal desentierra este, lo trae entre los dientes y se lo presenta a su amo C. La cosa resulta ser una bolsa pequeña con monedas valiosas; se trata de un tesoro. Supongamos que, conforme a la ley, *el tesoro corresponde al primero que lo descubre*; el texto es claro: todos saben lo que significa *primero y descubrir*. Pero, en hipótesis, ¿quién es el descubridor? ¿El que primero vio asomar el objeto? ¿El que lo hizo desenterrar? ¿O el que, después de tomar la cosa presentada por el perro, se percató de que realmente estaba en presencia de un tesoro, y no de un objeto perdido?

Corno dice SAVIGNY³⁷, la doctrina que sostiene que la interpretación es la explicación de leyes oscuras, siendo superflua la de las leyes perfectas, es demasiado limitada, porque es imposible tratar lo patológico sin partir de lo sano y porque la aplicación más noble y fértil de la interpretación es la que tiende a desplegar toda la riqueza del contenido de una ley no defectuosa.

34 STARCK, Christian, *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, traducción por Luis Legaz Lacam-bra, Madrid: Maribel, 1979, p. 357.

35 LACLAU, Martín, “El problema filosófico de la interpretación en la actualidad”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 9, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 10.

36 Cita de MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Introducción al derecho*, Bogotá: Temis, 1975, p. 278.

37 VON SAVIGNY et al., *La ciencia del derecho*, Buenos Aires: Losada, 1949

MIRÓ QUESADA³⁸ dice que la imprescindibilidad de la interpretación jurídica se debe a cuatro razones: 1) la *polisemia* (multivocidad) de todo lenguaje natural; 2) el origen empírico de la gran mayoría de conceptos jurídicos; 3) la *metábasis* (rebasamiento) de todo sistema, tanto *thétko* (del griego *thésis*, acto de posición) como *athétko*³⁹, por la experiencia sensorial y conceptual; 4) la *antíasis normativa* (contradicción en las normas de un cuerpo legal).

Es claro que un lenguaje no puede desarrollar por sí mismo su propia semántica, pues no tiene la fuerza de hablar de sí mismo y de los hechos a los cuales se refiere las

- 38 MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, Francisco, "Ratio interpretandi", Disertación para su incorporación a la Academia Peruana de Derecho, en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho*, Lima: Edesa, 1993, pp. 140 y 141. Un concepto es empírico cuando su característica está integrada por rasgos distintivos abstraídos de la experiencia sensorial. "Es una experiencia común el hecho de que todo concepto presenta tres aspectos constitutivos: un núcleo de nitidez, un margen de esfumación (o de borrosidad o, también, de difusividad) y un pasaje del uno al otro. Por ejemplo, si queremos aplicar el concepto de 'silla' para describir un objeto determinado, encontramos muchísimos objetos que, sin la menor duda posible, son sillas. Pero también encontramos no pocos que no sabemos bien si son o no son sillas. Las variaciones en el número de patas, del largo y ancho del respaldar, nos pueden poner en apuros. Una silla con tres patas y un respaldar pequeño, está cerca del banco. Conforme al respaldar se va haciendo más pequeño, el objeto se va acercando más y más al banco. Hasta que llega un momento en que es imposible decir qué es, si una silla o un banco". La *polisemia* consiste en que una expresión lingüística es susceptible de tener varias significaciones. La *metábasis* significa que la experiencia rebasa a la teoría.
- 39 Para que el lector se aproxime a una idea sobre estas dos palabras citamos a continuación lo que CONTE refiere sobre la performatividad *thétko* vs. la performatividad *athétko*: que una palabra signifique dos conceptos opuestos, antitéticos (como "palabra" y "cosa") parece paradójico. Sin embargo, existen casos en los que la cosa y la palabra es uno mismo. Existen casos en los que la enunciación de un enunciado realiza lo que el enunciado significa. Este es el fenómeno del que surge la teoría de la performatividad (del inglés *performative*). Se remonta a John Austin, autor de *How to do things with words* [Cómo hacer cosas con palabras]). "¿Y qué cosa significa 'realizar lo que el enunciado significa'?". Para responder a esta pregunta, examinaremos dos casos en los cuales la enunciación de un enunciado realiza lo que el enunciado significa: i) La enunciación del enunciado "te lo agradezco" realiza el acto de agradecimiento que el enunciado "te lo agradezco" significa; y ii) La enunciación del enunciado "el interdicto tiene el domicilio del tutor", en el contexto de un código (Código Civil italiano, art. 45), realiza el estado de cosas que el enunciado significa: lo realiza adscribiendo a todo interdicto el domicilio del tutor 1) La heterogeneidad de los dos ejemplos que he puesto se manifiesta al instante. Una cosa es realizar un acto, un akt (entendiendo "realizar" en el sentido del verbo alemán *verwirklichen*, y otra cosa es realizar un estado de cosas, un *sachverhalt*; 2) En referencia al paradigma aristotélico: *práxis* vs. *póesis*, en un primer momento llamé a los actos performativos de la primera especie "actos de *práxis*"; a los actos performativos de la segunda especie, "actos de *póesis*"; y 3) Más recientemente, he propuesto para las dos especies de performatividad, respectivamente, los términos "performatividad *athétko*" y "performatividad *thétko*": i) Es *thétko* (del griego "thésis", "acto de posición") la performatividad de las enunciaciones que realizan un estado de cosas (por ejemplo: la enunciación del enunciado "el interdicto tiene el *domicilio* del tutor"). ii) Es *athétko* (es decir, no-*thétko*) la performatividad de las enunciaciones que no realizan un estado de cosas, sino un acto (por ejemplo: la enunciación "te lo agradezco", que no realiza ningún estado de cosas, sino que simplemente realiza el acto de agradecimiento que el enunciado "te lo agradezco" significa) (CONTE, Amadeo G., *Forma performativa*, conferencia impartida en la Universidad de Sevilla el 28 de abril de 1994, profesor de filosofía del Derecho en la Universidad de Pavia, en *Anuario de Filosofía del Derecho XI*, 1994, pp. 381 y 382).

palabras no se interpretan ellas mismas, no dicen cuál es su significado. La correspondencia semántica entre el texto y las situaciones de hecho a las cuales se refiere, no se encuentra directamente en el texto, sino en el modo de entender el texto⁴⁰ mediante la interpretación.

El Derecho no utiliza un lenguaje simbólico con un significadoívoco, como el de la matemática o la lógica (por ejemplo, 2 más 2 significa 4, eso y nada más ni nada menos que eso), sino un lenguaje equívoco, con una variedad mayor o menor de significados.

El Derecho no se vale solamente del lenguaje técnico-jurídico cuyo significado es más o menos preciso, sino que de ordinario utiliza el lenguaje usual que es aún mucho más vago, esto es, impreciso e indeterminado, y ambiguo, o sea, que puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones, dando motivo a dudas, incertidumbres o confusión. El significado de las palabras siempre varía, según las circunstancias: el contexto del discurso, su posición en la frase, su ubicación en las diferentes normas o, inclusive, en la misma norma, o según el hecho regulado o la rama del Derecho en que se encuentre. Por ejemplo, la palabra *hijo* es utilizada por la ley con distintos significados, unas veces designa solamente a los hijos carnales (ejemplo, arts. 361 a 376), o solo a los adoptivos (art. 377), o a los carnales y a los adoptivos (arts. 418 y ss.), o apenas a los matrimoniales (art. 361 y ss.) o a los extramatrimoniales (art. 386 y ss.), a los comunes (art. 316, incs. 1 y 3) o a los de uno solo de los cónyuges (art. 397), al que tiene derecho a la declaración judicial de paternidad extramatrimonial (art. 402) o al que no tiene este derecho sino apenas a los alimentos (art. 415), pero de vez en cuando el vocablo *hijos* se usa también para designar a los hijos políticos y a las personas tomadas bajo el cuidado de un círculo familiar.

Con frecuencia las palabras del texto normativo tienen un significado técnico y otro común. Por ejemplo, la locución “alimento” en su significado común es “la comida y la bebida que el hombre y los animales toman para subsistir”⁴¹: en cambio, en su significado técnico-jurídico comprende la comida, la bebida, la habitación, la medicina, el vestido, la educación y recreación del alimentista. Siempre habrá necesidad de especificar cuál de los dos significados, si el técnico o el común, es el tenido en cuenta por la norma.

Los vocablos *técnico jurídicos* no siempre están delimitados normativamente mediante una definición y con frecuencia varían de significado de una rama a otra del Derecho. Veamos algunos ejemplos: la voz *dolo* en derecho penal se usa para significar que el sujeto realiza un acto descrito en la ley penal como delito, con conciencia y voluntad de llevarlo a cabo, es decir, sabe lo que hace y lo que quiere hacer; en cambio,

40 GIUSEPPE MONATERI, “Interpretare la lege”, art. cit., p. 588.

41 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia Española*, Madrid.

en Derecho civil, el *dolo* como vicio de la voluntad consiste en una maniobra desleal o fraudulenta, cometida por una de las partes de un acto jurídico en detrimento de la otra para llevar a esta última a la celebración del acto. La palabra *disponibilidad*, en el Derecho civil, se entiende como el poder que tiene el propietario para enajenar sus bienes⁴²; en cambio, en Derecho bancario, *disponibilidad* significa que en un contrato de crédito una de las partes, en vez de entregar una suma de dinero, reconoce a la otra la facultad de apropiarse *ad nutum* de una cantidad; quien tiene la disponibilidad no es el propietario del bien, puesto que este continúa integrando el patrimonio del banco deudor. La expresión *secuestro* en Derecho penal significa privar, sin derecho, a una persona de su libertad personal (CP, art. 152); en Derecho procesal, se entiende por secuestro judicial al embargo de los bienes del deudor, con desposesión y entrega a un custodio designado por el juez (CPC, art. 643); en Derecho civil, por el secuestro, dos o más depositantes confían al depositario la custodia y conservación de un bien respecto del cual ha surgido controversia (CC, art. 1857).

También es indispensable la interpretación porque de ordinario concurren dos o más normas que regulan un mismo hecho, ya sea con efectos contradictorios o concurrentes; en uno u otro caso hay que recurrir a la interpretación, a fin de saber qué norma o normas deben de aplicarse a la solución del caso concreto: si se ha de aplicar una sola de ellas con exclusión de todas las demás por ser incompatibles, o si han de aplicarse todas ellas por ser compatibles.

Toda norma jurídica, sin excepción, desde la Constitución hasta la última disposición administrativa, por más claras y diáfanas que sean, deben ser interpretadas para su aplicación. El texto literal puede aparecer claro y unívoco, sin embargo, el verdadero sentido del precepto no siempre coincide con el que se desprende de su letra. En una confrontación de norma y realidad, la claridad de la expresión legal no siempre significa claridad de sentido y alcance normativo. El “qué dice” de la ley puede ser muy claro, pero el “qué quiere decir” respecto a una realidad concreta hay que descubrirlo mediante la interpretación.

171. Finalidad de la interpretación

La finalidad pretendida con la interpretación es la de desentrañar, entender y describir con un lenguaje comprensible el verdadero significado de las normas que integran el ordenamiento jurídico, las cuales solo tienen sentido luego de ser interpretadas. Con la interpretación se verifican los derechos otorgados y los deberes impuestos por las normas jurídicas a los sujetos.

42 CC, art. 923. La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, *disponer* y reivindicar un bien.

Siendo la interpretación el presupuesto normal de la aplicación, la recta inteligencia sobre el sentido de la norma permite también aplicarla rectamente a una realidad concreta, garantizando una solución justa. Como, por lo general, la norma no encierra una única solución para el caso que tipifica, sino que también puede haber varias correctas desde el punto de vista lógico, asimismo se ha dicho que la ley es un marco de posibilidades donde se pueden ubicar varias soluciones, y de entre estas se ha de optar por la que mejor realiza el valor justicia y los otros valores que están por debajo de ella.

El desenvolvimiento y desarrollo del Derecho positivo depende de la interpretación, pues esta permite armonizar el ordenamiento jurídico, eliminando contradicciones y redundancias, y adecuándolo a las nuevas condiciones sociales, económicas, políticas, etc., para que la norma no quede en letra muerta, sino que se mantenga viva y eficaz en el ámbito del ordenamiento jurídico al cual pertenece. Es antieconómico e ineficiente activar de continuo los mecanismos legislativos para resolver los problemas de envejecimiento e ineficacia de las leyes. La interpretación puede asumir tal papel. El envejecimiento no es tanto de la ley sino del resultado interpretativo cuando se persiste en su aplicación sin advertir que el legislador y su primer intérprete están en una situación de ignorancia e imprevisibilidad respecto de las circunstancias particulares, y, sobre todo, de aquellas futuras a las cuales debe aplicarse. El mayor síntoma de un ordenamiento jurídico ineficiente es el no saber adecuarse en forma flexible a las nuevas realidades. Es el fin de la interpretación actualizar el Derecho permanentemente para acoplar el sentido de los textos a las nuevas situaciones.

La interpretación asegura que el Derecho cumpla con sus funciones de organización social, de regulación de conducta social, de medio de solución de conflictos, etc. El texto del Derecho solamente se vigoriza e ilumina cuando, previa interpretación, entra en contacto con la vida de relación social. Sin aquella el derecho se fosiliza, se torna ineficaz; con la interpretación el Derecho se mantiene vivo, y como todo lo que tiene vida, cambia sin cesar. Sin interpretación no hay Derecho.

A diferencia de la interpretación literaria, histórica, religiosa, etc., que tienen una función apenas cognoscitiva, la interpretación jurídica tiene una función normativa de conducta social; no tiene una función meramente cognoscitiva, teórica, dirigida a provocar una experiencia contemplativa (intelectiva o estética), pues su cometido es práctico y encaminado a producir preceptos para la vida o bien para someter un hecho a calificación jurídica⁴³. A las normas jurídicas, sean constitucionales, legales, con-

43 BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, ob. cit., p. 97. A diferencia del intérprete que tiene a la vista un éxito puramente cognoscitivo, el intérprete de normas jurídicas "tiene a la vista, a través del resultado intelectivo, un éxito práctico que conduce a tomar posición en determinadas situaciones anticipadamente hipotizadas. De aquí deriva una esencial diferencia en los respectivos métodos: mientras que la interpretación de expresiones puras, especialmente la interpretación de obras de arte y de

suetudinarias o negociales, las reviste un carácter preceptivo, pues señalan la manera como deben comportarse los destinatarios de ellas porque su interpretación se dirige a recabar el sentido que mejor se adapte a determinada realidad social. Mediante la interpretación las normas generales y abstractas se traducen en normas individuales y concretas, que se integran en el ordenamiento jurídico como una totalidad orgánica, es decir, con ella se integra y complementa el Derecho⁴⁴. Tanto más abstracta y general sea la norma aplicable a un hecho concreto, tanto más la exigencia de reelaborarla y renovarla para adecuarla al hecho de la vida; a satisfacer tal exigencia precisamente provee la interpretación.

Además se impone al intérprete una exigencia de objetividad⁴⁵, por cuanto debe entender y exponer el sentido dispuesto en la regla —en cierto modo aún oculto—, es decir, debe hacer hablar a la norma sobre un hecho concreto al que quiere aplicarlo, enunciando su sentido con otras palabras más claras, expresándolo en forma concisa, haciéndolo comunicable; el intérprete quiere, ni menos ni más, conocer lo que la norma, en su sentido rectamente entendido, “propriamente dice”; por medio de su enunciado quiere “dejar hablar” a la norma⁴⁶. Pero también, tal exigencia objetiva no es actuable sino por mediación de la subjetividad del intérprete, quien no es un mero receptor de lo que dice el texto, porque este nada dice a quien no sabe preguntarle. En la formulación de la pregunta existe ya una participación del intérprete en el resultado posterior de la interpretación. En realidad, el intérprete no recepciona un sentido objetivo que existe en la norma, sino que le atribuye a esta un sentido, eliminando los otros varios que se derivan de un complejo sistema de significados jurídicos⁴⁷.

El intérprete literario hace “su interpretación” y el jurista hace también “su interpretación”; pero esta, a diferencia de aquella, ha de ser siempre lo que la norma jurídica exige y requiere⁴⁸. La antinomia entre la subjetividad del entender y la ob-

pensamiento, mira a reconstruir en su valor estético o lógico la intuición o el pensamiento recabado de la expresión artística o teórica, e igualmente sucede con la interpretación artística de documentos o de comportamientos de interés histórico dirigida a evocar su sentido en sí concluso en su originaria autonomía o coherencia, la interpretación que interesa al Derecho no puede quedarse en un reconocimiento teórico, sino que debe ir más allá, bien para rendir el precepto asimilable para la vida, bien para someter el hecho a una diagnosis jurídica”.

44 En la interpretación de una obra de arte, el intérprete procura entender una obra por pura satisfacción personal o también de entenderla para comunicarla a los demás, es decir, se coloca como un intermediario entre la obra de arte o de pensamiento y el público interesado en entenderla y quien pretende hacer entender su sentido. La interpretación jurídica es una obra de mediación para entender y hacer entender a los demás, con una finalidad normativa, tendiente a obtener un precepto de regulación jurídica.

45 BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, ob. cit., p. 72.

46 LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 309.

47 ESSER, *Grundsatz und norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, ob. cit., GIUSEPPE MONATERI, “Interpretare la legge”, art. cit., p. 537.

48 LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 310, traducción por RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona: Ariel, 1994, p. 216.

jetividad del sentido de la norma que se quiere recabar se resuelve con los métodos o criterios hermenéuticos que garantizan el éxito de la misión del intérprete. El intérprete del Derecho enfrenta la dificultad resultante de la antinomia, de la doble y simultánea necesidad de conciliar el Derecho con la realidad social, por una parte, y, por otra, la de mantener la imperatividad del ordenamiento jurídico. Para superar esta dificultad debe tenerse en cuenta que el Derecho es el producto de las circunstancias de un momento y lugar precisos y está destinado a surtir efectos en estas circunstancias, las cuales pueden seguir siendo las mismas o haber cambiado o modificado en el momento y lugar de su aplicación. El que crea la norma pretende realizar de la mejor manera las exigencias de la justicia, y el que la interpreta para aplicarla a los casos concretos no hace sino procurar el mismo fin que se propuso su creador; por eso, como dice RECASÉNS SICHES⁴⁹: “el juez, cuando interpreta las leyes del legislador precisamente de tal manera que la aplicación de ellas a los casos singulares resulte lo más acorde posible con la justicia, es mucho más fiel a la voluntad del legislador y más fiel al fin que este se propuso que cuando las interpreta de una manera literal, o reconstruyendo imaginativamente la voluntad auténtica del legislador, si esos métodos aplicados al caso planteado producen una solución menos justa”.

Otra tarea de la interpretación está relacionada con el denominado *papel necesario* del *ius dicere* del jurista, quien siempre está empeñado en descubrir reglas más profundas y principios más generales dotados de un poder aplicativo a las más diversas relaciones, y en reconstruir, de entre varias reglas, definiciones y principios, un esquema general de orden, en el cual se encuadren las varias acciones humanas y las varias aplicaciones concretas de numerosas disposiciones particulares, o aplicaciones de las variadas facetas de disposiciones generales. Sin la reconstrucción constante de un necesario concepto de orden, no solo la vida social deviene más intolerable, sino también más insegura, difícil y dispendiosa. La tarea de dar el sentido completo a una regla jurídica es infinita. Como la norma describe solo sus características abstractas y generales, se deja a la interpretación la tarea de sacar a la luz, en todas las ocasiones, todos sus posibles significados⁵⁰.

172. Metas de interpretación

Una norma jurídica es creada con la intención de regular relaciones intersubjetivas de acuerdo con ciertos fines y valoraciones, por lo cual se dice que ella es la expresión de la voluntad de su creador. Pero también es verdad que desde que la

49 RECASÉNS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 3.ª ed., Ciudad de México: Porrúa, 1965, p. 661.

50 GIUSEPPE MONATERI, “Interpretare la lege”, art. cit., p. 615.

norma entra en vigencia comienza a desplegar su propio sentido, adecuándose a las más diversas y cambiantes situaciones sociales que su creador no tuvo a la vista, es decir, que ella adquiere su propio sentido regulativo, cada vez más alejado del sentido originario que le dio su creador, lo cual ha tomado el nombre de *voluntad de la norma*, distinta de la *voluntad de su creador*.

Esto ha determinado que sean dos las teorías que se disputan la meta última de la interpretación: la *teoría subjetiva*, que considera que el fin último de la interpretación es la indagación de la voluntad sicológica del creador de la norma; y la *teoría objetiva*, para la cual la meta última de la interpretación es la averiguación y explicación de la voluntad de la norma, es decir, el sentido que tiene en el momento y lugar de su aplicación.

Como la norma jurídica es un producto objetivado de la voluntad de su creador, a pesar de que con frecuencia este solo da forma a un precepto que ha evolucionado lentamente en el seno de la sociedad, confluyen en ella tanto los fines y valoraciones conocibles anhelados por su creador como los fines y valoraciones vigentes en el momento y lugar de su aplicación y que no fueron tenidos en cuenta por su creador. De esto resulta que la meta de la interpretación “no ha de identificarse con el querer o las concretas ideas normativas del legislador histórico, ni hacerse totalmente independiente de ello”⁵¹. El intérprete, a fin de comprender el significado de la norma, no sondea en las profundidades de la conciencia del legislador para determinar cuál fue su auténtica voluntad sicológica, pero sí toma en cuenta la voluntad exteriorizada en el texto normativo, en las exposiciones de motivos, en las actas de las asambleas parlamentarias, etc., porque la norma nace bajo la presión de las circunstancias de un momento y lugar determinados, a fin de resolver o aclarar ciertos hechos y de producir precisos resultados; también toma en cuenta a la norma con su valor objetivo, independiente de la voluntad de su creador, adquirido con la aplicación a las nuevas circunstancias sociales, económicas, políticas, culturales, etc. Aquí modificamos el sentido de la teoría subjetiva para entenderla, no como que es meta de la interpretación e indagación de la voluntad sicológica del creador de la norma, sino la averiguación de la voluntad objetivada, no como indagación de la voluntad interior, sino de la exteriorizada de algún modo y, por tanto, conocible por los destinatarios de la norma. El intérprete tendrá en cuenta tanto los fines subjetivos que se propuso el creador de ella como los fines objetivos, es decir, la voluntad objetiva de la norma adquirida en su desarrollo dentro del contexto social, pues está condicionada y, a su vez, condiciona a la realidad social en la que se produjo y para la cual se produjo⁵². Así, la interpretación

51 LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 315.

52 “Existe interpretación errónea de una norma de Derecho material cuando se cumplen los siguientes presupuestos: i) el juez, a través de una valoración conjunta y razonada de las pruebas aportadas al proceso, establece determinados hechos; ii) que, estos así establecidos, guarden relación de identidad

de la ley estará referida tanto a la voluntad objetivada del legislador como a la de la ley, la primera prevalecerá en una ley nueva y la segunda en una ley envejecida, lo que dependerá de cuán rápido o no se produzcan las mutaciones sociales.

Como dice Franco PASTORI⁵³, las expresiones como *mens y sententia legis*, relativas a las fuentes romanas, deben estar referidas al significado *objetivo* de la norma y no a la *voluntad del legislador*, por ser este solo un modo de antropomorfizar el ordenamiento; los entendimientos de quien ha redactado los textos normativos son irrelevantes, salvo en cuanto son recepcionados por tales textos.

173. Clases de interpretación

Por su autor la interpretación puede ser doctrinal, judicial y la denominada interpretación auténtica. Por sus resultados se clasifica en los siguientes: declarativa, modificativa, extensiva y restrictiva.

173.1. La interpretación doctrinal

La interpretación doctrinal, llamada también *científica*, es la efectuada por los juristas con fines científicos, didácticos y prácticos, con el propósito fundamental de encontrar la verdad en el campo jurídico. No tiene poder normativo, pero ejerce gran influjo en la función legislativa y judicial. Según SAVIGNY, “la doctrina desenvuelve y completa la unidad del Derecho, dándole una nueva vida orgánica; así, la doctrina se convierte en elemento constitutivo del Derecho”. Los juristas, como expertos en el campo del Derecho, ejercen enorme predominio, por cuanto sugieren soluciones a los legisladores, jueces y demás accionantes del Derecho, proponen criterios de reforma del ordenamiento escrito y armonizan su sentido con la realidad social.

Facilita el trabajo de los jueces, al mostrar las posibles vías de solución a los problemas de interpretación, pero los jueces someten a prueba los resultados del trabajo de los juristas confrontándolos con la problemática del caso particular, por lo cual es indispensable que, a su vez, la jurisprudencia sea verificada por la actividad de los juristas⁵⁴.

con los supuestos fácticos de una norma jurídica determinada; iii) que, elegida la norma pertinente, la aplica; iv) que, en la actividad hermenéutica, el juzgador, utilizando los medios de interpretación, yerra al establecer la verdadera voluntad objetiva de la norma, con la cual resuelve el conflicto de intereses de manera contraria a los valores y fines del Derecho” (CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, *Recurso de Casación N.º 35-2009*, Lima: 2 de febrero del 2010).

⁵³ PASTORI, Franco, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, 2.^a ed., Milán: Cisalpino-Goliardica, 1988, p. 57.

⁵⁴ LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 310.

La interpretación judicial (la de los jueces) tiene el apoyo de la fuerza coercitiva del Estado, está influida siempre por los intereses en conflicto y, por tanto, es dispersa y casuística; en cambio, la doctrinaria es desinteresada, casi siempre puramente lógica, sistemática y abstracta; por ello debe estar en permanente contacto con la práctica y con la interpretación judicial, a fin de no quedar fuera de la realidad de los negocios. La interpretación doctrinaria no tiene carácter vinculante, pero puede constituir una guía de carácter técnico, tanto para los particulares, como para los jueces y legisladores.

En Roma, la interpretación doctrinaria sí tuvo carácter vinculante, ya que:

[L]as respuestas de los prudentes son las opiniones y sentencias de los que habían recibido el poder de fijar el Derecho. Porque se había establecido antiguamente que las leyes fuesen públicamente interpretadas por ciertas personas, llamadas jurisconsultos, que recibían del principio el derecho de responder. Era tal la autoridad de sus opiniones y sentencias unánimes, que, según las constituciones, no era permitido al juez separarse de sus respuestas⁵⁵.

173.2. La interpretación judicial

La función jurisdiccional la ejercen los jueces, quienes, por medio de la sentencia, previo al conocimiento de los hechos, aplican el Derecho, después de interpretarlo, al caso concreto sometido a su decisión. Por tanto, *la interpretación judicial es la que efectúa el Poder Judicial, ejerciendo la función jurisdiccional que específicamente le corresponde*⁵⁶. Es obligatoria para las partes, puede constituir *precedente judicial* cuando proviene de la Sala Plena especializada de la Corte Suprema⁵⁷, sirve de pauta

55 *Instituciones de Justiniano*, traducción por Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas, Lima: Cultural Cuzco, 1995, p. 13.

56 Constitución Política: "Art. 138. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior". En una acepción amplia, de la interpretación judicial de las normas jurídicas se encargan los órganos que tienen que aplicarlas a la solución de casos concretos, es decir, el juez o magistrado (en la jurisdicción ordinaria), los funcionarios administrativos (en la llamada *justicia administrativa*), los árbitros en la jurisdicción arbitral (Constitución Política, art. 139.1), y los magistrados del fuero militar en el caso de delitos de función de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional o de infracción a las normas del servicio militar obligatorio (Constitución Política, art. 173).

57 CPC, art. 400: *Precedente judicial*. La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe una pretensión judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno castorío constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio. El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publicarán obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

de conducta de todos los miembros de la comunidad. En todo caso, la sentencia es vinculatoria para el juez que la dictó, ya que, habiendo interpretado la norma en un determinado sentido para resolver un caso concreto, en el futuro tiene que dar a todos los casos idénticos la misma respuesta jurídica, puesto que todos los ciudadanos somos iguales ante la ley y donde existe el mismo derecho la solución jurídica tiene que ser la misma.

¿Cuál es el ámbito de poder del juez en el ejercicio de su función jurisdiccional? La *doctrina tradicional* considera que el juez no puede interpretar las normas, sino que aplica la ley tal como está escrita. El art. 25 del Código Civil colombiano prescribe por añadidura: “La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, solo corresponde al legislador”.

Respecto a la ley penal, BECCARIA⁵⁸ dijo que la autoridad de interpretar las leyes penales no reside en los jueces criminales, por cuanto no son legisladores. El legítimo intérprete de la ley es el soberano; el juez solo examina:

[S]i tal hombre haya hecho o no una acción que le sea contraria. En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo se abre la puerta a la incertidumbre [...] No hay cosa tan peligrosa como la de consultar por el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de opiniones. El espíritu de la ley sería la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; dependería de la violencia de sus pasiones, de la flaqueza del que sufre, de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas pequeñas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre. Un desorden que nace de la rigurosa y literal observancia de una ley penal, no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación.

En contraposición de la teoría clásica, la teoría del Derecho libre considera que el juez frente a las lagunas del Derecho escrito que ninguna interpretación puede llenar, “fallará fundándose no en una ley, que no puede ser completa, sino en el Derecho, que debe serlo, y creará él mismo la norma que estime justa y sabia en el cuadro del orden jurídico existente, como si tuviera oficio de legislador”⁵⁹; puede, inclusive, apartarse de la ley cuando lo estime conveniente a los intereses sociales.

Entre estos dos extremos hay que optar por una posición intermedia que considera que la función del juez es interpretativa, pero sin que ello signifique suprimir o

58 BECCARIA, César Bonesano (marqués de Beccaria), *Tratado de los delitos y de las penas*, 2.^a ed., París: Rosa Librero, 1828, p. 14 y ss.

59 HUBER, Eugen, *El derecho y su realización*, obra citada por VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho civil*, 8.^a ed., t. I, Bogotá: Temis, 1979, p. 180

relajar la obediencia que debe al orden jurídico positivo⁶⁰, como garantía de seguridad, orden, paz y justicia.

¿Crea o no derecho el juez, cuando interpreta las normas jurídicas? Para la doctrina clásica de la interpretación jurídica, es función del juez aplicar el Derecho y no crearlo, aplicar la ley tal y como está escrita y no crear la que debe aplicar. Esta doctrina, representada por la dogmática jurídica y el movimiento codificador del siglo XIX, cuyas raíces se remontan a los ideales de la Ilustración y de la Revolución francesa, establece que el Derecho es, sobre todo, la ley general y abstracta creada por el Poder Legislativo, considerado como el auténtico poder. El Derecho es concebido como un sistema autosuficiente, completo y cerrado que no admite fisuras, exento de contradicciones, en el cual hay una solución para cada problema que se presente en la vida social. La única decisión es la tomada por el legislador; el juez es solo la boca que pronuncia las palabras de la ley (MONTESQUIEU). La interpretación jurídica es una labor subsidiaria, de segundo orden, a la cual se recurre solamente en caso de oscuridad o aparente contradicción o ausencia de ley aplicable⁶¹. La ley clara se aplica, no se interpreta (*in claris, non fit interpretatio*). El fin de la interpretación es puramente cognoscitivo, declarativo, consistente en encontrar el sentido que está inmanente en la norma⁶², es decir, no tiene carácter normativo, no es una actividad creadora, una mediación entre la norma y la realidad social, sino una operación lógica subsuntiva, que confunde interpretación con aplicación del Derecho. La labor del juez es puramente mecánica, de subsunción silogística del caso concreto (premisa menor) en la norma adecuada (premisa mayor), para luego deducir la decisión o sentencia (conclusión). A estos efectos se recurre, cuando es preciso, a los elementos de interpretación que, según SAVIGNY, son el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático, como operaciones distintas que actúan conjuntamente, para reconstruir con la mayor fidelidad la norma aplicable al caso concreto.

Para esta teoría clásica, el juez no crea norma alguna, sino que selecciona la que debe aplicarse de entre las existentes⁶³, porque si se admitiera que puede crear Derecho se violaría la separación entre el Poder Judicial y el Poder Legislativo, canon

60 DEL VECCHIO, Giorgio y Luis RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Uteha, 1946.

61 LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 308. Interpretar es “un hacer mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático”. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 214.

62 Código Civil colombiano: Art. 26. Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares.

63 BIELSA, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema*, Buenos Aires: 1953, p. 48.

fundamental de la Constitución del Estado, se admitiría que los jueces pueden modificar la Constitución y las leyes. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Si el Poder Judicial no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador⁶⁴. El principio de legalidad establece que los deberes de las personas deben apoyarse en la ley formal o material. El juez estadounidense BREWER indica lo siguiente:

[L]os jueces no hacen ninguna ley, no establecen ninguna política, nunca entran en el terreno de la acción pública. Ellos no gobiernan. Sus funciones respecto al Estado se limitan a ocuparse de que la acción popular no infrinja el derecho y la justicia, tal como existen en la Constitución escrita y el Derecho natural.

Y el juez ELIHY ROOT observa que “no está comprendido dentro de su función o su poder ampliar, mejorar o cambiar la ley”⁶⁵. Dado el carácter imperativo que tiene la ley, ella debe ser observada absolutamente y los jueces aplicarla por inconveniente y dura que aparezca, pues ellos no son quienes pueden perfeccionar la ley. El único caso en que los jueces no deben aplicar una ley es cuando esta se encuentra en pugna con la Constitución, porque lo contrario significaría dar eficacia a una ley prohibida. Los jueces son meros aplicadores de la ley, como garantía de seguridad y certeza en el Derecho.

Para la *nueva concepción de la interpretación jurídica*, el juez es creador de derecho dentro de los límites materiales y formales establecidos por la norma o normas que aplica a la solución del caso sometido a su conocimiento. Esta teoría, predominante en los últimos decenios, confiere a la interpretación su verdadero significado y valor como una labor creativa, de captación de la *ratio iuris* de la norma y de actualización del ordenamiento jurídico. El juez no dirime conflictos de cualquier manera, sino del modo preestablecido por el ordenamiento jurídico, a cuyo imperio está sometido, como garantía de seguridad jurídica, y está facultado para crear Derecho dentro de los límites que le señala el ordenamiento, de tal modo que sus resoluciones se presenten como consecuencia de la aplicación de las normas, valores y principios que integran el ordenamiento jurídico.

No solamente la judicial, sino toda interpretación equivale a una creación *ex novo*; por ello “es verdad que la norma constituye el resultado de la interpretación, pues obtiene de ella su significado relevante para el caso examinado, pero es cierto también que constituye su precedente, ya que limita y orienta, en ocasiones con sumo detalle,

64 DE SECONDAT, Carlos (Barón de Montesquieu), *El espíritu de las leyes*, traducción por Nicolás Estevanez, Buenos Aires: El Ateneo, 1951, libro xi, cap. vi (Obras), p. 202.

65 Cita de LINARES QUINTANA, *Tratado de interpretación constitucional*, ob. cit., p. 152.

dicha actividad interpretativa”⁶⁶; recobra así, salvando las distancias y diferencias de sistema, el valor que la *interpretatio prudentium* tuvo en el Derecho romano, donde era impensable un Derecho sin juristas.

Con la concepción moderna de la interpretación, sin rechazar el normativismo o legalismo, se corrigen los excesos del dogma de la *voluntas legis* que lleva a una interpretación meramente literalista de la norma jurídica, y del dogma de la *voluntas legislatoris*, como si la norma fuera apenas un acto de soberanía, un mandato pronunciado por un legislador genial dotado de los mágicos poderes de una sabiduría total y como si fuera posible detallar tantas voluntades juntas pero distintas como las que se reúnen en una asamblea legislativa. Toda norma jurídica se inserta en un ordenamiento jurídico ya existente y se adapta a los incesantes cambios sociales, lo cual valora el intérprete para cumplir su tarea, pero siempre en conexión con la *ratio* de la norma.

Esta doctrina que considera que el juez también es creador del Derecho, está presidida por KELSEN, quien afirma que la interpretación acompaña al proceso de creación del Derecho al pasar de la norma superior a una inferior. En el caso “de la interpretación de la ley, trata de saber cómo, aplicando una norma general a un hecho concreto, el órgano judicial o administrativo obtiene la norma individual que le incumbe establecer”. De acuerdo con este concepto, la interpretación la hacen los órganos competentes del Estado —legislativo, administrativo o judicial— para generar Derecho positivo, que, desentrañando el sentido de una norma para aplicarlo a la solución de un caso concreto, crean una norma inferior determinada por ella.

Las normas particulares incluidas en un acto o negocio jurídico y las individualizadas manifestadas en un fallo judicial, en una resolución administrativa o en un laudo arbitral, contienen algo nuevo respecto a la norma general. Si no fuera ello así, carecería de sentido redactar las cláusulas de un contrato, porque bastaría que las partes manifestaran que entran en la situación prevista en una ley específica. Si la sentencia o resolución administrativa no contuviera algo nuevo que no esté albergado en la ley general, holgaría el fallo judicial. Mientras que la norma general habla “de todo acreedor”, “de todo deudor”, “de todo empleador”, “de todo trabajador”, el negocio jurídico o la sentencia, en cambio, habla de uno o varios sujetos determinados; mientras que la ley abstracta habla “de los bienes”, los negocios jurídicos y las sentencias, en cambio, el negocio jurídico o la sentencia habla de tal o cual casa, automóvil, etc. Los hechos jurídicos no son actos puros de la realidad, sino hechos calificados jurídicamente. Se confirma el hecho de la realidad y a un mismo tiempo se lo califica de modo genérico, para, una vez concretizado en forma definitiva, eliminando los elementos que no tengan trascendencia jurídica, elegir la norma aplicable, con lo cual el hecho queda calificado en forma concluyente.

Si el hecho no fuera de algún modo calificado en alguna medida, no se podría elegir la norma aplicable. La verificación del hecho, su calificación jurídica y la elección de la norma aplicable son elementos que se interrelacionan indisolublemente. Por ejemplo, en una reyerta *A mata a B*; este hecho es calificado al comienzo como un “delito contra la vida” y una vez concretizado mediante la prueba producida en el proceso judicial, se llegará a la conclusión de que se trata de un “homicidio simple”, o de un “parricidio”, de un “homicidio agravado”, de “un homicidio por emoción violenta”, de “un homicidio culposo”, tipificado en una concreta norma del Código Penal. El proceso de verificación y calificación del hecho y la elección de la norma aplicable puede resultar muy fácil, como ocurre a menudo; los casos difíciles son los menos, pero por muy sencillo que sea, la operación encomendada al poder judicial no consiste en un simple silogismo, porque siempre será necesario individualizar los sujetos, los hechos y las normas aplicables, de concretizar los deberes y derechos, de fijar el plazo en que se debe ejecutar la prestación, etc. Ninguna norma general es tan completa como para ser aplicada directa y ejecutivamente a una relación social; para ello es preciso individualizarla en una sentencia, resolución administrativa o laudo arbitral, únicas normas que pueden ser aplicadas directamente a un hecho concreto⁶⁷.

El Derecho es conjunto coordinado de normas, dispuestas en orden jerárquico, de tal forma que las superiores generan las inferiores, esto es, la producción de una norma inferior es un acto ejecutivo de una norma superior. Por ejemplo, la Constitución produce leyes ordinarias y estas crean otras normas inferiores, como reglamentos, decretos, resoluciones, contratos, etc. Las normas inferiores deben ser creadas dentro de los límites materiales y formales fijados por las normas superiores. En el paso de la ley ordinaria a la decisión judicial (norma decisoria), las leyes sustanciales fijan el límite de contenido del poder normativo del juez, es decir, que este debe buscar y encontrar la solución prevista en las leyes ordinarias. La actividad del juez está limitada por la ley, en cuanto a que el contenido de la sentencia debe corresponder al contenido de la ley. Las leyes adjetivas (procesales) constituyen los límites formales a la actividad del juez, lo cual “quiere decir que el juez está autorizado para dictar normas jurídicas en cada caso concreto, pero debe dictarlas siguiendo el rito pre establecido en gran parte por la ley”⁶⁸. La sentencia tiene un valor análogo al de la ley, porque integra con ella una realidad jurídica; la ley es una norma general y abstracta, y la sentencia una norma, individualizada y concretizada de la ley, creada por el juez para regular el hecho concreto. La garantía de seguridad y certeza jurídica estriba en que la sentencia está, respecto a la norma aplicada, en una relación de dependencia de lo fundado

67 RECASÉNS SICHES, “La interpretación del derecho”, art. cit., p. 560 y ss.

68 BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, traducción por Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1992, p. 167.

(la sentencia) con su fundamento (la ley)⁶⁹, puesto que la sentencia es la actuación concreta y dinámica de la ley.

La sentencia es la regulación del caso concreto dentro de los límites establecidos por la norma o normas aplicadas seleccionadas por el juez de entre las que integran el ordenamiento jurídico. ¿Cómo procede el juez para elegir las normas aplicables al caso concreto de que se trate? El juez no puede arbitrariamente tomar unas normas y rechazar otras, sino que debe proceder dentro de los límites señalados por determinados principios generales, positivizados o no, que le imponen ciertos criterios que no puede eludir. Así, el juez está obligado a seleccionar una norma vigente, a preferir, cuando hay incompatibilidad, la norma de mayor jerarquía sobre la de rango inferior, y si la incompatibilidad es entre normas de igual rango, a optar por la norma especial sobre la general, etc. De suerte que los elementos con que se crea la norma decisoria no son inventados por el juez, sino que son Derecho vigente.

Los elementos sociales, económicos, religiosos, morales, políticos o de otro orden solo entrarán a formar parte de la norma decisoria si el Derecho vigente los admite, por ejemplo, cuando el Derecho civil, a falta de ley, remite la regulación de un hecho a los usos y costumbres; pero tales elementos no podrán nunca traspasar la barrera del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, porque en materia penal no hay otra fuente formal que no sea la ley, rechazándose no solamente la aplicación analógica de la ley, sino toda otra fuente subsidiaria, como garantía de libertad y seguridad para todos⁷⁰. No cabe duda sobre el poder atribuido al juez para crear Derecho en la forma de normas individualizadas (normas decisorias) como son las sentencias. Él crea derecho dentro de los límites del ordenamiento jurídico, así como el legislador tiene el poder de crearlo en la forma de leyes ordinarias dentro de los límites previstos por la Constitución. La sentencia que no guarda correspondencia con el ordenamiento jurídico “puede ser declarada sin valor, como cuando una ley ordinaria no es conforme con la Constitución”⁷¹.

El juez no es un instrumento mecánico de aplicación de la ley, pero tampoco puede ser legislador, porque ello derivaría en arbitrariedad, inseguridad y desequilibrio total. Al interpretar la ley buscará el sentido más adecuado y conforme a la realidad social y época en que debe ser aplicada, pero nunca podrá emitir solución contraria al ordenamiento jurídico. Nadie, ni el legislador que da la ley, ni el juez que la aplica, ni

69 Cossío, Carlos, *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires: Losada, 1945, p. 67, bien expresa que “el carácter apriorístico de la ley respecto de la sentencia, nos hace ver que el juez ha de descender de la ley a la sentencia con método deductivo, de tal manera que cualquier cosa de la ley que aparezca en la sentencia, ha de tener esa conformidad racional de lo general a lo particular, común a toda deducción”.

70 SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, ob. cit., p. 165.

71 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 167.

nadie de la comunidad pueden arrogarse el derecho de transgredir el ordenamiento jurídico.

La libertad del intérprete en general no puede ser ilimitada, sino que todas las soluciones a los problemas jurídicos deben encontrar un sólido punto de apoyo en el ordenamiento jurídico, como garantía de certeza y seguridad que se logran solamente mediante la positividad del Derecho. La sentencia judicial o la resolución administrativa es la ley en actividad, pero debe ser la misma ley que está escrita en los textos. Como expresa RUIZ VADILLO⁷², citando a Federico de Castro, Lehmann y BONET, la aplicación de la norma supone una actividad creadora, porque el intérprete da sentido, desarrolla y completa la ley, pero no significa la concesión de un poder arbitrario al juez para basar sus decisiones en sus particulares sentimientos o en sus utópicos ideales de legislador. El jurista es servidor del fin y no tan solo de las palabras de la ley; el intérprete debe seguir, mas no puede suplantar, los valores de la ley, porque “reconocer al juez la facultad de desvincularse totalmente del precepto legislativo para decidir según su conciencia, significaría sustituir aquella certeza e igualdad del derecho que constituyen supremas garantías para los ciudadanos del Estado moderno, en arbitrio judicial”.

El juez no está obligado a aplicar ciegamente la ley, aunque la solución sea injusta, sino que en tal caso debe interpretarla considerando el marco social que envuelve la sanción de la ley aplicable y la producción del hecho que se juzga para dar una solución axiológicamente aceptable, cuidando de que la creatividad de la jurisprudencia se circunscriba a los estrictos límites *intra legem* (por ejemplo, en el derecho penal) o también *praeter legem* en las ramas que el ordenamiento lo permite (v. gr., el derecho civil), pero nunca *contra legem*. La interpretación judicial que logra ser reconocida tiene que ser necesariamente la que se adecúa al sentido de la ley, porque admitir la interpretación *contra legem* no significa otra cosa que revivir el lúgubre lenguaje de los teóricos del nazismo, interesados, como es palmario, en obtener un ciego instrumento del régimen, disponible en caso de necesidad, aun para generar tipos inéditos de delitos interpretando el “sano sentimiento del pueblo alemán”.

La interpretación judicial es un acto de comprensión y una toma de posición axiológica, que valora conductas y leyes; no procura solamente una solución lógica sino también justa. Pero a pesar de que la interpretación judicial está integrada por la conciencia axiológica del juez, debe ser objetiva en el sentido de que, esto que es así para mí, debe serlo también para los demás; para ello se guiará, en especial, por los fallos de contenido concordante (jurisprudencia), a fin de verificar si su punto de

72 RUIZ VADILLO, “La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código Civil español”, art. cit., pp. 91 y 92.

vista axiológico es o no intersubjetivo, objetivo⁷³. Una decisión es justa cuando en ella se realizan los valores en la intensidad exigida por la institución jurídica en juego. Así, por ejemplo, en el derecho de familia predomina el valor de la solidaridad; en el de trabajo, el valor de la cooperación; en el social, el de la seguridad. La justicia es el valor supremo, la armonía que preside la solución de cada caso, solución que debe entrañar orden y no desorden, seguridad y no inseguridad, poder y no anarquía u opresión, paz y no discordia, cooperación y no aislamiento, solidaridad y no egoísmo⁷⁴.

¿La interpretación judicial constituye o no jurisprudencia que vincule a los órganos jurisdiccionales del Estado? Si bien es verdad que en el derecho peruano solo tienen la calidad de *precedente judicial* las decisiones tomadas por los plenos casatorios de las distintas salas especializadas (por ejemplo, el pleno de las salas civiles de la Corte Suprema: art. 400 del CPC), también es cierto que las emitidas por las distintas salas del más alto Tribunal de la República (no reunidas en plenos casatorios) no tienen solamente un valor moral fundado en el conocimiento de los magistrados, sino una notable importancia práctica como argumento sicológico, pues los magistrados de inferior categoría tratan de uniformar sus actos y decisiones al sentido que las resoluciones supremas le han dado a las normas jurídicas. Lo mismo sucede con las decisiones de las cortes superiores respecto de los jueces de primera instancia, y de estos respecto de los jueces de paz.

Es verdad que los jueces inferiores adecúan sus decisiones a las de los jueces superiores; que los abogados, para el ejercicio de su profesión, deben conocer, por necesidad, qué significado están dando los jueces a las normas jurídicas; que a toda la comunidad le interesa conocer qué interpretación judicial le han dado al asunto para saber conforme a qué pautas serán resueltos sus problemas. Por eso, la interpretación judicial deviene en la más importante de todas, pues las normas jurídicas tienen el significado que los jueces quieren que tengan; por consiguiente, se impone la mayor estrictez y acierto en la designación de los jueces, en su carácter de intérpretes de las normas jurídicas. El juez debe ser la persona que se desempeñe como el contralor imparcial e insospechado de los otros poderes del Estado; debe constituir una garantía

73 LINARES QUINTANA, *Tratado de interpretación constitucional*, ob. cit., p. 167. COSSIO Y AFTALIÓN sostienen que “es aplicable a la valoración judicial la teoría de Husserl, para quien lo *objetivo* viene a ser lo *intersubjetivo trascendental*. Cuando se afirma que lo *objetivo* viene a ser lo *intersubjetivo trascendental*, se quiere decir que lo *objetivo* se fundamenta en el hecho gnoseológico de que el punto de vista desde el cual se contempla algo, esté constituido por la *posibilidad* de que eso que es así para mí, sea también así para todos los demás; vale decir, se trata de la *posibilidad* de que no solo yo, sino el prójimo y todos los próximos, pueden ver eso mismo que veo yo. Es, pues, el punto de vista mismo, el que tiene que contener *intersubjetividad* de los otros. Si no hay *intersubjetividad* en el punto de vista, no se puede hablar nunca de lo *objetivo*; y lo *objetivo* en su desarrollo será aquello que así es para mí, para ti, para todos los demás; siendo claro que este acuerdo posible sobre el *objeto*, presupone la *intersubjetividad* del punto de vista”.

74 CUETO RÚA, Julio C., “Las razones del juez”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, n.º 19, 2.^a época, año xxvi, Buenos Aires, p. 215.

total y absoluta en el ejercicio de su delicada función de administrar justicia, y dar a los ciudadanos la mayor seguridad sobre la protección de sus derechos.

Mediante la interpretación judicial se da el tránsito de lo general a lo individual, de lo abstracto a lo concreto; es la interpretación que da vida al Derecho y tiene fuerza vinculante para los litigantes que intervienen en el proceso y para el propio juez; además, sirve de norma de conducta para todos los demás miembros de la colectividad, por lo cual goza del respaldo de la fuerza coercitiva del Estado.

¿Es la interpretación judicial el prototipo de interpretación? La respuesta es afirmativa, pues, como dice RECASÉNS SICHES⁷⁵, es el órgano jurisdiccional el que en definitiva y de modo incontrovertible pronuncia la norma individualizada que habrá de realizarse aun coercitivamente si fuera necesario. La interpretación hecha por otras personas toma como paradigma hipotético la función del juez. La doctrinaria facilita en gran medida la función interpretativa del juez, pero es genérica y abstracta, es una interpretación a medias, un fragmento de la interpretación, una parte de esta, desde luego fundamental y condicionante de lo que auténticamente constituye la interpretación plenaria que, por ser forzoso y necesario, desemboca en la formulación real o hipotética de una norma individualizada, en el pronunciamiento de un fallo o resolución. Por ello, la auténtica interpretación es siempre la jurisdiccional. Las otras representan apenas, o etapas preparatorias o instrumentos auxiliares, pero no interpretación genuina y plenaria.

Son equiparables a la interpretación judicial, las decisiones adoptadas por los diversos organismos públicos y autoridades competentes en ejercicio de sus funciones. Las adoptadas, v. gr., por el Tribunal Fiscal, el Tribunal Registral, el Indecopi, son vinculatorias para las partes intervenientes en el acto controvertido administrativamente. Pero, en definitiva, la realizada por los varios órganos de la administración pública puede ser corregida por la interpretación judicial.

La interpretación judicial es casuista y contradictoria, y está, como dice BORDA⁷⁶, “influida por las circunstancias propias del pleito, la buena o la mala fe de los litigantes, la convicción de que se debe proteger a una y castigar a la otra”. Un juez o tribunal de Cajamarca puede interpretar una ley en determinado sentido, y un juez o tribunal del Cusco puede interpretar la misma ley en sentido diferente, produciéndose así un estado de inseguridad jurídica que felizmente es superado por la actividad uniformadora de la interpretación que en su calidad de poder central ejerce la Corte Suprema, la cual por mandato de la Constitución (art. 141) tiene la calidad de tribunal de casación y

75 RECASÉNS SICHES, “La interpretación del derecho”, art. cit., p. 544.

76 BORDA, Guillermo, *Manual de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, p. 123.

como tal debe verificar la adecuada aplicación del Derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia (art. 384 del CPC)⁷⁷.

¿Debe haber continuidad o dinamicidad en la jurisprudencia? El juez, sea de paz, de primera instancia, juez superior o juez supremo, debe dictar su sentencia no solo con el propósito de resolver el caso concreto sometido a su decisión, sino también para que su decisión sirva de permanente esquema de conducta a todos los miembros de la comunidad. La interpretación de una norma jurídica hecha por el juez sobre un caso concreto, debe servir para regular este caso concreto y todos los demás casos semejantes. Hacer lo contrario significa atentar contra el postulado de la justicia, que exige que casos iguales tengan la misma respuesta jurídica, y contra el principio de seguridad jurídica hacia el cual apunta el Derecho. Los jueces solo pueden apartarse de una interpretación precedente cuando tengan la convicción de mejores razones para otra interpretación. Advierte LARENZ⁷⁸ lo siguiente:

[L]a continuidad de la jurisprudencia de los tribunales, la confianza del ciudadano, basada en ella, de que su asunto será resuelto de acuerdo con las pautas hasta entonces vigentes, es un valor peculiar. Solo a un cambio fundamental de la conciencia valorativa general no debe sustraerse el intérprete, sobre todo cuando aquel ha hallado expresión en leyes más o menos nuevas o se basa en un amplio consenso.

Es no solo un deber jurídico sino también un deber ético, el hecho de que el juez asuma cierta interpretación y que la haga valer decidiendo conforme a ella todos los casos semejantes.

La sentencia más fantasiosa puede ser impugnada y por tanto reformada y anulada en los diversos grados del proceso, pero también los más sofisticados mecanismos de impugnación resultarán ineficaces si, por ejemplo, la fantasía deviene en sistema, si en el ambiente judicial prevalece la regla de la discontinuidad.

77 CPC: Art. 396. Si la Sala Suprema declara fundado el recurso (de casación) por infracción de una norma de derecho material la resolución impugnada deberá revocarse, íntegra o parcialmente, según corresponda. También se revocará la decisión si la infracción es de una norma procesal que, a su vez, es objeto de la decisión impugnada. Si declara fundado el recurso por apartamiento inmotivado del precedente judicial, la Corte procederá conforme a lo indicado en el párrafo anterior, según corresponda a la naturaleza material o procesal de este. Si la infracción de la norma procesal produjo la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o del debido proceso del impugnante, la Corte casará la resolución impugnada y, además, según corresponda: 1) ordena a la Sala Superior que expida una nueva resolución; 2) anula lo actuado hasta la foja que contiene la infracción inclusive o hasta donde alcancen los efectos de la nulidad declarada, y ordena al juez de primer grado que expida otra; 3) anula la resolución apelada y declara nulo lo actuado e improcedente la demanda. En cualquiera de estos casos, la sentencia casatoria tiene fuerza vinculante para el órgano jurisdiccional respectivo.

78 LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 311.

Cuando los tribunales interpretan la misma norma jurídica de distinta manera, se violan flagrantemente los principios de justicia, seguridad y certeza. La jurisprudencia contradictoria no revela una recta administración de justicia apoyada en un adecuado conocimiento de los hechos y de las normas que los regulan, sino una justicia subastada al mejor postor. En una realidad como esta, el desorden que pueda derivarse de la rigurosa observancia de la ley no es en nada comparable con la monstruosidad que significa el desorden que nace de la interpretación jurídica⁷⁹. En el siglo que estamos comenzando, el legislador es causa de desorden e incertezza jurídica, pero es el juez el abanderado de estos males que asuelan a la sociedad. Con malos jueces, leyes claras y diáfanas se convierten en instrumentos peligrosos para los ciudadanos; en cambio, con buenos jueces, leyes oscuras adquieren claridad de sentido, y mediante ellas adviene la justicia que da a cada uno lo suyo.

173.3. Interpretación auténtica

La interpretación auténtica se cumple mediante una norma aclaratoria (norma interpretativa) emanada del mismo órgano que creó la norma originaria (norma interpretada), a fin de aclarar las dudas que suscita esta norma o cuando sobre la base de ella se vienen aplicando otras en forma incorrecta o, simplemente, porque su creador quiere que sea entendida en un sentido diferente al que se le ha dado o se pretende darle. En tal virtud, dos son los requisitos de la interpretación auténtica: a) que sea realizada por el mismo órgano que creó la norma que se interpreta o por el órgano que lo sucede⁸⁰, y b) que se haga con otra norma (aclaratoria) de la misma jerarquía de la norma interpretada.

La norma interpretativa (aclaratoria) no hace sino precisar el significado de otra anterior y, como no deroga ni modifica, sino que simplemente aclara el sentido de la norma, sus efectos se retrotraen al momento en que entró en vigencia la norma interpretada, respetando siempre las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada en el tiempo intermedio, esto es, el intérprete no puede invalidar una sentencia mediante una norma interpretativa.

Siendo que la interpretación auténtica solo puede hacerla el órgano o persona que creó la norma con otra del mismo rango, se tiene, por ejemplo, que la interpretación auténtica de una norma constitucional solo puede realizarla el poder constituyente

79 “Un disordine, che nasce dalla rigorosa osservanza di una legge penale, non è da mettersi in confronto coi disordini che nascono dalla interpretazione” (BECCARIA, César Bonesano, *Dei delitti e delle pene*, MILANO: Giuffrè, 1973, p. 18).

80 “Talvolta la interpretazione della norma è compiuta dagli stessi organi che la hanno emessa, ossia dotati di competenza normativa, e che pertanto si risolve in un'altra norma, rivolta a chiarire il contenuto della norma precedente: questa figura di interpretazione, che ha carattere vincolante, è denominata *legale o autentica*” (PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, ob. cit., p. 56).

con otra norma constitucional; la de una ley solo puede hacerla el Congreso con otra ley; la de un decreto, por el poder ejecutivo, con otro decreto; la de una ordenanza municipal, por el consejo municipal que la creó, con otra ordenanza municipal; la de un contrato, por las partes que lo celebraron, con otro contrato. En otros términos, solamente el poder constituyente y nadie más puede interpretar auténticamente las normas constitucionales; el poder legislativo, las normas legales creadas por él; el ejecutivo, los decretos; las municipalidades, las ordenanzas municipales que han expedido dentro de su competencia; los contratantes, los contratos en los cuales son partes. Solo es interpretación auténtica la proporcionada con una norma interpretativa de igual jerarquía que la norma interpretada⁸¹, v. gr., la Constitución no puede ser interpretada auténticamente por una ley; o la ley orgánica por una ley ordinaria; o una ley por un decreto; o una ordenanza municipal por un edicto.

El Poder Legislativo (Congreso) *interpreta* la Constitución para establecer su sentido y alcance (interpretación que no se hace con otra norma) a fin de que con las leyes o resoluciones legislativas que expida no la violen ni por la forma ni por el fondo; pero lo que no puede es *interpretar auténticamente* a la Constitución. Esta facultad al poder legislativo que reside en el Congreso (art. 90) para “dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes” (art. 102.1), pero no para interpretar *auténticamente* la Constitución (ley fundamental, ley de leyes), porque esta fue creada por el Congreso Constituyente Democrático (poder fundante o constituyente, poder de poderes), único órgano que puede interpretarla en forma auténtica. Un *poder constituido*, como es el Congreso, no puede interpretar auténticamente una norma constitucional creada por el *poder constituyente*. Si el Congreso se arroga la función de interpretar auténticamente las normas constitucionales, usurpa las funciones de un poder superior: el del Congreso Constituyente Democrático (Asamblea Constituyente). Esto es lo que ha sucedido con la Ley 26657 (3 de agosto de 1996), llamada *de interpretación auténtica* del art. 112 de la Constitución, el cual, antes de su modificación, impidiendo la reelección inmediata, establecía que el “presidente puede ser reelegido de inmediato para un periodo adicional”; por esta ley, el Congreso trató de que al presidente Alberto Fujimori se le reelija para un segundo periodo adicional, puesto que ya lo consiguió en 1995. Por tanto, esta ley fue nula en aplicación del art. 46, que dispone que “son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas”⁸². Con una ley creada por el Poder Legislativo no se puede inter-

⁸¹ RODRÍGUEZ refiere: “Para que sea verdadera interpretación auténtica, tiene que ser del mismo rango que la norma interpretada. Esto quiere decir, por ejemplo, que una ley, que es de rango inferior, no puede interpretar la Constitución, ni un decreto tampoco puede interpretar una ley” (RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 222).

⁸² El art. 46 dispone lo siguiente: “Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes”; “la población civil tiene el derecho de insurgencia en la defensa del orden constitucional”; “son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas”.

pretar una norma constitucional creada por el poder constituyente. Para lo que sí está facultado el Congreso es para expedir leyes de reforma constitucional, observando los límites formales señalados por el art. 206. El Congreso Constituyente Democrático no ha facultado al Congreso para interpretar auténticamente la Constitución, y no lo podía hacer puesto que, como se sabe, la interpretación auténtica solamente la hace el mismo órgano que crea la norma, con otra de igual jerarquía.

Un mal uso de la atribución conferida al Congreso para interpretar en forma auténtica las leyes que dicte, no de las dictadas por el Congreso Constituyente Democrático, puede conducir a que se expidan leyes modificatorias con efectos retroactivos que la ley no permite, con el membrete de ser simplemente interpretativas. El Congreso no tiene necesidad de interpretar las leyes porque esta es una función reservada especialmente a los jueces; si son oscuras o si quiere que se les dé un sentido distinto al que se les viene dando, le basta con modificar o derogar la ley existente mediante un nuevo acto legislativo creativo y no interpretativo de leyes.

La solución al problema planteado está en suprimir la atribución del Congreso para interpretar auténticamente las leyes o establecer que las leyes interpretativas comienzan a regir desde su expedición como cualquier otra ley, esto es, que no sean retroactivas.

Es equivocado, como sostiene un sector de la doctrina, considerar como elementos de interpretación auténtica a los antecedentes legislativos, los cuales, si bien pueden constituir ilustraciones para esclarecer la voluntad de la ley, no constituyen interpretación auténtica. El cuerpo legislativo acepta y sanciona la norma y no la opinión del autor del proyecto o de la comisión dictaminadora respectiva o de los legisladores que exponen sus opiniones en el pleno, pues son simples opiniones individuales de los que las pronuncian, por lo cual no pueden constituir la *mens legis*; no todos los legisladores, al votar afirmativamente, aun cuando la votación sea por unanimidad, aceptan estas opiniones como *ratio legis*⁸³ y acerca de los que no hablaron, es imposible determinar por cuáles razones votaron. Otros elementos a los cuales hay que acudir para darle sentido a la norma, son los hechos sociales, económicos, políticos, históricos, culturales, que ocasionaron la germinación de la norma y la evolución de tales hechos al momento en que se realiza el acto interpretativo. Además, desde que la norma entra en vigencia, forma parte del ordenamiento jurídico, y por ello su significación tiene que adecuarse a los lineamientos fundamentales que inspiran a todo el ordenamiento. Ella

83 Como asevera BIELSA, una disposición legal puede votarse inclusive por unanimidad, y ser interpretada muy diversamente por los miembros de los distintos sectores de dicha cámara; el liberal, el socialista, el conservador, el comunista, pueden votarla con propósitos distintos; es decir, que no solo la índole de la ley sino también su *oportunidad* pueden ser aprobadas con distinto sentido y alcance por cada miembro de una cámara legislativa (BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 2.^a ed., Buenos Aires: Depalma, 1954, p. 25).

debe ser examinada con referencia a todo el ordenamiento, observando estrictamente la Constitución y la protección de los derechos fundamentales del ser humano, sin los cuales no existe Estado de Derecho.

Como sabemos, la ley general y abstracta se convierte en realidad, se individualiza, en la sentencia. El tránsito de lo general a lo singular, de lo abstracto a lo concreto, se produce mediante la interpretación; por ello ha de concluirse que la interpretación auténtica no es el resultado de aplicar una norma a la solución de un caso singular. En este sentido, no se puede hablar de interpretación auténtica, porque sería convertir al legislador en juez, y el acto legislativo de interpretación de la ley no es acto jurisdiccional.

Históricamente encontramos que HOBBS, quien no reconoció otro poder que del soberano, sea un rey o una asamblea, utilizó la expresión *interpretación auténtica* en su obra *Leviatán* publicada en 1651; donde menciona lo siguiente:

Ciertamente no es en la letra sino en la significación, es decir, en la interpretación auténtica de la ley [que estriba en el sentido del legislador] donde radica la naturaleza de la ley. Por tanto, la interpretación de todas las leyes depende de la autoridad soberana, y los intérpretes no pueden ser sino aquellos que designe el soberano (solo al cual deben los súbditos obediencia). De otro modo, la sagacidad de un intérprete puede hacer que la ley tenga un sentido contrario al del soberano; entonces el intérprete se convierte en legislador. La interpretación de la ley de naturaleza es la sentencia del juez, constituido por la ley soberana para oír y fallar las controversias que de él dependen; y consiste en la aplicación de la ley al caso debatido. En efecto, en el acto del juicio, el juez no hace otra cosa sino considerar si la demanda de las partes está de acuerdo con la razón natural y con la equidad; y la sentencia que da es, por consiguiente, la interpretación de la ley de naturaleza, interpretación auténtica no porque es su sentencia privada, sino porque la da por autorización del soberano; con ello viene a ser la sentencia del soberano, que es ley, en aquel entonces, para las partes en litigio⁸⁴.

173.4. Interpretación común

Llamamos *interpretación común* (o particular o privada), a la efectuada por el común de las gentes. Si el Derecho es casi como el aire que respiramos del cual nos tenemos que servir todos sin exclusión de nadie, es necesario que quien lo utiliza, aun sin ser un profesional del Derecho, desentrañe cuál es su sentido y alcance respecto a una realidad concreta.

Es muy pretencioso creer que los únicos que pueden interpretar el Derecho son los llamados *operadores jurídicos* (jueces, abogados, juristas, etc.). También los particulares analizan las normas jurídicas cada vez que desean saber si la actividad

84 HOBBS, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, ob. cit., pp. 226 y 227.

que quieren emprender es lícita o ilícita; si los actos o negocios jurídicos que quieren llevar a cabo producirán o no tales o cuales efectos; cuando quieren conocer qué responsabilidad se deriva para ellos por los daños causados por sus menores hijos o por los animales que poseen; cuando al otorgar un testamento, desean saber en qué proporciones pueden distribuir sus bienes entre sus futuros herederos, etc. Claro está que esta interpretación común está sujeta a corrección por los operadores jurídicos, especialmente por el juez.

173.5. Interpretación declarativa

Luego de interpretada la norma, se llega a la conclusión de que su sentido debe apreciarse con estricta referencia al texto literal, sin ampliar ni restringir su alcance. El texto legal dice lo mismo que resulta ser el verdadero sentido de la ley luego de interpretada. El sentido y alcance de la norma están cabalmente expresados en el texto que se interpreta.

Enseña COVIELLO⁸⁵ de esta manera:

[L]a interpretación declarativa puede ser en sentido lato o en sentido estricto, subdistinción que debe tenerse como algo bien diferente de la otra de interpretación extensiva y restrictiva: pues tanto la interpretación en sentido lato como la interpretación en sentido estricto, no son más que interpretación declarativa en todo caso, que se contrapone a la extensiva y a la restrictiva.

La interpretación declarativa en sentido lato es cuando se interpreta a la palabra en toda la amplitud de su posible significado; verbigracia, la palabra *alimentos* usada por la ley comprenderá no solo la comida y la bebida, sino también la vivienda, el vestido, la educación y los medicamentos; el vocablo *enajenación* no significa solamente la transferencia de la propiedad de los bienes, sino también la sola transferencia de su uso o posesión.

En la interpretación declarativa en sentido estricto, se restringe el significado de la palabra a uno de los varios significados que en sí misma puede contener; por ejemplo, la palabra *condición* no se entenderá en su sentido común y amplio de índole, naturaleza o calidad de una cosa, sino en su sentido técnico-jurídico, es decir, como el suceso incierto y futuro del cual se hacen depender los efectos de un acto jurídico.

Otras veces las palabras o expresiones serán tomadas en sus varios significados; así, con la locución *transferencia* se indica tanto la transferencia de la propiedad o del uso o

85 COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general del derecho civil*, traducción por Felipe de J. Tena, Madrid: Uteha, 1938, p. 81.

la posesión de un bien, como la transferencia de una cantidad de dinero de una cuenta bancaria a otra, el conjunto de operaciones financieras realizadas dentro de un presupuesto para la redistribución del capital, el cambio de un jugador profesional de un club a otro, etc.

173.6. Interpretación modificativa

Las leyes pueden revelar un significado claro y definido, pero puede suceder que el legislador se haya expresado indebidamente, con demasiada estrechez o con amplitud excesiva, en cuyo caso procede una interpretación rectificadora que amplíe o restrinja las palabras de la ley para obtener su verdadero sentido. La interpretación modificativa puede ser extensiva o restrictiva.

173.6.1. Interpretación extensiva

Cuando el texto legal dice menos de lo que es la voluntad de la ley (*minus dixit quam voluit*), el intérprete amplía el significado del texto a supuestos que, de este modo, resultan incluidos en su sentido. El sentido y alcance de la norma son más amplios que su formulación escrita. Se desarrolla el sentido que subyace en el texto de la norma para comprender casos que en apariencia no están contemplados por ella, pero que razonablemente sí lo están. Se interpretan por entero las normas permisivas.

Cuando las palabras utilizadas por el legislador no son oscuras ni ambiguas, sino que, a pesar de tener un significado bien delimitado, no corresponde al espíritu y finalidad de la ley, se debe, mediante los medios de interpretación estudiados, ampliar el significado natural de esas palabras hasta comprender aquellos supuestos que no han sido expresados en forma adecuada. Así, cuando dice: "hombre", "niño", "abuelo", "adulto", se refiere también a las respectivas personas naturales del sexo femenino, es decir, se refiere la ley a todos los individuos de la especie humana sin distinción de sexo, salvo que por disposición de ella o por su naturaleza deba entenderse que los aludidos términos se refieren tan solo a individuos del sexo masculino. El art. 1362 del Código Civil dispone: "Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe [...]"; esta regla debe interpretarse extensivamente de tal modo que la buena fe presida la negociación, celebración y ejecución no solo de los contratos, sino de todo acto jurídico, sea o no contrato.

Según COVIELLO⁸⁶,

[U]na especie de interpretación extensiva es la que se obtiene con los argumentos *a fortiori*, que son los medios lógicos con que se extiende una norma de la ley de un caso expresado en su letra a otro no expresado, en el que se encuentra la misma razón fundamental, pero en mayor grado de eficacia; de aquí el nombre con que se les designa.

Distínguense en argumentos *a maiori ad minus*, como cuando se arguye que el que está autorizado para hacer lo más, también lo está para hacer lo menos (*non debet cui plus licet, quod minus est non licere; in eo quod plus est, semper inest el minus*); y en argumento *a minori ad maius*, como, por ejemplo, cuando de una ley que exige ciertas condiciones para un efecto determinado, se infiere que las mismas condiciones se deben exigir para producir el efecto mayor.

El argumento *a maiori ad minus* se fundamenta en la fórmula “quien puede lo más, puede lo menos” (*cui licet quod est plus, licet utique quod est minus* [al que le es lícito lo más, le es lícito lo menos]; *in eo quos plus sit semper inest et minus* [en lo que es más está comprendido siempre lo que es menos]). Por ejemplo, si el dueño puede vender el bien de su propiedad, con mayor razón puede hipotecarlo, arrendarlo, etc. El argumento *a minori ad maius* se basa en la fórmula: “Al que le está prohibido lo menos, con mayor razón le está prohibido lo más”. Por ejemplo, si a una persona se le prohíbe hipotecar su inmueble, con mayor razón se le prohíbe venderlo⁸⁷.

Asimismo, son especies de interpretación extensiva los argumentos *a pari* y *a contrario sensu*. El argumento *a pari* consiste en referir al caso no previsto la misma consecuencia que al previsto por identidad de razón entre ambas hipótesis. Por el argumento *a contrario sensu* se refiere a la regla contraria a la norma, para solucionar los casos contrarios a los legislados; por ejemplo, el art. 908 del Código Civil de 1984 prescribe que “el poseedor de buena fe hace suyos los frutos”. Luego, *a contrario sensu*, el poseedor de mala fe no hace suyos los frutos.

La interpretación extensiva se diferencia de la analogía en que con esta se crea una nueva norma jurídica; en cambio, con la interpretación extensiva se amplían los efectos de una norma a casos no previstos por ella.

173.6.2. Interpretación restrictiva

El sentido hallado por la interpretación es más reducido que la expresión usada por la norma (*plus dixi quam volut*). Por ejemplo, hay que entender que con la expresión *parientes* la ley no se refiere a todo tipo de parientes sino apenas a los más cercanos; con frecuencia con la palabra *animal* la norma se refiere a los domésticos y no a los salvajes. El sentido y alcance de la norma son razonablemente menos de lo que parece indicar el texto. Con la interpretación restrictiva se reduce el alcance del texto de la norma, pues aquella se aplica de preferencia a las normas prohibitivas y a las especiales (por ejemplo, las penales y las procesales), en las cuales la consecuencia jurídica se aplica estrictamente a los casos descritos en el supuesto de hecho.

Al respecto, observa COVIELLO⁸⁸ concretamente lo siguiente:

[T]anto la interpretación extensiva como la restrictiva tienen el mismo presupuesto, esto es, la no correspondencia de la palabra a la voluntad del legislador, y el mismo fin, reducir la palabra a los límites de la voluntad. Y tanto una como otra se distinguen de las dos modalidades de la interpretación declarativa, esto es, de la interpretación en sentido lato y de la interpretación en sentido estricto, pues mientras estas se mantienen siempre en los límites del significado natural de la palabra, aquellas no los respetan.

La interpretación restrictiva, señala FERRARA⁸⁹, tiene lugar especialmente en estos tres casos: 1) si el texto, entendido en modo general como fue redactado, vendría a contradecir otro texto de la ley; 2) si la ley contiene en sí misma una íntima contradicción (argumento *ad absurdum*); y 3) si el principio aplicado sin restricción va más allá del fin para el que fue ordenado.

En efecto, si el sentido y alcance de la norma están cabalmente expresados en la norma, la interpretación es declarativa: pero si el sentido y alcance de la norma son más amplios que su texto, la interpretación es extensiva: por el contrario, si la significación y alcance de la norma son menos que el del texto, la interpretación es restrictiva. Esta tiene aplicación cuando el significado de las palabras usadas por la ley contradiga a otra ley, o a un principio fundamental de derecho, o a la *ratio legis*, pues “cesando la razón de la ley, cesan sus disposiciones (*cessante ratione legis, cessat lex*)”.

174. “Favor legis” y clemencia interpretativa

Se habla de *favor legis* como otra clase de interpretación, cuando la norma es entendida en el sentido de privilegiar ciertos preceptos por la finalidad que cumplen, como en el testamento el respeto por la voluntad del testador (*favor testament*), o por las condiciones existentes en cierta época, las cuales justifican una especial protección, como en las relaciones de trabajo la tutela del trabajador en el contexto de una economía industrial o del arrendatario en el contrato de arrendamiento ante una crisis del mercado de este sector. En fin, a veces, como sucede en el Derecho penal, valen los principios *semper benignius interpretandum* (D. 50, 17, 1 55,2) o *semper in dubiis benigniora proferenda sunt* (D. 50, 17, 56) que orientan la interpretación de las normas con inspiración en la clemencia. Acerca de esto, también se recurre a la palabra *equidad* que en la concepción moderna derivada del Derecho justiniano significa *justicia del caso singular*: “concepción que tiende a conciliar las opuestas exigencias

⁸⁸ COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 85.

⁸⁹ Citado por ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, 10.^a ed., Lima: Eddili, 1987, p. 262.

de una interpretación uniformada a la certeza del Derecho y a la lógica jurídica con aquella de entender el Derecho en sentido humanitario a fin de proteger a los débiles⁹⁰.

175. Métodos de interpretación

El proceso de interpretación de las normas jurídicas atraviesa por dos fases: la *primera* consiste en seleccionar la norma aplicable al caso concreto, y la *segunda*, en la especificación de su sentido o significado.

En la primera fase del procedimiento interpretativo, cuando el intérprete no encuentra una norma que regule expresamente el caso concreto, debe proceder a una indagación analógica, o sea, procura hallar y consultar una norma que contemple casos similares y obtener de ella la regla aplicable al caso en examen (*analogía legis*). Si este procedimiento no conduce a un resultado positivo, el intérprete puede obtener la regla aplicable al caso concreto de los principios generales que informan el Derecho positivo, es decir, la ideología que inspira el ordenamiento jurídico (*analogía iuris*).

Para entender el exacto sentido y alcance de las normas —segunda fase de la interpretación— el intérprete debe seguir un procedimiento que prevé el recurso a varios *métodos* denominados también *criterios, elementos, reglas o estilos* de interpretación, enlazados entre sí, los cuales son procedimientos técnicos destinados a orientar al intérprete en su tarea de alcanzar la verdad. A continuación, exponemos los más importantes métodos de interpretación que se han propuesto a lo largo de la historia jurídica.

175.1. Método literal

Probablemente el método hermenéutico más antiguo es el literal, llamado también *gramatical o filológico*, por cuanto la primera actitud del intérprete fue la de atenerse a las palabras del texto escrito de la ley. Este fue el método propio de los glosadores⁹¹, que recurrieron a la sinonimia y a la etimología de las palabras.

90 Véase PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, ob. cit., p. 57.

91 Los glosadores de las escuelas de Pavía y Bolonia, cuyo principal iniciador fue IRNERIO, quien hacia el año 1100 se dedicó a comentar el *Corpus iuris civilis*, poniendo breves notas —glosas— entre las líneas a fin de explicar el sentido de las palabras y de las conexiones existentes entre los distintos pasajes. Más tarde las glosas fueron colocadas al margen o en seguida de cada párrafo del *Corpus iuris*.

Los glosadores partieron de la creencia de que en el *Corpus iuris* se encontraba todo el Derecho civil: de allí que su labor según la glosa se limite a penetrar en el verdadero sentido de las palabras, olvidando los principios que informaron el sistema jurídico.

Los glosadores fueron seguidos por los posglosadores, que pretendieron adaptar la doctrina de los primeros a las necesidades de la época. Sobresalen las figuras de Bartolo, Baldó Cino, entre otros, quienes, utilizando los textos romanos y los comentarios de los glosadores, consultando la jurisprudencia de los

A diferencia del Derecho consuetudinario, el legislado es una realidad morfológica y sintáctica que el intérprete debe analizar desde el punto de vista gramatical o literal para captar su significación y alcance: con el sentido del lenguaje se forma el sentido del Derecho. Obviamente, la interpretación de este es algo más que una cuestión lingüística, pero “los aspectos idiomáticos son básicos y elementales en toda labor interpretativa, al punto de que, como caso límite, una interpretación jurídica puede verse reducida a asunto de palabras”⁹². La invocación de la fuerza del espíritu de la norma no excusa atender a las palabras que nos la transmiten.

La averiguación del sentido literal de la norma jurídica es el punto de partida de toda interpretación y determina el marco dentro del cual deben operar los otros criterios⁹³. El elemento literal o filológico es el texto dentro del cual está encerrada la norma: por tanto, la letra es lo inmediatamente dado para poder determinar su sentido, pero puede ocultar otros sentidos que han de desentrañarse sobre la base de lo que la letra exhibe⁹⁴.

tribunales franceses y alemanes, apartándose de las palabras, trataron de conseguir, extraer de los textos concretos, normas o principios generales, por medio de un proceso abstraccionista, con el propósito de solucionar los múltiples problemas que planteaba la vida en las florecientes nuevas ciudades entregadas preferentemente a actividades del comercio internacional.

92 VERNENGO, *La interpretación literal de la ley*, ob. cit., p. 20.

93 Como afirma SAVIGNY (*Sistema de derecho romano actual*, ob. cit.): “La base de toda interpretación es un texto que interpretar. La expresión es el signo más inmediato y más natural del pensamiento. El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento, es decir, el lenguaje de las leyes”. Ross, (*Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., p. 108 y ss.). Por su parte manifiesta que “toda interpretación del Derecho legislado comienza con un texto, esto es, una fórmula lingüística escrita”. Ross distingue entre signos y símbolos. Los signos son naturales, están en el curso natural de las cosas, por ejemplo, la humedad de la tierra es signo de que ha llovido recientemente. Los símbolos son artificiales, convencionales, por ejemplo, los carteros, los militares, los policías, los boy scouts, los sacerdotes, los reyes usan vestimentas o condecoraciones que simbolizan su ocupación, dignidad o rango. De todos los símbolos, el lenguaje es el más plenamente desarrollado. La función simbólica de él se establece mediante el estudio de la manera como la gente se expresa. “Expresión” es la unidad lingüística más pequeña que es soporte de un significado por derecho propio. “Mire, ahí hay un gato” es una expresión que en su integridad es el soporte de un significado. Si digo “gato” en forma aislada, esto nada significa, a menos que la palabra, de acuerdo con las circunstancias (por ejemplo, si huelo y miro inquisitivamente en derredor), pueda ser interpretada como un juicio tal como: “Debe haber un gato por aquí cerca”. REALE, Miguel, *Introducción al derecho*, Madrid: Pirámide, 1993, p. 216. “La ley es una realidad morfológica y sintáctica que ha de ser estudiada también desde el punto de vista gramatical. El primer paso que el intérprete debe dar para presentarnos el sentido riguroso de una norma legal es el de la gramática, entendida esta en su sentido más amplio. Toda ley tiene una significación y un alcance que no son dados por la imaginación arbitraria del intérprete, sino que se nos revelan mediante el examen imparcial del texto”.

94 Como advierte VERNENGO (*La interpretación literal de la ley*, ob. cit., p. 82), la interpretación de las Sagradas Escrituras y de las obras literarias importa razonalmente razonar sobre su tenor literal. “Pero también las leyes del Estado tienen un autor que las comunica a través de algún discurso: la letra de la ley será también, en primer término, lo que su autor quería y el desengaño de cualquier otro sentido posible, necesaria y razonalmente ha de partir del tenor externo dado por el legislador, de la *litterale sentenza*. La ley se escribe, dice SANTO TOMÁS: *ut sententia legislatoris manifestar*, para que se manifieste

El elemento gramatical o literal, como recurso hermenéutico, nos enseña el contenido y alcance de la norma de acuerdo con el significado de las palabras y de las frases. Este procedimiento, que pareciera tan sencillo, ocasiona en la práctica serios inconvenientes, motivados por la impropiedad de las palabras usadas por el creador de la norma, la variación del significado con el tiempo y por los lugares, y a los varios significados que puede tener una misma palabra; la *polisemia* es la característica de todo lenguaje: toda expresión lingüística, por razones semánticas o sintácticas, es susceptible de tener varias significaciones. Como hace notar Ross⁹⁵, la referencia semántica de la palabra tiene una zona central donde su aplicación es cierta y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde cada vez se hace más dudoso si la palabra puede ser aplicada o no. Por ejemplo, no dudo en llamar “mesa” al mueble a cuyo lado estoy sentado y sobre el que escribo, pues del mismo modo uso la palabra para otros objetos semejantes, pero de tamaño menor: la mesa del cuarto de los niños, la mesa de una casa de muñecas. Pero ¿no hay un límite en cuanto a la pequeñez del objeto? En otros casos parece que es la función, y no la forma, la que determina el uso lingüístico. De ordinario no llamamos “mesa” a un “cajón de madera”, pero si sobre él tendemos un mantel y depositamos allí la comida podemos decir que “la mesa está puesta”. Son las circunstancias las que determinan la atribución de un significado a las expresiones. En resumen, dice Ross, se aplican a las palabras en el uso cotidiano: 1) el significado posible de toda palabra es vago; su posible campo de referencia es indefinido; 2) la mayor parte de las palabras son ambiguas; 3) el significado de una palabra se determina en forma más precisa cuando ella es considerada como parte integrante de una concreta expresión; 4) el significado de una expresión —y con ello el significado de las palabras contenidas en esta— se define en forma más precisa cuando la expresión es considerada en la conexión en que está formulada. Esta última puede ser lingüística (el contexto) o no lingüística (la situación). El contexto se extiende hasta donde se pueda suponer que una expresión fue formulada teniendo otra en mente, y que su autor quiso que ambas se aplicaran en forma conjunta. La situación abarca todos los hechos y circunstancias que pueden indicar cuál era la intención del autor. El significado de una palabra es una función de la conexión —expresión, contexto, situación— en que la palabra aparece. Por ejemplo, la palabra *nail* quiere decir “uña” y “clavo”. En la expresión *my nail hurts* (“me duele la uña” o “mi clavo hace doler”), es razonable entender que la palabra es usada en el primer sentido. La frase *the nail is too long* (“la uña está demasiado larga” o “el clavo es demasiado largo”), en forma aislada no se puede saber con qué significado se usa la

el fallo, la decisión, el sentir, la afirmación (traducciones tentadoras todas ellas) del legislador. De ahí que, en principio, los juicios deban ser resueltos conforme al texto de la ley (*necessitatem est quod iudicium fiat secundum legis scripturam*). Esta necesidad, para el Aquinante, debe ser puesta de lado cuando la ley es inicua o contraria al *ius naturale*. En ese caso: *non est secundum litteram legis iudicandum, sed recurrentum ad aequitatem, quam intedit legislator*.

95 Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., p. 109 y ss.

palabra *nail*. Pero si del contexto o de la situación resulta que la expresión se formula como preliminar de un pedido que le corten las uñas, entonces no cabe duda alguna.

El significado de una expresión —dice Ross⁹⁶— depende del orden de la palabras y de la manera como estas se hallan conectadas. Los problemas referentes a la conexión de las palabras en la estructura de la frase se llaman *problemas sintácticos de interpretación*. Las formas sintácticas conectivas no tienen una función inequívoca; por ello no se pueden resolver sobre la base de datos interpretativos puramente lingüísticos. Es posible que la “interpretación natural” de los textos esté determinada no solo por lo que pueda leerse, sino también por un juicio sobre el significado que puede “razonablemente” presumirse. Ejemplos: 1) “Nadie puede tener un tutor *que* sea menor que él”. Este ejemplo no crea dudas, porque solo hay una interpretación que arroja un significado razonable. 2) “Los oficiales y los soldados rasos *que* hayan aprobado el examen *pueden ser designados*”. Aquí será decisivo para la interpretación ver si de acuerdo con el contexto es posible que los oficiales sean “llamados a filas”. 3) “En el ejercicio de sus funciones los jueces están limitados por el Derecho. Los jueces no serán separados de sus cargos sino mediante juicio, ni serán trasladados en contra de su voluntad, excepto en aquellos casos en que tenga lugar una reorganización de los tribunales”. La estructura de la frase en este enunciado no pone en claro si la excepción relativa a la reorganización de los tribunales se aplica solo a la regla de que los jueces no pueden ser trasladados en contra de su voluntad, o también a la regla de que no pueden ser separados de sus cargos sin juicio. El factor decisivo es la coma después de la palabra “voluntad”. Esto demuestra que la interpolación “ni serán trasladados en contra de su voluntad” se encuentra en oposición respecto de (o es paralela a) la primera parte de la frase, y que la excepción se refiere por igual a ambas alternativas. Si la coma se suprime, la interpretación contraria sería natural. Muchos problemas sintácticos pueden evitarse mediante una redacción cuidadosa.

El creador de la norma puede atribuir a las palabras su significado corriente o un sentido que no tienen o que es contrario al indicado por el diccionario. Muchas veces no hay uniformidad de criterios sobre el sentido de una palabra, ni en el uso social, ni en el ámbito jurídico. Aun cuando a primera vista aparezca que es claro el sentido de las palabras, se debe tener presente que lo siguiente: una norma no es una palabra o término, sino un enunciado u oración. Y que el sentido de un enunciado (o proposición) no es la resultante de la mera conjunción de los sentidos de los términos componentes, sino más bien al revés: los términos componentes adquieren su sentido para el caso, un sentido que es función del sentido del enunciado, a partir del sentido del enunciado que los comprende⁹⁷.

96 Loc. cit.

97 VERNENGO, *La interpretación literal de la ley*, ob. cit., p. 25. VERNENGO se inspira en Ross, (*Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., p. 110 y ss.), quien afirma que las palabras individuales carecen de signifi-

Con mayor precisión podemos decir que el significado literal de una norma se basa en el significado de las palabras que lo integran⁹⁸ y en la manera de combinarse dentro del texto. En otras palabras, la interpretación literal exige un análisis semántico, sintáctico y lógico del texto de la norma. Los problemas semánticos son los relativos al significado de las palabras; los sintácticos son los concernientes a la conexión de las palabras en la estructura del enunciado normativo; y los lógicos se refieren a las relaciones de una expresión con otras expresiones del mismo cuerpo normativo.

Como observa DÍEZ-PICAZO⁹⁹, dentro de la interpretación gramatical existe lo que se puede llamar la *interpretación semántica* o filológica, mediante la cual se trata de fijar el sentido o los posibles sentidos que posee cada una de las palabras intercaladas en el texto, considerando cada palabra en sí misma, pues la palabra utilizada en la ley actúa como un instrumento de pensamiento e *interpretación sintáctica*, la cual no se dirige ya a la fijación del sentido de la palabra sino a la fijación del sentido de una proposición entera mediante la coordinación gramatical que dentro de ella tienen las diferentes palabras y su respectivo valor. La gramática y la lingüística proporcionan al jurista diversos materiales que han de ser utilizados por el razonamiento jurídico, pero que no lo sustituyen. Por eso la gramática, dice DÍEZ-PICAZO, no es nunca un tipo de interpretación jurídica, sino una investigación previa que nos proporciona todos los materiales que deben ser utilizados por el razonamiento jurídico, que es la verdadera y genuina interpretación.

La interpretación gramatical debe arrancar del sentido propio, natural y normal de las palabras y expresiones. Sin embargo, como dice VEGA BENAYA¹⁰⁰, toda expresión o frase legal la ha dictado un especial órgano o persona, en determinado momento, para una situación concreta, unos fines más o menos precisos y con un lenguaje circunstancial. Las leyes viven en el tiempo; hay en su texto una voluntad originaria

ficado independiente; solo lo tienen abstraído de las expresiones en donde aparecen. El significado de una expresión no está construido como un mosaico con el significado de las palabras individuales que la componen. Por el contrario, el significado que el análisis puede atribuir a los elementos individuales es siempre en función del todo en el cual aparecen. En el lenguaje cotidiano, el contexto y la situación constituyen los factores más importantes en la determinación del significado.

98 Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., p. 114, expresa que “a menudo nos encontramos con la opinión de que la interpretación de la ley puede o tiene que tomar como punto de partida el significado ordinario de las palabras, tal como resulta de su uso. Este parecer es ilusorio. No existe tal significado”. No participamos de esta opinión, porque el significado ordinario o técnico de las palabras existe; cuando no entiendo el de una palabra puesta en una oración recurro al significado que da el diccionario o indago con cuál se usa esa palabra en una situación concreta y el sentido de la oración se me aclara inmediatamente. Lo que sucede es que el significado ordinario de las palabras puede sufrir variaciones dentro de un contexto y situación dados, o estos son condiciones para elegir uno de entre los varios significados que tiene la palabra.

99 RUIZ VADILLO, “La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código Civil español”, art. cit., p. 99.

100 *Loc. cit.*

que con el tiempo se transforma en voluntad objetiva, impersonal; una circunstancia que le dio vida, unas condiciones sociales, económicas, políticas, éticas. Unos medios simbólicos de expresión que el tiempo puede cambiar de significado, y unos fines que pueden desaparecer, erosionarse. En este sentido, la frase o texto es algo vivo que pide colaboración del intérprete, es decir, una revitalización, reactualización, en suma, una adaptación al caso o problema.

Si la palabra tiene varios significados, ha de utilizarse aquel o aquellos que sean aptos para que la norma produzca efectos. Si todos los significados de una palabra pueden producir efectos, ha de acogerse aquel que sea más conforme con la materia regulada por la ley. Las palabras tienen por significado el señalado por el diccionario; pero si tienen uno usual que difiere de aquel del diccionario, se prefiere, y cuando tienen un significado común (natural) y otro técnico, rige el común, salvo que se trate de regular una actividad que cuenta con un lenguaje técnico que es conocido por las personas involucradas en ella. Las palabras de la norma se interpretarán ligadas unas en su conjunto, esto es, con otras dentro del contexto de un ordenamiento, y no en forma aislada. No solo hay que coordinar todas las palabras y frases de una disposición, sino que esta debe ser armonizada con las otras disposiciones del mismo cuerpo normativo; por ejemplo, una disposición legal es coordinada con las otras disposiciones de la misma ley. Es más: las disposiciones de una ley deben coordinarse con las de las otras leyes del sistema, relativas a la materia del caso que se quiere resolver; solo así se obtendrá el recto significado de las disposiciones legales, porque “el método literal, apegado en principio a la *superficie litterae*, irremediablemente conduce a una interpretación sistemática, donde el significado de los términos está condicionado, de alguna suerte, por las relaciones que la expresión enigmática mantiene con las expresiones contextuales en el ordenamiento”. El art. 12 de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano dispone: “Al aplicar la ley no se puede atribuir a ella otro sentido que aquel que resulte manifiesto del significado propio de las palabras según la conexión de ellas [...]”.

Los términos jurídicos deben considerarse, expresa MESSINEO¹⁰¹, no aisladamente y singularmente, sino como los componentes de proposiciones verbales que son el medio con que las normas expresan las prohibiciones o los preceptos. De ordinario –agrega dicho autor– la norma emplea los términos jurídicos en su significado técnico; el cual, no con frecuencia, sino constantemente, se separa del significado usual o vulgar de los términos singulares. En caso de duda, se debe propender al significado técnico. El autor menciona como términos que tienen un sentido técnico, alejando del sentido usual o vulgar a los siguientes: superficie, cancelación de hipoteca, cancelación de la

101 MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, traducción por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea, 1979, p. 98 y 99.

persona jurídica, indignidad, ingratitud, ausencia, cosas consumibles, aluvión, padre de familia, emulación, desaparición, confusión.

Discordamos de la opinión de MESSINEO en el sentido de que en caso de duda se debe propender al sentido técnico antes que, por el sentido usual de los vocablos, porque consideramos que hasta inmoral resultaría el tratar de imponer un lenguaje técnico a una comunidad de personas que tienen su propio lenguaje usual o vulgar con el cual se comunican y que es el único que conocen. Como hemos dicho, a las palabras se les debe dar su sentido corriente y usual, salvo que la ley defina a determinadas palabras, en cuyo caso deberá dárselas el significado legal. El art. 28 del Código Civil colombiano prescribe lo siguiente:

[L]as palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias se les dará en estas su significado legal.

Sentido natural y obvio es el que las palabras tienen en el *Diccionario de la Academia Española*, excepto que la comunidad le atribuya otra significación o que la palabra no se encuentre en el diccionario, y en esos casos prevalecerá el sentido de que es usual en la comunidad. Por ejemplo, si en la sierra norte del Perú se pregunta a un padre de familia: “¿Dónde están tus hijos?”, y él contesta: “Mi hijo mayor se encuentra en la ‘jalca’ y el menor en el temple”; esto quiere decir que el primero está en un lugar de las alturas de la Cordillera de los Andes, y el segundo en un sitio de un valle cálido. La palabra “jalca” no se encuentra en el diccionario, y la palabra “temple”, según este, significa grado mayor o menor de calor o la religión de los templarios, entre otras cosas; el diccionario no dice que se llama “temple” a un valle cálido.

A las palabras técnicas se les asignará el mismo sentido que les dan los que profesan la ciencia, técnica o arte respectivo. Al respecto, el art. 29 del Código Civil colombiano dispone: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

Cuando de la interpretación según las reglas del lenguaje aparezca sin lugar a dudas, con toda claridad, el propósito o fin de la norma, se estará a esta significación, sin desnaturalizarla; pero si no se obtiene una respuesta aceptable, se indagará por el espíritu de la norma¹⁰².

102 CC colombiano: “Art. 27. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

175.2. Método lógico

Cuando con la interpretación literal no se alcanzan resultados satisfactorios se recurre a razonamientos y reglas lógicas para buscar el sentido, ya no en la letra, sino en el espíritu de la norma.

Pareciera que interpretar en forma lógica un enunciado normativo, o conjunto de ellos, supone derivar de estos las consecuencias deductivas que están necesariamente determinadas por las reglas de inferencia utilizadas en los enunciados normativos que se han tomado como premisas. Conforme a esto, el intérprete no puede optar sino por algunas de las consecuencias lógicas posibles, todas ellas contenidas en las premisas, sin que sea posible la extensión de estas¹⁰³. Sin embargo, las decisiones del intérprete tienen un alcance mucho más amplio que el mero recurso a procedimientos deductivos. La interpretación lógica conduce a decisiones racionales derivadas de la reconstrucción de premisas normativas extraídas del ordenamiento jurídico; es decir, los procesos de interpretación jurídicos son actos de voluntad por los cuales se establece la validez y eficacia de unas normas ante otras, o se aplica una solución normativa frente a otra solución. Los jueces están obligados a resolver conforme a Derecho, es decir, fundar sus decisiones racionalmente en otras normas que integran el ordenamiento jurídico. La sentencia se deriva (base racional) de ciertas premisas fácticas y normativas.

El juez debe reconstruir el hecho de tal modo que pueda contar con un hecho definitivo consistente, y también reconstruir el Derecho para contar con una norma o conjunto de normas consistentes aplicables, a fin de que cualquier sujeto racional vea la decisión judicial como una derivación racional de normas vigentes, por existir entre los enunciados interpretados y los enunciados interpretantes una relación de consecuencia deductiva. Por supuesto que ningún silogismo mecánico puede conducir a establecer la base racional de la decisión, pues no existe procedimiento o conjunto ordenado y finito de operaciones que permitan fijar las premisas normativas y fácticas para luego hallar la solución apropiada a un problema jurídico (*algoritmo*). La creación de Derecho por vía de interpretación no se rige exclusivamente por cánones deductivos, porque la elección de las premisas implica selección, y esto implica preferir una solución de entre varias, lo cual se logra solo después de una valoración.

El recurso a la lógica ayuda a desentrañar la razón de ser intrínseca de la norma, su *ratio legis*, es decir, la finalidad que determinó su creación¹⁰⁴. Por ejemplo, cuando una norma penal dispone que en caso de duda hay que liberar al procesado (*in dubio*

103 VERNENGO, *La interpretación literal de la ley*, ob. cit., p. 113.

104 “Nada existe sin una razón suficiente”, esto explica por qué algo es como es y no de otro modo; nada puede explicarse de la realidad si no se halla una razón suficiente que la explique. Todo posible que no sea contradictorio está destinado a existir (Leybniz).

pro reo), la razón de ser de esta norma dice que es preferible dejar libre a un culpable que enviar a la cárcel a un inocente. Además, son razones lógicas las que indican la necesidad de indagar la *occasio legis*, esto es, las circunstancias particulares que determinaron la creación de la norma. Si bien es cierto que la interpretación no es una pura operación lógica deductiva, también es verdad que la racionalidad lógica desempeña un papel decisivo, por cuanto orienta al intérprete para tomar decisiones coherentes, obligándolo a actuar con discernimiento y no por pura discrecionalidad, porque el intérprete que no se somete a las reglas del Derecho objetivo vigente es proclive a dar soluciones imprevisibles (como las del profeta) o arbitrarias (como las del tirano). El órgano decisor debe fundamentar razonadamente su decisión.

Con el recurso a la lógica se resuelven los problemas relativos a las incompatibilidades¹⁰⁵ y redundancias existentes en el ordenamiento. Si la incompatibilidad se da entre dos normas del mismo rango, una nueva y otra anterior, la nueva deroga a la antigua, principio de la *lex posterior* (art. 1 del título preliminar del CC). Si hay incompatibilidad entre una norma general y otra especial, se aplica esta última (*lex specialis*), puesto que la general solo se aplica con las limitaciones impuestas por la norma especial. Por ejemplo, las disposiciones del Código Civil (ley general) se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes (leyes especiales, v. gr., las que regulan el trabajo, el comercio), siempre que no sean incompatibles con su naturaleza (art. IX del título preliminar del CC). Si existe conflicto entre normas de distinta jerarquía, prevalece la de mayor categoría, cualquiera que sea el orden cronológico, principio de la *lex superior* del cual los tribunales no pueden apartarse: la Constitución prevalece sobre la ley, y la ley sobre toda otra norma de rango inferior (Constitución Política, arts. 51 y 138)¹⁰⁶.

Si existen redundancias en el texto de la norma por la coincidencia de dos normas¹⁰⁷, la interpretación se hará de tal manera que aquellas desaparezcan.

105 Cuando hay dos juicios contrarios, o contradictorios, uno tiene que ser falso porque la cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Si se afirma que *el hombre es mortal* y seguidamente se dice que *el hombre no es mortal*, se está enunciando dos juicios que se excluyen el uno al otro (*principio de no contrariedad*). Entre la afirmación y la negación no hay una tercera posibilidad; la verdad tiene que estar en uno de los dos extremos, o en la afirmación o en la negación; entre esos dos polos opuestos del ser y del no ser no se puede encontrar una tercera posibilidad de verdad o falsedad; por ejemplo, el hombre es mortal o no es mortal, no hay una tercera posibilidad (*principio del tercio excluido*).

106 Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., p. 129. “Todos los problemas lógicos de interpretación son lógicos en el sentido de que pueden ser determinados mediante un análisis lógico de la ley. Pero no son, en modo alguno, lógicos en el sentido de que puedan ser resueltos con ayuda de la lógica o de principios de interpretación que operan en forma mecánica. *Lex specialis*, *lex posterior* y *lex superior* no son axiomas, sino principios de relativo peso que gravitan en la interpretación al lado de otras consideraciones, en particular una valoración sobre la mejor manera de hacer que la ley esté de acuerdo con el sentido común, con la conciencia jurídica popular, o con los objetivos sociales supuestos”.

107 Por ejemplo, las normas de los arts. 1881 y 1884 del CC son redundantes por coincidentes. El art. 1881 dice: “El acreedor negligente en la exclusión de bienes del deudor es responsable hasta donde ellos al-

Cuando, según el lenguaje, la norma ofrece diversas posibilidades de significado, la coherencia lógica obliga a recurrir al contexto de la rama del ordenamiento donde está ubicada la norma (Derecho civil, penal, constitucional, etc., o bien al sector correspondiente de estas ramas, Derecho de familia, contratos, etc.) para saber cuál de los significados es el correcto, puesto que en los varios términos debe existir una conexión de sentido. Pero, además, como el ordenamiento jurídico constituye una unidad, debe haber concordancia entre todas sus normas, por lo cual un mismo término, en la medida de lo posible, debe tener un mismo contenido. Por ejemplo, no hay coherencia lógica si a la palabra *propiedad* se la interpreta en su sentido clásico liberal cuando se trata del Derecho privado y en su sentido socializante cuando se trata del Derecho público.

Mediante el sentido literal de las palabras se obtiene el significado propio y específico de las normas, y mediante la interpretación lógica se obtienen otros significados por asociación con el específico. Según IHERING¹⁰⁸, la interpretación lógica consiste en tratar de encontrar el pensamiento de la ley en el espíritu de su autor, pasando por encima de las palabras. También GÉNY¹⁰⁹ cree que la interpretación lógica consiste en buscar el pensamiento o intención del legislador. La dación del Código de Napoleón hizo resurgir la escuela de los glosadores y generó el método lógico exegético, según el cual, si la ley es una obra consciente y reflexiva del legislador, el intérprete debe averiguar cuál fue la intención del autor de la norma, qué pensó, qué quiso decir, qué necesidades quiso satisfacer, recurriendo para ello a las notas del codificador, a los textos de las discusiones parlamentarias, a los trabajos preparatorios. La ley debe aplicarse en conformidad con la intención original del legislador. La exégesis limita su actividad de convertir a cada uno de los preceptos de la ley en una premisa mayor a la cual se le une el caso debatido, como premisa menor, para llegar de este modo a la conclusión que es la sentencia. Si el intérprete substituye la intención del legislador por la suya propia, invade la esfera de competencia del órgano legislativo. VERNENGO¹¹⁰, sobre la base de la obra de Bulygin, *Das Problem der Nomenlogik*, objeta esta posición diciendo que no se trata de una interpretación lógica, porque esta no es una investigación de las actividades sicológicas o espirituales de nadie, sino una operación cumplida sobre objetos lingüísticos, y que la lógica solo sienta criterios sobre la consistencia de conjuntos de normas, pero nada dice “sobre la existencia de normas”; la

cancen, de la insolvencia que resulte de su descuido”; y el art. 1884 expresa: “El acreedor negligente en la exclusión de los bienes señalados por el fiador asume el riesgo de la pérdida o no persecución de estos bienes para los fines de la exclusión”.

108 VON IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, 2.^a ed., Granada: Co-mares, 2011, p. 138.

109 GÉNY, Francois, *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, 2.^a ed., Madrid: Reus, 1925, p. 40.

110 VERNENGO, *La interpretación literal de la ley*, ob. cit., p. 155 y ss.

lógica no puede descubrir el pensamiento de la ley o su *ratio*, tanto menos si se trata de un territorio tan inaccesible como el del espíritu del legislador.

El procedimiento lógico está dominado por principios generales, enunciados de ordinario en latín, utilizados como criterios-guías de interpretación. Es decir, los principios generales, sin dejar de constituir el fundamento del Derecho y de ser fuente supletoria de la ley y de la costumbre, son reglas de interpretación para dar vida y sentido a las normas en cuanto a su finalidad o *ratio legis*, “admitir la flexibilidad o rigidez de las disposiciones, extender o restringir su alcance”¹¹¹, y fiscalizar si la norma interpretada cumple con sus fines. Entre estos principios generales tenemos, por ejemplo, *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (donde la ley no distingue, no debemos distinguir); *inclusione uniusfit exclusio alterius* (al incluir a uno se excluye al otro); *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio* (allí donde existe la misma razón de la ley, existe la misma disposición legal); *exceptiones sunt strictis sime interpretationis* (las excepciones son de la más estricta interpretación); *cessante legis rationis, cessat ejus dispositio* (cesando las razones de la ley, cesa su disposición); *qui dicit de uno negat de altero* (lo que se dice de una cosa, se niega de otra). De este último principio se derivan estos otros: *argumento a contrario sensu* (si la ley se refiere a un caso dado, lógicamente no comprende a otros); *argumentum apotiori* (con mayor razón), conforme al cual, lo previsto para un caso en atención a que reúne ciertas cualidades, es aplicable, con mayor razón, a otro caso que posee esas cualidades en mayor grado; *argumentum a maiori ad minus* (el que puede lo más, puede lo menos).

El abuso en la utilización de procedimientos lógicos puede conducir a soluciones contradictorias, por estar dentro de las posibilidades legales, y olvidar a veces las exigencias más elevadas de justicia y obstaculizar que el derecho se adecúe a la dinámica social.

En opinión de SAVIGNY¹¹², dos clases dominan la interpretación: la gramatical y la lógica, no como elementos de toda interpretación, sino como dos clases opuestas y excluyentes. La gramatical se inspira en el sentido de las palabras, y la lógica en la intención o fundamento de la ley. La primera es la regla y la lógica la excepción. La interpretación lógica es muy libre, pues se comprenden en ella las cosas más heterogéneas que han oscurecido el tema antes que iluminarlo, por lo cual necesita de una estrecha vigilancia. Se considera como interpretación lógica la rectificación del término o de la ley en atención al pensamiento que la ley debiera haber contenido. Los autores se remontan al fundamento de la ley, y si encuentran que esta, en su

¹¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, vol. 3, Madrid: Civitas, 2008, p. 428.

¹¹² VON SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1840, p. 171 y ss.

desarrollo lógico, conduce a más o a menos, la corrigen mediante la interpretación extensiva o restrictiva, sin importarles si el legislador cometió conscientemente una inconsecuencia lógica o si solo olvidó sacar las conclusiones lógicas del fundamento que los intérpretes añaden.

SAVIGNY señala como objeciones de fondo del procedimiento lógico a las siguientes: a) el intérprete “no solo corrige la mera letra, o sea, la apariencia de la ley, sino el verdadero contenido de la misma, se coloca por encima del legislador y desconoce los límites de su propia profesión: no realiza ya interpretación, sino verdadero desenvolvimiento del derecho”; b) fácilmente se incurre en error sobre el fundamento legal, degenerando la interpretación en una arbitrariedad total, destructora de toda seguridad jurídica; c) “existe la posibilidad de eslabones intermedios en la cadena de los raciocinios, en atención a la cual el legislador podía asignar a la ley un campo de acción más amplio o más estrecho que la esfera aconsejada por el fundamento, sin incurrir en inconsecuencia alguna”.

Hay que observar con cautela la apariencia engañosa de seguridad que produce este procedimiento de modificación de la ley por vía de interpretación lógica.

Concluye SAVIGNY, diciendo que el procedimiento lógico es confundido con la interpretación extensiva y restrictiva, o con la analogía, o con las acciones que infringen la ley, no con arreglo a sus palabras, pero sí en vista de su espíritu (*in fraudem legis*):

Se suele creer que a este fin hace falta una interpretación extensiva de la ley burlada. Si, por ejemplo, se estipulan intereses usuarios bajo la apariencia de un contrato de compraventa o de una cláusula penal, se supone que el legislador no haya previsto estos casos; que, si se le hubiese llamado la atención sobre ellos, habría prohibido también estos contratos en un complemento a la ley contra la usura; y que como incurrió en el mencionado olvido, hemos de reparar su imprudencia mediante una interpretación extensiva.

SAVIGNY dice que al respecto no hemos de interpretar la ley que es clara y suficiente, sino la conducta particular; aplicando la simulación hemos de tratar la aparente compraventa o cláusula penal como un verdadero contrato sobre pago de intereses; rectificamos, por tanto, las palabras del contrato con arreglo al verdadero pensamiento.

No hay una distinción nítida entre interpretación lógica y literal, pues la expresión y el pensamiento no se pueden separar. COVIELLO¹¹³ sostiene que toda interpretación debe fundarse siempre y necesariamente en las reglas que gobiernan

113 COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 75 y ss.

la palabra y en las del pensamiento, puesto que la ley no es letra muerta, sino que tiene un contenido espiritual; por eso debe ser a un mismo tiempo, literal y lógica. La interpretación, única en sí, se obtiene recurriendo a las leyes del lenguaje y a la vez a las del pensamiento: a un mismo tiempo es literal y lógica, ambas constituyen un todo inseparable; la letra es el punto de partida, y el pensamiento el de llegada. Recurrir a la historia de la norma legislada, y al lugar que esta ocupa en el sistema, no son sino medios para descubrir el pensamiento del legislador.

Está en lo cierto RECASÉNS SICHES¹¹⁴ cuando afirma que la lógica de la razón pura no sirve para resolver los problemas de la interpretación jurídica; para ello “se necesita otro tipo de lógica, la cual es también lógica, pero diferente de la lógica tradicional: necesitamos la lógica de lo humano, la lógica de lo razonable, a diferencia de la lógica de lo racional”. Por ejemplo, un letrero en el andén de una estación ferroviaria de Bolonia decía lo siguiente: “se prohíbe el paso al andén con perros”, conforme al Reglamento de Ferrocarriles. Una persona pretendía entrar con un oso, alegando que no era un can. Una argumentación con base en la lógica tradicional sería concluyente en cuanto a permitir la entrada a los otros animales, debido a la imposibilidad de darle a la palabra “perro” un significado diferente del que tiene. Pero la lógica de lo razonable dice que, si no se puede pasar con perros, menos se puede entrar con osos.

Escribe ALBALADEJO¹¹⁵ lo siguiente:

[L]a lógica y la utilización de sus principios es indispensable para interpretar, como para toda tarea que implique razonamiento. Pero, con particular aplicación a la interpretación de las normas, la doctrina y la jurisprudencia suelen formular ciertas reglas lógicas, como: debe rechazarse la interpretación que conduzca al absurdo; la norma que autoriza a lo más, autoriza implícitamente a lo menos; y cuando prohíbe lo menos, ha de entenderse prohibido lo más; donde la ley no distingue, no se debe distinguir; la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás, etc. Reglas no siempre exactas, pues, por ejemplo, la última, aplicada siempre, impedirá la regulación del caso no contemplado en la ley, por analogía del contemplado.

Luego agrega este autor, que la sola lógica no basta para interpretar, pues para la aplicación de sus reglas suele ser preciso haber esclarecido previamente cuestiones como el fin de la norma u otros puntos, y sobre la base de ello operar el razonamiento.

114 RECASÉNS SICHES, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 31 y ss.

115 ALBALADEJO, Manuel, *Curso de derecho civil español*, t. I, Barcelona: Bosch, 1983, p. 106.

Precisa ALZAMORA¹¹⁶ que “el examen lógico puede referirse al estudio de los elementos que constituyen la fórmula (lógica interna) o a la relación entre aquella y las circunstancias exteriores (lógica externa)”. Asimismo, el autor agrega lo siguiente:

[L]a lógica interna persigue lo que el legislador ha querido expresar. La lógica externa se refiere a dos factores: el fundamento racional o el fin esencial de la ley (*ratio legis*) y las circunstancias determinantes de su dación (*occasio legis*). Tratándose de la *ratio legis*, el intérprete debe tomar el sentido que mejor satisfaga a la justicia.

Sin pretender excluir de plano la interpretación lógica, la principal objeción que podemos formular contra ella es que en la práctica tiene consecuencias funestas para la administración de justicia: nuestros jueces, so pretexto de interpretaciones lógicas, realizan interpretaciones acomodaticias para favorecer al litigante que no le asiste razón; se extraen conclusiones “lógicas” que no corresponden a los presupuestos de hecho demostrados en el juicio, ni a la finalidad de las normas. Para nuestros tribunales, dejando a salvo a los jueces probos e idóneos, la lógica se ha convertido en la ciencia de lo irracional, o sea, todo lo contrario de lo que en realidad es; otorgarle a nuestros jueces la facultad para que, fundados en su “libre entendimiento”, elijan lo que ellos creen que es “el sentido que mejor satisfaga a la justicia”, es autorizarles para que modifiquen la ley, lo que ha derivado, como decía SAVIGNY, en arbitrariedad total, en destrucción de toda seguridad jurídica: tan cierto es esto que el pueblo, indignado por esta realidad, ha bautizado al palacio de justicia como “el palacio de la injusticia”. Las críticas formuladas por SAVIGNY contra las modificaciones de la ley por vía del desarrollo lógico son de aplicación a nuestra realidad. Decía el famoso jurista que en Roma, por el papel tan particular de los juristas, se “les concedía influencia inmediata sobre el desenvolvimiento del derecho, la cual a nuestros escritores o jueces no puede ser conferida”.

Por su parte, BRAMONT ARIAS¹¹⁷ afirma que “la interpretación lógica o teleológica se propone conocer la voluntad de la ley con arreglo al fin perseguido. En tal virtud, el intérprete penetra en el texto de la ley por todas las vías que puedan iluminar sus zonas oscuras o indecisiones”. El maestro del derecho penal peruano comprende en el concepto de interpretación lógica a los elementos racional, sistemático, histórico, comparativo extranjero, el elemento extrapenal y el extrajurídico. O sea, en el método lógico estarían comprendidos todos los otros métodos de interpretación; ya SAVIGNY criticó el hecho de que en el concepto de interpretación lógica se comprendan las cosas más heterogéneas. Esto ha oscurecido el tema antes que iluminarlo.

116 ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, Lima: Talleres Graficas, 1963, p. 267.

117 BRAMONT ARIAS, Luis, *Derecho penal*, Lima: Vilock, 1972, p. 153.

Es indudable que el método lógico de interpretación no puede ser excluido *a priori*, pues la labor principal del intérprete es raciocinar para poder encontrar el verdadero sentido y alcance de la norma, que por más clara que pueda aparecer, necesita siempre de un razonamiento para poder conocer su contenido. Sin embargo, la labor interpretativa no puede reducirse a un mero asunto de lógica¹¹⁸ pues no solo se trata de llegar a una solución coherente, no contradictoria, por adecuarse a las posibilidades de significados de las normas, sino a una solución, que, además, sea justa, por realizar, en el tiempo y en el espacio, los valores jurídicos, a cuyo fin son insuficientes las operaciones de pura lógica subsuntiva, deductiva, sistemática. Únicamente una valoración de las conductas humanas prefiguradas por las normas constituye la piedra de toque que puede decir en definitiva cuál es la solución justa, que será tal cuando esté de acuerdo con el sentido común, con la opinión pública general, o con los objetivos sociales. No se puede descartar la probabilidad de que la valoración correcta, objetiva, dotada de fuerza de convicción, pueda obtenerse por medio de cualquiera de los métodos de interpretación o mediante la combinación de dos o más de ellos.

175.3. Método sistemático

El ordenamiento jurídico es un *todo* sistemáticamente ordenado y completo que, en teoría, no admite contradicciones. Ya los romanos advirtieron sobre las ventajas que ofrece la construcción del Derecho mediante diversificaciones sistemáticas, frente a la primitiva limitación del Derecho a un desordenado conjunto de soluciones de casos concretos, acumulados en el tiempo. Como afirmó CICERÓN, la obra de los juristas confiere un orden sistemático al antiguo Derecho *difusum et dissipatum*¹¹⁹.

En el ordenamiento, cada norma está dispuesta de tal manera que la una se apoya en otra u otras y, a su vez, sirve de apoyo a otras; o, lo que es lo mismo, las normas que integran el ordenamiento son partes conectadas que se apoyan mutuamente, de suerte que las unas se explican por medio de las otras. Creada una norma jurídica, esta viene a integrar la totalidad del ordenamiento jurídico, y este impone a la norma una configuración, un valor y un sentido que deben acomodarse a la unidad del ordenamiento. Una norma solo tiene sentido en función del conjunto del ordenamiento. Por ello, para encontrar el sentido y alcance de las diversas normas hay que relacionarlas con las otras que componen el ordenamiento, sobre todo con las que tratan de la misma institución.

118 PIERO CALAMANDREI ha dicho: "La lógica è lapiù preziosa ausiliaria della giustizia, finché rimane uno strumento per servirla; ma anche la sua piú pericolosa nemica, quando pretende di diventare la dominatrice".

119 PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, ob. cit., p. 58.

El sentido de un vocablo se obtiene cuando este es analizado como parte integrante de un precepto normativo específico; a su vez, el significado de este resulta del contexto lingüístico del ordenamiento jurídico y del contexto social en donde este se ubica.

Sostiene REALE¹²⁰ que a la interpretación lógica no se la puede separar de la sistemática. Después de la investigación filológica se impone el trabajo lógico; la labor de comprensión de un precepto en torno de todos los que con él se articulan lógicamente, se denomina *interpretación lógico-sistemática*. La interpretación lógica y la sistemática son dos aspectos de una misma labor de orden lógico, “puesto que las normas jurídicas han de ser consideradas orgánicamente, pues dependen unas de las otras y se exigen mutuamente a través de un nexo que la *ratio iuris* explica y determina”.

Siendo el ordenamiento jurídico un todo ordenado, coherente e interrelacionando, cuyas diversas partes se entrecruzan armónicamente¹²¹, cada norma jurídica que en sí misma puede tener un significado, es capaz de adquirir otro diverso cuando es puesta en relación con otras normas que integran el sistema vigente, y, en fin, puede asumir un tercer significado si por la conexión de normas resulta modificado parte del ordenamiento¹²².

Escribe BRAMONT ARIAS¹²³ lo siguiente: “El elemento sistemático consiste en tomar en consideración todo el conjunto de la ley, por sus principios básicos, por su orientación doctrinal y en atención a todas las disposiciones que se relacionen con el punto que se trata de esclarecer”. Luego añade que “es frecuente que una disposición contenida en otra rama del Derecho puede ser útil para interpretar un art. del Código Penal —se refiere al Código Penal derogado de 1924—; por ejemplo, el art. 151, en cuanto alude “al que matare a su ascendiente, descendiente o cónyuge”, y el art. 216, segundo apartado, que reprime al oficial público que sin saberlo autorice un matrimonio, “cuando su ignorancia provenga de no haber llenado los requisitos que la ley prescribe para la celebración de un matrimonio, etc.”

La interpretación no puede encerrarse dentro de los estrechos límites del texto literal de la norma, sino que un principio elemental de hermenéutica aconseja analizar sus resultados a la luz de los otros elementos: históricos, sociales, sistemáticos. En ese análisis es de vital importancia el acoplamiento de todos los preceptos legislativos que traten de la materia que se examina, que se indague y armonice el contenido de un art. junto con los demás relativos a la misma institución y con el propio sistema

120 REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 217.

121 RUIZ VADILLO, “La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código Civil español”, art. cit., p. 101.

122 TRABUCCHI, Alberto, *Instituzioni di diritto civile*, Padova: Cedam, 1953., p. 35.

123 BRAMONT ARIAS, *Derecho penal*, ob. cit., p. 153.

jurídico. Una doctrina como la aquí expuesta está contenida en el art. 3.1 del título preliminar del Código Civil español, modificado en 1974, que dispone: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. No se puede interpretar los preceptos legales ateniéndose solo al sentido propio de las palabras cuando este se halle en abierta pugna con el sentido general del sistema reflejado en las demás normas.

La combinación de los diversos elementos de interpretación, en la que tiene un papel decisivo el elemento sistemático, nos permitirá escoger el sentido de uno de los textos con preferencia a otro u otros para poder superar las contradicciones existentes, aclarar los textos oscuros o completar los insuficientes.

Los términos o proposiciones gramaticales considerados aisladamente no bastan para captar el verdadero sentido de la norma, pues este se obtendrá relacionando la ley con el todo legislativo para obtener el resultado esperado. Al respecto, el art. 30 del Código Civil colombiano precisa que “el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

175.4. Método histórico

La norma jurídica no surge de la nada en un momento dado, sino que su contenido es a menudo el resultado de una larga elaboración histórica, en orden a satisfacer concretos intereses y necesidades sociales, económicas, culturales, políticas o de otro orden, que deben regularse jurídicamente. La norma nace con sujeción a determinadas aspiraciones sociales y constituye una realidad histórica que evoluciona a lo largo del tiempo, adquiriendo en ocasiones una sabiduría superior a la de su creador. El intérprete debe indagar no solo la voluntad del creador de la norma, sino en especial la voluntad objetiva de ella que lo conduzca a encontrar la solución justa. De esto se deduce que la interpretación histórica se divide en una *investigación sobre el origen histórico de las normas* y en una *investigación sobre la evolución histórica del contenido de las normas*.

En cuanto a la *investigación del origen histórico de las normas*, constituyen fuente de interpretación los proyectos de leyes, los conceptos de las comisiones informantes o de los autores de los proyectos, las actas de los debates parlamentarios, las exposiciones de motivos, el preámbulo de las leyes, y todos los antecedentes legislativos conducentes a esclarecer la *mens legis* (la intención del legislador), sobre todo, cuando “las ideas se hayan expuesto sin notable contradicción y en condiciones tales que permitan

atribuirlas a la voluntad, frecuentemente colectiva, que crea la ley, y a condición de que esta no rechace este complemento de aclaraciones”¹²⁴. La intención reguladora del legislador y las decisiones valorativas encontradas por él para conseguir manifiestamente esa intención, constituyen pauta para el intérprete, y en especial para el juez, inclusive cuando acomoda la ley, por la vía de la interpretación ideológica o por la vía del desarrollo del Derecho, a nuevas circunstancias no previstas por el legislador, o cuando la complementa¹²⁵. Es necesario conocer el proceso de génesis de la norma, los objetivos que se pretenden con su creación, la valoración y ponderación de los intereses y necesidades que estaban en juego en ese momento, para poder establecer en qué medida ha cambiado de sentido con la aparición de cambios sociales¹²⁶. Solo conociendo los fines y valoraciones originarios se podrá adecuar la norma a la realidad presente, con la convicción de que se está avanzando en la dirección de la evolución social. Son razones de seguridad jurídica las que obligan al intérprete a no dejar de recurrir a las opiniones emitidas de antemano por los creadores de la norma, por los tribunales y por la doctrina generalmente aceptada, para determinar el sentido de aquella, salvo que fundadas razones aconsejen apartarse de tales opiniones.

Sería ocioso e inútil averiguar cuál fue la idea de todos y cada uno de los miembros de un parlamento o asamblea legislativa sobre el significado de la norma que han creado, y si esas opiniones fueran divergentes, situación que por lo general ocurre, cuál de ellas prevalece sobre las demás. Por lo común, los legisladores adoptan la significación del autor del proyecto o de la comisión dictaminadora respectiva, y no son pocos los casos en que el legislador emite un voto de consigna con ignorancia total del sentido y alcance de la norma que se crea. Por tanto, para determinar la intención del legislador, basta establecer los fines y valores fundamentales a que se dirige la decisión y, sobre esto, da cuenta la historia de la génesis de la norma. En cambio, para definir los fines y valores concretos, esto es, el sentido y alcance que tendrá la norma cuando se aplique para solucionar los variados casos, el método histórico será complementado con los otros criterios de interpretación.

Afirma DU PASQUIER¹²⁷ que la interpretación histórica en todo caso:

124 GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, ob. cit., p. 286.

125 LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 325.

126 MESSINEO ha sentenciado que este método es tan solo aplicable a una legislación envejecida. A la legislación de fecha reciente le faltaría el presupuesto para la aplicación de este método. Que, además, el verdadero alcance de esta interpretación es el de creación de la norma (acto de voluntad); mientras que la interpretación, rigurosamente entendida, es siempre y apenas una operación lógica. Entendida en otro sentido, aquella implica modificación o ampliación del sentido de la norma. Pero, en tal caso, lo que evoluciona no es la interpretación sino el objeto por interpretar; o sea, el propio ordenamiento jurídico o partes singulares de este.

127 DU PASQUIER, Claude, *Introducción al derecho*, 3.^a ed., traducción por Julio Ayasta González, Lima: Justo Valenzuela, 1983, p. 113.

[C]onsiste 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 ha representado la futura aplicación de los textos que elaboran. A este respecto, se examinan los primeros proyectos de la ley de que se trata y se los compara con el texto definitivo para saber en qué sentido el Poder Legislativo ha precisado o transformado su pensamiento. Se estudian las exposiciones de motivos y los mensajes del Poder Ejecutivo, las actas e informes de las comisiones de expertos, los de las comisiones de los consejos legislativos, y, por último, aquellos debates plenarios que han precedido a la adopción de la ley.

Siempre será necesario, y así sucede en la práctica, que el sentido del Derecho vigente se busque recurriendo al Derecho anterior, pues siempre existe una razón que liga al presente con el pasado: muchas instituciones de Derecho patrimonial provienen del Derecho romano y otras, aun familiares, emanan del Derecho francés (Código de 1804), del germano (CC de 1900) y del italiano (CC de 1942), entre otros; el significado de una norma podemos encontrarlo en su génesis. Otras veces la norma puede ser explicada en su origen inmediato, que nos indicará en cada caso cuál fue la *occasio legis*, esto es, el motivo que determinó la dación de la ley, los elementos sociales, económicos, políticos o de otra índole, que han influido o continúan influyendo en el contenido de la norma; a este efecto ayudan los trabajos preparatorios de la ley, la exposición de motivos, las opiniones de los especialistas consultados, etc.

El método *histórico evolutivo* se inicia con SAVIGNY¹²⁸, quien afirmó que el Derecho no es un producto del legislador, sino de fuerzas extrañas que actúan silenciosamente, y ve en la interpretación “la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley”. La interpretación no depende de la oscuridad de la ley, pues es siempre necesaria su intervención en la vida. No se interpreta la voluntad del legislador porque este no es el autor de la ley; apenas se limita a manifestarla de modo claro y unívoco: el intérprete debe dar expresión al Derecho, aun sin recurrir a la ley. Los seguidores de Savigny (Köhler, Binding, Radbruch) consideraron que la ley, una vez sancionada, adquiere vida propia, la voluntad del legislador es sustituida por la voluntad de la ley, y, por tanto, la interpretación debe adecuarse a las necesidades de cada momento histórico.

Si observamos la vigencia y eficacia de una ley a través del tiempo, apreciamos que luego de ser promulgada se independiza de su creador, adquiere existencia autónoma para vivir su propia vida que se desarrolla en forma permanente para satisfacer las necesidades actuales, siempre renovadas. Corresponde al intérprete desarrollar el sentido de la ley para adecuarla a las nuevas circunstancias, atribuyéndole el significado que debe tener en el lugar y momento de ser aplicada, sin necesitarse su signifi-

¹²⁸ VON SAVIGNY *et al.*, *La ciencia del derecho*, ob. cit., p. 77 y ss. La interpretación puede tener muchas y diversas aplicaciones: el jurisperito se sirve de ella para recomponer la ciencia bajo nuevas formas: el magistrado, para dictar sus decisiones: el ciudadano para regular con certidumbre sus relaciones sociales (VON SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, ob. cit., p. 145).

ficado originario. Al lenguaje de las carretas, de la máquina de escribir, de la carta, del telégrafo, hay que darle el significado de los aviones y los trenes superveloces, de la cibernetica, del correo electrónico, de la fibra óptica. El intérprete, quien quiera qué sea, está subordinado a la ley, pero no como un objeto muerto, petrificado, sino como un organismo vivo, creado para satisfacer necesidades histórico-sociales y que, por ello mismo, debe evolucionar siguiendo a las necesidades de cada pueblo y de cada momento histórico. Cambia sin cesar la realidad social, económica, política, cultural y hasta religiosa; cambian los esquema de valores; sobre todo, se modifica el sentimiento de justicia y se intensifica la práctica cotidiana de valores como la honestidad, la cortesía, el buen trato, la lealtad; los descubrimientos científicos y avances tecnológicos se producen con una velocidad inusitada generando nuevos problemas, nuevos peligros para el ser humano y nuevas modalidades delictivas (por ejemplo, los cometidos por medio de la informática); surgen nuevos derechos subjetivos, v. gr., el derecho a ser inteligente, que es un derecho universal que tiene todo ser humano, lo cual debe obligar a todo Estado a invertir sus riquezas (el oro, el petróleo, la plata, etc.) en su recurso más importante: su gente, convirtiendo a sus riquezas naturales en inteligencia nacional; se practican nuevas formas de vida, modernas actividades en tiempos dominados por la ambición de la competitividad y la excelencia, con sus recientes problemas, necesidades y conflictos, no previstos ni en el Derecho escrito, ni en el consuetudinario, ni en el jurisprudencial, ni en la doctrina; de allí la imperiosa necesidad de que mediante la interpretación se desarrolle el ordenamiento jurídico, adaptando su sentido a las nuevas realidades sociales.

Conforme argumenta TRABUCCHI¹²⁹, la voluntad del mandato legislativo permanece separada de aquella de los redactores de la ley y continúa dando vida a la norma. Una obra de arte tiene vida y significado autónomo, que se separa de la intención del autor, pero en la ley la separación es más neta: la *voluntas legis* está inmanentemente en el texto de la ley, y se habla, en términos modernos, de interpretación evolutiva de la norma: el significado de la ley evoluciona con las nuevas concepciones para satisfacer las actuales exigencias. Si la ley debe durar, es necesario que sobresalga del mundo de su autor para adaptarse a los tiempos mutables, y, en especial, para armonizarse con todas las otras normas.

Por estar destinada a tener una duración más o menos prolongada, la ley hace que sus conceptos originales deban evolucionar al mismo ritmo de las nuevas condiciones de la vida social. Bien dijo BALLOT-BEAUPRE¹³⁰, primer presidente de la Corte de Casación francesa, en el discurso pronunciado con motivo del centenario del Código de Napoleón:

129 TRABUCCHI, *Instituzioni di diritto civile*, ob. cit., pp. 34 y 35.

130 Citado por VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, ob. cit., p. 124.

El juez no debe tratar de encontrar obstinadamente cuál fue hace cien años el pensamiento de los autores del Código, releyendo tal o cual artículo. Debe investigar cuál sería ese pensamiento si el mismo artículo fuera redactado hoy día por ellos. Debe pensar que en presencia de todos los cambios que después de un siglo se han operado en las ideas, en las costumbres, en las instituciones, en el estado social y económico de Francia, la justicia y la razón piden adaptar liberal y humanamente el texto a las realidades y exigencias de la vida moderna.

Los jueces romanos, que no fueron teóricos sino prácticos, aplicaron la ley adaptándola al movimiento de la vida social. La ley que no evoluciona, que no sigue al desarrollo de la vida social, se fosiliza, muere. Las nuevas generaciones no tienen por qué ser obligadas a pensar de igual manera a como lo hicieron sus mayores. Cada generación tiene su propia individualidad, su propio modo de ser, su propia manera de resolver sus problemas sociales, económicos y políticos, conforme a concepciones más humanas y menos egoístas que las del pasado, a las cuales se debe adecuar el sentido de las normas existentes mediante la interpretación. Como expresa De RUGGIERO¹³¹:

Es el pensamiento y la voluntad de la ley lo que debe ser indagado, una voluntad que no es del pasado, ni la de los particulares que concurren a formar la ley, ni siquiera la suma de las voluntades particulares, sino que es presente, como si fuese renovada en cada momento. Para decirlo, en otros términos, la voluntad de la ley se separa de la persona de su autor, y objetivándose se erige en entidad autónoma, con vida propia y que expresa todo el pensamiento que encierran sus palabras y espíritu, capaz, por lo tanto, no solo de regular todas las relaciones que el autor había previsto y considerado, sino también aquellas otras nuevas o distintas que sean atraídas a su propia órbita.

Sostiene RECASÉNS SICHES¹³² que una misma norma o conjunto de normas puede cobrar varias interpretaciones según las varias realidades vitales a que afecten. Varían históricamente los principios que constituyen los supuestos del orden jurídico; varía la materia de la jurisprudencia que no puede estar quieta como la ley, sino que tiene que moverse al compás de la vida; mudan las convicciones sociales aludidas o implicadas en la ley y las situaciones de la vida a que deben aplicarse. Al tener que subsumir estas nuevas relaciones en la misma norma, extraemos de ella nuevos sentidos y consecuencias antes inéditas. El tenor literal de la ley permanece invariable, pero va cobrando nuevo sentido, y su contenido varía con el cambio de la vida social a la cual tiene que proyectarse. El intérprete no repensa lo que en efecto pensó el legislador, no revive los procesos sicológicos en que se gestó la ley, sino que piensa los sentidos contenidos objetivamente en la misma norma, la entiende mejor que como

131 RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, trad. 4.^a ed. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid: Reus, 1945, p. 142.

132 DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., ob. cit., pp. 38-50.

la entendieron sus creadores, la refiere a situaciones vitales tal vez no previstas por el legislador, con lo cual la ley puede cobrar nuevas valoraciones.

En opinión de RUIZ¹³³, la ponderación de la realidad social en el momento de la aplicación de la norma permite desarrollarla y acomodarla a las circunstancias surgidas después de su formación: “Una ley nace en un punto geográfico concreto y en un momento histórico determinado y en esa intersección lugar-tiempo debe ofrecer la norma la plenitud de sus efectos y el máximo de correspondencia intención-legislativa-realidad-social”. Pero desde ese instante, con el transcurso del tiempo, va erosionándose a la vez que se distancia, y aunque el lugar permanece, el otro factor, el tiempo, con todo lo que arrastra, modifica y destruye, hace vieja la ley, en ocasiones hasta el límite de producirse un desfase total y absoluto entre la norma y la vida. En este punto, si la norma no es modificada o derogada, el juez sigue aplicándola, desarrollando su energía potencial para adecuarla a la vida social.

Refiere RUIZ que una sentencia española del 21 de noviembre de 1934, aún sin acoger todas las conclusiones del método histórico-evolutivo en la interpretación de las normas jurídicas, admite, como doctrina ponderada, la de que no bastan para realizar la función interpretativa los elementos gramaticales y lógicos, pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse *elemento sociológico*, integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos, que revelan y plasman las necesidades y espíritu de la comunidad en cada momento histórico: y si bien es cierto que estos factores, aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar una norma y sí, solo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entre en juego, requieren en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo; por ello se ha de reconocer que su aplicación se hace más segura y decisiva no solo cuando se trata de estados de conciencia, todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva o han tenido su reconocimiento de manera inequívoca en la ley suprema del Estado.

En resumen, en la interpretación histórico-evolutiva intervienen dos factores: uno estático, invariable y permanente: el texto literal de la norma; y otro que es dinámico, variable de época en época y de un lugar a otro: la realidad social. La interpretación de las normas jurídicas debe tener necesariamente en cuenta el nexo indisoluble que existe entre Derecho y realidad social y, por tanto, no puede ser abstracta sino social

133 RUIZ VADILLO, “La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código Civil español”, art. cit., p. 105.

y humana, en consideración a las circunstancias y evolución histórica de cada pueblo, inclusive sus condiciones físicas y climatológicas que, sin duda alguna, influyen en la conducta de las personas. El texto de la ley debe adaptarse a esa realidad social, esto es, a los fines económicos, sociales y políticos imperantes en el lugar y momento en que es aplicada. Así la voluntad de la ley es, como debe ser, la voluntad objetivada de la comunidad.

175.5. Método sociológico

Según este método, el intérprete para descubrir el sentido y alcance de la norma debe tomar en cuenta los diversos elementos de la realidad social donde ha de aplicarse¹³⁴.

El Derecho se concibe, gesta, nace y desarrolla bajo la presión de las circunstancias sociales de un momento y lugar determinados. No es un fenómeno aislado sino un acontecer social que forma parte de la vida conjuntamente con todos los otros elementos sociales (económicos, políticos, históricos, etc.) con los cuales tiene una permanente interacción dinámica. El intérprete del Derecho debe atender a todos estos fenómenos a fin de adecuar las normas jurídicas a las modernas exigencias sociales. Como la vida social cambia sin cesar, la necesidad de adecuar el Derecho a las recientes realidades sociales no termina nunca. Para armonizarlo con las concretas realidades cambiantes a las que debe ser aplicado, el intérprete no puede hacer una interpretación puramente abstracta, prescindiendo de los otros elementos sociales con que el Derecho está compenetrado, sino que debe efectuar una interpretación social.

El jurista estadounidense ROSCOE POUND¹³⁵ sostiene que el Derecho es un instrumento apto para satisfacer, armónicamente, el mayor número de intereses sociales, manteniendo entre ellos un equilibrio compatible con la seguridad de todos. La interpretación tiene un significado o función social. El juez, como intérprete de los preceptos jurídicos que individualiza en la sentencia, es un ingeniero social especializado en solucionar conflictos.

Para POUND, la elección del precepto aplicable, y la correlativa determinación de su alcance y sentido, no depende de operaciones lógico-formales, mas no por ello

134 La Ley de la Carrera Judicial, “al establecer limitaciones a la libertad de residencia y de tránsito puede constituir [...] una garantía para el justiciable, pues implica que el juzgador no solo conozca los usos y costumbres de su pueblo y aplique el derecho que corresponda, sino que los aplique conociendo el contexto en el que se ha producido el conflicto, realizándose así el objetivo del proceso, es decir, resolver un conflicto por un juez natural conocedor de su realidad a quien le alcanza el deber de ser auténtico intérprete de la vigencia social que solo se alcanza cuando el decidor está compenetrado” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 0000-6-2009-PI/TC, Lima: 22 de marzo del 2010).

135 Citado por GARBER, Carlos A., “La interpretación en el sociologismo jurídico norteamericano”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 9, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989. pp. 138 y 139.

el proceso de decisión es irracional. Los casos concretos deben resolverse de acuerdo con el Derecho, sin contravenir los preceptos establecidos ni prescindir de aquellos que con claridad hayan atribuido consecuencias a estados de cosas inequívocamente descritos. POUND transcribe el siguiente párrafo de John CHIPMAN GRAY, el cual indica lo siguiente:

El hecho es que las dificultades de la llamada interpretación surgen cuando ya no cabe hablar de intención del legislador; cuando la cuestión sobre la que hay que pronunciarse nunca pasó por su mente; cuando lo que el juez debe hacer no es determinar cuál fue la intención de la legislatura sobre un punto que esta tuvo presente, sino adivinar cuál habría sido su intención sobre un punto que no tuvo presente, si se hubiera detenido a pensar en él.

El juez crea la norma en cada caso en que no encuentra alguna que cubra la situación por resolver.

El juez, en calidad de ingeniero social, debe hallar soluciones justas y razonables para los casos de conflicto. Con ayuda del elemento tradicional, y dentro del marco referencial que proporcionan los preceptos recibidos —normas, principios, conceptos, doctrinas y estándares—, el juez asume el papel de intérprete del Derecho —y no de mero traductor de una voluntad ajena imperfectamente enunciada— midiendo, en cada caso, los intereses individuales o públicos de que los litigantes son concretos portadores, con la vara de los intereses sociales que reclaman la prevalencia y el sacrificio relativo de unos y otros, o su conciliación.

175.6. Método teleológico

La interpretación teleológica se orienta a determinar el sentido de la norma que sea más conforme con los fines pretendidos por toda regulación jurídica y en orden a la realización de tales fines. Por ejemplo, las normas del Código Civil que restringen la capacidad de contratación de los menores que son capaces de discernimiento, se encaminan a la protección de ellos contra las posibles consecuencias desfavorables de sus propios actos; por eso, a tales actos los sanciona severamente con la nulidad. Pero estas mismas normas no dejan de considerar y proteger el “interés opuesto” del que contrata con el incapaz, pues “si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración de un acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad” (CC, art. 229). Mediante la interpretación teleológica, frente a un caso concreto, se establecerá cuál de los fines, de entre los varios a que tiende el ordenamiento, es el normativo decisivo.

Con el criterio teleológico de interpretación se propende a la realización de los principios ético-jurídicos que inspiran o que están por encima del texto normativo. Estos principios tienen una configuración distinta en la regulación de cada sector de la

realidad social, verbigracia, la protección de la confianza, la corrección, la honestidad y la lealtad. Así, el deber de la más delicada lealtad adquiere importancia decisiva en el sector social relativo a los contratos fiduciarios, pero no en los contratos que no son de naturaleza fiduciaria. Ilustremos esto con el caso Meinhard V. Salmon, 249, N. Y., referente a un contrato de *joint venture*, referido por Le Pera¹³⁶. A principios del pasado siglo Salmon tomó en locación por veinte años el entonces hotel Bristol, situado en la esquina de la Quinta Avenida y la calle 42 de Manhattan. El inmueble requería remodelación y Salmon celebró un acuerdo con Meinhard, por el cual este aportaría el cincuenta por ciento de los fondos necesarios para las refacciones y operación del hotel. Ambas partes se dividirían los beneficios y pérdidas, pero Salmon sería el administrador exclusivo del proyecto. Cuando el plazo de veinte años se aproximaba a su fin, Salmon, sin dar cuenta ni invitar a Meinhard, tomó en locación varios lotes adyacentes, por conducto de una sociedad unipersonal que le pertenecía, para beneficiarse con la valorización de ellos que resultaba de su proximidad al hotel y que funcionaba con gran éxito. En la decisión final (1928) la Corte reconoció a Meinhard el derecho a la mitad menos una de las acciones de la sociedad constituida por Salmon para alquilar dichos lotes. Al decidir, dijo CARDODO lo siguiente:

Los *joint adventurers*, al igual que los *partners*, se deben uno al otro, mientras la empresa continúa, el deber de la más delicada lealtad. Muchas formas de conducta permisibles en el mundo cotidiano para aquellos que actúan sin ninguna especial vinculación entre sí, están prohibidas para aquellos atados por lazos fiduciarios. No solamente honestidad, sino también el puntillo del honor más delicado es aquí una pauta de conducta. A este respecto se ha desarrollado una tradición que es continua e inveterada. Una rigidez sin compromisos ha sido la actitud de las Cortes de equidad cuando se les ha pedido que debiliten la regla de total lealtad mediante la erosión desintegradora de excepciones particulares. Solo así las pautas de conducta para los fiduciarios han sido mantenidas en un nivel más elevado que aquel por el cual transitan las multitudes. Y ese nivel no será disminuido por ninguna decisión consciente de esta Corte.

Como los principios o fines jurídicos tienen configuraciones distintas en las regulaciones particulares, puede suceder que unos choquen con otros, y en tal caso, el intérprete examinará hasta qué punto la regulación normativa ofrece margen a uno y otro fin —como la protección de los menores, de los beneficios sociales de los trabajadores o de ciertos bienes jurídicos— para establecer su alcance, armonía y jerarquía, y así evitar contradicciones de valoración.

136 Le Pera, Sergio, *Joint Venture y Sociedad. Acuerdos de coparticipación empresario*. 1^a reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 77.

175.7. Método empírico-dialéctico

Este es el método de interpretación propuesto por Cossío¹³⁷. Empírico porque se apoya en la percepción del comportamiento de los integrantes de la comunidad, y dialéctico porque el conocimiento de esos comportamientos requiere la comprensión de sus sentidos conceptualizados en las normas jurídicas. Una creciente captación del sentido exige un ir y venir entre el sustrato material (el comportamiento humano) y el sentido que finaliza cuando el sujeto cognosciente adquiere la diáfana conciencia de haber comprendido el objeto cuyo conocimiento procura.

El juez está frente a una concreta controversia humana sometida a su conocimiento para resolverla conforme a Derecho. El sentido objetivo del comportamiento de los litigantes está conceptualmente expresado en normas jurídicas. La misión del juez consiste en definir, de acuerdo con la prueba producida en el proceso, los hechos relevantes del caso y dirimir el conflicto en el sentido indicado por las normas jurídicas aplicables a la situación.

En todo caso, llevado a los tribunales existen tres elementos: a) los hechos del caso, b) las normas jurídicas aplicables, c) la valoración por el juez, de los hechos y las normas. El juez decide el conflicto valorando los hechos y las normas mediante un tránsito dialéctico entre los unos y las otras, tránsito que finaliza cuando el juez cree que ha encontrado la mejor solución.

Un conflicto humano no es una disputa lógica: es una diferencia o un enfrentamiento sobre aspiraciones, pretensiones, exigencias, contribuciones, distribuciones, aportes, anhelos, esperanzas de seres humanos de carne y hueso, situados históricamente y emplazados en determinada circunstancia. Por eso no se interpreta la ley, sino la conducta de los litigantes mediante la ley.

En el caso del jurista, la interpretación es del comportamiento de los integrantes de la comunidad:

No valdría un concepto jurídico, es decir, no podría ser aplicado, si no se correspondiera con la experiencia. Es obvio que en esto el intérprete no extrae del texto mismo el sentido que va a elegir como auténtico y exclusivo, sino que simplemente busca ampliar o restringir el alcance de los vocablos legales, adecuándolos al sentido que la conducta misma le ha revelado y donde él reconoce el valor de la conducta.

175.8. Método pragmático

Por el método de interpretación pragmática, denominado también *de los intereses*, se trata de aclarar el interés que guio al legislador que dio la ley.

¹³⁷ Cossío, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, ob. cit., p. 135 y ss.

MIRÓ QUESADA hace notar que el mecanismo lógico y epistemológico de este tipo de interpretación es complicado. Se parte de una hipótesis: suponer que los intereses del legislador son tales y cuáles. Luego se comienza a interpretar la ley de diferentes maneras hasta que, en una de ellas, se corrobore la hipótesis. Si hay una norma afín a la que se está analizando, que no condiga con la anterior interpretación, y se quiere que la hipótesis inicial pueda aplicarse a ambas normas, habrá que aplicar la analogía y/o *epífasis* (método hermenéutico para resolver problemas de *polisemia*). La *epífasis*, porque a pesar de que se han intentado muchas hipótesis de trabajo, en algunos casos la ley puede seguir siendo ambigua.

Puesto que la voluntad del legislador es la expresión de sus intereses, el método pragmático de interpretación puede confundirse con el exegético:

Sin embargo —agrega Miró Quesada—, no siempre es así, porque la ley puede expresar de manera clara y explícita la voluntad del legislador, y obedecer, sin embargo, a oscuros intereses económicos o de venganza política. Así, aunque textualmente una nueva norma prescriba hacer una carretera entre dos ciudades para favorecerlas económicamente, el interés del legislador puede haber sido propiciar el aumento de precio de terrenos que pertenecen a él o a su familia. El juez honorable, dándose cuenta de la maniobra, puede acudir a una disposición constitucional y, mediante interpretación extensiva o analógica, declarar que la norma es anticonstitucional.

175.9. Método de interpretación conforme a la Constitución Política

La Constitución Política como ley fundamental, que consagra los derechos humanos (parte dogmática) y estructura al Estado (parte orgánica), no es solo una norma más para interpretar, sino también un criterio de interpretación del resto del ordenamiento jurídico. Por eso, a la interpretación conforme a la Constitución se le denomina también *interpretación desde la Constitución*, es decir, que de entre los posibles sentidos de una norma jurídica debe optarse por aquel que sea más conforme con el contenido de la Constitución. Esta incorpora un sistema de valores que tienen un carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, por lo que este debe ser interpretado de acuerdo con dichos valores.

La primera disposición general de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone lo siguiente:

[L]os jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de proceso.

La segunda disposición general de la citada ley establece que “los jueces y tribunales solo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”.

Si una norma jurídica está redactada en términos generales que admitan una interpretación constitucional y otra inconstitucional, habrá que optar por el sentido que permita mantener a la ley dentro de los límites constitucionales. Por el principio de conservación de las leyes, una norma con rango de ley solo debe ser declarada inconstitucional (por Tribunal Constitucional) o incompatible con la norma constitucional (por el Poder Judicial) cuando, agotados todos los métodos interpretativos, no es posible un significado conforme al de la Constitución; de este modo se garantiza la primacía de la Constitución y se conserva la ley, evitando los vacíos normativos. Al respecto, se indica lo siguiente:

Una ley es válida cuando es conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) y no son los derechos fundamentales los que valen conforme a la ley. Por estas consideraciones es necesario interpretar las normas materias de impugnación para volverlas constitucionales y el límite de los derechos fundamentales involucrados efectivamente se presente como una intervención legítima por parte del legislador¹³⁸.

La norma jurídica posconstitucional incompatible con la Constitución es inconstitucional, por lo cual no puede ser aplicada, y la norma jurídica preconstitucional de igual o inferior rango al de la norma constitucional que sea incompatible con la Constitución está tácitamente derogada. Esto en aplicación del principio general que establece que toda norma se deroga expresa o tácitamente por otra norma de igual o superior categoría. La derogación tácita se produce por incompatibilidad entre la nueva norma y la anterior. Los tribunales no pueden limitarse a verificar si una norma es idónea o no para resolver un caso concreto, sino que, con carácter previo, deben interrogarse acerca de la constitucionalidad de la norma y de la solución más adecuada al mandato constitucional. Como lo expresa RODRÍGUEZ¹³⁹, el tribunal competente para resolver el caso lo es también para estimar que las leyes o normas de inferior categoría han quedado implícitamente derogadas por ser contrarias a la nueva Constitución que ha entrado en vigor.

En ese sentido el art. VI del Código Procesal Constitucional prescribe:

138 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Expediente N.º 00006-2009-PI/TC, Lima: 22 de marzo del 2010.

139 RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 233.

Art. vi. *Control difuso e interpretación constitucional.* Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

No solamente la norma legal, sino todas las que integran el ordenamiento jurídico, incluidas las consuetudinarias, deben interpretarse a la luz de los principios fundamentales contenidos en el texto de la Constitución, que, por el alto grado de valor que les corresponde, son preeminentes sobre cualquier otro principio ético-jurídico. La norma jurídica que no se puede interpretar conforme a la Constitución es inconstitucional, o sea, que no tiene validez, no pertenece al ordenamiento jurídico, y por ello los jueces tienen el deber sustancial de no aplicarlas.

Si el Tribunal Constitucional, que es el juez de la ley, en un proceso de inconstitucionalidad, declara la inconstitucionalidad de una norma legal, esta queda sin efecto (Constitución, art. 204), por tanto, los jueces están impedidos de aplicarla; ellos no pueden decir que es constitucional lo que el Tribunal Constitucional dijo que es inconstitucional. De otro lado, los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad ha sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular, es decir, los jueces no pueden decir que es inconstitucional lo que el Tribunal Constitucional ya dijo que es constitucional.

Los jueces tienen el mandato imperativo e ineludible de interpretar las normas conforme a la Constitución, porque en caso contrario sus decisiones no se ajustarían a los principios y valores primeros (libertad, igualdad, dignidad de la persona, Estado de Derecho, etc.) que forman el contenido de la Constitución y, como tales, también del ordenamiento jurídico vigente, por lo cual han de tenerse siempre en cuenta al interpretar el Derecho. Así se deduce del art. 138 de la Constitución, que prescribe que, si los jueces encuentran que hay incompatibilidad entre una norma constitucional y otra legal, deben preferir la primera.

La garantía de seguridad de cumplimiento de los derechos fundamentales, del Estado de Derecho, de la distribución del poder entre los organismos estatales, de la vigencia de las garantías constitucionales, entre otros principios, valores y normas constitucionales, reside en el fin supremo y fundamental del Poder Judicial de resolver las causas sometidas a su conocimiento, teniendo como norte la efectiva vigencia de la Constitución. Si una norma tiene varias interpretaciones posibles según los otros métodos de interpretación, como ocurre casi siempre, el juzgador obligadamente tiene que optar por la que es conforme con la Constitución. Y

si la norma por interpretar tiene un sentido que rebasa los límites de la carta fundamental, se interpretará restrictivamente para conservar solo aquello que es constitucional.

Las sentencias firmes de los tribunales ordinarios que infringen derechos fundamentales, como son las sentencias de la Corte Suprema, “denegatorias de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, y acción de cumplimiento”, apoyándose en concepciones inexactas sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pueden ser revisadas por el Tribunal Constitucional (Constitución Política, art. 202).

175.10. Conclusión sobre los métodos de interpretación

A la pregunta: ¿existe pluralidad de métodos de interpretación o el método es único? La mayoría de autores hablan de múltiples métodos de interpretación, pero otros sostienen que el método de interpretación jurídica es único. Entre estos últimos podemos citar a MAGGIORE¹⁴⁰, quien manifiesta lo siguiente:

[E]s impropio hablar de métodos de interpretación de la ley; como si se le presentaran al intérprete varios caminos para sacar de la norma algún sentido. El método es único, inmanente, empleado por los jueces de todos los tiempos: hacer viva la ley, ponerla al nivel de la historia, acomodarla a las necesidades de la hora presente. Si no hace esto el intérprete, si va a averiguar lo que el legislador quiso decir en el momento de dictar la ley, cien años y más atrás, en vez de establecer lo que la ley quiere en el momento de ser aplicada, sería un arqueólogo, pero nunca un jurista. Sea cualquiera el camino que se siga —el método exegético, el de los intereses, el histórico-evolutivo, el positivo, el del Derecho libre—, el intérprete no tiene sino una meta final: hacer actual la ley. Por esto no hay, repetimos, varios sistemas de interpretación, sino uno solo, que es el camino obligado, el que se puede llamar actualizado. Y no hay tampoco intérpretes tradicionales y modernistas, conservadores y revolucionarios, sino solo intérpretes buenos y malos.

En opinión de RECASÉNS SICHES¹⁴¹, el tema debiera consistir en buscar el método correcto de interpretación, porque “el hecho mismo de que sean *varios* los propuestos muestra que ninguno de ellos es el método correcto o adecuado”. Por su parte, GARCÍA¹⁴² dice que no hay métodos de interpretación por lo a continuación:

¹⁴⁰ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal*, traducción por José J. Ortega Torres, t. I, Bogotá: Temis, 1953, p. 9.

¹⁴¹ RECASÉNS SICHES, “La interpretación del derecho”, art. cit., p. 547.

¹⁴² GARCÍA BELAÚNDE, “Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica”, art. cit., p. 191.

[L]a palabra *método* implica un enfoque determinado, compacto y cerrado, con una lógica interna propia. Aún más, el método a la larga es excluyente, pues es muy difícil que los métodos se mezclen, yuxtapongan o fusionen, porque existe el riesgo de caer en el sincretismo.

Discuerdo de estas opiniones por cuanto el término *método* se utiliza aquí con su significado de procedimiento o modo de actuar del intérprete para hallar el sentido y alcance de una norma jurídica; y no siendo el Derecho una ciencia exacta sino relativa, no siendo un saber perfecto sino que tiende a la perfección como propende su creador: el ser humano que por su propia naturaleza no es capaz, por lo menos no se vislumbra todavía que sea capaz, de crear algo más perfecto que él mismo, sino siempre algo menos perfecto que él, no podemos hablar de un método único sino de multiplicidad de métodos, de entre los cuales el intérprete elige, según el caso, cuál o cuáles utilizará para encontrar la solución más justa. El sincretismo será negativo en las ciencias exactas o en la ciencia natural desprovista de toda valoración, pero no lo es en el Derecho, donde, generalmente, la mejor opción para lograr que se realice la justicia consiste en complementar los diferentes métodos, o criterios, o reglas de interpretación, de acuerdo con el grado de ponderación que de ellos haga el intérprete conforme a la concepción que tenga sobre el Derecho. Así, para determinar el sentido de una norma se comienza por un análisis de las palabras, según las reglas del lenguaje, para ver lo que ellas dicen (*método gramatical*); si el significado de las palabras no es suficiente para llegar a un resultado aceptable, a veces se recurre a la indagación del espíritu de la norma, o sea, se investiga la *ratio legis* o propósito perseguido por el legislador o la *ocasio legis*, esto es, las circunstancias particulares que determinaron la creación de la norma (*método lógico*); otras veces se acude a los antecedentes históricos para indagar cuál fue la voluntad del creador de la norma, qué quiso decir y qué quiso lograr (*método histórico*) o para adecuar el sentido de la norma a las nuevas necesidades de la vida, tratando de sacar nuevas consecuencias a medida que se presentan nuevas situaciones no previstas por el creador de la norma (*método histórico-evolutivo*); con frecuencia se hace el análisis de la norma en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento, tratando de adecuarla a los principios generales que constituyen su fundamento último (*método sistemático*); en ocasiones se harán indagaciones sobre las exigencias sociales del momento en que la norma debe aplicarse (*método sociológico*); en muchos casos se recurre a los fines pretendidos con la regulación (*método teleológico*), etc.¹⁴³.

143 CARDZO, el famoso magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en un análisis de sus experiencias judiciales dice que “a veces se servía de un método lógico o filosófico: otras veces buscaba ilustración en los antecedentes históricos de la institución en juego: en ocasiones tenía que referirse a usos y costumbres sociales vigentes, y en muchos casos se sentía obligado a proceder primero a un estudio sociológico de los hechos que le aclarase el sentido de estos, ya una ponderación estimativa basada en las ideas de justicia y de bienestar social”. Agrega CARDZO que “no puede dar respuesta a la

¿Cuál de los métodos debe emplearse en cada caso? No es posible establecer una preordenación jerárquica de estos métodos, “de modo que solo debiera acudirse al segundo cuando el primero no hubiera servido para desentrañar el sentido y el alcance del precepto jurídico en cuestión”¹⁴⁴, sino que es potestad del intérprete ponderar y decidir en cada caso cuál es el método apropiado para utilizar. No hay método por excelencia, ni es posible que puedan ser descartados *a priori*, porque, como dice MONROY CABRA: La labor de interpretación es de comprensión, ya que, en última instancia, se refiere a la conducta humana y, por tanto, no se puede prescindir de la conciencia del juez en la valoración judicial. Esta valoración debe ser objetiva, justa, de contenido racional, científica, para lo cual el intérprete puede acudir a uno, a todos o a una conjunción de los métodos.

SAVIGNY distingue en la interpretación cuatro elementos: el grammatical, el lógico, el histórico y el sistemático, no como cuatro clases de interpretación de las que hubiera que elegir una, sino como varias actividades que deben obrar en conjunto para lograr la interpretación. Con apoyo en esta teoría de Savigny, un sector importante de la doctrina contemporánea afirma que el método jurídico es uno solo, y que los denominados *métodos jurídicos* (grammatical, lógico, histórico, sistemático, etc.) no son métodos, sino elementos del único método. Si esto fuera verdad, el intérprete tendría que utilizar, necesaria y obligadamente, todos y cada uno de esos elementos. Esto no es así en la experiencia jurídica, porque si del análisis grammatical de la norma dentro de su contexto literal, resulta que su significado es claro en su texto y en su espíritu con relación al hecho de que se trate, ya no es necesario recurrir a indagaciones lógicas, históricas, sociales, económicas, geográficas, políticas, teleológicas, etc. El intérprete tendrá en cuenta los distintos métodos según el caso de que se trate; por tanto, en Derecho no hay un solo método o criterio de interpretación, sino varios.

El método literal es el punto de partida de todo proceso de interpretación, pero no es en todos los casos primordial ni excluyente de los otros. El intérprete selecciona, prepondera, jerarquiza, combina y armoniza los métodos de que se vale, en función del hecho concreto, de la rama del Derecho que lo regula (civil, penal, constitucional, etc.) y de la estructura y valores fundamentales que inspiran cada ordenamiento jurídico, para definir el sentido de las normas jurídicas que haya de aplicar.

pregunta: ¿por qué unas veces empleaba un método, y otras veces otro método?, y que tampoco puede dar respuesta a la pregunta de cuál de los métodos debía tener prioridad sobre los demás. Lo que importaba era encontrar la decisión más justa entre todas las posibles, respecto de cada litigio sometido a su jurisdicción. Primero buscaba esa solución y luego elegía el método que podía servir para justificar esa decisión de antemano tomada *in mente*. (CARDOZO, Benjamín, *The nature of the judicial process*, 1921, cita de RECASÉNS SICHES, “La interpretación del derecho”, art. cit., p. 548).

¹⁴⁴ RECASÉNS SICHES, “La interpretación del derecho”, art. cit., p. 548.

Por lo demás, método, criterio, norma, regla son palabras sinónimas¹⁴⁵, que se usan para indicar el modo de obrar o proceder para hallar la verdad. ¿Por qué una vez se emplea un método y otras veces otro método? No siendo el Derecho una ciencia formal ni natural, cuyo fin es alcanzar verdades absolutas, sino una ciencia cultural, valorativa, que tiene como propósito no la realización de la justicia como bien absoluto, sino como designio relativo destinado a lograr el bien común, los diferentes criterios de interpretación no se dan en forma aislada, antes bien se complementan de acuerdo con el peso que se les atribuya según las exigencias del caso concreto para poder obtener un resultado preciso. Como dice MÜLLER:

Las reglas tradicionales de interpretación no podrían ser aisladas como métodos independientes en sí. Más bien se manifiestan en el proceso de concretización, no solo complementándose y apoyándose unas a otras, sino entretejidas siempre objetivamente unas con otras ya desde un principio¹⁴⁶.

Atender en forma exclusiva a la literalidad de la ley es negar la espiritualidad del Derecho. Limitarse solo a análisis lógicos es estancar el Derecho, privándolo de su finalidad de realizar la justicia y de sus objetivos de adecuación a la dinámica social. La interpretación lógica no se opone a la gramatical, puesto que el lenguaje es uno de los elementos que evidencia el espíritu de la norma. Por encima de lo que las normas parecen decir literalmente, es propio del intérprete indagar lo que quiere decir respecto a determinada realidad, apoyándose en sus antecedentes históricos, en su conexión con las demás normas del ordenamiento, lo cual no significa prescindir del texto normativo, pero tampoco implica que se debe atener rigurosamente a él, aun cuando conduzca a una solución injusta desde todo punto de vista. No hay criterios uniformes de interpretación para todos los casos. A veces será suficiente el sentido de las palabras, en otras será necesario recurrir a criterios lógicos, históricos, sistemáticos, sociales, etc., o habrá que combinar los elementos de dos o más métodos¹⁴⁷. De modo que el sincretismo no es negativo en el Derecho, puesto que se pueden conciliar dos o más

¹⁴⁵ Diccionario de sinónimos y antónimos, Barcelona: Océano, 1986, *Método*. Sinónimos: orden, regla, norma, procedimiento, sistema, régimen, ordenación, proceso, manera, forma, criterio, táctica, disciplina, uso, usanza, modo, hábito, costumbre. Antónimos: indisciplina, desorden, caos, anarquía. Diccionario manual de sinónimos y antónimos, Vox, 4.^a ed., Barcelona: 1982, *Método*: procedimiento, norma, regla, sistema. *Procedimiento* se aplica principalmente a la manera de hacer algo, en especial cuando comprende más de una operación: procedimiento para obtener un cuerpo químico. *Método* se aplica más al pensamiento que a la acción, mientras que *norma* y *regla* suelen referirse a un solo acto, problema, etc. La *norma* continuada o repetida (o un conjunto de normas) constituye un *orden* o un *método*, en el pensamiento o en el trabajo, y un sistema en la conducta.

¹⁴⁶ Friedrich MÜLLER, cita a LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 324.

¹⁴⁷ LACAMBRA, Legazy, (*Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona: Bosch, 1943, p. 419), asevera que “una justa ponderación de los elementos gramaticales, lógico-sistemático e histórico y finalista o ideológico, parece el modo más seguro de llegar a una interpretación que posea un valor de verdad y rectitud”.

métodos según la dificultad que se le presente al intérprete en su tarea de encontrar una solución adecuada, la más justa entre todas las posibles.

176. Interpretación constitucional

Como hemos señalado, la Constitución Política se caracteriza por ser la norma suprema, la ley de leyes, la ley fundamental, de tal modo que el sistema de valores¹⁴⁸ y principios que ella estatuye informa todo el ordenamiento jurídico. Es creada por el poder constituyente, el poder de poderes, el poder supremo que consagra en ella el acuerdo de unidad política. Regula los derechos fundamentales del ser humano y el ejercicio del poder, razón por la cual se la denomina *Constitución Política*. Ella es el criterio para determinar si una norma pertenece o no al ordenamiento jurídico, el cual puede ser comparado con un árbol, en donde el tronco es la Constitución y las ramas todas las demás normas, de suerte que no puede haber norma jurídica alguna que no tenga su punto de apoyo o fundamento en la Constitución. Muchas de sus normas, por imprecisas o incompletas, están sujetas a desarrollo o reglamentación mediante leyes posteriores. Los valores fundamentales y los principios que se puedan extraer de la Constitución irradian a todo el ordenamiento jurídico. De ahí que de la *interpretación constitucional* depende la vigencia de las demás normas, pues, pueden ser expulsadas del ordenamiento jurídico por contravenir a la Constitución en la forma o por el fondo.

En ese sentido; hay que preguntarse lo siguiente: ¿Si la Constitución se interpreta con base en los mismos criterios que para las demás leyes o si exige criterios interpretativos distintos? Tanto el intérprete de la Constitución como el de la ley no pueden tener una libertad sin límites jurídicos para elegir los métodos interpretativos. Como la Constitución, al igual que las demás leyes escritas, tiene forma lingüística y proposiciones normativas, se la debe interpretar con los mismos criterios interpretativos (lingüístico, lógico, sistemático, histórico, etc.) de cualquier otro texto jurídico. Sin embargo, dadas las características de la ley fundamental, su interpretación denota algunas diferencias con las otras leyes de menor jerarquía: en primer lugar, siendo la Constitución la norma de mayor jerarquía, su interpretación no está vinculada a lo establecido en normas de menor jerarquía. Así, las reglas que sobre interpretación contiene el Código Civil no son obligatorias para el intérprete constitucional. Una

148 La Constitución supone la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento. “Los valores superiores y los principios constitucionales desempeñan así una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces, que deberán ponderar los intereses en conflicto no a la luz de su conciencia, supuestamente portadora del espíritu jurídico de la comunidad, sino atendiendo a la ideología jurídico-política cristalizada en el texto constitucional” (PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, ob. cit., p. 122).

norma de inferior jerarquía no puede determinar la interpretación de la Carta. En segundo lugar, los principios constitucionales que requieren de desarrollo y concretización mediante leyes que aún no se han dado, permiten un margen de interpretación mucho más amplio que el de las otras leyes generales. Y, en tercer lugar, como la Constitución diseña la estructura social y política de una sociedad concreta, a veces su interpretación requiere de una fundamentación política orientada a lograr el bien común, la seguridad jurídica y vigencia del Estado de Derecho. En la interpretación de la Carta se ha de cuidar que el elemento político no exceda de los límites de lo jurídico, porque un problema jurídico debe tener siempre una respuesta jurídica¹⁴⁹.

Sobre la base del carácter fundamental y a la particular estructura normativa de sus disposiciones, la interpretación de la Constitución no se agota en los criterios clásicos de interpretación del Derecho, sino abarca una serie de principios, entre los cuales mencionamos los siguientes:

1. *Principio de la unidad de la Constitución*: la Constitución debe interpretarse como una totalidad, sin considerar a sus disposiciones como normas aisladas. Los derechos fundamentales elevados al rango de constitucionales no están yuxtapuestos sin conexión alguna, sino que están relacionados unos con otros en una comunidad de sentido. Por eso, la Constitución es un todo o unidad con sentido¹⁵⁰. Si la Constitución es un cuerpo normativo unitario, una de sus normas no puede ser interpretada separándola del resto del conjunto¹⁵¹.

149 “En la interpretación de los principios y valores se deberá buscar, en cada caso concreto, el máximo efecto integrador en aras de conseguir que, en esencia, el efecto normativo y la función legitimadora de valores y principios se ajuste a la estructura y funciones previstos constitucionalmente para ellos” (FREIXES SANJUAN, Teresa y José Carlos REMOTTI CARBONEL, *Los valores y principios en la interpretación constitucional*, año 12, n.º 35, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 109).

150 La Corte Constitucional de Colombia señala que las disposiciones constitucionales “deben ser interpretadas y aplicadas en su integridad, de tal manera que resulta inadmisible como método de interpretación o como criterio de juzgamiento, la aplicación apenas parcial de un precepto para hacer valer algunos efectos, dejando otros inaplicables” (cita de HUERTA GUERRERO, Alberto, “Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales”, en *Derechos fundamentales e interpretación constitucional. Ensayos. Jurisprudencia*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 1997, p. 40).

151 “*Principio de unidad*: libertad de expresión. Es cierto, por un lado, que la Constitución no garantiza el derecho a expresarse y a informarse en todo tiempo, en cualquier lugar y de cualquier manera. El principio de unidad obliga a que el ejercicio de esos derechos se armonice con el de otros derechos y bienes también fundamentales, entre ellos el orden público interno (art. 44). Pero también es verdad que los derechos a la libre expresión y a la información tienen un rol estructural en el funcionamiento de la Democracia, ya que esta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre. Por eso, tales derechos ocupan un lugar privilegiado en la pirámide de Principios Constitucionales. Esto, el Tribunal lo interpreta en el sentido que si se pretende una restricción a esos derechos, se debe exigir a la ley restrictiva algo más que una mera “racionalidad” en su necesidad: esta necesidad debe ser imperiosa y urgente” (Sentencia del TC, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, de 4 de abril del 2001). “Una norma constitucional no puede ser interpretada de manera tal que sea incongruente, pues la Constitución es una unidad en la

2. *Principio de la coherencia:* no debería haber contradicciones o antinomias entre las normas constitucionales, pero, sin embargo, estas siempre se presentan. En situaciones como esta, la interpretación debe hacerse ponderando los valores e intereses tutelados por las normas constitucionales. En todo caso, los conflictos entre normas deben resolverse en favor de los intereses de mayor relevancia¹⁵².
3. *Principio de la funcionalidad:* se debe respetar el esquema de competencias diseñado por la Constitución de tal modo que ningún poder u órgano estatal pueda invadir el ámbito de competencia de otro y todos trabajen coordinadamente.
4. *Principio de la eficacia:* la interpretación debe orientarse a que se optimice la eficacia de las normas constitucionales, para que sus fines se realicen efectivamente. La eficacia debe tener un efecto integrador que dé continuidad a la Constitución, lo que se logra respetando los precedentes vinculantes.
5. *Principio pro homine:* cuando se está en presencia de las libertades se habla del principio *in dubio pro libertate*. En caso de duda se debe optar a favor de la libertad del ser humano, como garantía de la efectiva vigencia de los derechos fundamentales¹⁵³. La defensa de los derechos humanos es uno de los principios básicos del Derecho constitucional contemporáneo. Cuando la norma admite dos o más interpretación habrá que estar la que es más favorable a la persona.
6. *Principio de duración de la Constitución:* la interpretación tiene como objetivo fundamental que la Carta Política dure como texto normativo y como pro-

que cada una de sus cláusulas cobran sentido tomando en cuenta su conjunto, y en consecuencia, el intérprete supremo de la Constitución no puede privilegiar un criterio interpretativo en ese sentido” (Sentencia del TC, Exp. n.º 0003-2001-AI/TC del 13 de julio del 2001). “Constitución: suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora. Las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme” (Sentencia del TC, Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, Lima, del 11 de noviembre del 2003). “La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionales protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación” (Sentencia del TC, Exp. N.º 00019-2005-AI/TC). El principio de humanidad de las penas no puede ser interpretado exclusivamente desde la perspectiva de los intereses del penado, sino también del interés general, porque en caso contrario podría ser válida cualquier interpretación aun cuando contravenga a la Constitución en su conjunto

¹⁵² El Tribunal Constitucional Federal alemán, en caso de colisión de derechos fundamentales o bienes jurídicos protegidos por la Constitución, se sirve preponderantemente del método de “ponderación de bienes en el caso particular” (LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 340).

¹⁵³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos, 1984.

grama político, como garantía de una sociedad estable y segura como base del progreso.

7. *Principio de respeto al régimen político consagrado en la Constitución:* cada régimen político (monarquía, democracia, etc.) significa una especial concepción de la sociedad y del Estado. La interpretación constitucional tiende a afianzar el régimen político adoptado por la sociedad mediante la Constitución. En realidad, este es un principio propio de la Carta Política, pues todos los otros, antes mencionados, son comunes a la interpretación de toda norma legal, sea de rango constitucional o de menor jerarquía. La interpretación constitucional debe encaminarse a lograr que dure el acuerdo político consagrado en la Constitución¹⁵⁴.
8. *Principio de concordancia práctica:* la interpretación no debe conducir a una contraposición de criterios, sino a una solución armónica que reafirme los valores constitucionales como supremos. El sentido de todo precepto constitucional debe ser reconducido a la protección de los derechos fundamentales.
9. *Principio de inmediatez de la Constitución:* las normas constitucionales, programáticas o no, tienen aplicación inmediata con prevalencia sobre las normas subordinadas que las contradigan.
10. *Principio de previsión de consecuencias:* el intérprete debe ser consciente de las consecuencias políticas y sociales del resultado de su interpretación.
11. *Principio del respeto a los valores y principios constitucionales:* la Constitución consagra un sistema de principios y valores de convivencia sociopolítica (dignidad humana, supremacía de la Constitución, separación de poderes, democracia, libertad, etc.) que el intérprete no puede desconocer y hacer prevalecer.
12. *Principio de adaptación:* mediante la interpretación, las instituciones, categorías, conceptos contenidos en la Constitución deben adecuarse a los cambios que sufre la realidad política del Estado, a efectos de que siga siendo un eficaz instrumento de buen gobierno.
13. *Principio de indivisibilidad:* los derechos humanos constituyen un todo indisoluble, el goce de uno no es compatible con la negación o lesión de los otros¹⁵⁵.

154 Como el acuerdo político está contenido en la Constitución Política. “El intérprete de las normas constitucionales debe identificar la fórmula política de una Constitución, entendida esta como la expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social, labor de comprensión que no resulta fácil. Contribuyen en gran medida a llevar a cabo esta delicada labor las denominadas afirmaciones políticas y definiciones constitucionales consagradas en toda Carta Política” (HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, “Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales”, en *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Lima: 1997, p. 25).

155 SAGÜEZ, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires: Astrea, 2001. GARCÍA TOMA, Víctor, *Introducción a las ciencias jurídicas*, 2.^a ed., Lima: Jurista, 2007, p. 421 y ss. UCHUYA CARRASCO, Hum-

14. *Principio de interacción*: el orden interno y el internacional sobre derechos humanos son interdependientes, por lo que el intérprete tendrá en cuenta al respecto tanto al juez nacional como al supranacional.
15. Principio de *interpretación progresiva*: entre varias posibles interpretaciones debe optarse por la que menos límite los derechos humanos.

Según el carácter de ley fundamental de la Constitución:

[S]u interpretación adquiere importancia especial, pues a través de ella se busca dar un sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia política de un país. Además, dada su peculiar característica de norma suprema del ordenamiento jurídico, de su interpretación depende la vigencia de las demás normas, las cuales pueden quedar expulsadas de aquel ordenamiento debido a su inconstitucionalidad¹⁵⁶.

¿Quién interpreta la Constitución? Como toda norma jurídica, la Constitución tiene pluralidad de intérpretes. La interpretan los juristas, abogados, magistrados y, en fin, toda autoridad u órgano estatal que deben aplicar o desarrollar los preceptos constitucionales. Así, el legislador tiene que interpretarla para dar una ley, pero no está facultado para interpretarla auténticamente porque él no es el órgano constituyente. Si bien es cierto que la interpretación del Congreso está supeditada a criterios políticos de oportunidad y conveniencia, también es verdad que, si el legislador desnaturaliza con su regulación las normas constitucionales, sus decisiones vienen a ser inconstitucionales, y, por tanto, susceptibles de revisión por los órganos jurisdiccionales: los magistrados del Tribunal Constitucional, del Poder Judicial, del Jurado Nacional de Elecciones, al resolver los casos que son de su competencia. Si surgen interpretaciones contradictorias de las normas constitucionales, prevalece la interpretación del Tribunal Constitucional, pues es el órgano de control concentrado de la Constitución (art. 201). La Carta Política es lo que el Tribunal Constitucional dice que es, y no lo que los políticos dicen que es. Los particulares también interpretan la Carta, pero su interpretación está sujeta a corrección por la que hacen los operadores del Derecho, especialmente por la interpretación judicial, y, a su vez, esta también está supeditada a corrección por la del Tribunal Constitucional, que es el órgano máximo de interpretación de la Constitución.

berto, "La interpretación constitucional y la interpretación de los derechos humanos", en *El Derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, t. I, Lima: Grijley, 2005, p. 420 y ss. GAIROUD BRENES, Alfonso, "Los mecanismos de interpretación de los derechos humanos. Especial referencia a la jurisprudencia", en *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaúnde*, t. I, Lima: Grijley, 2005, p. 129 y ss.

¹⁵⁶ HUERTA GUERRERO, "Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales", art. cit., p. 23.

Son intérpretes privilegiados de la Constitución:

- 1) El *Congreso de la República* para dar leyes y resoluciones legislativas, así como modificar o derogar las existentes debe interpretar previamente las normas contenidas en la Constitución, para establecer su sentido y alcance que servirá de marco dentro del cual se encuadre estrictamente el acto legislativo. El art. 102.1 de la Constitución señala que *es atribución del Congreso dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes*. Si el Congreso ejerce esta atribución rebasando los límites formales y materiales señalados en la Constitución para dar leyes, la norma que expida no pertenece al ordenamiento jurídico por inconstitucional.

Cuando imperaba el principio de la soberanía parlamentaria, importado de Inglaterra al resto del mundo, el Parlamento era un ente soberano que no tenía límites para la expresión de su voluntad, la Constitución era un documento político que no formaba parte del Derecho, por tanto, no era objeto de interpretación jurídica, sino solamente de interpretación políticas por el Parlamento. La afirmación de la Constitución como norma jurídica que, por tanto, requiere interpretación empieza con la Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776 y la Constitución de los Estados Unidos de 1787, la Revolución francesa de 1789 y la Constitución de 1791. La sustitución de la soberanía parlamentaria por la soberanía popular trajo consigo la interpretación de la Constitución como cuerpo normativo jurídico supremo.

- 2) El *Poder Ejecutivo*, por delegación del Congreso expide decretos legislativos (art. 58 de la Constitución), tiene la facultad de dar decretos de urgencia, y reglamentar las leyes. Al realizar esta labor legislativa tiene que interpretar las normas constitucionales para no transgredirlas.
- 3) El *Tribunal Constitucional* es el órgano de control de la Constitución (art. 201), tiene competencia para conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad (art. 202.1 de la Constitución). La acción de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, ordenanzas regionales y ordenanzas municipales que contravengan a la Constitución por la forma o por el fondo (art. 200.4). El Tribunal Constitucional luego de establecer, mediante la interpretación, el sentido de la norma o normas constitucionales respectivas, declara, también previa interpretación, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley.
- 4) El *Poder Judicial* administra justicia con arreglo a la Constitución y a la ley; en todo proceso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera (art. 138 de la Constitución). Para determinar que existe incompatibilidad entre una norma constitucional y

una legal, previamente tiene que interpretar la norma constitucional para establecer su sentido, establecido este interpretará la norma legal para determinar si el sentido de esta es compatible con el de aquella. La interpretación vinculante de la Constitución o de la ley realizada por el Tribunal Constitucional obliga a todos los jueces del Poder Judicial (art. vii del TP del Código Procesal Constitucional), salvo cuando existen interpretaciones contradictorias del propio Tribunal Constitucional o cuando este, primero expide una sentencia con carácter vinculante y luego da otra u otras sentencias que no constituyen precedentes vinculantes con los que transgrede su decisión vinculante. Estos hechos que lamentablemente ocurren en nuestra realidad deslegitiman al Tribunal Constitucional.

El inicio de la interpretación de la Constitución por el Poder Judicial se dio en 1803 con la resolución del juez John Marshall, en el *leading case* *Marbury vs. Madison*. Marshall interpretó la Constitución señalando que es rol de los magistrados defender la Constitución, evidenciando la facultad implícita de los jueces (*implied power*) para inaplicar la ley que contradiga a la Constitución (control difuso).

- 5) El Jurado Nacional de Elecciones tiene entre sus atribuciones fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio, velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas, administrar justicia en materia electoral (art. 178), resolver con arreglo a ley. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son revisables. Para el ejercicio legítimo de estas atribuciones, el Jurado Nacional de Elecciones debe interpretar las disposiciones constitucionales y legales en materia electoral para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes.

La interpretación constitucional es una actividad limitada, por cuanto el intérprete no puede contradecir la labor del poder constituyente. Como la interpretación de la Constitución la hacen los poderes constituidos, estos no pueden sustituir la labor del poder constituyente, y, por tanto, no pueden modificar, extinguir o crear preceptos constitucionales, salvo que la propia Constitución los faculte expresamente para ello (por ejemplo, Constitución Política, art. 206).

177. Teorías sobre la interpretación del derecho

El intérprete analiza la norma jurídica para desentrañar su sentido y alcance inmanente en ella o para asignarle un sentido que la adecue a la nueva realidad social, desde una singular concepción filosófica (exegética, histórica, tridimensional, egológica, etc.). La concepción filosófica, consciente o inconsciente, que sobre el mundo

tiene el intérprete, va a orientar la actividad interpretativa y determinar su resultado. A continuación, nos referimos a las doctrinas filosóficas sobre la interpretación.

177.1. Teoría legalista o legislativa

Desde tiempos antiguos el legislador se resiste a admitir la interpretación de las leyes. En la *Novela* y en el *Código* de Justiniano la interpretación de las leyes está reservada al emperador y se prohíbe todo comentario privado.

En España, el *Fuero Juzgo* (libro II, título I, ley XI), las *Siete Partidas* (partida I, título I, XIV), la *Nueva Recopilación* (libro II, título I, ley III) y la *Novísima Recopilación* (libro III, título II, ley III) reservan la interpretación exclusivamente a los que hacen las leyes.

La concepción mecánica de la función judicial, dice POUND¹⁵⁷, deriva del concepto bizantino (de Bizancio) de soberanía, conforme al cual el Derecho debe su existencia y su sentido a la voluntad del soberano. Pero su predominio en la época contemporánea se debe a su inserción en el modelo de Estado resultante de la teoría de Montesquieu sobre la separación de poderes, dogma nacido de una errónea conceptualización de la Constitución (no escrita) británica, tal como regía en el siglo XVII, que obliga a considerar como una usurpación del Poder Legislativo a todo acto de creación del Derecho por las otras ramas del gobierno, incluida la judicial.

MONTESQUIEU (1689-1755) dijo que los jueces son “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden debilitar ni la vigencia ni el rigor de ella”. Beccaria vedaba a los jueces interpretar las leyes penales con el fin de garantizar las libertades ciudadanas.

Para el racionalismo jurídico del siglo XVIII, las leyes suministran soluciones a todas las controversias humanas, no necesitan interpretación, y deben los jueces aplicarlas mecánicamente. Los jueces aparecen como meros ejecutores de la voluntad del soberano, que cuenta con poder absoluto.

El absolutismo estableció una radical contraposición entre el gobernante legislador poseedor de la razón y los gobernados obligados a la obediencia pasiva. La ley, por ser obra de la razón, se puede comprender sin dificultades; por la separación de poderes, el legislador es el que crea la ley y el juez la aplica; los juristas no pueden interpretar la ley porque la deformarían.

Sin embargo, los hechos demostraron la inutilidad de la tentativa de eliminar la interpretación. Ante este caso, los racionalistas jurídicos se afanaron en buscar métodos

157 Citado por GARBER, “La interpretación en el sociologismo jurídico norteamericano”, art. cit., p. 109.

que, aplicados a las leyes, dieran como resultado su verdadera interpretación. Este fue el objetivo de la escuela de la exégesis, a la cual nos referimos en el punto siguiente.

177.2. Teoría exegética o de la voluntad del legislador

La escuela de la exégesis surge con la codificación napoleónica. Tiene su sustento en el iluminismo francés (base de la Revolución francesa), el imperio de la razón y la fe ciega en el legislador. Para esta escuela, la ley, en cuanto obra del legislador, es la expresión del Derecho natural, absoluto e invariable, y contiene una solución para todos los casos de la vida social. Su postulado fundamental es el culto a la ley y a la intención del legislador. La función del intérprete es averiguar cuál fue la verdadera intención del legislador.

Para los expositores del siglo XIX, no había sector de la vida social que no hubiera sido regulado en el Código, por lo cual consideraron revocadas todas las ordenanzas, usos y costumbres hasta entonces vigentes¹⁵⁸. El Derecho es la ley, y todo lo que es ajeno a la intención del legislador es extraño al Derecho. Demolombe explicó: “Mi divisa, mi profesión de fe es: los textos ante todo”. Aubry dijo lo siguiente: “Toda la ley, en su espíritu tanto como en su letra, con una amplia aplicación de sus principios y un completo desarrollo de sus consecuencias, pero nada más que la ley, tal ha sido la divisa de los profesores del Código de Napoleón”. Bugnet pronunció en su cátedra: “No conozco el derecho civil. No enseño más que el Código Napoleón”. El art. 5 del Código Civil francés dice: “Les está prohibido a los jueces, al dictar sentencia en los casos traídos a su conocimiento, establecer reglas generales de conducta o fundar sus decisiones en sentencias precedentes”.

La decisión judicial se funda exclusivamente en la ley, puesto que “los códigos nada dejan al arbitrio del intérprete; este no tiene por misión formar el Derecho; el Derecho está hecho: nada de incertidumbre; el Derecho se encuentra escrito en textos auténticos..., el trabajo del legislador no lo realizan los magistrados: lo adelanta el poder legislativo. La consecuencia es evidente: al hacer el Derecho, autores y magistrados usurparían el poder que la nación soberana ha investido con esa atribución”¹⁵⁹. La desconfianza en toda razón jurídica fuera de la ley y el deseo de evitar el arbitrio judicial determinaron que al juez se le dé la premisa mayor (el Derecho vigente) y la

158 La Revolución francesa declaró la igualdad de todos ante la ley, deshizo los núcleos en los cuales subsistían sistemas jurídicos particulares con la pretensión de soberanos ante el Estado, eliminó los privilegios de la nobleza y del clero. El Código Civil surgió como expresión de la voluntad general, no admitiéndose usos o costumbres, ni elaboraciones legislativas particulares. El Derecho es la ley, especialmente el Código Civil, donde se podía encontrar una solución para todos los casos que la vida social pudiera presentar.

159 BONNECASE, Julien, *Introducción al estudio del derecho*, traducción por Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1991, p. 144.

premisa menor (el hecho de la realidad), para que, mediante una operación lógica de subsunción del hecho de la vida en el Derecho, emita una decisión (sentencia) que, como toda conclusión lógica, es independiente de la voluntad del juzgador. La interpretación se admite solamente como exégesis de los textos, para establecer cuál fue la voluntad del legislador. El intérprete debe reproducir con exactitud y fidelidad el pensamiento real, sicológico del legislador. Se “proclama la omnipotencia jurídica del legislador, es decir, del Estado, porque, quiérase o no, el culto al texto de la ley y a la intención del legislador coloca el Derecho de una manera absoluta en manos del Estado”¹⁶⁰. El juez tiene un amplio margen de libre investigación y establecimiento de los hechos; la ley puede concederle un margen de discrecionalidad para que atienda a la equidad, pero, a pesar de ello, no da vigencia a su voluntad sino a la de la ley, que es la voluntad del legislador, pues el juzgador, como voz de la ley (*bouche de la loi*)¹⁶¹, aplica estrictamente el texto legal sin importar para nada el juicio que le merezca: *dura lex, sed lex*. El juez es como una máquina que expende sentencias. Igual sucedió en el sistema del *common law*, donde la doctrina del *stare decisis* prohibía que el juez pudiera apartarse del precedente judicial, esto es, no se admitía que el juez creara Derecho; su actividad era mecánica.

La escuela exegética peca de excesiva subjetividad; por lo desconocido que aún es el mundo síquico de las personas, nadie está en aptitud de poder determinar exactamente cuáles son las intenciones de los demás, más todavía cuando existen leyes acerca de las cuales sus autores nada han dicho. Como dice DU PASQUIER¹⁶²:

[A] decir verdad, la intención del legislado comporta una parte de ficción, pues el legislador no es un ser único de la cuestión cuya mirada penetrante haya escudriñado todos los repliegues de la cuestión que ha resuelto, es, lo más a menudo, una asamblea compuesta de numerosas personas cuyas intenciones habrán podido ser vagas o divergentes. Sin embargo, toda regla de derecho contiene una orden, expresa una voluntad que, por hipótesis, está aclarada y forma cuerpo con las otras reglas jurídicas ya en vigor.

Es evidente que toda norma de Derecho contiene una declaración de voluntad del legislador, pero es casi imposible que esa voluntad haya podido prever la totalidad de los más variados casos que presenta la vida real que evoluciona día a día y, por tanto,

160 BONNECASE, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., p. 149.

161 AUBRY (cita de BONNECASE, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., p. 147), quien fue decano de la Facultad de Derecho de Estrasburgo, en su discurso de ingreso a la facultad en 1857, exclamó lo siguiente: “Infortunadamente, el bien y la verdad se encuentran muy raras veces sin mezcla de mal y de error. ¡A cuántos extravíos, a cuántas desviaciones no ha dado lugar una interpretación temeraria y aventurada! So pretexto de espiritualismo han sido arrojadas por la borda como un yugo inútil formas saludables y protectoras. So capa de equidad, los textos positivos y las reglas más ciertas del derecho han sido sacrificadas a consideraciones equivocadas y sin alcance”.

162 DU PASQUIER, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 112.

los problemas que suscita no pueden ser resueltos con apoyo en una voluntad pretérita que fue expresada en otras circunstancias, para otra realidad ya superada. Además, de las expresiones de una misma norma se pueden derivar dos o más significados, sin poder saberse cuál fue el querido por el legislador. Por último, surge el problema de establecer quién es el autor de la norma: ¿si el jurista que la elabora o el órgano que la aprueba? La opinión del autor o autores de la ley no es decisiva en la interpretación, porque una vez promulgada, la ley tiene su propia vida, su propia evolución, independientemente y muchas veces más allá de lo que quisieron sus autores. Después que entró en vigencia la ley, esta vive libre de la voluntad del legislador, pues ella sirve para regular conducta humana social y no para satisfacer el deseo del legislador.

177.3. Teoría de la voluntad objetiva de la ley

Esta teoría, que se fundamenta en los principios de la escuela histórica del Derecho (Thibaut, Köhler, Binding), sostiene que toda ley se desliga de la voluntad del legislador para vivir su vida propia en conformidad con el medio social y su evolución. El intérprete no debe buscar la voluntad individual del legislador, pues es imposible determinar cuál ha sido la intención de este al dictar la ley, sino que debe indagar por la voluntad objetiva de la ley¹⁶³, para satisfacer las nuevas necesidades que se presenten.

Se habla de voluntad de la ley en sentido impropio, pues es sabido que la ley no puede tener voluntad, pero es innegable que la ley responda a una voluntad, a una conciencia común, de ordenar la vida de relación social de manera concreta. “La indagación de esa voluntad es la que constituye, en un primer paso, la tarea del intérprete”¹⁶⁴.

177.4. Teoría finalista

Para esta teoría desarrollada por VON IHERING¹⁶⁵ (1818-1892), ninguna ley puede ser suficientemente comprendida sin el conocimiento de las condiciones sociales

163 MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, ob. cit., p. 99. Respecto al art. 12 de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano, que dispone que en la interpretación de la ley hay que tener en cuenta también la “intención del legislador”, opina que debe sustituirse el término *ley* por el de *legislador*, y por *intención* debe entenderse el *espíritu*, o sea, la razón de ser de la norma. Intención que, a su vez, se sustancia, más que en el motivo contingente, que pueda haber ocasionado el pronunciamiento de la norma, en la finalidad, esto es, en la consideración de la necesidad social que esa norma está dirigida a satisfacer (elemento ideológico). La consideración del elemento “intención de la ley” puede, a veces, conducir a modificar el resultado de la interpretación.

164 De Ángel YAGÜEZ, *Una teoría del derecho*, ob. cit., p. 190.

165 VON IHERING, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, ob. cit.; *Idem, Jurisprudencia en broma y en serio*, Madrid: Reus,2015; *Idem, El fin en el derecho*, Lima: Atalaya,1946; *Idem, La dogmática jurídica*, São Paulo: Icone.

efectivas del pueblo y de la época en que se dictó. Derecho es el que vive la gente de modo real; el que se aplica en las sentencias y en las resoluciones.

VON IHERING arremete contra el método silogístico tradicional sosteniendo que el Derecho no es una emanación deductiva de una idea. Las ideas no dependen de exigencias lógicas sino de las necesidades de la vida que puedan satisfacer. Poco importa que, en el plano lógico, el Derecho aparezca como una obra perfectísima si no tiene eficacia práctica. El Derecho auténtico no es el abstracto sino el que se vive de modo real y el que se aplica en las sentencias. Las más de las veces, los conceptos abstractos no han constituido el punto de partida para la elaboración del derecho, sino las situaciones reales que sirven de base para formar los conceptos generales; los conceptos abstractos no son los padres sino los hijos del razonamiento que presidió la creación del Derecho.

En el terreno del Derecho todo existe para el fin y en vista del fin. VON IHERING indica lo siguiente: “La investigación de este fin constituye el objetivo más elevado de la ciencia jurídica, tanto desde el punto de vista del dogmatismo del Derecho, como de su historia”¹⁶⁶. Asimismo, el autor indica lo siguiente:

“La voluntad se juzga con arreglo al fin que se propone. El fin de la voluntad es el que caracteriza al acto como justo o no justo. Lo justo es la medida de lo práctico, es decir, de la acción; la verdad es la medida de lo teórico, es decir, de la percepción. Justo es la concordancia de la voluntad con lo que debe ser; verdad la de la concepción con lo que es”¹⁶⁷. El Derecho es infinitamente variado; adapta sus disposiciones al estado del pueblo, a su grado de civilización, a las necesidades de la época.

No hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, esto es, a un motivo práctico. “El Derecho no expresa la verdad absoluta; su verdad no es más que relativa, y su medida con arreglo a su fin”¹⁶⁸.

177.5. La libre investigación científica

François GÉNY¹⁶⁹ (1861-1959), principal exponente de esta teoría, sostiene que la interpretación consiste en investigar el pensamiento del legislador. La intención de este revela las circunstancias dominantes en la época de formulación de la ley y no las existentes en el de la aplicación. Si la ley se interpretara conforme a las circunstancias existentes en el momento de su aplicación, se atentaría contra la seguridad jurídica.

166 VON IHERING, *El fin en el derecho*, Granada: Comares, 2011, p. 213.

167 *Ibid.*, p. 211.

168 *Loc. cit.*

169 GÉNY, Francois, *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo* (1889), 2^a ed., REUS: Madrid, 1925.

Estimó que la interpretación del Código francés había sido creadora y no silogística, como se sostenía en Francia, y que la ley no es tanto un principio lógico sino una manifestación de voluntad, caso en el cual, para ser aplicada necesita esclarecer su propósito.

Afirma GÉNY que la interpretación gramatical y la lógica se complementan necesariamente. Para descubrir la voluntad del legislador, además de investigar los elementos gramaticales y lógicos, hay que acudir a los elementos extrínsecos que aclaren el sentido y alcance de la fórmula del texto. En ese sentido indica el autor: “Debe el intérprete representarse con la mayor exactitud posible las relaciones de hecho que ha querido el legislador organizar jurídicamente, con todas las circunstancias que, determinándolas, ponen de relieve las exigencias morales, políticas, sociales, económicas y aun técnicas a que el precepto debe dar satisfacción” (*ratio legis*); además, debe investigar “el medio social y jurídico en que la ley nació, determinado por los precedentes históricos, por el motivo preciso de la ley (*ocassio legis*), por las ideas reinantes en la mente de sus autores, sin hablar de influencias menos directas, pero eficacísimas a veces, como, por ejemplo, las legislaciones extranjeras”. La fórmula del texto es suficiente solo cuando no existe contradicción con elementos extraños.

Según GÉNY, el método libre se sustraе a la autoridad de la norma positiva, porque no puede encontrar bases sólidas sino en los elementos objetivos que solo la ciencia puede revelar. En defecto de fuentes formales, esos elementos determinan las soluciones exigidas por el Derecho positivo. El intérprete debe descubrir principios seguros que solo puede darle el examen atento de la naturaleza de las cosas que “descansa sobre este postulado: que las relaciones de la vida social, o más generalmente, los elementos de hecho de toda organización jurídica, llevan en sí las condiciones de su equilibrio y descubren, por decirlo así, ellas mismas, las normas que deben regirlas”. La libre investigación científica debe descubrir en las normas los datos reales (realidades físicas, biológicas, sicológicas, etc.); los datos históricos que son los hechos que determinan las situaciones sociales concretas; los datos racionales (normas del Derecho natural, la idea de justicia, etc.); los datos ideales, esto es, la dirección especial que adoptan las relaciones humanas.

Si la ley no contiene normas para la investigación, se recurirá a las fuentes supletorias: la costumbre, la autoridad y la tradición, tal como han sido desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina, y la libre investigación científica. La fuerza de la costumbre reside en la naturaleza de las cosas, por la cual se impone al intérprete.

Frente a las lagunas del Derecho debe aplicarse la analogía, tomando como criterio orientador la justicia fundada en la naturaleza real de las cosas, pues “existen ciertos principios de justicia, revelados por la razón o por la conciencia moral, a los cuales los elementos variados y móviles de la vida social darán su carácter positivo; pero cuyo asiento está fuera del mundo de los fenómenos o de las contingencias”. Los principios generales integran el ordenamiento jurídico cuando hay vacíos en la ley.

177.6. Teoría del Derecho libre

El iniciador del Derecho libre, Hermann KANTOROWICZ¹⁷⁰ (1877-1940), defiende una tesis, a la vez voluntarista y antilogicista del contenido del Derecho. Se basa en que el juzgador elige libremente el principio que justifique la decisión de su voluntad; la lógica formal no puede marcar el límite de lo lícito ni ayudar a buscar la solución justa. No admite KANTOROWICZ que de unos principios jurídicos se puedan sacar otros más generales en donde encuentren su fundamento y que por eso constituyen Derecho positivo, para luego descender de dichos principios, de los cuales se desprenden no solo las normas existentes, sino también otras normas imaginarias; los principios son tanto más inservibles cuanto más abstractos; por ello no se puede fabricar Derecho mediante *una jurisprudencia de conceptos*. Considera que es un problema de voluntad y no de racionalidad el escoger de entre las premisas posibles la que suministre soluciones justas.

La ley —dice Kantorowicz—, no es la única fuente del Derecho positivo, sino que se debe reconocer a las normas que brotan de la conciencia jurídica popular. Se entiende por Derecho libre a “las convicciones predominantes que tiene la gente en un cierto lugar y un cierto tiempo sobre lo que es justo, convicciones que real y efectivamente regulan la conducta de esas gentes”. El juez aplica la ley si su texto es unívoco, pero si la ley no ofrece una solución carente de dudas, puede y debe prescindir de la ley y dictar el fallo que el Estado habría dictado en el caso concreto. Si no puede formarse esa convicción, se inspira en el Derecho libre, y si el caso es complejo, resuelve discrecionalmente. Esta teoría no ha tenido otros partidarios porque pone en peligro la seguridad jurídica al no cumplir el juez con el mandato de la ley; la libre voluntad del juez no es garantía de lo justo.

177.7. Jurisprudencia sociológica

La escuela norteamericana de la jurisprudencia sociológica está representada por Oliver Wendell Holmes (1841-1935), Benjamín R. Cardozo, ambos exmagistrados de la Corte Suprema de Estados Unidos, y Roscoe Pound (1870-1964) exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Esta escuela admite que el Derecho tiene una estructura lógica, pero reconoce que es algo más que esa estructura: un instrumento para la realización de la justicia, el bienestar social y los fines humanos dentro de lo cambiante de la historia.

La justicia y el bienestar social determinan los métodos adecuados de interpretación de la ley. Las nuevas realidades generan nuevos conflictos que hacen necesario

170 KANTOROWICZ, Hermann, *La lucha por la ciencia del derecho*, traducción por Goldschmidt, incluido en el libro *La ciencia del derecho*, Buenos Aires: Losada, 1949.

establecer nuevas normas, o desarrollar nuevas interpretaciones de las normas antiguas; ni lo uno ni lo otro es posible valiéndose apenas de métodos deductivos. Por ser el Derecho un instrumento para la vida social orientado a la realización de fines humanos, no es posible establecer una separación tajante entre la elaboración de una norma general y su aplicación a casos concretos, pues la actividad judicial comprende siempre una valoración. La interpretación no se basa en una pura deducción silogística, mecánica, matemática, sino en la experiencia, en el buen sentido; debe inspirarse en las ideas de *justicia y bienestar social*, las cuales determinarán el método adecuado de interpretación.

En opinión de HOLMES¹⁷¹, la vida real del Derecho no consiste en la lógica sino en la experiencia; las necesidades, las teorías morales y políticas, las instituciones en que la acción política se ha inspirado, y aun los prejuicios de las gentes y de los jueces han tenido que ver mucho más que el silogismo en la determinación de las normas. El esquema del Derecho es el resultado de un conflicto entre la lógica y el buen sentido. HOLMES admite que hay un proceso lógico de extracción de las premisas sentadas, pero un problema grave no consiste en desarrollar tales inferencias, lo cual siempre es obvio y sin dificultad. El problema consiste en sentar las premisas correctas, tanto las de hecho como las de Derecho, ya que siempre es posible elegir entre varios principios, y la realidad bruta es susceptible de diferentes calificaciones jurídicas. La experiencia vital ejerce un papel importante en la elección de los principios y calificación de los hechos. El jurista, el legislador y el juez no deben limitarse a un proceso meramente lógico, sino que deben tener un conocimiento sociológico de las realidades actuales.

Según Benjamín CARDENZO¹⁷², en la función judicial deben emplearse cuatro métodos distintos para dictar sentencia: 1) el método de la deducción lógica; 2) el método de buscar inspiración en la línea del desenvolvimiento histórico de una institución jurídica; 3) el método de atenerse a los datos de las costumbres y de las convicciones sociales vigentes; 4) el método de inspirarse en consideraciones de justicia y de bienestar social.

Roscoe POUND¹⁷³ considera que el programa de la jurisprudencia sociológica debe comprender: 1) investigación sobre los efectos sociales de las instituciones y doctrinas jurídicas; 2) estudio sociológico de las realidades actuales para la preparación de la tarea legislativa; 3) estudio de los medios adecuados para hacer que los preceptos jurídicos tengan eficacia en la realidad; 4) una historia jurídica sociológica

¹⁷¹ WENDELL HOLMES, Oliver, *The common law*, Nueva Jersey: Lawbook Exchange, 2005; *Idem, Collected legal papers*, Massachusetts: Houghton Mifflin Harcourt, 1921.

¹⁷² CARDENZO, BENJAMÍN, *The nature of the judicial process*, Nueva York: Dover Publications, 2005; *The growth of the law*, California: Hein & Company, 1997; *Idem, The paradoxes of the legal science*, Nueva Jersey: Lawbook Exchange, 2000.

¹⁷³ ROSCOE POUND, *Jurisprudence*, Nueva Jersey: The Lawbook Exchange, 2000.

para determinar las circunstancias en las cuales se produjo una norma jurídica, a fin de enterarnos de si esa norma es digna o no de sobrevivir; 5) estudios de los factores sicológicos y de los ideales que actúan sobre la función judicial; 6) reconocimiento de la importancia de hallar una solución justa y razonable de los casos concretos en el ámbito de las diversas ramas del Derecho; 7) el establecimiento de un Ministerio de Justicia, encargado de redactar los proyectos de ley para corregir los anacronismos del Derecho privado; 8) hacer más eficaces los fines del Derecho.

Para ROSCOE POUND, la interpretación es semejante a un acto de ingeniería social y debe estar orientada por el éxito práctico en la aplicación de la ley. Las nuevas realidades exigen crear nuevas normas o desarrollar nuevas interpretaciones de las viejas normas, lo cual no se puede lograr con éxito por puros métodos deductivos, sino que se requiere siempre del conocimiento de la realidad social y de una valoración. Se logra la finalidad del orden jurídico si se reconocen los intereses que demandan protección, determinando los límites dentro de los cuales esos intereses deben ser reconocidos y protegidos con eficacia mediante normas jurídicas aplicadas por la autoridad, y asegurando de manera efectiva los intereses reconocidos. La tarea del Derecho de reconocer, delimitar y proteger eficazmente los intereses reconocidos se halla siempre en renovación, no termina nunca.

177.8. Jurisprudencia de intereses

La escuela alemana de la jurisprudencia de intereses, representada por Philipp Heck, Max Ruemelin y Paul Oertmann, sostiene que el juez debe guiarse, más que por las palabras del legislador, por las estimaciones o juicios de valor que guiaron a este para delimitar las diversas esferas de intereses protegidos. Las palabras usadas son tan solo medios para llegar a los resultados que emanan de los juicios de valoración o estimación hechos por el legislador. La ley está determinada por intereses materiales, nacionales, religiosos, éticos, etc. El Derecho nace y se establece por la lucha de intereses; el legislador delimita y protege los intereses en lucha. El intérprete, para decidir una cuestión, debe investigar los intereses en conflicto. El juez no crea Derecho libremente; tan solo contribuye, dentro del orden jurídico, a la realización de los ideales que inspiraron su creación. La tarea del juez consiste en resolver los conflictos de intereses del mismo modo que el legislador, pero la valoración de los intereses cumplida por el legislador debe prevalecer sobre la valoración individual del juez. Sin embargo, como las leyes aparecen incompletas y hasta contradictorias cuando se las confronta con la variedad de problemas que la vida muestra, compete al juez desarrollar los criterios axiológicos en que se inspira la ley, conjugándolos con los intereses de que se trate, adecuando los resultados a las necesidades prácticas de la vida. A falta de ley, el juez debe construir nuevas reglas y corregir las deficientes, respetando siempre el criterio valorativo del legislador.

177.9. El realismo jurídico

Esta teoría, desarrollada por Karl N. Llewellyn y Jerome Frank, sostiene que el Derecho no es un sistema constante e inmutable, sino que es mutable y se adapta a las nuevas circunstancias. Critica severamente al uso de la lógica tradicional en la función de hacer justicia y a la sentencia como silogismo. El Derecho no es las leyes ni los fallos de los jueces, sino el modo real como los jueces se comportan. La personalidad del juez es un factor decisivo en el fallo. El Derecho se perfecciona por la acción de los jueces, por lo que estos deciden efectivamente o por lo que hacen en cada caso concreto. La personalidad del juez es el factor central del Derecho. Él crea a este, aunque haya normas jurídicas generales preexistentes.

LLEWELLYN¹⁷⁴ distingue entre *reglas en el papel*, contenidas en las leyes, reglamentos o motivaciones de las sentencias, y *reglas efectivas*, declaradas o no, según las cuales el juez decide realmente el litigio. De las “reglas en el papel”, unas tienen real eficacia, otras se han convertido en letra muerta y algunas más que los jueces mencionan como fundamento de sus fallos, pero que en realidad eluden en forma total o parcial mediante razonamientos interpretativos. En este caso el juez pretende fundar su fallo en la ley, pero en realidad se trata apenas del disfraz de una norma diferente; la investigación realista trata de poner en claro la norma efectiva que el juez toma como fundamento de su fallo. En unos casos las normas en el papel son suficientes para sustentar el fallo, en otros hay divergencias, pequeñas o grandes, entre las normas en el papel y los principios según los cuales se falla.

El *Derecho real y efectivo*, afirma FRANK¹⁷⁵, es el contenido en la sentencia dictada sobre una situación. Antes que se haya dictado sentencia, lo que hay es un *Derecho probable*, es decir, una suposición sobre una sentencia futura respecto de los derechos y deberes relativos a una persona o a una situación. El creer que la sentencia es la aplicación de una norma a determinados hechos, se funda en el supuesto de que hay normas pre establecidas y hechos objetivamente determinables, pero estos supuestos no se ajustan a la realidad, porque ni las normas han sido establecidas con certeza ni los hechos son entidades determinables con seguridad. La elección de la norma aplicable depende de juicios de valoración sobre cuál de los principios tiene jerarquía superior. La lógica corrige apenas las inferencias al mostrar la esencia y las relaciones entre las normas, pero no suministra criterios para la elección entre las varias premisas posibles. Suele ocurrir que el juez a la luz de la prueba y de los alegatos, se forma una convicción sobre lo justo acerca del caso discutido, y después busca los principios o

174 LLEWELLYN, Karl Nickerson, *Jurisprudence. Realism in theory and practice*, Nueva Jersey: Lawbook Exchange, 2000.

175 FRANK, Jerome, *Law and the modern mind*, Nueva Jersey: Transaction Publishers, 1963; *Idem, Courts on trial*, Nueva Jersey: Princeton University Press, 1973

“considerandos” que justifiquen su fallo; articula los resultados de tal modo que los hechos encajen en la calificación jurídica. FRANK reconoce la existencia de normas generales y su importancia, pero niega que el derecho producido por los tribunales consista exclusivamente en conclusiones sacadas de normas generales. Estas no son el único factor que interviene en la elaboración del derecho efectivo, pues la personalidad del juez es en realidad el factor central.

177.10. Teoría pura del derecho

La escuela vienesa de KELSEN (1881-1973)¹⁷⁶ sostiene que la interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de producción jurídica en su progresión de un grado superior a un grado inferior. La interpretación de la ley debe responder a la pregunta: ¿Cómo ha de extraerse de la norma general de la ley, en su aplicación a una situación de hecho concreta, la correspondiente norma individual de una sentencia judicial o de un acto administrativo? Existe también una interpretación de la Constitución en cuanto es aplicada al procedimiento legislativo, y, asimismo, hay interpretación de normas individuales, sentencias judiciales, órdenes administrativas, negocios jurídicos, etc.

La norma de grado superior regula el acto por el cual es producida la de grado inferior, pero esa regulación no es total: siempre queda un margen de discrecionalidad, reducido o considerable; aun las normas que llegan al detalle deben dejarle al ejecutor multitud de determinaciones. Asimismo, KELSEN indica lo siguiente:

Si el órgano A dispone que el órgano B detenga al súbdito C, el órgano B ha de decidir, según su criterio, cuándo, dónde y cómo realizará la orden de detención, decisiones estas que dependen de circunstancias externas que no ha previsto ni puede prever en gran parte el órgano que da la orden.

Todo acto jurídico que aplica el Derecho, ya sea acto de creación de este o acto de pura ejecución material, no está sino parcialmente determinado por el Derecho; en buena parte, está indeterminado tanto en el procedimiento como en el contenido; esa indeterminación puede ser intencionada, es decir, derivar de la intención del órgano que estatuye la norma superior (por ejemplo, delitos con penas elásticas: uno a veinte años), o puede ser no intencionada, cuando la norma de grado superior tiene muchas significaciones o cuando el órgano ejecutor de aquella cree que hay discrepancias entre la expresión verbal de la norma y la voluntad de la autoridad que la dicta.

La norma es el marco dentro del cual se dan varias posibilidades de aplicación. El acto jurídico de ejecución puede estar configurado de modo que corresponda a

una u otra de las significaciones verbales de la norma jurídica; o de modo que esté de acuerdo con la voluntad del que establece la norma, o con la expresión por él elegida, o con una u otra de las normas entre sí contradictorias, o de manera que se decida como si las normas entre sí contradictorias se hubiesen suprimido en forma recíproca. La sentencia no es la única norma individual sino una de las tantas que son posibles dentro del marco de ellas. La interpretación, entendida como la verificación del sentido de una ley, no conduce necesariamente a una decisión única sino a varias decisiones, todas del mismo valor, aunque solo una de ellas llegue a ser derecho positivo en el acto de la sentencia judicial.

En resumen, para KELSEN, en toda aplicación de la ley hay creación normativa. La norma de grado superior constituye un marco que es llenado por el acto de creación normativa o ejecución que la aplica. El marco es averiguado por un puro acto de conocimiento, pero el llenarlo es un puro acto de voluntad. El intérprete no pone en juego solo su inteligencia, sino su voluntad, para elegir, entre varias posibles, una de las soluciones que la norma ofrece en torno al caso concreto. La elección es libre, puesto que no existe un criterio vinculante que permita decidir cuál de las interpretaciones debe prevalecer. Contrario al positivismo subsuncionista que desconoce el elemento voluntarista, para KELSEN el elemento voluntad entra en toda interpretación. Empero, aquí incurre en error al creer que el espacio que la ley deja al juez puede ser determinado desde un ámbito lógico, sin la menor referencia a la realidad; y, además, deja al solo arbitrio del juzgador el llenar el marco. El elemento producción de Derecho es —dice KELSEN— un acto voluntario, pero el elemento aplicación del Derecho es la ejecución de la voluntad del grado más alto; la voluntad del legislador sería cognoscible apenas mediante la ley, sin ningún aporte del intérprete. La ciencia jurídica de Kelsen no hace ninguna referencia a la realidad que subyace en toda norma jurídica; ignora en la interpretación el elemento realidad.

177.11. Opinión de Ascoli

ASCOLI¹⁷⁷, ligado a la escuela idealista de Crose y Gentile, asegura que la interpretación es uno de los problemas fundamentales que el Derecho plantea continuamente en su desarrollo vital y que el jurista nunca logra resolver con los medios de su propia ciencia porque está ya en el extremo límite de esta, donde desemboca en filosofía. Conforme a la escuela idealista italiana, hay un profundo dualismo que distingue la abstracción de la norma entendida como volición de una clase de acciones y la concreción de los hechos de la vida; hay un contraste profundo entre las normas que tratan sin descanso de reglar y ordenar la vida que siempre viola, vence y disuelve la norma. ASCOLI parte de estas premisas, pero no acepta las soluciones que ha dado la

177 ASCOLI, Max, *La interpretación de las leyes*, traducción por Ricardo Smith, Buenos Aires: Losada, 1946.

escuela idealista al conflicto de la interpretación, entendiéndolo como el conflicto de las relaciones entre las normas y los hechos, o del paso de los hechos a las normas y de las normas a los hechos.

Según ASCOLI, toda acción humana deja una huella de sí misma, cava un surco en donde tratan de amoldarse y encauzarse las acciones futuras. No es posible realizar, entender o valorar ninguna acción, ninguna experiencia, si los hechos no se presentan como normas ante los casos futuros. La conciencia jurídica traduce y presenta los hechos humanos como normas; por eso se puede decir que donde hay hechos humanos, allí hay derecho en el sentido amplio. El Derecho natural comprende toda la vida práctica, en la cual todos los hechos, los intereses y las fuerzas, crean normas y se realizan y disciplinan en normas. Estas componen los órdenes jurídicos siempre más vastos y generales como la familia, la ciudad, la Iglesia, el Estado. Todo orden que en un momento dado se considera máximo, postula, ante y fuera de sí, una norma superior, un orden más elevado. Así, el Estado que es la organización máxima de la normatividad actual, postula el orden jurídico internacional, que es su norma superior.

En la vida práctica el ciclo de la experiencia jurídica se presenta de este modo:

En la base, está el procedimiento de la conciencia que pone y hace inteligible los hechos por medio de las normas; en el ápice, está un hecho, una norma suprema que está postulada y que suelda y encierra el círculo de la experiencia, puede ser entendido, juzgado y valorado exactamente solo por intermedio de la norma que lo rige y disciplina.

ASCOLI no acepta el contraste entre normas abstractas y hechos concretos, puesto que estos son inteligibles y valorables por medio de las normas y las normas no son enteramente vencidas y disueltas por los hechos puesto que, en cierto modo, los rigen y los disciplinan. El problema de la interpretación de la ley no es considerado como el paso de los hechos a las normas y de las normas a los hechos, sino como una superación de estos mediante la creación de normas que se ponen como idénticas a las normas del Derecho positivo. Desde este ámbito, la interpretación no se distingue de la legislación, puesto que esta es siempre en última instancia un proceso de interpretación de normas preexistentes que se quiere disciplinar.

No hay legislación que no sea a un mismo tiempo interpretación y no hay interpretación que no sea también legislación; “en la legislación se interpreta y supera el Derecho natural mediante una norma de Derecho positivo; en la aplicación se interpreta el Derecho positivo mediante una norma de Derecho natural creada para su confirmación”.

177.12. Teoría de la lógica de lo razonable

Manifiesta RECASÉNS SICHES¹⁷⁸ que la interpretación no es un tema complementario sino una cuestión esencial, lo mismo en la práctica que en la teoría. Sin interpretación no puede existir orden jurídico. Los legisladores que algunas veces han prohibido la interpretación de las normas que han emitido o no, sabían lo que estaban diciendo, o probablemente quisieron imponer una aplicación estricta y severa. Lo primero es un dislate porque sin interpretación no puede haber observancia ni funcionamiento de ningún ordenamiento jurídico. En cuanto a lo segundo, el legislador tiene poder para dar normas generales, pero la función jurisdiccional y la manera de ejercerla escapa a cualquier función legislativa; cuando el legislador quiere decirle al juez de qué modo ha de interpretar la ley, sus palabras sobre esta materia han de resultar por necesidad ineficaces.

Las normas jurídicas no son proposiciones científicas a las cuales se les pueden aplicar las calificaciones de verdaderas o falsas; ellas son actos de voluntad, instrumentos para producir en la vida social determinados efectos considerados por el legislador como los más justos.

El Derecho positivo es una obra circunstancial; se gesta estimulado por ciertas necesidades sentidas en una sociedad y época determinadas. Las normas surgen bajo la presión de una circunstancia social y están destinadas a remodelar y estructurar dicha circunstancia; deben producir resultados concretos en esa realidad social.

El orden positivo consta de normas generales (Constitución, leyes, reglamentos); normas particulares (las establecidas en los negocios jurídicos, en los estatutos de las asociaciones, etc.); y las normas individualizadas y concretas (sentencias judiciales y resoluciones administrativas). Las normas generales se dictan para que, en su día, cuando sea necesario, pueda haber sentencias y resoluciones. Así, la única norma jurídica perfecta, susceptible de ser impuesta inexorablemente, son las normas individualizadas. Las leyes son siempre una obra inconclusa; su sentido general y abstracto queda completado tan solo en la norma individualizada. No puede existir ningún orden sin interpretación, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y aplicadas.

El juez tiene una función creadora en múltiples dimensiones, sin que ello signifique suprimir ni relajar la obediencia estricta que debe al orden jurídico positivo. Pero no se debe olvidar que el orden jurídico positivo no consta solo de leyes sino también de la función jurisdiccional. El juez es una pieza esencial e indescartable del orden jurídico positivo; las leyes obran tan solo mediante la interpretación que aquél les dé. Él debe interpretar las leyes en un sentido de justicia razonablemente.

178 DEL VECCHIO Y RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, t. I, 3.^a ed., ob. cit., pp. 33, 38a, 39, 50, 413.

La lógica tradicional, racional, formal, pura y matemática es indispensable para el análisis de los conceptos jurídicos esenciales, puros, *a priori*, necesarios y universales, que han sido, son y serán siempre así (concepto de norma, relación jurídica, supuesto jurídico, consecuencia jurídica, nexo jurídico, persona jurídica, derecho subjetivo, etc.), pero no se puede aplicar al estudio de los contenidos de las normas jurídicas, a la materia jurídica (que es una realidad empírica que se origina en un lugar y tiempo determinados), alconjuro de unas necesidades históricas, en vista de ciertas valoraciones y fines particulares, y para que produzcan ciertos efectos en la existencia colectiva. La interpretación del contenido de las normas no es un problema de lógica tradicional por insuficiente o porque conduce a resultados disparatados, irritantes e injustos, sino un dilema de lógica de lo razonable, humana o material, que es tan razón como la lógica tradicional, pero una razón impregnada de valoraciones, fines y experiencias individuales y sociales.

El logos de lo razonable tiene las siguientes características:

- a) Está limitado o circunscrito por la realidad concreta del mundo en el que opera —en el Derecho está circunscrito por la realidad del mundo social particular, en el cual, con el cual y para el cual se elaboran las normas jurídicas—; b) Está impregnado de valoraciones; c) Tales valoraciones son concretas, es decir, están referidas a una determinada situación y, por lo tanto, toman en cuenta las posibilidades y las limitaciones reales; d) Está regido por razones de congruencia o adecuación: 1) Entre la realidad social y los valores (cuáles son valores pertinentes para la regulación de una determinada realidad social); 2) entre los valores y los fines (cuáles son los fines valiosos); 3) Entre los fines y la realidad social concreta (cuáles son los fines de realización posible); 4) Entre los fines y los medios, en cuanto a la conveniencia de los medios para los fines; 5) Entre los fines y los medios respecto de la corrección ética de los medios, y 6) Entre los fines y los medios en lo que se refiere a la eficacia de los medios; e) Está orientado por las enseñanzas sacadas de la experiencia vital e histórica, esto es, individual y social, y se desenvuelve al compás de esta experiencia¹⁷⁹.

La lógica de lo razonable es el único método válido de interpretación del Derecho. Para explicar esto, RECASÉNS menciona el siguiente ejemplo de RADBRUCH: En una estación ferroviaria de Polonia había un letrero que decía: “se prohíbe el paso al andén con perros”. Una persona deseaba ingresar al andén con un oso. Con las obras de Aristóteles, Bacon, Stuart Mill, Signart o inclusive con las de Husserl en la mano, no se hallaría manera de convertir a un oso en perro y se tendría que dar la razón al que pretendía ingresar al andén con un oso. Sin embargo, esta interpretación es descabellada, aunque la única correcta desde el punto de vista de la lógica tradicional. Esto demuestra que esta lógica es inadecuada, a lo menos en parte, para iluminarnos en la interpretación de los preceptos jurídicos. Empleando la lógica de lo razonable

179 RECASÉNS SICHES, “La interpretación del derecho”, art. cit., p. 559.

se llega a la conclusión de que aquella norma debía aplicarse también a las personas que fueran acompañadas de osos; es lógico que si está prohibido ingresar al andén con perros, con mayor razón no se puede ingresar con osos.

177.13. Opinión de Nino

Sostiene Carlos Santiago NINO¹⁸⁰ que la teoría de la exégesis francesa y la jurisprudencia alemana de los conceptos están descalificadas por limitar la actividad de los jueces a una aplicación mecánica de ciertas reglas a determinados casos, sin poder efectuar una reelaboración de esas reglas. No es malo considerar el razonamiento judicial como un silogismo cuya premisa mayor es la norma aplicable, la premisa menor es la descripción del hecho que se juzga, y la conclusión la solución del caso. Lo incorrecto es pensar que las premisas se obtienen por procedimientos mecánicos, pues la elección de ellas y las reglas de inferencia del razonamiento del juez, dice NINO, citando a ALCHOURRON y BULYGIN, exige una verdadera labor creativa.

La tarea de precisar los textos vagos y ambiguos, eliminar las contradicciones, determinar los precedentes relevantes, etc., por lo común no está guiada por reglas precisas y, cuando lo está, o sea, cuando son aplicables principios como el de la *lex superior*, *lex specialis*, *lex posterior* o el que indica que se recurra a soluciones de casos análogos, no es infrecuente que se apele a reglas competitivas que aporten soluciones divergentes.

La determinación de las premisas *fácticas* también ocasiona dificultades. El conocimiento de los hechos se obtiene de complicados sistemas de pruebas y presunciones que siempre dejan a los jueces un margen de apreciación personal, pero generan descripciones discordantes respecto de las conclusiones que se pretenden inferir de los mismos datos empíricos.

NINO¹⁸¹ expone la opinión de Alf Ross, quien presenta un esquema simplificado de la concepción tradicional sobre la actividad judicial. Ross parte de la tesis de Stevenson, según la cual toda acción es la resultante de ciertas creencias y determinadas actitudes (o motivos, o propósitos). Para Ross, la variación de uno de esos factores, manteniéndose los demás, provoca una acción diferente. Ejemplo, dos legisladores pueden creer que la pena de muerte disminuye la delincuencia, pero uno de ellos puede estar dispuesto a obtener ese resultado a cualquier costo y, por tanto, propugna la pena de muerte; en cambio, el otro no puede admitir que se disponga de la vida para conseguir aquel objetivo y, por consiguiente, se abstiene de imponer esa pena. Las

180 NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Ariel, 1983, p. 245 y ss.

181 NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, 2^a reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2003, p.246 y ss.

decisiones judiciales, dice Ross, son las resultantes de dos factores: a) en cuanto a las creencias, un conocimiento pleno de las leyes aplicables y de hechos que se juzgan; b) en lo tocante a la actitud, la conciencia formal, es decir, el deseo de aplicar con todo rigor las leyes sin ninguna otra consideración. Para Ross, este planteamiento es una burda caricatura de la realidad, en la cual las decisiones de los jueces son el producto de estos dos elementos: a) en relación con las creencias, el conocimiento imperfecto de las normas jurídicas vigentes y de los hechos planteados, así como de las circunstancias de orden político, social y económico que rodearon la sanción de la norma aplicable y la producción del hecho que se juzga; b) en cuanto a las actitudes, la conciencia jurídica formal de los juzgadores compite siempre con su conciencia material, o sea, con el deseo de llegar a una solución valorativamente aceptable. No es infrecuente que el juez se plantee el dilema de aplicar en forma estricta la ley, aunque la solución sea injusta, o apartarse de ella, para dar una solución axiológicamente satisfactoria. La variación de las creencias y actitudes en los diversos tiempos y ámbitos determinan un mayor o menor predominio de la conciencia jurídica formal sobre la materia. Pero, en todo caso, los jueces, al reelaborar las normas generales, no son inmunes a la percepción del marco social que envuelve la sanción de las leyes y la producción de los hechos, y están provistos no solo del deseo de someterse a las leyes sino también de obtener soluciones justas.

A veces, la ideología del cuerpo judicial puede obstaculizar para los cambios sociales cuando no coincide con los propósitos del legislador y con la opinión pública que pretende tales cambios. Al respecto, Carlos Santiago NINO refiere que W. Friedmann señala que hay dos opiniones contradictorias sobre la habilidad del Derecho para servir como instrumento de cambios sociales, que se pueden ilustrar con las posturas de Savigny y Bentham.

Para SAVIGNY, el Derecho se encuentra, no se hace, está en el espíritu del pueblo, en las costumbres sociales; la ley tiene efecto cuando los juristas han aceptado y articulado las pautas vigentes en la sociedad; el Derecho tiene una actitud pasiva ante las circunstancias sociales; por eso, Savigny fue enemigo de la codificación. Este punto de vista influyó en Ehrlich, que da preferencia al “Derecho vivo del pueblo” sobre las normas coactivas del Estado. Estas últimas deben limitarse a regular la organización militar, política y tributaria.

En cambio, BENTHAM¹⁸² creyó en la capacidad del Derecho como instrumento de reforma social; a él se debe la concepción moderna del parlamento como cuerpo activo que, por medio de la legislación, puede efectuar cambios sociales, respondiendo

182 Cit. de Nino, Carlos Santiago, ob. cit, pp. 119, 299, 391, 394, 428. Bentham es el representante del utilitarismo. Dijo que: “La naturaleza —decía Bentham en un famoso pasaje— ha puesto a la humanidad bajo el gobierno de dos señores soberanos, el placer y el dolor. Son ellos solos quienes señalan lo que

a necesidades de la sociedad o estimulando nuevas expectativas. Ahora no se puede negar la influencia recíproca entre el Derecho y las circunstancias sociales y económicas. Los cambios producidos en la sociedad se reflejan más tarde o más temprano sobre el ordenamiento jurídico, y este, a su vez, sirve de promotor de nuevas pautas sociales. Es de advertir que una concepción como esta no se concilia con la idea de Marx de que el Derecho es parte de la superestructura de una sociedad, y como tal se limita a reflejar y proteger el sistema de producción existente y los intereses de las clases dominantes.

No siempre existe una coordinación plástica entre circunstancias sociales y normas jurídicas. La legislación se retrasa a menudo respecto de las demandas de la opinión pública, ya por impermeabilidad de los legisladores, ya por la existencia de poderosos grupos de presión en sentido contrario, ya porque el procedimiento legislativo es lento y complicado. Pero también en sentido inverso sucede, a veces, que la población se resiste a aceptar reformas promovidas por la legislación.

Los problemas que nos muestra la interpretación de las leyes nos conducen a que no solo los órganos legislativos mediante las normas que dictan, sino también los jueces al aplicarlas a la solución de casos concretos, tienen la posibilidad de promover cambios sociales. Los jueces influyen en los cambios sociales, conteniéndolos o estimulándolos. Es evidente que los legisladores tienen limitaciones para prever todos los casos posibles y asignarles sanción. De hecho, parte del Poder Legislativo está transferido implícitamente al cuerpo judicial, porque a menudo este tiene que reelaborar las normas jurídicas generales antes de aplicarlas a los casos concretos. La elección de una u otra interpretación por parte de los jueces genera consecuencias sociales relevantes.

La necesidad de resolver casos particulares permite a los jueces advertir, con mayor facilidad que a los legisladores, los efectos sociales inconvenientes de una disposición legal, y por esta razón realizan una interpretación correctiva de aquella para impedir tales consecuencias.

Pero también —finaliza diciendo NINO— se suele dar el caso de que un cuerpo judicial con tendencia conservadora puede frustrar con interpretaciones limitativas,

debemos hacer, como así también determinan lo que haremos. A sus tronos están ligados, por un lado, los estándares de lo correcto y lo incorrecto, y por el otro, la cadena de causas y efectos”.

Sobre el Derecho expresa: “La finalidad del derecho es aumentar la felicidad. El objeto general que todas las leyes tienen, o deben tener, en común, es incrementar la felicidad general de la comunidad; y por lo tanto, en primer lugar, excluir, tan completamente como sea posible, cualquier cosa que tienda a deteriorar esa felicidad: en otras palabras, excluir lo que es pernicioso... Pero la pena es un mal. Pero toda pena es perniciosa. Sobre la base del principio de utilidad, si ella debe ser del todo admitida, sólo debe serlo en la medida en que ella promete evitar un mal mayor” (en *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*).

los propósitos de cambio social del legislador; para evitar esto, los legisladores podrían formular reglas de interpretación que indicaran la preferibilidad de las soluciones que tuvieran determinadas consecuencias sociales o que promovieran ciertos objetivos o valores; en todo caso, el remedio adecuado para reducir la frustración de los propósitos legislativos por vía de interpretación judicial, puede ser un mayor realismo de los legisladores en el reconocimiento de las imperfecciones de las leyes que ellos sancionan para resolver unívocamente todos los casos futuros.

177.14. Teoría egológica

Según la teoría egológica de Cossío¹⁸³, no se interpreta la ley sino la conducta humana mediante la ley; aplicar esta es enfocar una conducta desde el campo de la ley, es decir, poner un sentido —el sentido axiológico iniciado en la ley— en la conducta que uno considera. Esto se comprueba con el hecho de que el caso jurídico se resuelve de otra manera si le aplicamos otra ley, no obstante que los hechos sigan siendo los mismos. Aplicar la ley es poner un sentido en la conducta que se considera, pero también se puede extraer un sentido de ella. En la aplicación de la ley hay algo que va y viene, algo que ponemos y extraemos de la conducta que se está considerando. Se aplica la ley interpretando, esto es, que únicamente se la puede aplicar concretando o creando determinaciones más individuales dentro de ella.

En opinión de Cossío, la ley es una expresión conceptual y la interpretación es un modo de conocer. La conducta es el objeto mencionado por aquella expresión, y el objeto es lo que ha de ser conocido mediante la comprensión que se alcanza por un proceso empírico dialéctico; “así Husserl nos enseña que cuando alguien nos relata, con palabras conocidas, lo que ha hecho un amigo, no juzgamos de sus palabras, sino del comportamiento del amigo, que es lo que nos hace conocer mediante las palabras”. Las leyes son conceptos, significaciones, esto es, objetos ideales que, como tales, no se explican, ni se interpretan o comprenden, sino que se inteligen. El legislador utiliza expresiones que se supone son inteligibles y conocidas. Los jueces no interpretan leyes y normas, sino que interpretan o comprenden conductas, por medio de ciertos esquemas de interpretación, tipos, estándares, llamados *leyes*.

La teoría egológica sitúa las cosas sobre una hermenéutica existencial: la ciencia jurídica es interpretativa, pero interpretativa de la conducta, que es plena vida humana. El jurista no afronta, ni puede afrontar, el texto de la ley, en cuanto a que su tarea consistiera en averiguar lo que la ley dice, por la sencilla razón de que esta emplea un lenguaje por él conocido; de ahí que la simple lectura ponga en juego la

183 Cossío, *El derecho en el derecho judicial*, ob. cit., p. 109 y ss.

función significativa de todo lenguaje conceptual. Si realmente afrontara los textos, se transformaría de hecho en legislador.

El jurista, para la teoría egológica, trata con el significado que tienen los actos que realizan los hombres. Para él, los actos humanos no son hechos naturales cuya existencia hay que explicar, sino que constituyen la expresión de algo, que es lo que se debe establecer. Así como esclarecemos el sentido del mármol de una estatua, para conocerla por comprensión, así el jurista esclarece el sentido de los actos humanos en interferencia subjetiva. Esta tarea la realiza mediante normas jurídicas. Estos son conceptos que tratan de la conducta y de su sentido; este, por ser un sentido mentado —y solo así puede estar dado anticipadamente—, es un sentido conceptualizado. La existencia de este —que, como la de cualquier otro, tiene que ser creada y recreada constantemente en una vivienda de alguien— se logra cuando se lo vivencia tal cual es, a saber, como sentido mentado. Es decir, que la norma integra la conducta que mienta en su sustrato y en su sentido egológicos. La conceptualización del sentido significa, además, como resultado de la mera presencia del concepto, que la valoración jurídica se mueve dentro de márgenes lógicos, sometida así, por fuera, a las leyes de la lógica.

La fuerza de convicción que ha de tener la opinión del jurista, concluye Cossío, se apoya a la par en la norma y en la conducta, sin renunciar a ninguno de estos términos.

177.15. La teoría analítica

Una expresión lingüística es un conjunto de ruidos o trazos al que se asigna un significado. Antes que un sentido verdadero, se puede afirmar que cierto significado es más apropiado que otro. Tanto el que habla o escribe como el que escucha o lee, ajusta las definiciones de un léxico determinado. Hay grupos que comparten jergas específicas y otros que conceden significados especiales a las palabras. Lo que el emisor comprendió de cierta manera, puede ser entendido con otro sentido por el receptor y aun en forma distinta por diversos receptores. Esto indica el drama de la interpretación jurídica. La ley es un mensaje destinado a una amplísima pluralidad de receptores de distintos lugares y tiempos. Cada institución jurídica tiene naturaleza, caracteres, condiciones y efectos que el jurista debe descubrir, enunciar y clasificar.

La tarea interpretativa con apoyo en la teoría del lenguaje ha llevado a identificar distintos tipos de problemas interpretativos¹⁸⁴; sintácticos, lógicos y axiológicos. *Problemas sintácticos:* a) ambigüedad (términos o expresiones con más de un significado),

¹⁸⁴ Cfr. ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., p. 105 y ss.; NINO, *Introducción al análisis del derecho*, ob. cit., p. 245 y ss.; ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1974; GUIBOURG, Ricardo A., “La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 9, Buenos Aires: 1989, pp. 155-170.

b) vaguedad (todas las expresiones son más o menos vagas), c) erratas (errores voluntarios o involuntarios), d) la carga emotiva del lenguaje que perjudica su significado cognoscitivo. *Problemas lógicos:* a) inconsistencia (un sistema asigna a un mismo caso dos soluciones incompatibles), b) redundancia (dos o más normas asignan a un mismo caso soluciones coincidentes), c) laguna normativa (ninguna norma del sistema asigna una solución determinada). *Problemas axiológicos:* la laguna axiológica se da cuando se considera que la solución dada por el legislador resulta irrazonable e injusta, por lo cual no debe aplicarse al caso, constituyéndose una laguna.

En un comienzo se pensó que toda dificultad interpretativa provenía de cierta oscuridad en el lenguaje o de falta de precisión en el significado de alguna palabra. Este es el enfoque de los glosadores y posglosadores. Considerado el problema como semántico, el primer método usado fue el grammatical o literal: entender las palabras por su significado más aceptado y las oraciones de acuerdo con las reglas de la gramática. Por falta de resultados apetecibles de este método llegó la exégesis, que tiende a desentrañar el significado que el legislador quiso dar a su mensaje, recurriendo al sentido dado a las expresiones en otras normas o en las exposiciones de motivos y, sobre todo, teniendo en cuenta la lógica de las leyes, extraída de la observación práctica, antes que de la sistematización. Era precisa una mayor racionalidad en la interpretación: surge el método dogmático sobre la base de que la ley es racional. Por la vía de la interpretación se reordenan las normas y redefinen las palabras, pero siempre con el mayor respeto por el legislador, a quien no deja de adularse para que, allí donde sea preciso, reine, pero no gobierne. Desde entonces surgen otros métodos: el histórico, que procura relacionar al Derecho con el espíritu del pueblo (*volkgeisi*); el método teleológico, que trata de investigar la finalidad o télesis de la ley; el método de la libre investigación científica, etc.

SECCIÓN III. – INTEGRACIÓN DEL DERECHO

178. La plenitud del ordenamiento jurídico

La plenitud consiste en que el ordenamiento jurídico tiene una norma para cada caso que se presente; no hay caso que no pueda ser regulado por una norma del sistema.

Por la plenitud del ordenamiento, el juez está obligado a juzgar todas las controversias que se le presenten. El dogma de la plenitud está consagrado en el Código Civil francés, cuyo art. 4 dice lo siguiente: “El juez que se niegue a juzgar, so pretexto del silencio, de oscuridad o de insuficiencia de la ley, podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia”. De acuerdo con esto, el juez está obligado a juzgar conforme a una norma del ordenamiento legal, por considerarlo completo.

Cuando el ordenamiento legal no es completo, el juez está obligado a juzgar todos los casos recurriendo a las fuentes supletorias. El art. VIII del título preliminar del Código Civil dispone: los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del Derecho y, preferentemente, los que inspiran el Derecho peruano. La Constitución, en el art. 130.8, dispone que “son principios y derechos de la función jurisdiccional, el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del Derecho y el Derecho consuetudinario”. En el Derecho comparado, cuando falta la ley, el juez debe resolver con base en la *equidad*, por ejemplo, el Derecho inglés, o el Derecho italiano cuyo Código de Procedimiento Civil, art. 113, prescribe lo siguiente: Al pronunciarse sobre la causa el juez debe seguir las normas del derecho, salvo que la ley le atribuya el poder de decidir según *equidad*. El Derecho suizo (Código Civil, art. 1) establece que “el juez debe actuar como legislador, a falta de ley para resolver la controversia”.

En conclusión, el Derecho legislado es siempre completable.

El dogma de la plenitud aparece en la Edad Media, cuando al Derecho romano comenzó a considerárselo el Derecho por excelencia, enunciado en el *corpus iuris civilis*, al cual no había nada que agregarle ni nada que le sobrara. En tiempos modernos, la teoría estatalista no reconoce otro Derecho que no tenga su origen en el soberano omnipotente como el Estado. Este tiene el monopolio de la producción del Derecho. La ilusión de la codificación es la plenitud.

En la actualidad nadie cree que el ordenamiento legislado es pleno, nadie se aferra al fetichismo legislativo. Es imposible que el legislador pueda prever todas las situaciones concretas que se dan en una sociedad que se transforma y evoluciona a una velocidad extraordinaria. En el ordenamiento legislado siempre faltan normas para la regulación de determinados casos (lagunas).

Ahora solo se puede hablar de plenitud del ordenamiento jurídico en el sentido de que el juez no puede dejar de resolver todo caso sometido a su conocimiento y decisión. Aplicando la ley, a falta de ley las costumbres, puesto que el Derecho germina y se desarrolla en la compleja realidad social; a falta de ley y de costumbre, los principios generales del Derecho, completando el ordenamiento la jurisprudencia de los tribunales. Un ordenamiento jurídico es pleno cuando señala los procedimientos mediante los cuales deben eliminarse las lagunas que le son propias.

El ordenamiento jurídico no solo está integrado por normas estatales, sino también por normas consuetudinarias, jurisprudenciales, negociales, y otras contenidas en los principios generales del Derecho. El ordenamiento jurídico de un país no es solamente el legislado. Hasta aquí estamos en lo cierto; pero ir al otro extremo de la libre investigación científica, al Derecho libremente creado por el juez, sostenida por

Ehrlich, Gény y Kantorowicz, es desconocer la realidad, convertir al Derecho en una ideología, crear el caos, la inseguridad, la anarquía. Los que piensan de ese modo no viven ni conocen la realidad, desconocen la forma como actúan los operadores del Derecho, situación que no es posible describir aquí. Pero si no se conoce la realidad, se carece de autoridad para opinar sobre cómo debe ser regulada. El juez debe resolver conforme al recto sentido de la ley y, a falta de esta, aplicando las otras normas subsidiarias señaladas por ella; esto y no el mero arbitrio del juez es lo que da seguridad a los ciudadanos.

179. Integración del derecho

La ley presenta lagunas, pero el ordenamiento jurídico no puede tenerlas. El mismo ordenamiento ha previsto que si el juez llamado a resolver un conflicto advierte que no hay ley aplicable usando los métodos de interpretación, ni tampoco es posible la aplicación analógica de la ley, recurre a la costumbre, y, si esta también falta, ha de echar mano de los principios generales del Derecho. Es así como se llenan (integran los vacíos del Derecho legislado). De ahí que el juez esté obligado a resolver todos los casos sometidos a su decisión; la falta de ley no lo releva de tal obligación. Hay que tener presente que hay ramas del Derecho, por ejemplo, el penal, en las que la única fuente es la ley, no siendo posible la integración con otras fuentes ni con la analogía.

Ante un supuesto específico para el cual no existe norma jurídica aplicable, se procede a la integración de la norma.

Los métodos de integración del ordenamiento legal son la *heterointegración* y la *autointegración* (CARNELUTTI). Por el primer método se recurre a ordenamientos diversos (por ejemplo, colmar las lagunas de la ley con el Derecho natural no expresado en ella, con el Derecho romano, con el canónico) o recurriendo a fuentes distintas de la ley (la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del Derecho).

El método de la autointegración se vale de la analogía y de los principios generales del Derecho. Por la analogía, si no existe ley para el caso concreto, se aplica la ley que regula casos análogos o similares; la solución se encuentra en el propio ámbito de la ley, sin recurrir a otros ordenamientos ni a otras fuentes distintas de la ley.

En cuanto a los principios generales, si entendemos por tales solamente a las “normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales”¹⁸⁵, esto es, a los principios expresados en la ley, v. gr., muchas de las normas contenidas en la Constitución, entonces constituyen procedimientos de autointegración, por

185 BOBBIO, Teoría general del derecho, ob. cit., p. 239.

cuanto las lagunas se llenan con las leyes más generales del ordenamiento legal; pero si además se comprende dentro de los principios generales a aquellos que no han sido expresados en la ley, entonces constituyen procedimientos de heterointegración. El ordenamiento civil peruano se refiere tanto a los principios generales expresados como a los no expresados en el ordenamiento jurídico, pues utiliza la fórmula “principios generales del Derecho” (CC, art. viii) y no fórmulas como “principios generales del Derecho vigente”, “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”.

La heterointegración no es propiamente una integración del ordenamiento legislativo, sino del ordenamiento jurídico que está compuesto (integrado) por normas legales, consuetudinarias, etc. La integración de la ley se hace recurriendo a la misma ley (autointegración).

Hecha la precisión precedente, podemos resumir diciendo que la interpretación de la ley presupone la existencia de una ley aplicable, pero cuando no hay norma legal aplicable, o sea, hay lagunas en la ley, hay que llenar este vacío a fin de dar una respuesta jurídica al caso no previsto por la ley. Al procedimiento de llenar las lagunas de la ley se lo denomina *integración del Derecho*.

La integración no es interpretación de la ley, sino consiste en llenar las lagunas de la ley recurriendo en primer lugar a la analogía y si esto no es posible se acude al Derecho subsidiario (supletorio).

180. Las lagunas de la ley

Es toda norma jurídica existe un presupuesto de hecho al cual le enlaza efectos jurídicos. La verificación del hecho social (contrato, testamento, homicidio, nacimiento de un ser humano, etc.) y la existencia de la norma que lo regula son indispensables para que los efectos jurídicos se produzcan. Sin una ley que le confiera efectos el hecho natural o humano, este carece de trascendencia jurídica.

La norma es una declaración que produce sus efectos cuando es aplicada al caso concreto (supuesto de hecho) que ella ha previsto.

Es incuestionable que no existe legislación alguna en el mundo que haya previsto todos los hechos presentes y futuros, naturales o humanos, que incidan en la vida de las personas, de su estado, de sus relaciones familiares, de sus relaciones con los bienes; muchos hechos futuros son imprevisibles en el momento en que se da la ley, pues son el producto de la rapidez del crecimiento material, del progreso técnico, científico y humanístico, muchas veces insospechados, de la vertiginosa implantación de nuevas costumbres. A esta falta de previsión o vacíos de la legislación se la conoce como *lagunas de la ley*, (llamadas también *imperfecciones de la ley*), las mismas que son salvadas

recurriendo a la analogía de casos similares o análogos; y si tampoco existe caso análogo regulado, se recurrirá a la costumbre y a los principios generales del Derecho (normas supletorias). No se puede acudir a la aplicación del Derecho supletorio sin haber agotado previamente la aplicación de la ley en forma directa o analógicamente.

Los griegos y los romanos advirtieron la existencia de lagunas en la ley y establecieron reglas para llenarlas. Al respecto, ARISTÓTELES¹⁸⁶ dice lo siguiente:

En consecuencia, cuando la ley hablara en general y sucediera algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría legislado.

En el *Digesto* (1. 2. 7) se lee: “ni las leyes ni los senatusconsultos pueden prescribir de modo que comprendan todos los casos que de vez en cuando ocurren, sino que basta que contenga los que ordinariamente acontecen”.

ENNECCERUS¹⁸⁷ distingue hasta cuatro tipos de lagunas: 1) cuando la ley calla en absoluto, o sea, no existe ninguna regulación del caso concreto que debe ser solutionado; 2) cuando hay disposición legal que trata el problema, pero ella remite a consideraciones éticas o sociológicas, como son la buena fe, la equidad, el uso del tráfico, etc.; 3) cuando existe una norma pero ella resulta inaplicable, por abarcar casos o acarrear consecuencias que el legislador no habría ordenado de haber conocido aquello o sospechado estas; y 4) cuando dos leyes se contradicen, haciéndose recíprocamente ineficaces. En todos estos casos, según ENNECCERUS, el juez debe investigar el Derecho sobre la base de la analogía para encontrar por sí mismo la norma para la decisión, inspirándose en el espíritu de la propia ley, en los principios y en las aspiraciones generales, sobre todo en las valoraciones de los intereses presentes en la ley. La analogía, según el autor citado, no es sino la extensión o aplicación extensiva de los principios extraídos de la ley, a casos cuya divergencia respecto a los decididos en la ley no son esenciales, sino jurídicamente análogos o iguales en esencia.

La afirmación de ENNECCERUS no es totalmente cierta, porque cuando la ley es oscura o su texto es contradictorio con otro u otros textos, el problema se resuelve no por la analogía sino por la vía de la interpretación. Además, la analogía no presupone la falta absoluta de una norma sino la falta de previsión de un hecho que es semejante a otro que sí tiene regulación, por la cual la laguna se resuelve aplicando al hecho omitido la ley que regula el hecho semejante.

¹⁸⁶ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, libro v, versión de A. Gómez Robledo, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 130.

¹⁸⁷ ENNECCERUS Ludwing; Theodor KIPP y Martin WOLFF, *Tratado de derecho civil*, t. I, Barcelona: Bosch, 1950, p. 196 y ss.

Los sostenedores de la escuela libre del Derecho como Jung, Windscheid, Gierke, entre otros, afirman que el Derecho positivo de un país (conjunto de fuentes formales) constituye un todo orgánico y cerrado que se alimenta de su propia vida interior mediante la lógica; llegaron inclusive a sostener que existe una plenitud lógica del orden jurídico. Sin embargo, como pronto se advirtió que no existe un orden positivo legislado cerrado porque siempre hay vacíos que colmar y los procedimientos lógicos o deductivos son insuficientes para ello, el Derecho libre nunca significó una forma libre de pensar jurídicamente sino en la libertad que tiene el juez para crear normas jurídicas a fin de llenar los vacíos de la legislación. Sobre el método de investigación del Derecho no legislado existen discrepancias entre los representantes de esta escuela. Se afirma que las lagunas tienen que llenarse mediante las soluciones que proporciona la “ciencia jurídica”, que no es mero conocimiento de lo ya conocido, sino que mediante ella se descubre el Derecho libre, en cuanto halla y aplica el derecho de la comunidad, convirtiéndose así la ciencia en fuente del Derecho¹⁸⁸. Otros (como FUCHS) sostienen que las lagunas de la ley deben llenarse con el Derecho de la sociedad que es libre, dinámico, concreto, espontáneo y vive en el alma de cada hombre honesto e inteligente; dentro de esta misma corriente Eugen EHRLICH dice que el Derecho de la sociedad que debe ser libremente investigado por el intérprete se forma en el orden interior de las asociaciones o agrupaciones humanas como los sindicatos, los *trust*, la familia, etc., cuyos derechos constituyen un sistema de asociaciones; por su parte, GURVITCH dice que al lado del Derecho legislado existe el “Derecho social” que es un Derecho de integración, colaboración en una totalidad antijerárquica opuesta al Derecho de coordinación y subordinación; afirma este autor que la comunidad económica debe organizarse por sus propios medios, independientemente de la ley y del Estado.

La escuela de la “libre investigación científica” defendida por Gény, Planck, Lehmann, Eugen Huber, Schwarz, Enneccerus, entre otros, también reconoce que el Derecho escrito tiene lagunas que ninguna interpretación puede llenar. Esta escuela asevera que las lagunas de la ley deben llenarse en primer lugar por la analogía; y, en segundo lugar, por medio de una investigación científica. Inspirados en la filosofía aristotélica, estos juristas afirman que el juez, luego que ha comprobado el vacío legal, debe fallar fundándose no en la ley, que no puede ser completada, sino en la norma que él mismo creará, actuando como un legislador del caso concreto, conforme lo haría el legislador si tuviera que regular el caso controvertido. Esta doctrina fue consagrada legislativamente en el Código Civil suizo de 1907, art. 1, que dispone: “En defecto de una disposición legal aplicable, el juez fallará según el Derecho consuetudinario y, a falta de costumbre, según las reglas que dictaría si tuviera que hacer acto de legislador”. También los juristas del nacionalsocialismo alemán reconocieron que la ley no es la única fuente del Derecho, sino que al lado de ella existe un Derecho no escrito

188 Véase KANTOROWICZ, *La lucha por la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 342.

que se desprende del alma del pueblo alemán, el mismo que debe ser investigado por los jueces de pura raza inspirándose en la nueva filosofía y no en los principios individualistas del siglo XIX.

La existencia de lagunas en el ordenamiento legislado puede deberse a cualquier motivo imputable al legislador (*lagunas subjetivas*). A su vez, pueden ser *involuntarias* cuando el legislador inadvertidamente no legisla sobre ciertos casos, o *voluntarias* cuando el legislador deja de regular a propósito materias que por su complejidad no pueden ser reguladas en forma minuciosa. Se producen asimismo por el desarrollo de las relaciones sociales que provocan el envejecimiento de las leyes (*lagunas objetivas*). O también pueden ser *praeter legem*, cuando las leyes son demasiado particulares que no comprenden todos los casos que puedan ocurrir o *intra legem* cuando las leyes por demasiado general revelan vacíos al interior de sus disposiciones que luego deben ser colmados por el intérprete.

Admitida la existencia de lagunas en el ordenamiento legislado, hay que admitir que sean llenadas mediante el procedimiento de la analogía y de los principios generales del Derecho vigente. Si el Derecho legislado así constituido resulta insuficiente, habrá que recurrir a las fuentes subsidiarias: en primer lugar, a los usos y costumbres que constituyen una fuente formal de Derecho de segundo orden, es decir, después de la ley (omisión imperdonable en nuestro Código Civil); y, en segundo lugar, por los principios generales del Derecho. De este modo, como sentenció DEL VECCHIO¹⁸⁹, no existe conflicto humano que por complicado e imprevisto que sea no pueda tener una solución definitiva tendiente a lo justo; un Derecho incapaz de resolver por sí mismo ciertos casos, se anula por sí mismo *ipso facto* por ser inferior a su misión de construir un orden entre los seres que viven en comunidad.

Si la existencia de lagunas en la ley es una verdad incontrastada e incontrastable por no poder ser impugnada fundadamente, no podemos decir otro tanto acerca del Derecho porque este, además de contener reglas para la integración de la ley, cuenta con un sistema completo de fuentes subsidiarias, de suerte que ni un solo caso de la vida real quede sin solución jurídica. Es en este sentido como se puede hablar de plenitud hermética del ordenamiento jurídico, pues este imposibilita que alguna acción humana o algún hecho de la naturaleza que incida en determinado aspecto de la vida de las personas, escape a la calificación normativa. El sistema jurídico es completo y por ello el juez no puede dejar de administrar justicia; si algún acto humano no ha sido contemplado por la ley, ello cae dentro de lo permitido por el ordenamiento, y si con el ejercicio de esos actos permitidos se generan conflictos, esas lagunas de la legislación que no se pueden resolver mediante la aplicación directa de la ley porque

¹⁸⁹ DEL VECCHIO, Giorgio, *Principios generales del derecho*, traducción por Osorio Morales, Barcelona: Bosch, 1933, pp. 1 y 2.

ella no existe, falta, se resolverán recurriendo a la analogía de los casos similares; si tampoco existe caso análogo regulado, se acude a las fuentes supletorias: la costumbre, los principios generales (CC, arts. IV, VII y VIII del título preliminar).

SAVIGNY¹⁹⁰ proclamó que la universidad del Derecho es tan esencial como su unidad y fuerza orgánica, pero pretendió suplir todos los vacíos del derecho escrito mediante la analogía.

Para ZEILLER¹⁹¹, principal redactor del Código Civil austriaco de 1811, “un código no debe ser ni una árida metafísica, ni una inútil casuística; debe presentarse como un todo armónico, en el que las diferentes partes se coordinen, se iluminen recíprocamente, de tal modo que todos puedan considerarse como desarrollo necesario de un único principio racional”, puesto que los principios del Derecho natural son la “única guía segura para la interpretación de la ley y para la resolución de todos los casos que podrían presentarse en la realidad jurídica”.

Hans KELSEN sostiene que el Derecho no puede tener lagunas porque en todo sistema jurídico es necesariamente verdadero el llamado *principio de clausura* que estipula que “todo lo que no está prohibido está permitido”. Esto es, cuando las normas de un sistema jurídico no prohíben una cierta conducta, esta recibe una calificación jurídica: su permisión en virtud del principio de clausura.

ENNECCERUS refiere que la obligatoriedad impuesta al juez para solucionar las cuestiones que se le plantean impide admitir la existencia de lagunas en el Derecho, puesto que ellas son llenadas por regla general que, expresa o tácitamente, el Derecho remite al arbitrio judicial.

No existiendo lagunas en el Derecho porque el sistema jurídico es completo, esto es, sus fuentes y prelación de estas hacen del ordenamiento jurídico una plenitud hermética, cerrada, que no admite fisuras, le es prohibido al juez eludir el pronunciamiento sobre un asunto sometida a su decisión, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley; un solo caso que quede sin solución jurídica será suficiente para que una sociedad deje de llamarse *civilizada*, pues ese caso que no se solucionó será resuelto por la ley del más fuerte, que es la ley de la selva.

190 VON SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*, ob. cit., p. 231.

191 VON ZEILLER, Franz, citado por SOLARI, Gloebe, *Filosofía del derecho privado*, traducción por O. Caletti, Buenos Aires: Sudamericana, 1945, p. 323.

181. Concepto de analogía

Cuando entre dos hechos semejantes, uno regulado por la ley y el otro no regulado, existe identidad de razón, al hecho no regulado se le aplica por analogía la norma del regulado.

Ejemplo: el acto jurídico compraventa está reglado por la ley en los siguientes términos: “Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero” (art. 1529 del Código Civil). En un caso concreto, A se obliga a transferir la propiedad de un automóvil a B a cambio de que este lo defienda en un proceso judicial. Este es un acto innominado (no regulado), en cambio, la compraventa es un acto nominado (regulado); los dos son actos onerosos en los que se transfiere la propiedad de un bien a cambio de una contraprestación: en el primero el pago de un precio en dinero y en el segundo la realización de un servicio, por tanto, entre los dos existe identidad de razón. Luego, al acto no regulado se le aplica por analogía las normas de la compraventa en cuanto a la transferencia de la propiedad y las normas de la locación de servicios (arts. 1764 y ss. del Código Civil) por lo que se refiere a la prestación del servicio.

La analogía es uno de los instrumentos para llenar las lagunas de la ley cuando esta no ha previsto un hecho, pero sí ha regulado otro semejante, entre los cuales existe identidad de razón. En este caso, al hecho no regulado se le aplica la norma del hecho regulado.

La analogía —en opinión de BUSSO¹⁹²— es “el procedimiento lógico que trata de inducir de soluciones particulares el principio íntimo que las explica, para buscar enseguida condiciones del mismo principio en otras hipótesis a las cuales se aplicará por vía de deducción”. Añade que se diferencia de la interpretación extensiva porque mediante la analogía no se trata de hallar la voluntad misma del legislador sino los principios que se han impuesto a este.

El procedimiento por analogía, expresa COVIELLO¹⁹³, “consiste en la decisión de una controversia no decidida por la ley, argumentado con el espíritu de la misma, sobre la base de la semejanza de la relación no considerada, con otra que sí lo ha sido”.

Afirma MESSINEO¹⁹⁴ lo siguiente:

[L]a analogía es el recurso a una norma o a un grupo de normas particulares relativas a casos similares, o a materias análogas al caso para regular (que presenta, respecto de aquellos casos, elementos de diversidad, pero también —y, sobre todo— elemento de identidad, o sea puntos de contacto), para sacar de ellas, con un procedimiento de imi-

192 BUSSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Buenos Aires: Ediar, 1944.

193 COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., p. 91.

194 MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, ob. cit., p. 110.

tación (que será obra del intérprete), la norma específica necesaria. Tal procedimiento (que va de lo particular a lo particular) está legitimado por la presunción de que, si el legislador hubiese previsto el caso, lo habría resuelto —con la mayor probabilidad— a semejanza de cómo ha resuelto los casos previstos y expresamente regulados (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*). Por consiguiente, el intérprete, en tal caso, se mueve sobre la huella señalada por el propio legislador.

Por su parte, VALENCIA¹⁹⁵ sostiene lo siguiente:

[M]ediante la analogía se trata de elaborar una regla jurídica para regular un caso imprevisto en la ley, pero con fundamento en la misma ley. La analogía representa, pues, una extensión de la ley a otros casos de los expresamente previstos.

Nuestro Derecho positivo no nos indica en qué consiste la analogía. El art. IV del título preliminar se concreta a señalar las limitaciones a la aplicación analógica de la ley, al disponer que “la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”.

El Código Civil argentino, art. 16, dispone que “si una cuestión civil no puede resolver, ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas”.

El segundo párrafo del art. 12 del Código Civil italiano dispone: “si una controversia no puede ser decidida por una disposición precisa, se toman en consideración las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas”.

De las disposiciones antes citadas se deduce que por la analogía se aplica a un hecho no regulado la ley que disciplina a un hecho semejante, puesto que, tratándose de hechos de la misma naturaleza, deben tener igual regulación positiva.

Empero, un texto legal que indica con claridad cuándo procede la aplicación analógica y fija sus límites de acuerdo con la naturaleza de la ley y la materia que esta regula es el art. 4, numerales 1 y 2 del título preliminar del Código Civil español, el cual indica lo siguiente:

Art. 4.1. Procede la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplan un supuesto específico, pero regulan otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. 2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

195 VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, ob. cit., p. 183.

Comentando este artículo, GONZALES¹⁹⁶ expresa a continuación:

[L]a incorporación al Código [el nuevo título preliminar del CC español fue aprobado por Decreto 1836/1974, del 31 de mayo] de la aplicación analógica es la transformación en norma de doctrina que la jurisprudencia ya había reconocido, si bien precisando que no debía acudirse a ella cuando existieran normas legales aplicables al caso de que se trata y que no puede prevalecer contra preceptos legislativos claros y terminantes.

Antes que una actividad propiamente interpretativa —sigue diciendo GONZALES—, la analogía llega a la zona de la investigación integradora:

[D]e tal manera que en la búsqueda de la norma aplicable habrá de recurrirse a todo el ordenamiento escrito, agotando sus posibilidades de aplicación inmediata y analógica, no pasando a una fuente secundaria hasta que aquella actividad investigadora haya sido infructuosa para encontrar la norma aplicable.

Con los antecedentes expuestos podemos dar la siguiente definición:

La analogía es un procedimiento de integración del Derecho legislado, cuando este no contempla un caso específico, pero sí regula otro semejante, en los que existe identidad de razón y, por consiguiente, idéntica tiene que ser la regla que se les aplique, salvo que se trate de leyes que establecen excepciones o restrinjan derechos, las mismas que no pueden aplicarse por analogía.

De esta definición se desprende que, para la aplicación analógica de una ley, se exige:

- 1) Que un hecho específico no esté comprendido ni en la letra ni en el espíritu de una norma.
- 2) Que la ley regule un hecho semejante al omitido.
- 3) Que exista identidad en el hecho omitido y en el regulado.
- 4) Que no se trate de una ley que establezca excepciones o restrinja derechos.

La analogía es un procedimiento de integración del Derecho legislado, pero no es el único porque existen otros como la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del Derecho.

El que a dos hechos afines, uno regulado y otro no, se les aplique la misma regla positiva, se debe a que donde existe la misma razón, idéntica debe ser la norma de Derecho (*ubi eadem ratio ubiqüi eadem legis dispositio*, según expresión de ALCIATO). Dos hechos semejantes no pueden tener respuestas jurídicas diferentes.

¹⁹⁶ GONZALES BOTELLA, Pedro, "El nuevo título preliminar del Código Civil", en *Documentación Jurídica*, n.º 4, Madrid: octubre de 1974, p. 71.

182. Naturaleza jurídica de la analogía

Según refiere GONZALES¹⁹⁷, solamente los pandectistas¹⁹⁸ y la escuela histórica atribuyeron a la analogía el valor de fuente del Derecho.

Es admitido que la analogía es fuente de creación o producción de Derecho, pero no es fuente de conocimiento, no constituye Derecho positivo. Sin embargo, no faltan quienes sostienen que en aquellos ordenamientos en donde en forma expresa se dice que las leyes se aplicarán analógicamente, se le está atribuyendo a esta el valor de fuente supletoria. Tal sería, por ejemplo, el caso del Decreto Ley 4657 del 4 de septiembre de 1942, Ley de introducción al derogado Código Civil brasileño de 1916, art. 4, que señala: “Por omisión de la ley, el juez decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho”; también en la legislación penal comparada encontramos que a veces se atribuye el carácter de fuente a la analogía, verbigracia, el Código Penal danés de 1939, art. 1, que dice: “Solo cae bajo la ley el acto cuyo carácter punible está previsto por la legislación danesa o una acción enteramente asimilable a ese acto”. Además, el concepto de “sano sentimiento del pueblo” determinó la aplicación de la analogía en la justicia penal de la Alemania nazista.

En consonancia con el ordenamiento jurídico peruano podemos afirmar que la analogía será fuente creadora (productora de derecho), en tanto y en cuanto inspire al legislador para que regule hechos que antes no lo estaban, pero en modo alguno constituye fuente de nuestro Derecho positivo privado, menos de nuestro Derecho penal, del cual ha sido proscrita no solamente la analogía (Constitución Política, art. 139.9), sino también la interpretación extensiva. El art. III del título preliminar del Código Penal prescribe: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde”.

197 *Loc. cit.*

198 “El *Digesto* o las *Pandectas*. Después de la codificación de las leyes, Justiniano se ocupó del *ius*. En el año 530 encargó a Triboniano, cuestor del palacio, redactar una colección compuesta de extractos de escritos de los jurisconsultos que hubiesen obtenido la concesión del *ius respondendi*. Triboniano se hizo asistir para esto de una comisión de dieciséis miembros. Era un trabajo inmenso: había que examinar más de diez mil compendios, que comprendían más de tres millones de líneas. Pero fue tan grande el celo de la comisión, que en tres años quedó terminada. Esta colección solo contenía cincuenta mil líneas, tomadas de treintinueve jurisconsultos. Fue publicada y declarada obligatoria en diciembre de 533. Esto es el *Digesto* o las *Pandectas*” (PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, Buenos Aires: Albatros, 1980, p. 82). Modernamente, el más célebre expositor del derecho de las *Pandectas* fue el alemán B. Windscheid, quien en su obra *Lehrbuch des Pandektenrechts* hizo una ordenación de las diversas materias e instituciones civiles que influyeron en la elaboración del B. G. B. de 1900. Windscheid formó parte de la comisión de ocho juristas que elaboraron el primer proyecto del B. G. B.

Otra tesis sostiene que la analogía es una forma de interpretación de la ley. JIMÉNEZ DE ASÚA¹⁹⁹ dice:

No se olvide que al comienzo se formula esa institución con la frase *interpretatio analoga*, por el jurista holandés Joaquín HOPPER, en el año 1553, tenido, en el sentir de este autor, más bien como la aceptación de lo que hoy llamamos interpretación sistemática.

Para BOBBIO²⁰⁰, no existe distinción entre interpretación extensiva y analogía. Esta es interpretación, pero no la que supone reproducir mecánicamente los textos en forma de traducción literal, sino interpretación en el sentido más genuino de la palabra, puesto que reproduce, no repitiéndolo sino desarrollándolo, el núcleo mismo de la norma, configurado en su razón suficiente; y no va fuera del sistema, sino que permanece dentro de él, contribuyendo a configurar el orden jurídico como un organismo que crece y se desarrolla, pero siempre por fuerza interior y jamás, por ser imposible, fuera de sí mismo.

No hay distinción entre interpretación extensiva e interpretación analógica.

No compartimos la tesis que identifica la interpretación extensiva con la analogía, porque aquella supone la existencia de una norma cuyo supuesto de hecho comprende virtualmente al caso específico de que se trata, mientras que esta se refiere a casos no previstos que son afines a otros que sí son regulados. CARNELUTTI afirma que mientras que la interpretación extensiva sirve para conocer lo que el legislador ha pensado, la analogía da a conocer lo que habría pensado si hubiera previsto el caso.

Tampoco nos convence la afirmación que hacen algunos autores en el sentido de que mediante la analogía se crea una nueva norma, porque con aquella no se hace cosa distinta que extender los efectos de una norma a casos no previstos por ella, pero que son semejantes a los que sí regula; es la misma ley la que se aplica a ambas situaciones por existir en ellas (la omitida y la regulada) identidad de razón: con la analogía no se pasa de una fuente a otra de segundo grado, sino que aquella se encuentra dentro de la misma ley: además, al intérprete, fuera de la interpretación auténtica, le está vedado el crear normas jurídicas.

La analogía es algo más que la interpretación extensiva por no existir ley aplicable al caso específico, y algo menos que fuente de Derecho porque, a falta de ley expresa que regule el hecho específico, se recurre a otra ley que regule un hecho semejante, como última posibilidad de su aplicación antes de pasar a una fuente supletoria, de

199 JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Principios de derecho penal*, Buenos Aires: Sudamericana, 1945, p. 122.

200 BOBBIO, Norberto, *L'analogia nella lógica del diritto*, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de derecho penal*, ob. cit., p. 122.

segundo orden. Es, como hemos dicho al definirla, un procedimiento de integración de la norma; es esta la naturaleza jurídica de la analogía.

Cuando un caso específico no está previsto en la ley ni directamente ni por vía de remisión, antes que interpretar hay que buscar o reconstruir la norma, esto es, hay que integrar las normas jurídicas, para lo cual se cuenta con dos instrumentos fundamentales: la analogía y los principios generales del Derecho. Como argumenta Messineo²⁰¹, “la analogía puede llamarse, también, hallazgo integrativo de normas, o desarrollo de normas, puesto que al recurrir a ellas, se opera, como se acaba de decir, sobre la guía de las normas particulares, que derivan directamente de la voluntad legislativa”. Eso se hace a diario, en la vida práctica; por ejemplo, con los contratos atípicos o innominados a los cuales, por faltarles regulación, se les aplica por analogía la disciplina legal de otro contrato o grupos de contratos que más se les asemejan y que sí tienen regulación legal. Primero buscamos la ley o leyes que regulan el contrato afín (integración de las normas); cuando las hayamos encontrado, para aplicarlas hay que interpretarlas.

183. La analogía y su diferencia con la interpretación extensiva

La interpretación consiste en buscar el verdadero sentido y alcance de una norma jurídica a fin de resolver un caso concreto; la interpretación supone la existencia de una ley que prevé el caso que se examina; si este no está comprendido ni en el texto literal ni en el espíritu de la ley, entonces no hay nada que interpretar.

La interpretación es extensiva cuando se amplía el significado de la palabra o palabras del texto legal, para hacerlas coincidir con la *ratio legis*, es decir, con la voluntad de la ley que no ha sido expresada de manera adecuada, y así, en el presupuesto de la norma, quede comprendido el caso para resolverse que antes claramente no lo estaba; en otras palabras, se hace explícito lo que estaba implícito en la norma; en la interpretación falta el texto que considere el caso, pero no falta la voluntad legal²⁰²; el caso no aparece en la letra, pero sí está en el espíritu de la norma.

201 MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, ob. cit., p. 110.

202 Por la voluntad de la ley debemos entender no la voluntad del legislador que la emitió, sino la finalidad social, económica y política que se procura alcanzar con tal ley. La finalidad política no puede ser excluida porque hay que presumir, con fundamento, que si se elige democráticamente un gobierno en consideración al programa presentado en su campaña electoral, esta es la nueva valoración que la comunidad hace de la realidad y por tanto dicha valoración tiene que ser la imperante, pues, en caso contrario, se estaría obstaculizando que se materialice ese programa por el cual el pueblo votó. No podemos decir lo mismo del gobierno que llega al poder sin programa, porque en el ejercicio de sus atribuciones puede sorprender la buena fe del pueblo que lo eligió.

En cambio, en la analogía, el caso que se analiza no aparece ni en la letra ni se deduce del espíritu de la ley, o sea, falta no solamente el texto sino también la voluntad legal. La analogía presupone un caso no regulado por la ley, pero que es semejante a otro que sí lo está; por consiguiente, si ambos casos, el omitido y el regulado, son afines, es decir, existe entre ellos identidad de razón, entonces también le corresponde la misma solución jurídica. Si tampoco existe un hecho regulado semejante al omitido, entonces no hay aplicación analógica que hacer y para resolver el asunto habrá que pasar a la fuente que sigue en orden jerárquico a la ley.

En ese sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA²⁰³ menciona:

[L]a analogía lleva siempre a una extensión de la ley, pero ella se distingue de la interpretación de esta índole, porque en esta, aunque el intérprete se sirva del elemento sistemático, el caso está previsto por los legisladores, incluso con palabras inadecuadas, mientras que en la aplicación analógica no ha sido contemplada aquella hipótesis por la ley. Por eso no debe hablarse de interpretación analógica, o mejor dicho, ésta es cosa distinta de la analogía, porque la interpretación es el descubrimiento de la voluntad de la ley en sus propios textos, en tanto que con la analogía no se interpreta una disposición legal, que en absoluto falta, sino, por el contrario, se aplica al caso concreto una regla que disciplina un caso semejante. En la interpretación extensiva falta la expresión literal, pero no la voluntad de la ley, y en la analogía falta también la voluntad de esta.

La analogía se diferencia de la interpretación extensiva —de acuerdo con TRABUCCHI²⁰⁴— por las siguientes características:

- 1) Para invocar la analogía debe faltar una norma que regule la materia de la cual se trata: falta de una *voluntas legis*, además de una expresa declaración legislativa.
- 2) Con la analogía se trata de hallar un principio legal que comprenda también los casos no previstos; en cambio, la interpretación procura el verdadero significado de una norma expresa.
- 3) La analogía, en fin, descubre nuevas normas; en cambio, ello no es posible con la interpretación extensiva.

La interpretación extensiva “supone un caso no comprendido en la letra de la disposición de que se trate, pero sí en su espíritu; y como quiera que la interpretación de una disposición debe llevar a aplicarla directamente a todos los casos comprendidos en su espíritu, su aplicación abarca, sin necesidad de analogía, también al caso que cae dentro de este, aunque salga fuera de su letra. La analogía, diferentemente,

203 JIMÉNEZ DE ASÚA, *Principios de derecho penal*, ob. cit., p. 122.

204 TRABUCCHI, *Instituzioni di diritto civile*, ob. cit., p. 37.

presupone que el caso en cuestión se halle fuera del espíritu de la disposición de que se trate. Por cuya razón no se puede aplicar, pero sí el principio en que se inspira”²⁰⁵.

En opinión de BOBBIO²⁰⁶, “el único criterio aceptable es el que trata de establecer la diferencia en relación con los efectos, tanto de la extensión analógica como de la interpretación extensiva: el efecto de la primera es crear una nueva norma jurídica; el efecto de la segunda es hacer extensiva una norma a casos no previstos por esta”. Este autor esquematiza los dos casos así:

1. Analogía:

a' (caso regulado)

A (la *ratio* común de ambas) a" (caso no regulado)

a" es similar a a' mediante A por lo cual (A) a' es (A) a".

Por ejemplo, el art. 1577 del Código Civil italiano, que establece las obligaciones del arrendador, como la de la reparar la cosa arrendada, puede hacerse extensivo a las obligaciones de la misma naturaleza del comodatario. De este modo se crea una regla para regular el comodato que antes no existía. Se pasa de una norma a otra.

2. Interpretación extensiva: Aa' (caso regulado)

a" (caso no regulado)

a" es semejante a a'

por lo cual Aa' es a".

Por ejemplo, el art. 1754 del Código Civil italiano define como corredor a “quien pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio”. Esta norma se puede hacer extensiva a quienes “inducen a la conclusión de un negocio una vez que las partes han iniciado los contactos, directamente o por medio de otro corredor”. Aquí no se crea una nueva norma, sino que solo se amplía el alcance de la regla existente, es decir, se hace extensiva una norma a casos no previstos. La norma aplicada es siempre la misma.

La consecuencia de la desigualdad entre interpretación extensiva y analogía es que mientras la interpretación extensiva es admitida aun para las normas excepcionales y las que restringen derechos, en cuanto mira a establecer solo el verdadero contenido del mandato, en cambio no está permitido que estas mismas normas sean aplicadas analógicamente.

205 ALBALADEJO, *Curso de derecho civil español*, ob. cit., p. 81

206 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 237.

184. Fundamento de la analogía

Inspirados en la filosofía aristotélica, muchos autores sustentan la aplicación de la analogía para resolver casos no previstos por la ley, en la voluntad presunta del legislador (tesis subjetiva). ARISTÓTELES enseñó que en aquellos casos “en que el legislador ha callado, o se ha equivocado porque expresó sus pensamientos en términos generales y se presentan casos excepcionales no previstos, se debe suplir su silencio adoptando una solución como la adoptaría él mismo si estuviera presente; es decir, hacer la ley como la hubiera hecho él, si hubiera conocido el caso particular de que se trata”. Repitiendo esta doctrina. GÉNY²⁰⁷ sostiene que ante la insuficiencia de la ley escrita y de la costumbre, el juez “debe formar su decisión de Derecho según los mismos puntos de vista que tendría en cuenta el legislador si se propusiera regular el caso controvertido”, debiendo hacerse derivar de un principio de Derecho consagrado por el legislador, tanto el caso imprevisto que se trata de regular como el caso previsto o regulado.

El procedimiento analógico —dice Messineo²⁰⁸— “(que va de lo particular a lo particular) está legitimado por la presunción de que, si el legislador hubiese previsto el caso, lo habría resuelto con la mayor probabilidad, a semejanza de como ha resuelto los casos previstos y expresamente regulados (*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*). Por consiguiente, el intérprete, en tal caso, se mueve sobre la huella señalada por el propio legislador”.

Contrariamente a los que fundan la analogía en la voluntad presunta del legislador, hay autores que opinan que la verdadera razón del procedimiento analógico reside en la igualdad jurídica que debe presidir las relaciones sociales (tesis objetiva); hechos afines deben tener soluciones jurídicas semejantes. El fundamento de la analogía, según COVIELLO²⁰⁹, no es la presunción de la voluntad del legislador, sino el principio sumo de la igualdad jurídica, el cual exige que casos semejantes deben ser disciplinados por normas semejantes.

Otros, en cambio, concilian ambos criterios: el de la voluntad presunta del legislador con el de la igualdad de trato jurídico a los casos afines. Así, SALVAT manifiesta que ante la inexistencia de ley expresa aplicable al problema debatido, “se recurre ante todo a la aplicación de leyes análogas, lo cual se funda en el principio que siendo las

207 GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, Reus, Madrid, 1925.

208 MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, ob. cit., p. 110.

209 COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, ob. cit., pp. 91 y 92. La aplicación analógica requiere que se trate de un caso no previsto por el legislador que sea semejante a otro previsto, debiendo existir un elemento de identidad. Solo encontrando este elemento se puede argumentar analógicamente sobre la base del principio *ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio*.

situaciones iguales, es posible que el legislador hubiera consagrado la misma regla y, por consiguiente, que establecida para una de las hipótesis, debe ser aplicada también a la otra". Es decir, donde existe la misma razón, debe ser la misma regla de derecho (*ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*).

Coincidimos con GONZALES²¹⁰ cuando afirma que para la analogía, el elemento decisivo lo constituye la identidad de razón, siendo la semejanza apenas:

El indicador que conduce a buscar la norma en la que habrá de investigarse la razón de su aplicación al supuesto específico, para volver a indagar si el semejante contiene todos los elementos precisos que dan lugar a la identidad de razón.

La identidad de razón debe darse en ambos supuestos de hecho: el regulado y el semejante. La voluntad presunta del legislador es un concepto demasiado relativo, pues nadie puede saber con certeza en qué consiste una voluntad que todavía no ha sido expresada (declarada) porque al no haber sido exteriorizada pertenece al mundo interno y síquico del individuo, y el juez (y, en general, la persona versada en Derecho) no tiene el don de adivino ni está preparado para hacer indagaciones en el mundo interno de las personas; eso es competencia de otras ciencias que aún no han alcanzado un grado de desarrollo como para aceptar que las conclusiones a que llegan tengan el rango de universales.

En esencia, la razón de la aplicación analógica de la ley estriba en el principio de la identidad de razón (*ratio iuris*), existente entre el supuesto de hecho contemplado por la ley y el supuesto semejante no regulado al que esta ley puede aplicarse.

185. Clases de analogía

Doctrinariamente se han hecho varias clasificaciones de la analogía, y la más conocida es la que distingue entre *analogía legis* y *analogía jurídica*. Se atribuye esta distinción a Wachter.

Para ENNECCERUS²¹¹, la *analogía legis*, partiendo de una proposición jurídica concreta, desenvuelve su idea fundamental eliminando de ella todos los factores no esenciales para aplicarla a los casos que encajan en ella, y la *analogía iuris* arranca de una pluralidad de disposiciones jurídicas singulares y extrae de ellas por vía de

210 GONZÁLES BOTELLA, "El nuevo título preliminar del Código Civil", art. cit., p. 12.

211 Citado por OSSORIO Y FLORIT, Manuel, "La analogía jurídica", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. I, Buenos Aires: 1984, p. 679.

inducción principios más generales para aplicarlos a casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley.

Por la analogía de ley (*legis*), la norma buscada se deduce de otra norma singular, o de un grupo determinado de normas; en cambio, por la analogía de Derecho (*iuris*), la norma buscada se colige del contenido (determinado) del entero sistema legislativo²¹². Una ley que regula concretamente un caso de la vida real, dadas ciertas condiciones, puede aplicarse a otro caso semejante (*analogía legis*). Pero también es posible que una regla general que se aplicó a determinados casos se aplique todavía a otros casos (*analogía iuris*)²¹³.

En síntesis, en la *analogía legal* la norma para el caso no regulado se obtiene acudiendo a otro precepto de la ley que regula el caso afín. Mientras que en la *analogía jurídica* la regla para el caso omitido se deduce del espíritu del ordenamiento jurídico tomado en su conjunto.

Aclaremos esta distinción con ejemplos:

- a) *Analogía legal*: el art. 1622 del Código Civil dispone: “La donación que ha de producir sus efectos por muerte del donante, se rige por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria”. Nada se dice sobre el contrato de suministro celebrado a título de liberalidad que, por disposición expresa del suministrante, la obligación deba pasar a sus herederos, por lo cual, con el procedimiento analógico, el caso concreto se resolverá aplicando el 1622 al suministro gratuito, puesto que en el contrato de donación y en el suministro gratuito que deban producir sus efectos a la muerte del donante o del suministrante existe identidad de razón, porque en uno y otro se suscita el problema de conciliar el *animus donandi* con el sacrificio patrimonial para evitar que el autor del acto de liberalidad y su familia caigan en la indigencia, hecho que no lo permiten las reglas sobre sucesión testamentaria. La obligación del suministrante pasará a sus herederos siempre que haya dejado bienes suficientes para atenderla y sin que afecte la legítima de los herederos forzosos.
- b) *Analogía jurídica*: el Código Civil, en el libro VII, relativo a las fuentes de las obligaciones, sección primera, que versa sobre los contratos en general, art. 1362, establece la regla general según la cual “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Pero existen otros negocios jurídicos, unos bilaterales, como la cesión de derechos (art. 1206 y s.), la transacción (art. 1302 y s.), el mutuo disenso (art.

212 MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, ob. cit., p. 110.

213 VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, ob. cit., p. 184.

1313 y s.), regulado no como contrato sino en el libro VI sobre las obligaciones en general; y otros unilaterales, por lo cual tampoco son contratos, como la promesa unilateral (art. 1956 y s.), la gestión de negocio ajeno (art. 1950 y s.), etc.; respecto de ellos no se ha dicho cómo deben negociarse, celebrarse y ejecutarse, lo cual da lugar a preguntar si se les podrá aplicar también a tales declaraciones de voluntad el principio contenido en el art. 1362, esto es, si deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de buena fe y común intención de las partes, en su caso. La respuesta, sin lugar a dudas, es afirmativa, porque no es concebible que la voluntad contractual se gobierne por la buena fe y común intención de ambas partes, y que otras declaraciones de voluntad que no sean contractuales, se susstraigan al influjo de estos principios. La buena fe y la sana intención presiden todo acto jurídico, sea unilateral o bilateral; en toda declaración de voluntad negocial existe identidad de razón, estando el sujeto de la relación obligado a actuar de buena fe.

No obstante, el prestigio de los autores que distinguen entre *analogía legis* y *analogía iuris*, debemos precisar que se trata de una distinción incierta, de puro matiz, y sin importancia práctica, pues la distinción entre normas generales y particulares en que algunos como ENNECERUS basan esta clasificación de la analogía, no es tajante porque no existen normas exclusivamente particulares y otras generales: una misma ley puede ser general respecto a unas leyes y particular acerca de otras. Por ejemplo, las disposiciones generales de los contratos contenidas en la sección primera del libro VII del Código Civil son generales (aplicables a todo tipo de contratos), con referencia a las normas sobre contratos nominados de la sección segunda del mismo libro, y esas mismas normas son especiales en relación con las normas sobre obligaciones en general contenidas en el libro VI (el contrato es solo una de las fuentes de esas obligaciones).

Pero la distinción de la analogía entre legal y jurídica no es la única. Max Ernesto Mayer la divide, a su vez, en *intra legem*, *praeter legem* y *contra legem*. Sin embargo, no se puede hablar de analogía conforme a ley, porque donde esta existe no está permitido aplicar aquella y, además, existiendo disposición expresa el juez no puede resolver en contra de ella, pues sería responsable inclusive penalmente porque comete delito de prevaricato (CP, art. 411).

La *analogía* se distingue de la *inducción* en que la primera no va de lo particular a lo general, sino de lo particular a lo particular coordinado, no siendo posible la construcción de una verdad general basada en la analogía (DEL VECCHIO).

186. Límites de la analogía

Los límites de la analogía están enunciados en el art. IV del título preliminar del Código Civil, que prescribe lo siguiente: “Art. IV. La ley que establece excepciones o restringe derechos, no se aplica por analogía”.

Cuando el artículo habla de “ley”, esta debe entenderse en su sentido amplio (material, no formal), o sea, como toda norma emitida por el organismo competente del Estado.

LEÓN BARANDIARÁN²¹⁴, al comentar el art. IV, manifiesta que la norma que establece excepciones o restringe derechos no consiente una interpretación extensiva ni analógica.

La norma que establece excepciones o restringe derechos es por su naturaleza una que no permite traspasar su indicación precisa y limitativa. Por ejemplo, cuando se establece que una acción es personalísima no cabe considerar que ninguno otro que no sea el titular pueda ejercitárla; cuando se hace una enumeración precisa no cabe que se acepte causal alguna distinta de las enumeradas. Si no cabe la interpretación extensiva en el supuesto de que ahora se habla, con tanta mayor razón no cabe que la norma respectiva sirva para una interpretación analógica, que consiste en aplicar a un caso no previsto en la ley, lo que sí está fijado para otro caso, por razón de semejanza, por razón de que exista la misma *ratio legis*.

En esta afirmación del autor nacional existen dos errores conceptuales: primero, considera a la aplicación analógica como una forma de interpretación de la ley (error en que incurre un gran sector de la doctrina), pues, como sabemos, donde esta no existe no hay nada que interpretar y por ello recurrimos a la analogía en procura de integrar la norma; y el segundo error, que puede acarrear consecuencias graves en la vida práctica, consiste en afirmar que el art. IV no consiente ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica de la ley; esto sería cierto si el artículo dijera que las leyes que establecen excepciones o restringen derechos se aplican estrictamente, y de este modo quedaría eliminada tanto la interpretación extensiva como la aplicación analógica; sin embargo, del texto literal del artículo queda establecido que la limitación se refiere apenas a la analogía.

En cuanto a la interpretación extensiva de las normas que establecen excepciones o restringen derechos, habrá que estar en cada caso a la naturaleza de la propia ley y a la materia que ella regula, para determinar su procedencia o no. Mientras es posible

214 LEÓN BARANDIARÁN, José, “Exposición de motivos y comentarios al título preliminar”, en *Código Civil IV. Exposición de motivos y comentarios*, comp. Delia Revoredo de Debakey, Studium, Lima: 1985, t. IV, p. 26.

la interpretación extensiva de leyes excepcionales, está prohibida su aplicación por vía de analogía. Como bien dice GONZALES²¹⁵:

[E]n cuanto a las leyes excepcionales, por el simple principio de que los privilegios son odiosos y *Odiosa sunt restringenda*, debe hacerse una aplicación estricta de las mismas, y aunque puede admitirse su interpretación extensiva, en ningún caso cabe la aplicación analógica.

También MESSINEO²¹⁶ añade que está admitida la interpretación extensiva de normas excepcionales:

[E]n los casos en que la norma contenga enumeración solamente ejemplificativa del propio campo de aplicación, no es necesario recurrir a la analogía; porque basta la interpretación extensiva para proporcionar la disciplina del caso para regular. Pero esto no excluye que se pueda —también en cuanto a este caso— recurrir a la analogía, cuando tal recurso esté admitido en cuanto a las materias expresamente contempladas.

En la expresión *leyes restrictivas de Derecho* hay que comprender también las leyes penales (aunque estas debieron estar, en consonancia con la ley penal, excluidas expresamente de los alcances de la analogía) y ciertas leyes fiscales.

En la frase *la ley que establece excepciones* están comprendidas aquellas normas especiales, singulares, que constituyen una derogación del Derecho general respecto a determinadas materias; por tanto, lo no expresamente señalado en la norma excepcional queda contenido en la norma general; las leyes casuísticas no permiten la aplicación más allá de los casos y tipos considerados en ellas; v. gr., el art. 1599 enumera los casos en que procede el derecho de retracto, no pudiendo extenderse este derecho a ningún otro caso; las normas que contienen excepciones a otras leyes tampoco se pueden aplicar por analogía, puesto que son predominantemente restrictivas de la libertad individual, limitan el libre ejercicio de los derechos. Como ejemplo de estas últimas citemos el hecho de que toda persona humana desde su nacimiento tiene capacidad de goce de los derechos civiles (arts. 1 y 3), las incapacidades de goce que en forma expresa se establezcan por ley (como el caso de las prohibiciones a ciertas personas para contratar en razón de las funciones que desempeñan establecidas por mandato del art. 1366, o la prohibición al menor de edad para otorgar testamento dispuesta por el art. 687.1) no pueden ser extendidas por analogía, a causa de su carácter ex-

215 GONZÁLES BOTELLA, "El nuevo título preliminar del Código Civil", art. cit., p. 72.

216 MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, ob. cit., p. 110.

cepcional. Las leyes que tienen determinada duración son también de un acentuado matiz excepcional, y no pueden desbordar en modo alguno la esfera de su vigencia²¹⁷.

Diremos algunas palabras sobre la proscripción de la aplicación analógica de la ley en el Derecho penal. En esta rama del Derecho rige el principio de legalidad a que se refiere la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege* (no hay crimen ni pena sin ley previa) como una garantía de libertad y seguridad humanas. Por consiguiente, el silencio de la ley equivale a la inexistencia del delito y a la imposibilidad de aplicar una pena. Es más, ante la oscuridad de la ley, el juez penal no puede entrar en interpretaciones extensivas; con mayor razón, menos en aplicaciones analógicas, porque aquí rige también otro principio: *in dubio, reus est absolvendus* (en caso de duda debe absolverse al reo), conocido popularmente como *in dubio pro reo*. Ni mediante la analogía, ni mediante la interpretación extensiva se pueden crear delitos ni establecer penas. Si es verdad que para ser aplicada la ley penal debe ser interpretada, pero este proceso solo sirve para encontrar el verdadero sentido de la norma, mas no para modificar la enunciación precisa que la ley hace de los delitos y las penas. La regla de que nadie puede ser penado por hechos que con anticipación no han sido tipificados como delitos y de que nadie puede ser castigado con penas que no sean las establecidas de antemano por la ley, elimina toda la posibilidad de la existencia de lagunas no solo en el Derecho sino también en la ley penal. Si históricamente algunas legislaciones y algunos autores se han pronunciado en favor de la aplicación analógica de la ley penal, eso debe quedar allí, en historia, que no se debe volver a repetir como garantía de libertad y seguridad de las personas, porque lo contrario significa someter las grandes mayorías al arbitrio y capricho de unos cuantos individuos.

217 El CC español en su título preliminar, art. 4, n.º 2, excluye de la aplicación analógica a "las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal". En la exposición de motivos expresa: "No obstante, las ventajas de la analogía, resulta justificada su exclusión de determinadas leyes. En las penales es la normal consecuencia del estricto principio de la legalidad que ha de primar exento de incertidumbres o fisuras. Las leyes excepcionales, también excluidas, forman el tradicionalmente llamado *ius singulare*, que por constituir una derogación del Derecho general para determinadas materias, impide la existencia de lagunas en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda atendido a la norma general. Las leyes de ámbito temporal determinado deben someterse al mismo régimen, de una parte, porque en modo alguno puede desbordarse en lo más mínimo su esfera de vigencia y, de otra parte, porque tal circunstancia las dota de un acusado matiz de excepcionalidad".

XII

CAPÍTULO

LOS VALORES JURÍDICOS

SECCIÓN I.- LA JUSTICIA

“The true administration of justice is the
firmest pillar of good government”

George WASHINGTON

187. Concepto

Hay muchas definiciones de justicia. Mencionemos unas cuantas: 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. Según ULPIANO, 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. 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 este autor 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.

Como dice PERELMAN:

[D]e entre todas las nociones prestigiadas, la justicia parece una de las más eminentes y la más irremediablemente confusa [...] desde hace miles de años todos los antagonistas en los conflictos públicos y privados, en las guerras, las revoluciones, los procesos, las querellas de intereses, declaran siempre y se esfuerzan por probar que la justicia está de su parte, que se invoca a la justicia siempre que se recurre a un árbitro, inmediatamente se da uno cuenta de la multiplicidad inverosímil de los sentidos que se dan a esta noción, y de la confusión extraordinaria provocada por su uso¹.

Solo con fines académicos, porque después volveremos sobre este punto para tratarlo más ampliamente, por ahora demos una breve noción sobre los tres aspectos que presenta la justicia: subjetivo, objetivo e ideal.

En su sentido subjetivo, la *justicia como virtud moral* es la virtud suprema, omnicomprendiosa, la expresión del bien absoluto, la santidad, la perfección individual del ser humano. En este sentido, se la ha definido como “el hábito del alma, observado en el interés común, que da a cada cual su dignidad” (Cicerón)²; o “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que es suyo” (Ulpiano)³; o “el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho” (*constans et perpetua voluntas ius suum uniuique tribueus*) (Santo Tomás)⁴.

En su sentido objetivo, la *justicia como valor jurídico* es la cualidad por la cual un acto humano es justo, aun cuando no sea acompañado de ánimo de justicia, con tal que sea conforme al Derecho. La justicia es simplemente el ajuste de las relaciones sociales con el ordenamiento jurídico a fin de hacer posible que la vida colectiva se lleve a cabo con la menor fricción posible, o sea, en paz. Justicia y Derecho son *ad alterum*. En este sentido, STONE (*The province and function of law*, Harvard University press, 1950, p. 490) dice que “el punto esencial de la teoría de la justicia consiste en evaluar el grado según el cual intereses de hecho deben ser protegidos frente a otros intereses”.

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.

1 PERELMAN, Chaïm, *De la justicia*, traducción por Ricardo Guerra, cita de HERMANN PETZOLD Pernía, “Algunas notas sobre la noción de justicia de Chaïm Perelman”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984, p. 213.

2 *La República*, I. III, 22.

3 *Digesto*, libro I, título 1, ley 10. *Instituciones de Justiniano*, traducción por Francisco Pérez Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Lima: Cultural Cuzco, 1995, p. 11.

4 DE AQUINO, Santo Tomás, *Suma teológica*, traducción por Francisco Barbado Viejo, Madrid: Rialp, 1964.

En su aspecto ideal la justicia es el sentimiento que cada uno lleva consigo en cada lugar y en cada época sobre cómo deben ser los actos humanos y el Derecho. La justicia subsiste siempre como una instancia crítica y valorativa del Derecho; este no satisface los ideales de justicia más que parcialmente; él siempre es imperfecto respecto de la justicia, y tiene en la justicia un fin superior que alcanzar, que persistentemente le sirve de meta y de fundamento.

John RAWELS (*Teoría de la justicia*) habla de la *justicia como equidad*, consistente en dos principios: 1) cada persona debe tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales para otros; y 2) las desigualdades sociales y económicas deben de resolverse de modo que: a) Resulten en el mayor beneficio de los que tienen menos ventajas en la sociedad (el principio de la diferencia); y b) Los cargos y puestos deben de estar abiertos para todas las personas bajo condiciones de igualdad de oportunidades (justa igualdad de oportunidades). El primero de los dos principios es conocido como *principio de la libertad*, y el segundo, reflejando la idea de que la inequidad solo se justifica si permite la ventaja de los más desposeídos, es el llamado *principio de la diferencia*.

Para tener una idea sobre la justicia hay que preguntarnos: ¿qué es la justicia?, ¿cómo podemos mejorar la injusticia y avanzar hacia la justicia? Al respecto, escribe SEN⁵:

En el pequeño mundo en el cual los niños viven su existencia, dice Pip en *Grandes esperanzas*, de Charles Dickens, ‘no hay nada que se perciba y se sienta con tanta agudeza como la injusticia’. Espero que Pip tenga razón: tras su humillante encuentro con Estella, él recuerda de manera vívida ‘la coacción violenta y caprichosa’ que sufrió cuando era niño a manos de su propia hermana. Pero la fuerte percepción de la injusticia manifiesta se aplica también a los adultos. Lo que nos mueve, con razón suficiente, no es la percepción de que el mundo no es justo del todo, lo cual pocos esperamos, sino que hay injusticias claramente remediables en nuestro entorno que quisiéramos suprimir.

Esto resulta evidente en la vida cotidiana con las desigualdades y servidumbres que podemos sufrir, pero también se aplica a los juicios más amplios sobre la injusticia en el mundo en que vivimos.

Es justo suponer, sigue diciendo Sen, que los parisinos no habrían asaltado la Bastilla, Gandhi no habría desafiado al imperio en el que no se oponía el sol y Martín Luther King no habría combatido la supremacía blanca en ‘la tierra de los libres y el hogar de los valientes’ sin su conciencia de que las injusticias manifiestas podían superarse. Ellos no trataban de alcanzar un mundo perfectamente justo (incluso si hubiera algún consenso sobre cómo sería ese mundo), sino que querían eliminar injusticias notorias en la medida de sus capacidades.

5 SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, traducción por Hernando Valencia Villa, Madrid: Taurus, 2010, p. 11.

La identificación de la injusticia reparable nos mueve a pensar en la justicia y en la injusticia. En este mundo no es posible buscar la justicia perfecta, sino reducir la injusticia y avanzar hacia la justicia. Estamos comprometidos con el avance de la justicia, cuando, en sociedades como la nuestra, luchamos contra la educación de la peor calidad impartida por el Estado a nuestros niños y jóvenes, degollándoles, de este modo, su futuro, protestamos por la falta o pésima atención médica en los centros de salud, repudiamos la impunidad de los grandes delincuentes con la complicidad de policías, fiscales y jueces, rechazamos la tolerancia del hambre, la miseria, la enfermedad de grandes sectores de la población, etc. Hay que preocuparnos por promover la justicia en vez de pretender alcanzar la justicia perfecta.

188. Doctrinas formuladas a través de la historia

Para los primeros filósofos, la justicia es una virtud universal. Traduce una exigencia que éticamente debe suceder. Según HERÁCLITO de Éfeso (¿540-480? a. C.), la justicia coincide con la necesidad cósmica en virtud de la cual se mantiene el orden y la regularidad del universo: destino, necesidad, ley, razón, justicia, contienda, guerra, armonía, río que jamás se detiene, son términos que expresan la fatalidad del devenir cósmico. Para los sofistas —quienes consideran que el hombre es la medida de todo—, justicia y legalidad se confunden y como esta última es obra del arbitrio de los hombres, la separación entre lo justo y lo injusto depende de estos. SÓCRATES (470-399 a. C.) distinguió dos formas de justicia: una que consiste en el sometimiento a las leyes del Estado, que practicó aceptando la injusta condena a beber la cicuta, acusado de atacar a los dioses y corromper a la juventud, y la otra, que consiste en el respeto a esa ley no escrita, eterna e inmutable⁶.

PLATÓN (427 a 347 o 348 a. C.) nació en Atenas, discípulo de Sócrates y maestro de Aristóteles, en su obra *La República*, dedicada al estudio de lo justo y de lo injusto, concibió al Estado como un hombre grande (macroántropos); una persona moral en todo semejante, excepto en las proporciones, a una persona humana. Afirma que las facultades del hombre son la inteligencia, la voluntad y los sentidos. A cada una de estas facultades corresponde una virtud: a la inteligencia, la sabiduría; a la voluntad, la fortaleza; y a los sentidos, la templanza. Estas virtudes accesorias son armonizadas por la justicia, que es una virtud total.

En el hombre grande llamado Estado, la inteligencia está representada por los filósofos, la voluntad por los guerreros, y los sentidos por los artesanos. Conforme a las virtudes de estos estamentos, los filósofos deben gobernar, los guerreros defender

⁶ ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., 10.^a ed., Lima: Eddili, 1987, pp. 301 y 302.

y los artesanos producir bienes materiales. Las virtudes propias de cada una de estas clases sociales son armonizadas por la justicia a fin de que cada una cumpla con su misión y actividades sin invadir campos ajenos para evitar la desorganización dentro del Estado. Nada sería más funesto para el Estado que la invasión de los unos en las funciones de los otros, que el carpintero pretendiera ejercer el oficio de zapatero y el artesano quisiera elevarse al rango de guerrero; la usurpación de los derechos de otro, azote del Estado, se llama *injusticia*⁷. La justicia concurre con las otras virtudes: sabiduría, fortaleza y templanza a la perfección del Estado; la injusticia es el “ansia de usurpar”, de la que nacen tres vicios opuestos a las virtudes del hombre: la ignorancia, la cobardía y la intemperancia. Cuatro siglos antes de Cristo, Platón concibió la necesidad del cumplimiento estricto de los deberes republicanos, mérito que se agiganta debido a que la estructura republicana del Estado aparece recientemente en el siglo xx.

Aristóteles (384 a 322 a. C.) nació en Estagira (Macedonia). En sus obras *La política* y *Ética*, trata de la justicia en su aspecto general y particular. Desde el punto de vista general o legal, la justicia es el punto de equilibrio entre los extremos caracterizados por los excesos y los defectos. Este punto de equilibrio es el *justo medio*. La *justicia general* es la virtud perfecta; la mejor de las virtudes, pero no absoluta sino con relación a otro⁸. Toda virtud ocupa un punto medio entre dos vicios. Así, por ejemplo, la virtud del ahorro entre la avaricia y el despilfarro, la valentía entre la cobardía y la temeridad. La misma justicia está entre la injusticia que se comete y la injusticia que se padece.

7 *La República*, libro iv:

“[...]

- Entonces, mi querido amigo, me parece que la justicia consiste en que cada uno haga lo que tiene que hacer [...]
- Me parece que después de la templanza, de la fortaleza y de la prudencia, lo que nos falta examinar en nuestra república debe ser el principio mismo de estas tres virtudes, lo que las produce y, después de producidas, las conserva mientras subsiste en ellas. Ya dijimos que si encontráramos estas tres virtudes, lo que quedara, puestas estas aparte, sería la justicia.
- La confusión y mezcla de estos tres órdenes de funciones es por tanto el acontecimiento más funesto que puede tener lugar en un Estado. Pueda decirse que es un verdadero crimen [...]”

“En esto, pues, consiste la injusticia. De donde se sigue que cuando cada uno de los órdenes del Estado, el de los mercenarios, el de los guerreros y el de los magistrados, se mantiene en los límites de su oficio y no los traspasa, esto debe ser lo contrario de la injusticia: es decir, la justicia, y lo que hace que una república sea justa”.

8 “Llamamos justo a lo que protege la felicidad y sus elementos en la comunidad política. Porque la ley prescribe justamente hacer los actos del valiente, tales como no abandonar las filas, ni huir ni arrojar las armas: y los del varón manso, como no herir ni hablar mal de nadie, y lo mismo en las otras virtudes y fechorías, ordenando unas cosas y prohibiendo otras, rectamente, la ley rectamente establecida, menos bien la improvisada a la ligera. La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación a otro. Y por eso la justicia nos parece a menudo ser la mejor de las virtudes: y ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos” (*Ética a Nicómaco*, lib. v, I, p. 110).

En lo particular, Aristóteles se sirve del concepto de alteridad (*alter* = otro) porque la justicia se da en relación con el prójimo; en dicha relación debe predominar la *igualdad*. La justicia es una parte de la virtud entera; es la justicia no como legalidad sino como igualdad. Lo justo es lo igual, lo injusto es lo desigual.

Tanto la justicia general o legal como la particular, tienen como característica esencial la alteridad, pues se dirigen al bien de otra persona. Para ARISTÓTELES, la *justicia particular* tiene dos formas:

- a) *Distributiva*, que consiste en el reparto de bienes y cargas de acuerdo con méritos y necesidades de cada uno. Se considera a las personas de modo que la igualdad de la justicia funcione solamente para los iguales en iguales circunstancias. Son injustos los extremos de tratar iguales a los desiguales y desiguales a los iguales. Entre estos dos extremos está el justo medio de la justicia general: igualdad de los iguales. De este modo se coordina la justicia particular distributiva con la justicia general.
- b) *Diorética o sinalagmática*, que es una justicia correctiva que pone énfasis no en las personas sino en los bienes y cargas a fin de equiparar las prestaciones. La justicia correctiva presenta dos especies: *comutativa*, que establece una igualdad entre lo que se da y lo que se recibe; y *judicial*, que considera a los litigantes en igualdad de condiciones, asumiendo el juez su papel de imparcial. También aquí se da el justo medio: en la comutativa, entre lo mucho y lo poco que se da y recibe; y en la judicial, entre una parte y la otra de la contienda.

El romano ULPIANO define la jurisprudencia como “la ciencia de lo justo y de lo injusto”. Los *iurisprecepta* derivan del concepto de justicia y se expresan como: *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo), *neminem laedere* (no dañar a otro), *honeste vivere* (vivir honestamente). En las citas, la justicia del ciudadano se inspiraba no en la arrogancia del poder, sino en la modestia de la sabiduría⁹; cada ciudadano desarrolla las exigencias éticas necesarias para asegurar el imperio de la justicia.

9 Afirmaba CICERÓN en *La República*: “Nosotros no tenemos ninguna representación esculpida sólidamente del genuino y puro derecho, ni de su fraternal justicia, sino que nos conformamos con su sombra y sus reflejos. ¡Pero quisiera Dios que nos atuvierámos al menos a esto que tenemos...!”, “Está claro que la gente admira de modo general todo lo que advierten grande y superior a lo que ellos pueden alcanzar, pero, sobre todo, en individuos determinados, observa en ellos ciertas cualidades insospechadas por su escasez [...] Y se desprecia a aquellos que no son útiles ni para sí ni para nadie, por carecer de laboriosidad, de interés o de utilidad en lo que hacen...”, “Los hombres buenos, o sea, aquellos que son justos y que inspiran confianza, adquieren una habilidad que excluye en ellos cualquier fraude o daño para los demás...”, “El hombre justo y el que estimamos por hombre de bien, a nadie tomará nada para apropiárselo él mismo [...] Nada es provecho y útil si es injusto”, “Si cada uno busca sacar su ventaja en cualquier situación, resultaría de ello la disolución de toda solidaridad humana [...] Por el contrario, es preciso actuar en favor de todos como mejor criterio del bienestar común”, “Los gastos que interesan a la utilidad pública [...] son los más valiosos para el porvenir, aunque los más agraciados son los que se regalan de mano a mano”, “En cuanto a los que pretenden hacerse simpáticos al pueblo y que por esta

Santo Tomás de Aquino (1225 al 1274), nació en Roccasecca (Italia). Llamado Ángel de las Escuelas o doctor *Angélicus*, es autor de *Summa contra Gentiles*, *Summa Theologica*, obras fundamentales de la filosofía escolástica; su doctrina, inspirada en Aristóteles, lleva el nombre de *tomismo*. Santo Tomás adopta la definición de justicia de Ulpiano que dice que “es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”. La justicia, conjuntamente con la templanza, la prudencia y la fortaleza, son las virtudes cardinales. Pero mientras estas son virtudes propias que tienden a la perfección del hombre considerado en sí mismo, la justicia ordena al hombre en sus relaciones con los demás (alteridad). La justicia implica una cierta igualdad, como lo demuestra su propio nombre, porque se ajustan las cosas que se igualan. Y la igualdad es con otro. Lo recto que está en la obra de la justicia se constituye en comparación con otro; en nuestras acciones es justo lo que corresponde a otra cosa según alguna igualdad a otro, por ejemplo, la recompensa de la merced debida por el servicio prestado.

La justicia como virtud —expresa SANTO TOMÁS— es el hábito operativo bueno. Pero la justicia perfecta es solo la de Dios. Sin embargo, el hombre, creado a su semejanza, debe tratar de alcanzarla en todo momento de su vida, lo cual le permite perfeccionarse en todo momento, porque trata con justicia a los demás y trata permanentemente de ser justo. Un acto justo no hace de por sí justo a quien lo realiza: la virtud consiste en realizar siempre actos justos. La justicia como virtud es una constante y perpetua voluntad de practicarla. Santo Tomás cita a San Ambrosio: “La justicia es la que da a cada uno lo que es suyo, no reivindica lo ajeno, descuida la propia utilidad, para guardar la común equidad”. La justicia es la “madre fecunda de las demás virtudes”. Agrega SANTO TOMÁS que a la justicia, virtud principal, se le unen otras accesorias como la misericordia, que consiste en dar a otro lo que es nuestro, por ejemplo, un acto de liberalidad.

En opinión de SANTO TOMÁS, al dar a cada uno lo suyo se establece equitativamente la proporcionalidad. Es injusto quitar lo suyo de cada cual. La proporcionalidad está determinada por la naturaleza de las cosas: a mayor posesión de bienes y cosas, mayor responsabilidad y obligación de participar a los demás de sus usos y goces, que es lo suyo de los demás. La medida racional de lo suyo de cada uno es la *dignidad de lo humano*. El hombre debe servirse de todas las cosas de la creación para realizarse personal, familiar y socialmente. Todo ello hace a su naturaleza. El medio para proporcionar tal dignidad entre todos los hombres es la justicia. Lo que se les quita o

razón” actúan demagógicamente, “ellos socavan los cimientos del Estado: primero la concordia, que no puede haber cuando quitan a unos lo bien ganado para regalárselo a los inútiles, y luego la equidad feneida completamente si cada uno no puede conservar lo que lícitamente le pertenece...”, “Es propio de hombre sabio y eminente quien estima preciso ocuparse de todos, y por ello es norma sabia que induce a un buen ciudadano el mantener a todos bajo una justicia igual para todos...”, “es conforme a derecho que nadie actúe de modo tal que obtenga ventajas de la ignorancia ajena”.

niega atenta contra la razón y contra la justicia. La práctica de la justicia iguala a los hombres en los rangos más elevados y reivindica su dignidad como criaturas de Dios.

Para el doctor Angélico, la justicia *distributiva* es lo que la sociedad debe a cada uno de sus integrantes. La justicia *comutativa*, lo que los individuos se deben entre sí. La justicia *legal o social*, lo que los individuos deben a la comunidad en aras del bien común.

Rodolfo STAMMLER (1856 a 1938), neokantiano, considera que hay una idea absoluta y una idea relativa de justicia. *La justicia absoluta* es regulativa del Derecho positivo sin integrarlo. El Derecho se orienta hacia la justicia absoluta, pero sin pretensión de tornarla como propia. La justicia absoluta se asemeja a la estrella polar que guía al navegante hasta conducirlo a puerto, sin que este pueda alcanzarla ni llegar hasta ella.

La justicia absoluta —argumenta STAMMLER¹⁰— solo puede darse en una comunidad perfecta, inaccesible a la naturaleza humana, integrada por hombres libres de voluntad sin límites, unidos entre sí como autofines. Cada uno aspira y realiza los mismos fines que los demás, sin que nadie sea medio para otro: todos comparten los mismos fines; por consiguiente, no hay intereses subjetivos ni contrapuestos, desvirtuándose todo litigio o contrariedad, por lo cual la autoridad es innecesaria. En esa comunidad perfecta regirían por autoimposición, libre y acordada con voluntad, principios de respeto y solidaridad. Por el primero nadie puede someterse arbitrariamente a otro y todo obligado acepta voluntariamente su obligación, siempre considerado como igual; por la solidaridad, en todo vínculo jurídico debe excluirse la arbitrariedad en el tratamiento del sujeto obligado y todo poder dispositivo que excluya a alguien, debe respetar el principio de igualdad entre el sujeto obligante y el obligado.

La justicia absoluta es irrealizable. En la realidad humana solo es posible la justicia relativa, acomodada a las valoraciones vigentes en un lugar y tiempo determinados. La justicia absoluta contiene principios inmutables; en cambio, la relativa ajusta esos principios a la cambiante valoración humana. A esta justicia relativa, STAMMLER la denomina “derecho natural de contenido variable”.

Para Stammler —nos dice LACLAU¹¹—, la palabra *justicia* admite dos acepciones principales: la primera, significa el fin de la arbitrariedad, la aplicación exacta del Derecho vigente, la seguridad. Este sentido es el que expresa Isaías, cuando profetizando una nueva era de Judá, exclama:

10 Cit. de Del Vecchio, Giorgio y Luis Recaséns Siches, ob. cit, pp. 224 y 225.

11 LACLAU, Martín, “La noción de justicia en el neokantismo”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984, pp. 40 y 41.

Hasta que sea derramado sobre nosotros espíritu de lo alto, y el desierto se troque en vergel, y el vergel sea tenido por selva, y el Derecho more en el desierto, y la justicia en el vergel. La paz será obra de la justicia; y el fruto de la justicia, el reposo y la seguridad para siempre. Mi pueblo habitará en mansión de paz, en moradas seguras, en asilo de reposo (Isaías, 32, 15-18).

En su segunda acepción, el *término justicia* implica juzgar una situación determinada, concreta, basándose en el pensamiento fundamental que haga posible una ordenación armónica: este sentido es ejemplificado por las palabras que SCHILLER pone en boca de Demetrio: "Justicia es la construcción maravillosa del Universo, donde todo sirve de soporte a cada cosa individual, y cada cosa individual sostiene a todo; donde con una cosa que cae, es la totalidad la que se desmorona".

Cossío, autor de la teoría egológica, considera a la justicia no como una virtud sino como un valor, en cuanto constituye una estimación valiosa del Derecho positivo. Como virtud, la justicia pertenece al campo de la moral. Está de acuerdo, en parte, con la idea de Platón, que considera a la justicia como armonizante y totalizadora, y con Aristóteles en cuanto a la nota de alteralidad, con la cual la justicia es social.

Según Cossío, los valores jurídicos integran un plexo axiológico jerárquicamente ascendente: *orden, seguridad, poder, paz, cooperación y solidaridad*, siendo la justicia el valor central y los demás periféricos. La justicia es el valor supremo que encabeza el plexo axiológico, porque cualquiera de los valores precedentes están subsumidos por la justicia¹². Inspirado en el existencialismo de Heidegger, sostiene que la *libertad* no es un valor sino la esencia de la vida humana plenaria y que los principios de razón suficiente son *la existencia, la esencia, y la verdad*. La justicia como existencia es libertad, como esencia es creación y como verdad es igualdad.

La existencia del hombre —dice Cossío— se caracteriza y justifica por ser biológicamente y por ser “un ser libre” dotado de facultades que le permiten valorar, preferir, elegir y decidir su vida plenaria. La justicia tiene su razón de ser en la libertad humana; sin libertad no hay justicia y, sin esta, es imposible la libertad. Como esencia es creación. Como verdad es igualdad.

En conclusión, para Cossío, la justicia es “creación de igualaciones de libertad”, por lo cual, discrepando con Santo Tomás, dice que la fórmula de “dar a cada uno lo suyo” aparece como no verdadera, porque implica dar más a los que más tienen y

¹² Cossío, *Radiografía de la teoría egológica del derecho, con una introducción a la fenomenología egológica*, Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 68. “Por ejemplo: la *cooperación* es justicia; es alguna justicia, una forma de justicia. La *paz* también es justicia, como es justicia la *solidaridad* o el *orden*. Y la prelación evidente de la justicia está dada por el hecho, por lo demás lógico, de que el opuesto de estas afirmaciones es un absurdo: no se puede afirmar que la justicia sea *solamente cooperación*; o solamente *paz* o *solidaridad* u *orden*. La justicia está integrada por todo el plexo axiológico, y cada valor parcelario está contenido en la justicia”.

menos a los que tienen menos. En cambio, crear igualaciones de libertad significa dar más a los que tienen menos y menos a los que tienen más.

Para RECASÉNS SICHES, la justicia es un valor jurídico supremo o de alto rango; es el valor fundamental y primero. La justicia es un principio de igualdad proporcional en las relaciones de cambio y en la distribución de los bienes (es lo que se ha expresado: “dar a cada uno lo suyo”); pero promover igualdad entre lo que se da y lo que se recibe, o proporcionalidad en la distribución de ventajas y de cargas, implica la necesidad de poseer criterios de medida de las realidades que deben ser igualadas o armonizadas. Se puede estar de acuerdo en que se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pero, a la vez, se puede discrepar sobre cuáles son las pautas para apreciar las igualdades y las desigualdades. La justicia, como regla de igualdad o proporcionalidad, es una mera idea formal; necesita de unos criterios que den respuesta a su exigencia de igualdad y proporcionalidad.

La justicia exige que, en un contrato de prestaciones recíprocas de cambio, uno reciba algo que equivalga a lo que entrega. Para mesurar una cosa en relación con otra se hace necesario una unidad de medida para homogenizar la estimación de cosas heterogéneas. ¿Cuál ha de ser este criterio? Esto es lo que importa saber. Podría ser el valor económico. Pero ¿en qué consiste el valor económico? ¿Es el criterio de utilidad?; pero la utilidad no es algo en sí misma, sino que algo es útil para algo y para alguien. ¿Es el de evaluación por el volumen de trabajo inserto en el bien?; en ese caso surge el problema de determinar si habría que computar el trabajo realmente acumulado o el que teóricamente haría falta para producirlo; si se deberían tener en cuenta las condiciones de seguridad, etc. El problema crucial de la estimativa jurídica “no consiste en definir el valor formal de justicia, sino en averiguar la jerarquía de los valores, según la cual se debe establecer la equivalencia y la proporcionalidad en las relaciones interhumanas y en las relaciones entre la persona individual y el Estado”.

Esos valores concretos, que deben ser tomados en cuenta para la elaboración del Derecho justo, pueden ser éticos, intelectuales, técnicos, económicos, utilitarios, estéticos, etc., de entre los cuales sobresale el valor de la dignidad de la persona humana. RECASÉNS SICHES completa esta referencia a los valores concretos, con la mención de cinco postulados universales de justicia inspiradores de un Derecho justo: 1) verdad. La justicia exige que las afirmaciones sobre los bienes, los hechos, las relaciones y las declaraciones de voluntad sean objetivamente verdaderas; 2) generalidad del sistema de valores que sean aplicables; 3) tratar como igual lo que es igual bajo un sistema de valores aceptado: es injusto discriminar entre casos iguales; 4) ninguna restricción de la libertad, más allá de los requerimientos del orden de valores aceptados; 5) respeto a las necesidades de la naturaleza: es injusto imponer sanciones por el incumplimiento de algo que pertenece a la imposibilidad física, mental o social.

Alf Ross¹³ comienza su exposición sobre la justicia recordando que en la filosofía del Derecho natural la justicia reside en nuestra conciencia. La justicia es el principio más elevado del Derecho como opuesto a la moral. Está reflejada con mayor o menor claridad o desfiguración en las leyes positivas y es la medida de su corrección.

En la filosofía más antigua —nos recuerda Ross— la justicia es la virtud suprema, omnicomprendible, sin distinción entre el Derecho y la moral. Justicia es el amor al bien o a Dios. En este sentido el sermón de la montaña: “Bienaventurados los hambrientos y sedientos de justicia; porque de ella serán colmados”. La justicia es igualdad en la distribución o reparto de las ventajas y cargas. Este concepto fue formulado por los pitagóricos en el siglo IV a. C., quienes representaron a la justicia con el número cuadrado, en el que lo igual está unido a lo igual. Las ventajas o cargas a cuya distribución se alude pueden ser salarios, impuestos, propiedad, castigo, derechos, deberes, etc.

La igualdad absoluta —dice Ross— (a cada uno lo mismo) no puede entenderse por justicia. Las diferencias reales (mujeres, hombres, niños, adultos, personas honestas, delincuentes, etc.) impiden que todo el mundo ocupe una posición jurídica idéntica. Excepcionalmente la justicia es igualdad absoluta.

Tal es el caso cuando a veces se interpreta a la muerte como el destino igual que a todos nos alcanza sin atender a diferencias mundanas. De algún modo, esa idea inspira los cuadros medievales de la muerte, en los que esta aparece bailando con hombres de toda clase, con el emperador y el papa, con burgueses y mendigos.

Es justo que se hagan distinciones en cuanto a las circunstancias condicionantes que impiden que todos tengan el mismo *status* jurídico. La igualdad es relativa; demanda que nadie en forma arbitraria o sin razón sea sometido a trato diferente del que se da a cualquier otra persona. Justicia relativa significa que los iguales sean tratados de la misma manera, lo cual implica que debe haber algún criterio para determinar qué ha de ser considerado como igual. La justicia incluye, además de la idea de igualdad, una pauta de evaluación de los criterios para que todos los miembros de cierta clase sean tratados con igualdad. Ross toma los siguientes ejemplos de Perelman:

A cada uno según su mérito. El criterio de igualdad es el mérito moral de una persona; la justicia exige una relación proporcional entre el mérito y el destino que a uno le espera, en este mundo o en el otro.

A cada uno según su contribución. Este criterio es seguido por el socialismo marxista. La pauta de evaluación es la contribución que cada persona hace a la economía

13 Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 261 y ss.

social. En la sociedad liberal es usado para justificar la retribución sobre la base de la cantidad de trabajo realizado. Es invocada por las mujeres que reclaman retribución igual a la de los hombres por el mismo trabajo. El criterio que determina la clase que reclama tratamiento igual es la cantidad de trabajo cumplido.

A cada uno según sus necesidades. Esta es la fórmula de justicia de la sociedad comunista. Cada uno debe contribuir de acuerdo con su capacidad y recibir de acuerdo con sus necesidades. El criterio relevante no es el *quantum* de la contribución, sino la necesidad. El enfermo o débil debe recibir lo que necesita, sin tener en cuenta si su contribución es pequeña o no presta ninguna.

A cada cual según su capacidad. Este es un criterio de justicia de distribución de cargas. Su aplicación típica es la determinación de los impuestos a los réditos mediante reglas sobre ingresos mínimos exentos de impuesto, escalas progresivas, deducciones por hijos, etc.

A cada uno según su rango y condición. Es un principio aristocrático de justicia; ha sido invocado para justificar las distinciones de clase social por raza, color, credo, idioma, caracteres étnicos, *status* social, etc. Formulaciones de este tipo se encuentran en las teorías orgánicas o totalitarias de gobierno, desde PLATÓN hasta nuestros días, que subrayan la desigualdad natural entre los hombres y la construcción orgánica o jerárquica de la comunidad en un número de clases cada una de las cuales con su función particular dentro del todo.

Ross explica que los elementos contenidos en las fórmulas de justicia son dos: 1) la exigencia formal de igualdad, y 2) el criterio material para la determinación de la clase a la que se aplica la norma de igualdad.

La exigencia formal de igualdad no excluye las diferenciaciones en clases de las personas, hechas conforme a criterios relevantes. Estos están contenidos en una regla general que imputa cierta conducta a circunstancias descritas con la ayuda de conceptos o características que definen a determinada clase de personas (o situaciones) a las cuales deberá darse un cierto trato. El trato igual a todos los que pertenecen a esta clase es consecuencia necesaria de la correcta aplicación de la regla. Como resultado de esto, la justicia está en oposición a la arbitrariedad del sujeto que toma una decisión determinada por sus emociones y actitudes subjetivas.

Decir que la decisión de un juez es “justa” o “injusta”, significa que ha sido hecha en conformidad con la regla o sistema de reglas vigentes. Pero decir que una regla general o un ordenamiento jurídico es “justo” o “injusto” carece de significado. La justicia —según Ross— no es guía para el legislador, porque es imposible derivar de la idea formal de igualdad ningún tipo de exigencia relativa al contenido de la regla o del orden. Una persona que sostiene que cierta regla o conjunto de reglas —por ejemplo, un sistema impositivo— es injusto, no indica ninguna cualidad discernible

en las reglas. No da ninguna razón para su actitud; simplemente se limita a darle una expresión emocional. Dicha persona dice: "Estoy en contra de esta regla porque es injusta". Lo que debiera decir es: "Esta regla es injusta porque estoy en contra de ella".

Invocar la justicia —opina Ross— es como dar un golpe sobre la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto. Las palabras del que invoca la justicia constituyen persuasión, no argumento. La ideología de la justicia conduce a la intolerancia y al conflicto; es una actitud militante de tipo biológico-emocional, a la cual uno mismo se incita para la defensa ciega e implacable de ciertos intereses. Puesto que la idea formal de igualdad o justicia como estrella polar de orientación político-social carece de significado, es posible abogar por cualquier tipo de postulado material en nombre de la justicia. Esto explica por qué, por ejemplo, todas las guerras y conflictos sociales han sido librados en nombre de la exaltada idea de justicia. Es muy fácil creer en las ilusiones que excitan la emoción estimulando las glándulas suprarrenales.

Por tanto, para Ross, la justicia no es un *a priori*, porque una idea pura de igualdad carece de contenido. La fórmula con que los juristas romanos expresaron el Derecho natural o justicia fue *suum cuique tribuere, neminem laedere, honeste vivere*. Ella ha sido repetida como la quinta esencia de la sabiduría, pero es un puro engaño que alcanza la apariencia de algo obvio porque no dice nada en absoluto¹⁴.

Ross dice que una de las fórmulas más famosas del principio supremo del Derecho es la de Kant: "Un comportamiento es lícito si la libertad para realizarlo es compatible con la libertad de todas las otras personas bajo una regla general". Esta fórmula expresa que la exigencia de igualdad es idéntica a la exigencia de una regla general. Pero si no hay otra manera de saber cuál debe ser el contenido de la regla general, este criterio carece de significado. La Constitución turca del 10 de enero de 1945, sección 68, incluye una regla de contenido similar a la de Kant:

Todo turco nace y vive libre. Goza de libertad para hacer todo aquello que no perjudique a los demás. El derecho natural del individuo a la libertad está limitado por las libertades de que gozan sus conciudadanos. Estos límites están definidos exclusivamente por la ley.

14 "Dar a cada uno lo suyo. ¿Quién va a discutirlo? La única dificultad es que esta fórmula presupone que yo sé qué es lo que se debe a cada persona como 'lo suyo'. La fórmula carece así de significado, puesto que presupone la posición jurídica para la cual debiera servir de fundamento [...] No dañar a otro. ¿Qué es dañar? No es posible que quiera decir actuar de tal manera que perjudique los intereses o frustre los deseos de otro. En este sentido el acreedor daña al deudor al exigirle el pago de su crédito, un comerciante daña a otro cuando le hace competencia, y la comunidad daña al delincuente al castigarlo. No, el significado solamente puede ser que no debo interferir *ilícitamente* en los intereses de otro, o que no debo violar sus derechos, y aquí, también, el razonamiento es claramente circular [...] "Vivir honestamente" [...] Aquí "honestamente" solo puede querer decir, como es obvio, que la conducta debe conformarse a la letra y al espíritu de la ley" (Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., pp. 268 y 269).

La absoluta vacuidad de tal fórmula, asegurada además por la última frase del precepto, es precisamente lo que la hace adecuada en alto grado para servir fines ideológicos.

En el criterio de Ross, la justicia es la aplicación correcta de una norma como cosa opuesta a la arbitrariedad. La justicia no puede ser una pauta jurídico-política o un criterio último para juzgar una norma. La declaración de que una norma es injusta no contiene ninguna característica real, ninguna referencia a algún criterio, ninguna argumentación. La ideología de la justicia no tiene cabida en un examen racional del valor de las normas. La regularidad objetiva, como cosa opuesta a la arbitrariedad subjetiva, es vivida como un valor en sí misma. Esta idea se expresa en la vieja máxima inglesa de que la comunidad debe estar basada sobre el gobierno de la ley, no sobre el de los hombres¹⁵. Una decisión judicial es justa cuando la aplicación de la ley se hace en forma típica, normal; cuando cabe dentro de los principios de interpretación o valoración que son corrientes en la práctica. Es injusta cuando emana de la individualidad o subjetividad de un juez particular en contra de lo que es típico en los jueces en conjunto.

189. La justicia como virtud

La justicia como virtud consiste en el hábito o voluntad firme, constante, perpetua y libre del ser humano de reconocer y otorgar el derecho de los demás. Persona justa es la que realiza el bien que le impone la virtud de la justicia. El acto virtuoso es por esencia libremente determinado y, por tanto, voluntario. La persona virtuosa realiza perpetua y constantemente actos justos.

El iusfilósofo parisense VILLEY¹⁶, quien se apoya en la clasificación aristotélica de la justicia, precisa que la justicia general o legal o “virtud completa” —definida por la suma de virtudes o por la conformidad con la ley moral— está instalada en el mundo moral, mientras que la justicia particular —integrada por la justicia distributiva y por la conmutativa— pertenece al mundo jurídico. Los moralistas se ocupan de la justicia general y los juristas de la justicia particular.

La justicia no puede ser contemplada solamente desde el punto de vista de la persona que realiza actos justos, sino también desde la perspectiva de sus alcances

15 “El juez no debe ser como el rey homérico que recibía su *themistes* directamente de *Zeus*, o como el cadi oriental que extrae su decisión de una sabiduría esotérica. La idea de la supremacía del derecho nos hace reaccionar contra la tendencia de los listados totalitarios a autorizar al juez, a decidir, dejando a un lado todas las reglas establecidas, según la ‘sana conciencia jurídica del pueblo’ o ‘los intereses del proletariado’. Vemos en esto una negación de la idea misma del derecho”.

16 VILLEY, Miguel, *Compendio de filosofía del derecho*, t. I., Pamplona: Eunsa, 1979.

sociales. CICERÓN¹⁷ dijo que “la justicia es un hábito del alma, observado en el interés común, que da a cada cual su dignidad”. Si la justicia consiste en dar a cada cual lo que le corresponde, entonces ella, a diferencia de las demás virtudes, solo comprende las relaciones interindividuales. Por consiguiente, ella pretende, tanto el perfeccionamiento individual como el bien social, lo cual la convierte en una virtud universal o general.

La justicia como virtud es superior al Derecho; abarca otras virtudes conexas: la *religión*, que da a Dios el culto debido; la *piedad*, que tributa a los padres y a la patria los homenajes merecidos; el *respeto* mediante el cual se honra a las personas dignas; la *gratitud* o reconocimiento por los beneficios recibidos; la *veracidad*, que impide el engaño y la hipocresía; la *liberalidad*, que permite auxiliar a los demás y dar de sí en beneficio ajeno; la *afabilidad*, que torna agradable la convivencia y se inspira en el amor al prójimo y en el respeto que le debemos¹⁸. Si bien es cierto que el Derecho no concede acción para exigir el cumplimiento de los deberes que se derivan de estas virtudes, tampoco se opone a la realización de tales deberes, denominados “deberes morales”.

El ser humano religioso, piadoso, respetuoso, grato, veraz, liberal, afable, que da perpetua y constantemente a los demás lo que les corresponde —culto, piedad, respeto, gratitud, franqueza, ayuda, gentileza— es una persona justa. Pero mientras que estas virtudes tienen como término el propio sujeto que las realiza, la justicia tiene un sentido social, se dirige hacia otra persona. De ahí que ella se caracterice por la alteridad, la reciprocidad y el intercambio.

190. La justicia como ordenamiento jurídico

La justicia como virtud es contemplada desde el punto de vista del sujeto que la práctica; se trata de una justicia subjetiva. Pero lo que interesa más al Derecho es el punto de vista objetivo de ella, esto es, la contemplación del acto justo en sí mismo, prescindiendo de la persona que lo realiza, porque el Derecho no se crea para promover la virtud entre los seres humanos, sino para asegurar la justicia en las relaciones sociales.

Un acto humano es justo objetivamente cuando su realización no depende en forma exclusiva de la voluntad del agente, sino también cuando es conforme con el ordenamiento jurídico. El acto está regulado por normas jurídicas que imponen la solución justa con independencia de la intención del agente. El acto es justo porque cumple el derecho.

17 Cicerón, *obras escogidas*, Buenos Aires: El Ateneo, 1951.

18 MOUCHET Carlos y Ricardo ZORRAQUÍN, *Introducción al derecho*, 12.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrón, 1996, p. 50.

La justicia objetiva se identifica con el Derecho que la realiza, obligando a dar a cada uno lo que le corresponde, conforme a las pautas de evaluación que él contiene, y de acuerdo con las cuales se determina la categoría o clase cuyos miembros deben ser tratados con igualdad. Son, pues, las normas jurídicas las que establecen la obligación de dar a cada uno lo suyo.

Y en esto consiste precisamente la justicia: en dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde por derecho. Así, es preciso dar las cosas a su dueño, los impuestos al Estado, la pena al delinquente, la obediencia a los padres, los premios a quienes los merecen, etcétera¹⁹.

El Derecho es el medio necesario para alcanzar la justicia a que toda sociedad aspira.

El acto justo subjetivamente depende solo de la voluntad individual; es un acto de virtud. En cambio, el acto justo objetivamente surge de una relación entre dos o más sujetos; no es individual sino social, en el cual lo que importa es que se debe dar a cada uno lo que conforme a Derecho le corresponde (un bien, un servicio, una abstención), aparte o libre de la intención del que cumple el deber, esto es, ya lo haga por su propia voluntad o ya compelido por la coerción jurídica.

Opina REALE²⁰ que a la comprensión subjetiva no se la puede separar de la objetiva, porque, como advertía PLATÓN, “no puede haber justicia sin hombres justos”. REALE recuerda la enseñanza de Husserl, según la cual la subjetividad humana es la fuente que da sentido a la realidad, es la fuerza primordial que convierte en humano todo aquello hacia lo cual se vuelve su intencionalidad.

De lo dicho se deduce —agrega REALE— cómo y por qué los aspectos subjetivo y objetivo de la justicia son complementarios y envuelven en su dialéctica al hombre y al orden justo que él instaura, porque este orden no es más que una proyección constante de la persona humana, valor-fuente de todos los valores en el proceso dialógico de la historia.

No compartimos en su totalidad la aseveración de REALE, porque la justicia subjetiva (justicia como virtud) y la objetiva (justicia como Derecho) pueden coincidir total o parcialmente o pueden ser opuestas. Por ejemplo, si un juez dicta una resolución por la cual le da la razón a quien le corresponde, porque así lo dicta su conciencia y así está dispuesto por el Derecho, entonces se realiza la justicia tanto en su aspecto subjetivo como objetivo. En cambio, un juez que conforme a una coima o a la recomendación de un tercero o por temor a ciertos grupos de presión, dicta

19 MOUCHET y ZORRAQUÍN, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 62.

20 REALE, Miguel, *Introducción al derecho*, 6.^a ed., Madrid: Pirámide, 1984, pp. 282 y 283.

una sentencia en que da la razón a quien realmente la tiene, para el Derecho, realiza un acto justo, porque aplica en forma correcta la norma, más para la moral ejecuta un acto injusto, pues no es virtuoso ni procura la perfección individual. Esta es una decisión justa en sentido objetivo, pero injusta en sentido subjetivo. Es conforme a Derecho, pero inmoral.

Es cierto que todo orden establecido es proyección del ser humano, valor-fuente de todos los valores, pero no es verdad que todo acto de justicia provenga de un hombre justo. La experiencia jurídica nos dice que no es así, porque jueces venales, símbolos de la inmoralidad, pueden expedir sentencias justas, y así lo hacen, cuando sienten que está próxima la hora de ser sancionados por sus fechorías. También gobernantes que son expresión de la pura fuerza bruta pueden establecer órdenes justos cuando se ven rebasados por la opinión pública, o para librarse de las sanciones de organismos internacionales, o para lavarse la cara para una reelección.

La justicia objetiva es la aplicación correcta de una norma como cosa opuesta a la arbitrariedad. El acto justo está regulado en normas jurídicas predeterminadas que contienen las condiciones, pautas o medidas para que se imponga la solución justa, con independencia de nuestra intención y voluntad. La justicia, en este sentido, se identifica con el ordenamiento jurídico que obliga a que los iguales sean tratados de la misma manera.

El Derecho obliga a realizar actos justos con prescindencia de la intención del agente. Esto indica que hay una conexión entre el Derecho y la idea de justicia. Es necesario que haya una norma como fundamento de una decisión justa. La decisión debe ser la aplicación correcta de una norma. Calificar a una decisión de injusta significa que es contraria al Derecho.

El Derecho es un orden social, a diferencia de los fenómenos morales individuales. Como dice Ross²¹, sin un mínimo de racionalidad (predictibilidad, regularidad) sería imposible hablar de un orden jurídico. Esto presupone que es posible interpretar las acciones humanas como un todo coherente de significados y motivaciones y predecirlas. En esta medida la idea de justicia —en el sentido de racionalidad o regularidad objetiva o formal— puede calificarse de “constitutiva” del concepto del Derecho.

Por su regularidad objetiva, las normas se muestran como valoraciones formalizadas de la tradición cultural. Pero la regla jurídica formalizada nunca expresa en forma exhaustiva todas las circunstancias relevantes para determinar las categorías de personas a las que debe aplicarse la regla de igualdad. De ahí que el Derecho esté determinado, en aspectos formales, por un conflicto dialéctico entre dos tendencias

21 Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., p. 273.

opuestas: de un lado, la tendencia hacia la justicia formal, y de otro, la tendencia hacia la equidad concreta²².

191. La justicia como ideal

La justicia no es solamente el ordenamiento positivo vigente, sino también el ideal que el Derecho aspira realizar.

El ser humano tiene un sentimiento innato de justicia inspirador del comportamiento de las personas y del ordenamiento jurídico.

El Derecho no es solo el producto de la experiencia social, sino que primariamente se presenta como una intuición emocional denominada “sentimiento de lo justo”, que consiste —expresa AFTALIÓN²³— “en la intuición emocional de un valor absoluto que, frente a las interferencias de conducta, reclama un tratamiento igual para situaciones iguales (a cada uno lo suyo)”.

Como el ordenamiento jurídico no siempre coincide con la realidad social, puede ser valorado de acuerdo con un ideal de justicia alcanzable por medio de la inteligencia y de la razón. Ese ideal, que anida en la conciencia de cada persona (gobernantes, magistrados, juristas, políticos, etc.), al final se traduce en la opinión pública que aspira y presiona por el perfeccionamiento de las normas que regulan el comportamiento.

La justicia, como ideal, nunca puede ser alcanzada en su totalidad, pero, como estrella polar inasequible, es siempre orientadora del anhelo constante de perfeccionamiento del Derecho. El ideal de justicia no es el mismo en todas las personas, en todo tiempo y en todo lugar. La esclavitud fue un derecho justo para los romanos, pero ya no lo es más; hasta hace poco era justo el derecho que establecía la superioridad del hombre sobre la mujer; ahora ya no lo es; la poligamia es justa en el Derecho musulmán e injusta en el Derecho occidental. Si el contenido de los ordenamientos jurídicos —expresa RECASÉNS SICHES²⁴— varía en los distintos lugares y a través del tiempo, resulta que habrá diversos ideales jurídicos y, por consiguiente, distintos derechos igualmente justos; y así, a cada situación histórica corresponderá un especial ideal jurídico, es decir, un esquema propio de Derecho justo: aquel que resulta de ordenar, según el criterio formal de la idea de justicia, la concreta realidad de que se trate.

Lo ideal es que el Derecho realice cada vez más la justicia para que pueda afirmar la dignidad y libertad de todos. Sostener que él es apenas un producto de la cultura o de la experiencia social, significa estancarlo, convertirlo en un dato de la naturaleza;

22 Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., p. 274.

23 AFTALIÓN, Enrique; Fernando GARCÍA OLANO y José VILANOVA, *Introducción al derecho*, p. 159.

24 RECASÉNS SICHES, “La interpretación del derecho”, t. xvi, Buenos Aires: Omeba, 1961, p. 490.

es admitir como Derecho a un orden establecido por la pura fuerza bruta. Quitarle a él su sentido de idealidad es quitarle al ser humano su calidad de ente valorativo, lo cual implica despojarlo de su dignidad y libertad. Precisamente, a la luz del ideal de justicia se confrontan intereses contrapuestos y se logra un equilibrio para optar por los más dignos de protección, esto es, por los de mayor valor.

192. La justicia y los otros valores jurídicos

La justicia, como ideal orientador del Derecho, es un valor jurídico: el valor supremo de la justicia. No es un valor individual sino un valor social. Es valor fundante de todos los demás valores jurídicos.

Para RECASÉNS SICHES²⁵ la justicia es un valor, pero también

[U]n criterio formal que determina que al dar y al tomar, al prestar y al recibir, en el tráfico jurídico, se guardan fielmente las estructuras de rango que objetivamente se dan entre los valores que vienen en cuestión para el Derecho.

Sin llegar a establecer una escala jerárquica de valores, RECASÉNS indica los temas que debe desarrollar la estimativa jurídica: 1) señalar los valores que siempre y necesariamente deben inspirar a todo ordenamiento jurídico, por ejemplo, la idea de dignidad moral del individuo, libertad personal, igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades; 2) indagar cuáles son los valores que en determinadas situaciones pueden o deben orientar el ordenamiento jurídico, v. gr., valores científicos para una ley de sanidad, pedagógicos para un reglamento de escuela, económicos para la regulación de la producción y del cambio, etc.; 3) determinar los valores que no deben ser transcritos en las normas jurídicas, por ejemplo, los valores de sanidad y otros religiosos; 4) determinar las leyes de la relación, combinación e interferencia de las valoraciones que confluyen en cada tipo de situaciones sociales.

En el plexo axiológico del Derecho propuesto por la teoría egológica de Cossío hay seis valores positivos puros más sus correspondientes disvalores: 1) valoración de la coexistencia como mundo: la *seguridad* (valor de autonomía), la *inseguridad* y su disvalor correspondiente; el *orden* (valor de heteronomía), ofrece dos disvalores: uno por falta de orden que deviene así en *desorden*, y otro por hipertrofia, esto es, disvalor intrínseco al valor por exceso de ese mismo valor: *ritualismo*; 2) valoración de la coexistencia por persona: *paz* (valor de autonomía) y su disvalor por degradación: la *discordia*; el *poder* (valor de heteronomía) y sus disvalores: por degradación,

25 RECASÉNS SICHES, "La interpretación del derecho", art. cit., p. 669 y ss.

la *impotencia* y por hipertrofia, la *opresión*; 3) valoración de la coexistencia como sociedad: *solidaridad* (valor de autonomía) y su disvalor por degradación, la *extranjería*; *cooperación* y su disvalor por degradación, la *minoración* y por hipertrofia, la *masificación*. La justicia es el valor que encabeza este plexo axiológico. Los valores precedentes están subsumidos en la justicia como valor supremo. La solidaridad es justicia; es alguna justicia, una forma de justicia. La seguridad, el orden, la paz, el poder, la cooperación también son justicia.

A cada valor (valor positivo) corresponde, como opuesto, un disvalor (valor negativo). A la justicia, la injusticia; al orden, el desorden; a la seguridad, la inseguridad; a la cooperación, el aislamiento; a la solidaridad, la anarquía; a la paz, la discordia. Si no hay justicia, hay injusticia; si no hay orden, hay desorden; y así sucesivamente. Ante los siete valores positivos (justicia, paz, poder, seguridad, orden, cooperación y solidaridad) surgen siete valores negativos (injusticia, discordia, anarquía, desorden, inseguridad, aislamiento, extranjería). Pero también hay valores negativos por exceso. Tal es el caso de la masificación, el ritualismo y la opresión. Ellos surgen cuando median, respectivamente, excesos de cooperación, de orden y de poder²⁶.

Como explica Cossío, todo valor jurídico es un valor de alteridad o bilateralidad. Estos valores son de autonomía cuando su sentido lo asume la persona que desarrolla la conducta valiosa o disvaliosa, y por nadie más, o son de heteronomía cuando su sentido lo asume toda la comunidad²⁷.

Para Miguel REALE²⁸, toda norma jurídica propende a un *valor*. La pluralidad de valores es consustancial a la experiencia jurídica. Utilidad, tranquilidad, comodidad, salud, intimidad y otros infinitos valores fundamentan las normas jurídicas. Estas, a su vez, presuponen otros valores como el de la *libertad* (sin el cual no habría posibilidad de optar entre ellos, ni de adecuar una valoración *in concreto*), y los de igualdad, de orden y de seguridad (sin los cuales la libertad se convertiría en arbitrariedad). La justicia no se identifica con estos valores, porque ella es la *condición primera de todos ellos, la condición trascendental de su posibilidad como actualización histórica*. La justicia vale para que todos los valores valgan. Ella no es una realidad acabada. La dialéctica de la justicia está signada por esta intencionalidad constante de búsqueda de la composición armónica de los valores. Cada época tiene su propia imagen de la justicia. En un primer momento se la vio como una cualidad subjetiva: *iustitia este constans ac perpetua voluntas unicuique suum tribuendi*. Más tarde pasó a ser contemplada en *forma objetiva* como realización del orden social justo.

26 CUETO RÚA, Julio C., "La justicia en la teoría egológica", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984, p. 139.

27 COSSÍO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959, p. 68.

28 REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 282.

Queda dicho que los valores jurídicos son infinitos y están encabezados por el valor supremo que es la justicia, en la cual ellos se subsumen y encuentran su fundamento. La justicia, valor de los valores, es mutable, por lo cual pueden existir distintos derechos asimismo justos. Ninguna sociedad posee toda la justicia, ni ningún acto humano puede agotar todas las manifestaciones de esta. La sociedad humana procura constantemente establecer un orden social histórico justo de acuerdo con la escala de valores existentes, pero nunca alcanzará a producir un orden perfecto.

193. Clases de justicia

La justicia, considerada en su sentido subjetivo como virtud, o como ordenamiento positivo vigente, o como ideal, propende siempre a dar a cada uno lo que le corresponde y reviste varias formas.

La *justicia general*²⁹ desea el bien de la sociedad entera. El acto justo consiste en darle a esta lo que le corresponde (por ejemplo, el pago de impuestos). Orienta la actividad gubernativa hacia el bien común. Es omnicomprendensiva, sin distinción entre el Derecho y la moral; es como virtud que abraza a todas las demás virtudes. Es la expresión del bien absoluto. Es lo que los individuos deben a la sociedad en pro del bien común.

SANTO TOMÁS³⁰ dice: así como la caridad puede ser llamada virtud general, en cuanto ordena los actos de todas las virtudes hacia el bien divino, así también puede serlo la justicia legal, en cuanto ordena los actos de todas las virtudes hacia el bien común.

La *justicia particular* es la que delimita y armoniza los intereses individuales en la vida social de la comunidad. Regula las relaciones de los individuos entre sí y las de la sociedad con ellos. Procura el bien de los individuos, sin perjuicio de lograr el bien común. Su exigencia deriva de la necesidad de mantener el orden social. La justicia particular puede ser comutativa o distributiva.

La *justicia comutativa* (llamada también “compensatoria”, “correctiva”, “equiparadora”, “diorética”, o “sinalagmática”) tiene por objeto que exista igualdad entre

29 “Se denomina así a aquella por la cual los miembros de la comunidad dan a la misma lo que como tal le corresponde por suyo. Es general porque comprende todas las especies y manifestaciones del género legal porque es suma, causa formal de toda justicia, en cuanto por ella se ordenan al bien común los actos de las demás virtudes, y en cuanto por ella se obra según la ley. Hoy día se denomina *social* porque tiene a la sociedad por sujeto acreedor del derecho que satisface. Por ella la parte se ordena al todo, para llegar al bien común según los principios de igualdad” (ARAMBURÚ, Mariano, *Filosofía del derecho*, Nueva York: Instituto de las Españas en los Estados Unidos, 1924, p. 307).

30 *Suma teleológica*, cita de CASAUBÓN, Juan A., “La justicia en el pensamiento neotomista”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984, p. 114.

lo debido y lo que se da; actúa allí donde hay dos magnitudes enfrentadas: mercancía-precio, prestación-contraprestación, culpabilidad-pena, daño-indemnización, agresión-defensa, incumplimiento de contrato-disolución anticipada³¹.

No es subjetiva, sino objetiva; la igualdad de compensación no tiene en cuenta la calidad de las personas, salvo excepciones (por ejemplo, un contrato celebrado en consideración a la calidad personal de alguien), sino que se establece entre objetos: entre lo que se da y lo que se recibe, entre el daño y la indemnización, entre la agresión y la defensa, etc.

La justicia distributiva obra allí donde varios, por lo menos dos, reciben de un tercero ventajas o la imposición de cargas (subvenciones, impuestos). Es la debida por la comunidad a sus miembros. Consiste en la repartición proporcional de las cargas y bienes de la comunidad entre sus miembros, según los méritos, necesidades y posibilidades de cada uno. Propende a que personas iguales sean tratadas como iguales, dando o recibiendo cada una lo mismo que reciben sus iguales. La justicia distributiva debe estar auxiliada por otros tres valores fundamentales: bien común, seguridad jurídica y orden público.

La justicia conmutativa corresponde sobre todo al campo del Derecho privado, mientras que el Derecho público se inspira principalmente en la *justicia general* y en la *justicia distributiva*. En la *justicia conmutativa* las relaciones son de coordinación, y en la *general* y en la *distributiva* las relaciones son de *supra* o subordinación (Estado y particulares, patronos y trabajadores, padres e hijos, etc.). En la *justicia conmutativa* predomina la libertad de las personas, y en la *distributiva* se reconoce la prelación del orden. Siempre se debe intentar que haya equilibrio entre la libertad de los particulares y el interés general.

La justicia social se propone realizar acciones que beneficien a las clases más necesitadas y una mejor distribución de la riqueza que produce un país para asegurar mejores condiciones de vida. No se trata de una nueva clase de justicia, por cuanto no hay justicia que no sea social, toda justicia es social, sino que se habla de justicia social para que favorezca e incida en sus destinatarios que son las clases desvalidas y menesterosas; pero no es una nueva especie de justicia distinta de la conmutativa y de la distributiva; solo que si es conmutativa, ha de orientarse a la protección de la parte débil de la relación, por ejemplo, a que se paguen salarios justos a los trabajadores, pues es injusto que algunas empresas amasen inmensas fortunas pagando sueldos inhumanos a sus trabajadores. Si es distributiva, serán las clases más necesitadas las que se beneficien con el reparto de bienes comunes en forma de asistencia y con este fin se impongan mayores obligaciones a las clases sociales más pudientes, pero sin incurrir en excesos

31 ADOMEIT, Klaus, *Introducción a la teoría del derecho*, traducción del alemán por Enrique Bacigalupo, Madrid: Civitas, 1984, p. 194.

que desemboquen en injusticia, a fin de restablecer el equilibrio. SANTO TOMÁS recuerda estas palabras de SAN AMBROSIO: “De los hambrientos es el pan que tú retienes; de los desnudos la ropa que guardas; y redención y liberación de los desgraciados, el dinero que atesoras”.

La justicia compulsiva tiene dos manifestaciones: 1) *justicia compensatoria*, la cual es la justicia del Derecho privado como reacción frente al hecho dañoso; y 2) *justicia punitiva*, que es la justicia del Derecho público, especialmente del derecho penal, como defensa de la colectividad ante el delito.

La justicia judicial es la justicia del caso concreto y lo propiamente del acto de justicia. La justicia judicial existe cuando el juez tiene que integrar el Derecho ante las lagunas de la ley, utilizando la analogía o los principios generales del Derecho, para encontrar una solución justa para el caso concreto.

El juez, al interpretar y aplicar las normas jurídicas, cumple el Derecho, aplicando la justicia comutativa o distributiva, o compensatoria o punitiva. Dentro de la estructura del Estado, corresponde al Poder Judicial la potestad de administrar justicia con estricta sujeción a los principios de independencia, legalidad, inmediación, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de las partes, oralidad y economía procesal.

LECTURA TRES NIÑOS Y UNA FLAUTA: UNA ILUSTRACIÓN³²

En el corazón del problema particular de una solución imparcial, única para la sociedad perfectamente justa, radica la posible sostenibilidad de las razones plurales y rivales para la justicia, que tienen todas aspiraciones a la imparcialidad y que no obstante difieren unas de otras y compiten entre sí. Permitanme ilustrar el problema con un ejemplo en el cual hay que decidir cuál de los tres niños –Anne, Bob y Carla– debe tener una flauta que ellos se disputan. Anne reclama la flauta con el fundamento de que ella es la única de los tres que sabe tocarla (los otros dos no lo niegan) y de que sería muy injusto negar el instrumento al único que realmente puede tocarlo. Si esto es todo lo que sabemos, el argumento en favor de dar la flauta al primer niño sería muy fuerte.

En un escenario alternativo, Bob toma la palabra y defiende su reclamación de la flauta con el argumento de que él es el único de los tres que es tan pobre que no tiene juguetes propios. La flauta le ofrecería algo con qué jugar (los otros dos admiten que son más ricos y están bien provistos de entretenimiento). Si solo hubiésemos escuchado a Bob, su argumento sería muy poderoso.

En otro escenario alternativo, Carla habla y señala que ha estado trabajando con diligencia durante muchos meses para elaborar la flauta con sus propias manos (los

32 SEN, *La idea de la justicia*, ob. cit., p. 44 y ss.

otros dos lo confirman), y en el momento de terminar su labor "aparecieron estos usurpadores para arrebatarme la flauta". Si la declaración de Carla es lo único que hemos escuchado, podemos inclinarnos a darle la flauta en reconocimiento de su comprensible aspiración a algo que ella misma ha fabricado.

Tras escuchar a los tres niños y sus diferentes líneas de argumentación, hay una decisión difícil que tomar. Los teóricos de diferentes persuasiones, como los utilitaristas, los igualitaristas económicos o los libertarios pragmáticos, pueden opinar cada uno por separado que existe una solución justa inequívoca que salta a la vista y que no hay dificultad alguna en avistarla. Pero casi con certeza cada uno vería una solución diferente como la obviamente correcta.

Bob, el más pobre, tendería a conseguir el respaldo indudablemente sincero del igualitarista económico comprometido a reducir las distancias entre los medios económicos de la población. Por otra parte, Carla, la constructora de la flauta, recibiría la simpatía inmediata del libertario. El utilitarista hedonista puede encarar el desafío más difícil, pero tendería a ponderar, más que el libertario o el igualitarista económico, el hecho de que el placer de Anne puede ser mayor porque ella es la única que sabe tocar la flauta (también existe el proverbio "no gastes, no deseas"). Sin embargo, el utilitarista debería reconocer también que la relativa indigencia de Bob podría hacer mucho mayor su incremento de ganancia en felicidad al conseguir la flauta. El "derecho" de Carla a recibir lo que ha construido puede no encontrar resonancia inmediata en el utilitarista, pero una reflexión utilitarista más profunda tendería sin embargo a tener en cuenta de alguna manera los requisitos de los incentivos al trabajo en la creación de una sociedad en la cual la generación de utilidad se sostiene y estimula a través de dejar que la gente conserve lo que ha producido con su propio esfuerzo.

El apoyo del libertario para dar la flauta a Carla no será condicional en la forma en que lo es para el utilitarista en cuanto al funcionamiento de los efectos de los incentivos, puesto que un libertario tomaría atenta nota del derecho del individuo a tener lo que ha producido él mismo. La idea del derecho a los frutos del trabajo propio puede unir a los libertarios de derecha y a los marxistas de izquierda, sin importar cuan incómodos puedan sentirse los uno con los otros.

Aquí, la idea general consiste en que no es fácil ignorar por infundadas las alegaciones basadas, respectivamente, en la búsqueda de la realización humana, la eliminación de la pobreza o el derecho a disfrutar del producto del trabajo propio. Las diferentes soluciones cuentan con el respaldo de argumentos serios, y puede que no seamos capaces de identificar, sin cierta arbitrariedad, ningunos de los argumentos alternativos como el que tiene que prevalecer.

También quiero llamar la atención aquí sobre el hecho obvio de que las diferencias entre los argumentos justificativos de los tres niños no representan divergencias acerca de lo que constituye una ventaja individual (cada uno de los niños considera ventajoso conseguir la flauta, y así lo alega cada uno de sus argumentos), sino acerca de los principios que deben gobernar la asignación de recursos en general. Tales principios conciernen a cómo deberían hacerse los arreglos sociales y qué instituciones sociales deberían elegirse, y por este camino, qué realizaciones sociales se producirían. No se trata simplemente de que los intereses creados de los tres niños

difieran (aunque, por supuesto, difieren), sino de que los tres argumentos apuntan a un tipo diferente de razón imparcial y no arbitraria.

Esto se aplica no solo a la disciplina de la equidad en la posición original de RAWLS, sino también a otras exigencias de imparcialidad, por ejemplo, al requisito del que habla Thomas SCANLON cuando propone que nuestros principios concuerden con "lo que los otros no podrían rechazar de manera razonable". Como hemos mencionado antes, los teóricos de diferentes persuasiones, como los utilitaristas, los igualitaristas económicos, los teóricos de los derechos laborales o los libertarios pragmáticos, pueden opinar que existe una sola solución justa detectable con facilidad, pero cada uno argumentaría en favor de respuestas distintas como obviamente correctas. Puede no existir, en efecto, ningún esquema social perfectamente justo e identificable del cual pudiere surgir un acuerdo imparcial.

SECCIÓN II.- EL VALOR LIBERTAD

"La única finalidad por la que se puede ejercer con derecho un poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es la de impedirle que perjudique a los demás".

John Stuart MILL

194. Concepto

La palabra *libertad* es densa en significados, unos manifiestos y otros ocultos; unos de aparente certeza y otros de incerteza real; unos de componentes racionales y otros de componentes emotivos. La palabra *libertad* no puede faltar en el diccionario de los juristas, por su indudable ligadura con la propia concepción del Derecho y sus manifestaciones prácticas. Es el valor central, clave e irrenunciable del Estado de Derecho democrático, por ser fuente de su legitimidad y el núcleo central de los otros valores superiores.

En sentido amplio, filosófico, la *libertad* es el estado de existencia del ser humano en el cual este puede determinarse conscientemente en cualquier sentido, sin sujeción a ninguna coacción interior o exterior. Se opone a este concepto el *determinismo causal*, por cuanto implica una necesaria limitación a la posibilidad de obrar.

El ser humano es estructuralmente libre (véase cap. I). Su libertad es el fundamento de su existencia interna y de su coexistencia social. El ser humano es la libertad, es decir, para forjar su vida, se halla en la ineludible necesidad de elegir entre el repertorio de posibilidades que se le ofrecen. El grado de libertad de elección de cada

individuo depende de sus potencialidades biológicas y sicológicas, de su grado de cultura, de las condiciones geográficas, de las limitaciones impuestas por las normas de conducta, del régimen político imperante, etc. La historia de la humanidad es una lucha por su libertad. Gobiernos autocráticos o aristocráticos distribuyen la libertad en beneficio de pequeños grupos sociales y en detrimento del resto de la sociedad. Son las democracias las que mejor nivelan las libertades individuales de todos los congéneres.

Un acto humano es libre cuando el sujeto *representa* los medios y los fines de su acción; *delibera*, es decir, juzga las motivaciones de su obrar; luego toma una *decisión* sobre la acción para realizarse y la *ejecuta*.

La libertad del ser humano puede o no estar protegida por el Derecho. Si lo está, es *jurídica* y si no lo está, es *no jurídica*.

Libertad jurídica es la que está garantizada (por medio de la coerción jurídica) contra eventuales obstáculos por parte de terceros (o del propio Estado). Es la libertad reconocida en el mismo momento en que se impone a los terceros la obligación jurídica de no impedir su ejercicio. El ámbito de lo permitido en una persona está siempre ligado al ámbito de lo obligatorio en otra persona o en todas las demás personas. Es decir, el ámbito del permiso jurídico es considerado siempre desde el punto de vista de la obligación de los demás de no impedir el ejercicio de la acción lícita. El derecho nunca permite sin mandar y prohibir a un mismo tiempo³³.

Si la libertad protegida es la garantizada contra un impedimento ajeno, la no protegida es la no garantizada contra los obstáculos de los otros. En el Estado de Derecho, caracterizado por la monopolización de la fuerza por este mismo, la libertad no protegida se da en el ámbito de aquellos casos en que el ordenamiento, por excepción, permite el uso de la fuerza privada. En estos casos cambia la relación entre el Derecho y el deber, pues se permite el uso de la fuerza privada de uno y se desprotege la libertad del otro (v. gr., el estado de necesidad).

La libertad en sí misma, como bien absoluto consistente en hacer o no hacer lo que cada uno quiere, es inalcanzable, porque está en la naturaleza del ser humano querer hasta lo imposible; por eso, jurídicamente, solo existe la libertad como un medio para lograr ciertos fines, por ejemplo, libertad de conciencia y de religión, libertad individual, libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento.

Las *Institutas* de JUSTINIANO definen la libertad como la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, excepto que se lo impida la fuerza o el Derecho (*Inst. I, 3,1*) (*naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid aut vi aut iure prohibetur*).

33 BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, traducción por Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1992, pp. 219 y 220.

De acuerdo con esta definición, en el Derecho romano la *libertad* indica una condición personal contrapuesta a la esclavitud.

Es una utopía afirmar que “la materialización total de la libertad no es otra cosa que la completa abolición de la ley [...] Ley y libertad son entre sí conceptos excluyentes”³⁴, porque no puede existir libertad sin Derecho, no sin razón WEBSTER³⁵ afirmó que “la libertad es hija del Derecho y difiere esencialmente de la licencia, fenómeno que la conculca”, y Charles EVANS HUG³⁶ dice que “libertad y Derecho forman una unidad inseparable”. Eliminar el Derecho para que el ser humano sea totalmente libre es entrar a la ley de la selva, en donde es libre apenas el más fuerte y los demás son siervos. Puede haber libertad interna sin Derecho, pero en su manifestación externa necesita ser limitada y protegida por el Derecho. MARX imaginó el comunismo como la abolición del Estado y un paso “del reinado de la necesidad al de la libertad”, pero se equivocó, porque dondequiera que triunfe el comunismo significará la supresión de la libertad.

La Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su art. 4, dice que la libertad consiste

[E]n poder hacer todo aquello que no perjudique a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de estos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la ley.

Todos tienen derecho de hacer lo que no perjudique a otro, y “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Constitución Política, arts. 2, 24, a).

Por su parte, Adam FERGUSON afirma lo siguiente:

[L]a libertad no es, como pudiera parecer teniendo en cuenta el origen del término, la total ausencia de freno, sino, por el contrario, la aplicación efectiva de adecuadas limitaciones al comportamiento de todos los miembros integrados en un Estado libre, trátese de magistrados o de meros ciudadanos.

Solo al amparo de adecuadas restricciones hárlese la persona segura y a cubierto de agresión contra su libertad, hacienda o lícito comportamiento. El establecimiento de un gobierno justo y eficaz es, entre todas las realidades de la sociedad civil, la más esencial para la libertad; porque solo cabe en justicia decir que alguien es libre si el gobierno es

³⁴ SALVIAIRE, Jean, *Autorité et liberté*, Montpellier, 1932, cita de HAYEK, Friedrich A., *Derecho, legislación y libertad*, 2.^a ed., vol. 1, traducción por Luis Reig Albiol, Madrid: Unión, 1985, p. 2.

³⁵ HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., p. 294.

³⁶ *Loc. cit.*

lo bastante fuerte como para protegerlo. Deberá, sin embargo, al propio tiempo, hallarse tan sometido a restricciones como sea oportuno para que no pueda abusar de su poder³⁷.

El problema sobre la existencia o no de una libertad absoluta no está resuelto. Para la concepción *metafísica*, la libertad es una realidad primaria, absoluta, sustancial e irreductible de la existencia humana. El ser humano es esencialmente libre. En cambio, para la teoría *sicológica*, la libertad es solo una situación fluctuante y relativa en el ser humano, ya que está condicionada a factores endógenos y exógenos de la personalidad. Por ejemplo, el niño actúa sin hacerse una representación previa de los fines de su acción, sino por impulsos insuficientemente controlados. No se puede hablar de un absoluto dominio del hombre sobre sus actos.

195. Evolución del concepto

La palabra *libertad*, o *libertad personal*, es usada en el lenguaje común con una acepción atécnica para significar la genérica escasez de vínculos y coacciones en el ejercicio de la actividad individual. En el lenguaje común no se diferencia entre la externa libertad de actuar y la interna libertad de querer. Expresiones que se encuentran en las fuentes literarias romanas, como: *Quid est enim libertas? Potestas vivendi ut velis*, o también (*libertas*) *cuius proprium est sic vivere ut velis*, se refieren al significado genérico de libertad, evocando implícitamente una suerte de estado de naturaleza —aquella naturaleza *quae omnia animalia docui*— que consiente a todos los seres animados vivir conforme a sus propios impulsos según un código innato. Esta significación de *libertad* está desprovista de relieve jurídico y no ayuda a encontrar el significado técnico de *libertad* y de su autonomía conceptual³⁸.

En el campo filosófico, el concepto de *libertad personal* ha evolucionado acorde con los condicionamientos de cada época. Negada una concepción de libertad personal en el mundo antiguo —en la *polis* griega y en la *civitas* romana se identifica libertad con la vida citadina, privando al individuo de su propia determinación—, se sostiene que solo los estoicos percibieron la emancipación del individuo del ente político, reconociéndole dignidad en el ámbito de un Derecho natural universal y con resguardo de su razón. *Razón* y *Derecho natural*, perfilaron históricamente la ideología de la libertad personal, desde la concepción cristiana y medioeval hasta la raíz de la concepción moderna que afirma la libertad versus el Estado y, en general, del hombre respecto del ordenamiento estatal.

³⁷ FERGUSON, Adam, "Principles of moral and political science", cita de HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., p. 294.

³⁸ PASTORI, Franco, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, 2.^a ed., Milán: Cisalpino-Goliardica, 1988, p. 61.

En Grecia y en Roma hay una conexión indisoluble entre la persona y la ciudad. La *libertad* se identifica con la vida en la *polis* y en la *civitas*, consideradas en sus términos éticos como lugares de la ética y de la fe religiosa, no quedando un espacio para la vida separada y propia del individuo. Se negaba a esta autonomía de comportamiento y de fe. Se entendió a la política (en el pensamiento de Platón y Aristóteles, ética y religión están comprendidas en la política) como el conocimiento concreto del hombre y de sus fines. En Roma, la *libertas* plena es sinónimo de *civitas*. La *libertas* y la *civitas* significan ambas la misma cosa. Pero contempladas cada una desde un punto de vista diferente y poniendo el acento en aspectos específicos, *libertas* significa en primer lugar el estado del individuo como tal, mientras que *civitas* significa el estado del individuo en relación con la comunidad. Solo el ciudadano romano goza de todos los derechos, personales y políticos, que constituyen la *libertas*.

Pero, como observa PASTORI³⁹, una tal concepción de la *civitas* romana como ente superior que prescinde de los individuos, los cuales están insertos mecánicamente como instrumentos de un organismo que los anula como personas, corresponde a una visión estática de la *civitas* romana que surge mágicamente, casi fuera del tiempo, por obra de un único personaje. En contra de esta concepción tradicional se acepta la crítica que demuestra que Roma surge por la agregación de autónomos grupos familiares cohesionados por *mores* comunes. Por consiguiente, Roma no es un Estado prefigurado, sino un naciente Estado que se identifica por un *ordenamiento consuetudinario*. La norma consuetudinaria surge del comportamiento libre de los asociados y de la racional aceptación de sus valores vinculantes. El Estado romano antiguo no es un ente, el *populus romanus* no es un todo único, sino solo personas entendidas como *plures*, las cuales por su propia voluntad han fijado modelos de comportamientos. El Derecho romano antiguo surge de la libertad por la costumbre, la cual garantiza la libertad a los individuos en conformidad con su elección voluntaria. El Derecho consuetudinario (Derecho positivo romano), las antiguas *mores*, no anulan, sino que exaltan a la persona, porque de esta derivan y a ella se dirigen. La *civitas* procede del ciudadano y vive de la personalidad del ciudadano. El Derecho romano identifica *libertad con Derecho positivo*.

La libertad en Roma no es una facultad o derecho innato del hombre, sino el conjunto de derechos civiles que se derivan del ordenamiento jurídico. La libertad se funda en el Derecho positivo que gobierna la conducta individual. La *libertas* envuelve la idea de *limitación*, que es inseparable de toda norma. La idea de *limitación* y de *moderación* distingue la *libertas* de la *licentia*, que se resuelve en el arbitrio: la *libertas* no atemperada por la moderación degenera en *licentia*. Por eso, la verdadera *libertas* no es genérica facultad de hacer aquello que place: el primer atributo de la libertad

39 PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, ob. cit., p. 63.

civil es la renuncia a las acciones dictadas por el egoísmo personal y, en definitiva, se puede ser libre subordinándose a la autoridad de la ley. CICERONE afirma: *legum id circo omnes serví sumus ut liberi esse possimus*. Excluida la utópica voluntad de actuar conforme a la mera licencia, los romanos entienden la acción como libre comportamiento según el modelo normativo, no limitando por tanto la libertad a la consideración de la autonomía de la voluntad, sino entendiéndola desde una perspectiva social, como deber no menos que como derecho: *derecho de pretender aquello que nos es debido y deber de respetar aquello que es debido a los demás*. La observancia de la ley significa respetar los derechos propios y los de los demás; hay una lógica compenetración de las recíprocas libertades de los individuos. Livio afirma que la libertad *suis stat viribus nec ex alieno arbitrio pendet*, o sea, que la libertad es un derecho, no una concesión tal de engendrar seguridad y confianza en sí mismo. La esencia de la libertad romana consistió en no obedecer a nadie más que a la ley.

No se puede asociar la *civitas* romana con la concepción del Estado moderno, entendido como ente, como persona jurídica. Al *populus* romano no se lo podía entender como complejo de personas, identificado, sino solo como la suma de los ciudadanos. De esto se deriva que la *cosa pública* no puede ser considerada como los bienes pertenecientes al Estado, sino que sobre estos se extendía la propiedad de todos los ciudadanos. En lugar de la propiedad del Estado emerge la idea del condominio, de una *communio pro indiviso*, por la cual el derecho de propiedad de cada individuo está limitado por el derecho de propiedad de todos los otros *cives*, que imponía un uso equilibrado, respetuoso del interés de la colectividad. Solo al afirmarse la concepción de *populus* como persona jurídica, o sea, de la moderna concepción de Estado, se superó la idea del condominio de todos los *cives* sobre la cosa pública.

Una tal participación de los ciudadanos en la gestión de la cosa pública da cuenta del amplio espacio dejado por el derecho a la libertad individual en el ejercicio de los derechos civiles y políticos, y de la exacta correspondencia entre derecho y participación social.

La propiedad romana representa el punto de partida para reconocer la libertad personal y la relación entre libertad y propiedad. Una propiedad entendida desde el ámbito del egoísmo individual puede generar desigualdades y conducir a limitaciones de la libertad.

La doctrina moderna vincula la extensión de la propiedad, en particular la proyección vertical de la propiedad, a la propiedad romana, cuya característica “individualista”, se dice, postulaba la ilimitada extensión expresada en la máxima *usque ad sidera et usque ad inferos*. Pero se advierte que en Roma no existió una concepción unitaria general y abstracta de propiedad, sino que se reconocieron varias figuras de ella, cada una con características específicas. Si queremos referirnos a la designación más común de la propiedad, contenida en la expresión *res mea est*, resulta claro que

los romanos con esta expresión designaban el carácter individual de la propiedad, pero solo desde la perspectiva del derecho subjetivo, que expresa el ámbito de la autonomía del titular ante los demás, dejando imprejuzgado la cuestión de los límites. Pero el Derecho romano no ignoraba las figuras de la propiedad colectiva y de la pública. También se delineó una concepción de la propiedad —que por lo demás no fue la prevalente— por la cual ella se identifica con el goce, no diferenciándose así cualitativamente de los otros derechos reales. El Derecho moderno también limita la propiedad a la figura paradigmática de la propiedad romana, representada por el *dominium ex iure Quiritium*, pero, según el esquema que asume en la elaboración jurisprudencial, se nota una siempre mayor acentuación de los límites entre el interés público y el privado, límites que conciernen aun a la expansión vertical del Derecho⁴⁰.

De las fuentes romanas emerge la concepción de la propiedad como derecho absoluto, o sea, que se puede hacer valer contra todos, de donde se deriva la consideración de la propiedad como derecho ilimitado. Cosa distinta es aclarar que la propiedad romana tiene un contenido indeterminado —con esta premisa se debe entender la proyección vertical—, en el sentido de su indefinida capacidad de expansión, y cuyos límites no vienen a caracterizar el derecho.

Respecto a los límites de la propiedad romana, los glosadores repensaron la institución libre de nominalismos formales y de modo adecuado a las exigencias de la práctica. Basta pensar en la concepción del *dominio útil*, que aglutina a la propiedad y a los demás derechos reales en la perspectiva del goce, equiparando al *dominus* la posición de otros sujetos que utilizaban la cosa, contribuyendo así a hacer de la propiedad un instrumento válido para favorecer la iniciativa e incentivar el trabajo. Pero el Derecho moderno no recogió la experiencia de los glosadores, sino que se orienta en el iluminismo liberal que inspiró los códigos del 800. La concepción de una propiedad libre de cargas y de límites, entendida como una suerte de proyección en el campo patrimonial de la libertad personal, desciende de la ideología humanística, la cual constituye su fundamento. Ejemplo elocuente de esta tendencia es la falta de disciplina de la enfiteusis y de la superficie en el código francés.

En definitiva, si se quiere encontrar la raíz de una concepción individualista de la propiedad con una extensión vertical ilimitada como lo quiere la interpretación literal de la máxima *usque ad sidera et usque ad inferas*, no se debe recurrir a la tradición romana, ni a la compilación justiniana desarrollada por obra de los glosadores, sino a la teoría iluminista y liberal del siglo XIX. Esta teoría, situando en el mismo ámbito libertad personal y propiedad, amplió el contenido del derecho de propiedad a tal punto de hacer dudosa su tradicional correspondencia con el interés privado y social,

40 *Ibid.*, pp. 66 y 67.

premisa de una real existencia de la libertad de todos, que contrasta con la concepción de propiedad excesivamente individual.

En el campo del Derecho privado, el tema de la libertad penetra en todo el sistema jurídico romano. Basta pensar, por ejemplo, en la libertad contractual, en la exaltación de la autonomía privada. Ulpiano (D. 40, 7, 9, 2) coloca la *libertas* entre los valores no patrimoniales: *libertas pecunia lui non potest nec reparar i potest*.

Para el Derecho romano la libertad es connatural al Derecho. El hombre debe resolver los problemas relativos a la satisfacción sus necesidades, valiéndose de las instituciones jurídicas. El Derecho, por la circunstancia misma de tutelar al individuo, fija límites a sus acciones. Esto es necesario, porque es el único medio que, superando intereses individuales egoístas, permite a la comunidad expresar sus propias exigencias globales y los valores sostenidos de su cultura. No se puede considerar a las instituciones jurídicas como organizaciones de violencia o represión, porque la represión es un hecho inmanente a la vida política. El problema para una sociedad moderna es solo el de juzgar la tolerabilidad de las instituciones jurídicas, refiriéndolas al soporte de su cultura y de sus necesidades: la dirección opuesta seguida por la sociedad permisiva crea solo la *ilusión de la libertad*, pero que en verdad son comportamientos condicionados y, como tales, serviles. La adecuación entre la cultura y las instituciones permite recuperar de los valores históricos y la superación de la disociación entre el concepto abstracto de libertad y la concreta libertad que se expresa en el Derecho y que es premisa de la igualdad social. Si en cualquier momento las instituciones jurídicas, no diversamente de los valores que ellas tutelan, entran en crisis, en realidad esta va referida a particulares formas extrínsecas del Derecho positivo, no al Derecho en general; y a su función histórica de fundamento de la vida civil y libre⁴¹.

AL RESPECTO, SOUTHERN⁴² indica lo siguiente:

[E]l odio a cuanto no dependía de la norma sino de la voluntad adquirió gran importancia en la Edad Media [...] Cuanto más se aproximaba el ciudadano a la libertad, en mayor medida podía ampararse en el Derecho y menos sujeto se encontraba a la voluntad [...] El Derecho no era el enemigo de la libertad. La libertad fue, por el contrario, fruto de la asombrosa variedad de leyes que poco a poco fueron surgiendo durante este periodo [...] A cualquier nivel, el ciudadano se acercaba a la libertad acrecentando el número de normas a las que estaba sujeto [...] Solo cuando la libertad quedó articulada al quedar adscrita a los estados de caballero, burgués o noble, pudo ser observada, analizada y medida [...] La libertad es creación del Derecho y el Derecho es la razón en acción. Es la razón la que asigna su condición al ser humano. La tiranía, sea del rey Juan o del Demonio, es consecuencia de la carencia de ley.

41 Ibid., p. 69.

42 SOUTHERN, R. W., *The Making of the Middle Ages*, New Haven: Yale University Press, 1953, cita de HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., pp. 293 y 294.

Pero se debe advertir que, al mismo tiempo, la libertad es un antecedente necesario del Derecho. Ella, conjuntamente con otros valores, forma parte del contenido del Derecho, lo cual permite afirmar que no hay libertad sin Derecho. Este es consecuencia de ella.

La filosofía cristiana hizo prevalecer la predestinación divina sobre la libre determinación del ser humano. En la escolástica se manifiestan dos corrientes: la *intelectualista*, que centra en la inteligencia toda la fundamentación de la libertad (Santo Tomás) y el *voluntarismo*, que centra el fundamento de la libertad en la esfera volitiva y rechaza los motivos intelectuales sobre la libre volición (Juan Duns Escoto)⁴³.

El racionalismo consideró que la libertad solo puede darse en el plano de la razón. Para Benito SPINOZA (*Tractatus theologico-politicus*, 1670; *Ethica*, 1677) la libertad es como una potencia casi absoluta del intelecto. El Estado domina a los ciudadanos porque es más fuerte que ellos. Pero él no puede imponer límites a la conciencia, al pensamiento, no por imposibilidad jurídica o racional, sino por imposibilidad material, porque el pensamiento es, por su propia naturaleza, incoercible, por lo cual hay libertad, por la imposibilidad de violarla.

KANT aplica a la existencia humana los conceptos de *noumenos* (ser en sí) y *fenómeno* (el hecho sensorialmente perceptible). Hay determinismo en el campo *fenoménico* y libertad en el *nouménico*. Expresa KANT que la voluntad libre es aquella a la cual “la simple forma legislativa de las máximas puede servir de ley”, y esto es “lo único que puede constituir un motivo determinante de la voluntad libre”, “libertad y ley práctica incondicionada se corresponden, pues, la una con la otra” (*Crítica de la razón práctica*).

Para ORTEGA Y GASSET la libertad es un sistema de posibilidades del ser. El ser humano está obligado a elegir una de estas posibilidades: “Vivir es sentirse fatalmente forzado a ejercitar la libertad, a decidir lo que vamos a ser en este mundo”⁴⁴.

Según Jean Paul SARTRE, la libertad constituye el carácter único y esencial del hombre. El hombre es la libertad, porque la existencia no tiene una esencia, una naturaleza fija ni determinada. El hombre será lo que habrá proyectado ser. Él es libertad y lucidez absoluta; es existencia pura. Puesto que es conciencia y libertad, está llamado a desaparecer. “La libertad es el ser del hombre, es decir, su nada de ser” (“el ser y la nada”). SARTRE asume así una posición antihumanista, contraria a la actitud religiosa y al pensamiento racionalista. Para Sartre, existencialista ateo, aceptar la existencia de

43 SMITH, Juan Carlos, “Libertad”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. xviii, Buenos Aires: Driskill, 1982, p. 425.

44 ORTEGA Y GASSET, José, *La rebelión de las masas. Obras completas*, vol. iv, Madrid: Alianza y Revista de Occidente, 1946-1947, p. 171.

Dios significa que la libertad no existe. Para el existencialismo, el hombre no puede ser libre si existen valores absolutos o un orden universal.

Admitimos que el ser humano es libertad. Pero él no es solamente individuo sino también sociedad. La libertad, por consiguiente, no es solo individual sino también social. En ese sentido, COITERRELL⁴⁵ explica lo siguiente:

[L]a racionalidad weberiana y su posible uso por los darwinistas sociales y los economistas del estilo de Friedrich HAYEK, para quienes la libertad es la consecución de propósitos individuales, núcleo ideológico del neoliberalismo, olvidando que la libertad no se consolida por sí misma, sino en relación con los demás. La libertad del hombre solo carece de sentido. Hay libertad cuando hay otro hombre y, en este caso, la libertad se conjuga con la relación social. Ahí se halla la realidad de la legalidad y no en una abstracción que nada dice al ejercicio humano.

GARCÍA MÁYNEZ (*Introducción al estudio del derecho*, 1940-1941; *Axiomática jurídica*, 1945) ha construido un concepto original sobre la libertad jurídica. Dice que es insuficiente la definición tradicional que considera a la libertad como facultad de hacer u omitir aquello que no está ordenado ni prohibido. Para este autor, la libertad no es una facultad dotada de vida propia, sino un derecho de segundo grado que consiste en la posibilidad de optar a su arbitrio entre el ejercicio o no ejercicio de sus derechos subjetivos. La libertad no se relaciona directamente con los derechos, sino con su ejercicio o no ejercicio. Es derecho subjetivo de primer grado, por ejemplo, el que tiene el acreedor de cobrar, y derecho de segundo grado o de libertad es la facultad de optar entre exigir o no la efectividad de un derecho de primer grado, v. gr., de optar entre exigir el pago o no.

Para Luis RECASÉNS SICHES (*Estudios de filosofía del derecho*), la objetividad de los valores es intravital, porque ellos, lo mismo que todo lo demás, se da en nuestra vida. La cuestión de si el hombre tiene o no tiene libre albedrío está mal planteada, pues el albedrío no es cosa ni potencia que se tenga o no se tenga o se pueda tener en mayor o menor grado. El hombre ni tiene ni deja de tener albedrío. Sencillamente, el hombre es albedrío, pues se halla en la ineludible necesidad de tener que decidir entre el repertorio limitado y concreto de posibilidades que se le ofrecen, repertorio que en cada individuo y en cada caso es distinto en número y calidad, pues depende de la potencialidad biológica y síquica, de la educación, del medio ambiente, del marco físico, etc.; el sujeto de más pobres condiciones tiene que tejer su propia vida, eligiendo entre las posibilidades que le depara el contorno. El albedrío no se tiene ni se deja de tener, porque no es cosa ni energía, sino la situación ontológica del *yo*, como expresión de la estructura esencial de la vida humana.

Para Carlos Cossío (*La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 1944), la libertad es la misma vida humana viviente y plenaria. La libertad metafísica es la única libertad verdadera y auténtica, y puede fenomenalizarse por medio de los distintos modos de conducta que se dan en el mundo cultural y que se manifiesta como técnica, política, religión, moral, Derecho, etc. El Derecho es conducta o libertad metafísica fenomenalizada y conocida mediante normas jurídicas. Estas son conceptualización de la libertad.

Como advierte BOBBIO⁴⁶, libertad y poder son dos términos interrelacionados, pues cuanto más se extiende el poder de uno de los sujetos, más se restringe la libertad de los otros, y viceversa. Las luchas pasadas por la afirmación, el reconocimiento y la protección de nuevos derechos, siempre nacieron para conquistar espacios de libertad contra las más altas formas de poder constituido, la Iglesia y los Estados, las grandes concentraciones de poder económico y financiero. El conflicto político por excelencia es aquél entre el poder de unos y la libertad de otros. Desde la primera declaración de los derechos de los Estados americanos y la de la Revolución francesa hasta las cartas de los derechos en las constituciones contemporáneas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, el propósito principal de los primeros artículos siempre es el de permitir a los sujetos apropiarse o reapropiarse de nuevos espacios de libertad con respecto a los poderes constituidos.

196. Dimensiones que presenta la libertad

Se distinguen varias dimensiones o fases de la idea única de libertad:

- a) *Libertad ontológica* (llamada también *sicológica, inicial o de elección*). El ser humano es estructuralmente libre y como tal tiene conciencia de que él es libertad. Esta le otorga dignidad al ser humano. Porque es libre puede acatar o violar las normas de cualquier clase que sean; y porque es libre responde tanto por sus buenas como por sus malas acciones. Esta libertad es la que le permite trazarse proyectos de vida que le den sentido a esta y reafirman su identidad personal. Porque es ontológicamente libre puede elegir entre las varias opciones que se le presenta en la vida.
- b) *Libertad moral*. Tiene su origen en la moral personal y constituye la meta por alcanzar con la libertad ontológica. Es la dimensión moral de la libertad.

La tendencia a dar al Derecho contenidos morales es característica de la teoría iluminista, respondiendo a la manera de la época, al concepto vigente de libertad moral. El propósito de llenar la norma de realidad, se concretaba en el

⁴⁶ FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José (comp.), *Norberto Bobbio: el filósofo y la política. Antología*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 510.

intento de depositar la libertad en la norma; pero sin que perdiera por eso su carácter⁴⁷.

- c) *Libertad jurídica.* Supone la falta de impedimentos establecidos por el ordenamiento jurídico y que sean, por tanto, susceptibles de ser sancionados heterónomamente.
- d) *Libertad social.* Denominada también *política o jurídica*, configura la dimensión social, jurídica y política de la libertad. Esta dimensión de ella permite que la libertad ontológica se ejerza dentro de los límites fijados por el Derecho y que culmine en la libertad moral. En otras palabras, supone la inexistencia de impedimentos de carácter social establecidos en los usos sociales.

Esta libertad hace de puente entre la libertad ontológica y la libertad moral; por eso se la considera como una libertad instrumental que hace posible construir en la vida social la libertad moral de cada ser humano⁴⁸ y posibilitando a la vez el pleno ejercicio de la libertad ontológica.

- e) *Libertad-autonomía.* Es el ejercicio de ella sin interferencia de otros.
- f) *Libertad-participación.* Es el ejercicio de ella por medio de la participación en el ejercicio del poder público.
- g) *Libertad-prestación.* Es el ejercicio de ella en cuanto al derecho de crédito que los ciudadanos tienen frente al Estado, el cual está obligado a hacer lo necesario para facilitar el ejercicio de la libertad.
- h) *Libertad democrática.* Consiste en hacer lo que se quiere y hacer lo que se debe para que sea posible la libertad moral desde el ejercicio de la libertad sicológica. Es la libertad social que conecta la libertad inicial y la libertad moral.
- i) *Libertad interna.* Estriba en las profundidades de la vida síquica de la persona que la vive, y, por tanto, es desconocida por los demás, quienes no pueden limitarla. Es la libertad de conciencia, de creencia, de pensamiento.
- j) *Libertad externa.* Esta es la misma libertad interior pero exteriorizada, objetivada, y como tal conocida por los demás, quienes pueden limitarla cuando el ordenamiento jurídico lo permite (por ejemplo, la aplicación de una pena privativa de la libertad).
- k) *Libertad civil.* Está dada por el conjunto de derechos que todo individuo puede ejercer sin violar los derechos de los demás o la seguridad social.
- l) *Libertad política.* Es la facultad que tienen los ciudadanos de participar en el gobierno de un país. No es otra que la libertad-participación.

47 SOLER, Sebastián, *Ley, historia y libertad*, Buenos Aires: Losada, 1943, p. 211.

48 PECES-BARBA, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos, 1984.

- m) *Libertad positiva.* Llamada también libertad de *decisión* o de *autodeterminación* o de *acción*, se refiere a la autonomía de la voluntad privada que permite a las personas decidir sus propios actos y que cada persona establezca para sí misma las normas de comportamiento que considere más adecuadas⁴⁹.
- n) *Libertad negativa.* Denominada también libertad de *elección*, es la que dota a las personas de un margen de maniobra tal que permite su actuación sin impedimentos externos.
- o) *Libertad práctica.* Supone la inexistencia de impedimentos de carácter económico, cultural o técnico para llevar a cabo determinada acción.

SECCIÓN III.- OTROS VALORES

197. El valor igualdad

La libertad envuelve también al problema de la igualdad como derecho fundamental que sitúa a todos los asociados en una posición de paridad ante la ley. No se puede hablar de igualdad sin libertad ni de libertad sin igualdad; los dos valores son inseparables en un Estado democrático de Derecho. En el mundo contemporáneo no es admisible ni un liberalismo radical en el cual no tiene cabida la igualdad, ni un socialismo que ahogue a la libertad con la igualdad.

FERNÁNDEZ⁵⁰ advierte que la doctrina distingue entre igualdad en el trato dado por la ley o *igualdad en la ley* que consiste en el límite puesto al ejercicio del poder legislativo e *igualdad en la aplicación de la ley*; según esto, un mismo órgano no puede modificar a su arbitrio el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales. La *igualdad en la ley* impide que el legislador y el poder reglamentario puedan configurar los supuestos de la norma de manera que se dé trato distinto a personas que están en la misma situación. La *igualdad en la aplicación de la ley*: “obliga a que esta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma”.

49 SANTAMARÍA clasifica a la libertad, desde la perspectiva de los poderes públicos, en *libertad como abstención* y *libertad como prestación*. La primera obliga a los poderes públicos a no obstaculizar el ejercicio de la libertad por los ciudadanos, “y, por tanto, a permitir el desarrollo de todos los potenciales proyectos vitales diseñados por estos”. La libertad como prestación es el derecho subjetivo de los ciudadanos ejercitable ante la inactividad de los poderes públicos; permite a los ciudadanos crear primero y garantizar después las condiciones necesarias para que el ejercicio de la libertad sea posible en la práctica (SANTAMARÍA IBEAS, Javier J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Burgos, 1997, p. 221).

50 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson, 1992, p. 204.

La dignidad del ser humano, idéntica en todos los casos y consustancial con su existencia, exige que toda persona tenga igualdad de tratamiento en igualdad de circunstancias. Por ejemplo, todos los obreros de igual categoría tienen los mismos derechos y deberes. El abandono del principio de igualdad de trato ante la ley abre el camino a la arbitrariedad.

El ser humano nace igual en dignidad, formando parte de una sociedad que le debe ofrecer los mismos derechos de los que gozan los demás y con las mismas limitaciones para todos. Pero, así como es igual en dignidad en cualquier lugar y en cualquier tiempo, también tiene características individuales, físicas y espirituales, propias y diferenciadas que hacen que, a la vez, cada individuo sea único, intransferible e irrepetible; por ello la igualdad no puede ser absoluta, porque si así fuera, existiría un derecho absoluto inmutable en todo tiempo y lugar. Los seres humanos son iguales en algunos aspectos y desiguales en otros; por eso, jurídicamente, se habla de igualdad ante la ley en iguales circunstancias y no de igualdad a secas.

Todas las personas y casos que se encuadren en la previsión normativa deben ser tratados por igual. Esto es, la norma es idéntica para todos los que están en la idéntica situación prevista en el supuesto de hecho normativo, por eso, constitucionalmente, se ha establecido que toda persona tiene derecho “a la igualdad ante la ley”, sin que nadie pueda “ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole” (Constitución Política, art. 2.2). No se pueden crear excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se acuerda a otros en igualdad de circunstancias, mediante distinciones arbitrarias, odiosas e injustas contra ciertas personas o categorías de personas, porque ello constituiría una agresión a la personalidad moral del individuo, que debe ser tratado en igual forma por el ordenamiento jurídico en todos los casos.

Como expresa BEA⁵¹, el valor igualdad tiene dos dimensiones sucesivas en la historia: la formal y la material. La primera es la igualdad en libertad de que el Derecho positivo recoge en diferentes tipos de exigencias: a) adscripción, sin excepción, de todas las personas como sujetos de derecho (*igualdad como generalidad*); b) tratamiento igualitario de situaciones desiguales, basadas en condiciones personales irrelevantes (*igualdad como equiparación*); c) trato diferenciado de situaciones desiguales en aspectos relevantes jurídicamente (*igualdad como diferenciación*); d) identidad de trato procesal para todos (*igualdad procesal*). La igualdad formal supone una conquista del liberalismo frente al absolutismo.

La igualdad formal se volvió insuficiente por la escasez de bienes, la incultura, la presencia de grandes sectores marginados, el desarrollo tecnológico, entre otras

51 BEA, Emilia y MARTÍNEZ DE VALLEJO, Blanca, “Justicia y valores jurídicos”, en DE LUTAS, Javier *et. al.*, *Introducción a la teoría del derecho*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p. 350.

causas. Surge así la necesidad de establecer la igualdad material, pero sin que exista acuerdo sobre los criterios que deben utilizarse para su realización: a cada cual, según sus necesidades, o según sus méritos o capacidades, o conforme a una igualdad de acceso o de oportunidades. Las consecuencias de la aplicación de uno u otro criterio son distintas. Parece que el criterio más adecuado es el de la igual satisfacción de las necesidades básicas de todos como, a saber: la educación, la salud, la seguridad social, la justicia, el trabajo y la vivienda, para lo cual corresponde al Estado social democrático hacer una adecuada distribución de sus recursos, a fin de crear este plano de paridad inicial que sirva de punto de partida de todos los habitantes.

Se debe proporcionar a todos —dice HAYEK⁵²—, en pacífica convivencia, el mayor número posible de oportunidades de éxito; es imprescindible aplicar a todo ciudadano idénticas normas generales, libre de las posibles diferencias personales. Un gobierno digno de tal nombre solo resulta concebible en la medida que proceda a ajustar su comportamiento al concepto básico establecido por la tradicional filosofía liberal, según el cual, todo ser humano debe ser considerado igual ante la ley, por muy diferentes que entre sí sean los diversos ciudadanos; que, si el gobierno impone o prohíbe a alguien algún tipo de comportamiento, los restantes ciudadanos queden igualmente afectados. Rico o pobre, nadie debe poder exigir del gobierno otra aportación que protección contra la injerencia ajena, venga esta de donde viniere (dejando aparte ese mínimo vital que garantice la subsistencia de quienes se hallen en un estado de miseria total). Aludir siquiera a la desigualdad que entre los diferentes individuos puede existir, y más aún, basar en ella cualquier discriminatoria intervención coercitiva, implica traicionar los principios por los cuales los hombres libres aceptan la autoridad.

La afirmación de la igualdad jurídica no implica igualdad económica y social, porque lo impiden diversas circunstancias, endógenas y exógenas, que determinan la superación de una paridad inicial.

En las sociedades primitivas la igualdad entre los hombres no existe; lo que existen son los nobles y los esclavos reducidos a bestias o cosas.

En Egipto, entre los años 3400 a 2200 a. C., la monarquía dispuso que “ante la ley todos los egipcios son iguales en derecho. No hay nobles ni esclavos”, “la familia reposa sobre la igualdad jurídica de los cónyuges”, pero pronto el absolutismo de la monarquía determinó que la población se dividiera en nobles y en vasallos que dependieran de sus dueños a título perpetuo⁵³.

52 HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., p. 242.

53 SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Las instituciones políticas en la historia universal*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1958, p. 35.

En Mesopotamia, su capital Babilonia, se desarrolló el imperio caldeo, surgió, bajo el reinado de Hamurabi (2000 a. C.), un cuerpo de leyes que lleva su nombre, que organiza la sociedad en tres clases: los hombres libres, los semilibres y los esclavos.

En la India, en el siglo XIII a. C., aparece la ley de *Manú*, que creó el principio igualitario acerca de los impuestos.

En Grecia, TUCÍDIDES hizo decir a Péneles, en su discurso en homenaje a los atenienses muertos en la guerra del Peloponeso, lo siguiente:

Nuestro régimen político es la democracia y se llama así porque busca la utilidad del mayor número y no la ventaja de algunos. Todos somos iguales ante la ley, y cuando la república otorga honores lo hace para recompensar virtudes y no para consagrar el privilegio. Todos somos llamados a exponer nuestras opiniones sobre los asuntos públicos.

El Estado, concebido por Sócrates, se funda en la igualdad y la justicia. Aristóteles dice que la igualdad caracteriza a la democracia.

En Roma, POLIBIO se pregunta: ¿por qué han tenido mayor importancia los aqueos que los árcades o los locrenses, sino por esa Constitución basada en la igualdad de los ciudadanos y en el bienestar común? CICERÓN (*De Repùblica*) dijo: “La igualdad establecida como soberana del número es la mayor de las desigualdades”.

En la doctrina cristiana, SAN AGUSTÍN (*Ciudad de Dios*) afirma que los hombres son iguales y libres por naturaleza.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 20 de junio de 1776 (Declaración de Derechos de Virginia), en su artículo primero dispone que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes. En la declaración de la Independencia de Estados Unidos del 4 de julio de 1776 se dispone que todos los hombres nacen iguales. La Constitución americana consagra el principio de la igualdad ante la ley. La Asamblea Constituyente francesa de 1789, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dice: “Artículo 1.a. Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden estar fundadas en la utilidad común”.

198. El orden

El fin del Derecho es establecer un orden en la vida social, pero no un orden social cualquiera sino un orden social justo. El orden es la realidad del Derecho y la justicia es el ideal de este; sin orden no hay justicia posible, y sin justicia el orden no

es otra cosa que la fuerza bruta. El orden no se concibe ni puede existir sin la justicia, porque él es un valor jurídico-social fundamental básico para el desarrollo individual y social, e implica la conformidad de las conductas con el ordenamiento jurídico, con los valores que este consagra y con los medios que cada sociedad proporciona para el logro de esos fines.

El disvalor es el desorden, la desorganización social, o sea, el caos; el individuo se aparta, o bien de los valores que el Derecho institucionaliza, o de los medios para obtenerlos. Sin orden no hay justicia ni paz ni seguridad ni igualdad jurídica.

En términos generales, afirma STEBBING⁵⁴:

[S]e denomina orden a un estado de cosas en el cual una multitud de elementos de diversa especie se relacionan entre sí de tal modo que el conocimiento de una parte espacial o temporal del conjunto permite formular, acerca del resto, expectativas adecuadas o que, por lo menos, gocen de una elevada probabilidad de resultar ciertas.

COMTE elaboró su concepción sobre el orden social estableciendo una analogía entre la vida social y la vida orgánica (teoría organicista). La sociedad es un organismo colectivo en el que, como en el organismo biológico, se da una armonía en la estructura y funciones que obran mediante acciones y reacciones con el medio ambiente y entre sus diversos elementos para la consecución de un objetivo común. El orden social se fundamenta en la distribución de funciones, producto de la especialización y división del trabajo, y en la combinación de esfuerzos realizados mediante el gobierno. La diferencia entre el organismo biológico y el social consiste en que el primero es inmutable y el social es susceptible de mejoras. Como opina EVANS-PRITCHARD: “[E]s obvio que en el ámbito del quehacer colectivo existe siempre un cierto orden, coherencia y seguridad; de otra manera, ningún ser humano hubiera logrado ejercer actividad normal alguna ni conseguiría satisfacer sus más elementales necesidades”. El análisis del orden social es básico para conceptualizar las normas jurídicas que existen y viven en la realidad social, es decir, el denominado *Derecho viviente* (Ehrlich). En toda sociedad existe algún tipo de orden⁵⁵. Ese orden puede ser deliberadamente

54 HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., p. 76.

55 EVANS-PRITCHARD afirma que “es evidente que deben existir uniformidades y regularidades en la vida social, que la sociedad ha de disponer de algún tipo de orden, pues de lo contrario sus miembros no podrían convivir. Solo porque las personas conocen la clase de comportamiento que de ellas se espera, así como la que por su parte pueden esperar de sus semejantes en los diferentes contextos reales, y solo porque son capaces de coordinar sus actividades con arreglo a determinadas normas y bajo la guía de ciertos valores, pueden todas y cada una de ellas desarrollar su actividad. Si son capaces de hacer predicciones, anticipar acontecimientos y conducir sus vidas en armonía con las de sus semejantes, ello se debe a que toda sociedad dispone de una estructura o patrón que permite aludir a ella como un sistema dentro del cual, y de acuerdo con el cual, desarrollan su existencia quienes lo integran” (HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, ob. cit., p. 291).

creado (denominado *exógeno*, *ordenación*, *estructura*, *orden artificial* u *organización*) o puede ser un orden espontáneo (llamado *autógeno* o *endógeno*). Al primero los griegos denominaron *taxis* (ejemplo, el orden en la batalla) y *kosmos*, al orden espontáneo.

El orden espontáneo no es consecuencia del designio humano, no ha sido inventado por alguna mente genial, no es el fruto de creación deliberada; es el resultado de determinados procesos evolutivos cuyos efectos nadie previó ni proyectó. No puede ser captado por nuestros sentidos, por simple inspección, sino que solo cabe descubrir su existencia por medio del intelecto. Al no ser creación intencionada no pretende determinado fin, si bien su descubrimiento puede contribuir a lograr nuestras propias aptitudes. El orden que responde a fuerzas ordenadoras espontáneas no puede ser dominado mentalmente en su totalidad ni organizado de manera deliberada en forma íntegra; el control que sobre ellos se ejerza será siempre inferior al que cabe imponer al orden deliberado⁵⁶.

El orden espontáneo es el resultado de la sumisión de sus elementos a algún esquema normativo, denominado también *regularidades*. Los miembros de la colectividad han aceptado someter sus comportamientos a esta regularidad que coadyuva al mantenimiento del orden, tal vez porque quienes así en el pasado lo hicieron obtuvieron del orden resultante mayores probabilidades de supervivencia. Las normas que rigen los órdenes espontáneos no son reglas enunciadas de manera expresa ni explícitamente conocidas por quienes a ellas se someten, sino tan solo cabe descubrir las que realmente condicionan el comportamiento individual. El hombre no es consciente de cuántas normas gobiernan su actividad, para que sea capaz de enunciarlas en forma verbal. En las sociedades humanas, que poco se distinguen de las primitivas agrupaciones de animales, la estructura social está determinada por normas de conducta cuya existencia solo se pone de manifiesto en el hecho de ser observadas. “Aunque el hombre haya siempre estado sometido a leyes, durante cientos de miles de años, estas no eran por él conocidas en el sentido de que fuera capaz de enunciarlas”, “La sociedad solo puede subsistir si por algún proceso de selección surgen normas capaces de inducir a los individuos a comportarse según esquemas compatibles con la convivencia social”.

Si bien las normas sobre las que un orden espontáneo descansa pueden haber surgido de manera espontánea, no tiene por qué darse siempre tal circunstancia. Aunque sin duda la formación de un orden espontáneo deriva siempre inicialmente del general acatamiento de un conjunto de normas que nadie ha elaborado deliberadamente, con el tiempo las gentes van aprendiendo a mejorarlas, siendo conceible incluso que determinados órdenes espontáneos puedan íntegramente descansar sobre esquemas normativos que hayan sido objeto de deliberada elaboración.

56 HAYEK, Derecho, legislación y libertad, ob. cit., p. 78 y ss.

Nada impide que un orden espontáneo se base en un conjunto de normas intencionalmente elaboradas.

El orden creado deliberadamente, en cambio, responde a determinados fines, es enunciado en forma verbal, su existencia es percibida intuitivamente por simple percepción, está al servicio de algún propósito propiciado por su creador, es un orden impuesto.

Como advierte HAYEK:

[E]n el tipo de sociedad que nos es más familiar, solo algunas de las normas vigentes, las de carácter jurídico (y no todas ellas), son resultado de previa intencionalidad, siendo la mayor parte de las relacionadas con la moral y las costumbres de carácter meramente espontáneo.

En efecto, las normas jurídicas reguladoras de conducta social, en su mayoría, no son inventadas por el legislador, sino que constituyen la enunciación de normas que de manera espontánea surgen en la sociedad por medio de usos y costumbres; en cambio, las normas de organización, en su mayoría sí son inventadas por su creador.

Las normas jurídicas, ya tengan un origen espontáneo o provengan de la invención de su creador, tienen como fin organizar la vida colectiva. El Derecho establece esquemas de convivencia humana para que esta se desarrolle ordenadamente. Con ese propósito estructura y reglamenta las instituciones, reconoce los derechos y deberes de cada persona, así como de la sociedad misma y del Estado, fija la forma de resolver los conflictos que son infaltables en toda sociedad, e institucionaliza el ejercicio de la violencia que monopoliza el Estado.

El ser humano libre y creativo es fuente generadora de desorden, y para no terminar con la libertad del individuo, va a originar un nuevo orden más rico o más pobre en el cual se integran los nuevos elementos de la creatividad libre. La libertad crea el desorden y establece el nuevo orden; así es como camina la dinámica social:

[D]e ahí que la vida humana sea siempre una dialéctica del orden y del desorden que se exigen mutuamente; y es esta interacción la que produce los avances de la humanidad. El desorden multiplica, diferencia, desarticula; el orden unifica, homogeniza, articula⁵⁷.

En la tensión entre orden y libertad hay que compatibilizar el orden con la libertad, intentando un término medio de aceptación general. No es aceptable un orden que limite abusivamente la libertad de los individuos, eliminando así a la iniciativa privada, base del desarrollo, ni una libertad sin límites que conduzca a la anarquía,

57 DE TRAZEGNIAS GRANDA, Fernando, *Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial*, Lima: Ara, 1996, p. 14.

al caos. Ambos extremos son injustos, y por ello al Derecho ataña la difícil tarea de conciliar y satisfacer ambos tipos de necesidades: el orden y la libertad.

199. La seguridad jurídica

Consiste en la garantía que el Derecho proporciona a los asociados respecto de la conservación y respeto de sus derechos, y que si estos fueran violados le serán restablecidos o reparados. El estado debe brindar seguridad jurídica a todas las personas que se encuentran en su territorio y la sociedad debe colaborar a la consolidación de la seguridad.

La seguridad jurídica es un principio consustancial al Estado Constitucional de Derecho, implícitamente reconocido en la constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la carta fundamental que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada, respecto de la cual será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad dentro de los cauces del Derecho.

No se trata —como afirma MILLAS⁵⁸— de la seguridad metafísica del místico, ni de la seguridad moral del optimista, ni de la seguridad sicológica del hombre equilibrado, ni de la seguridad material del hombre de fortuna, sino simplemente de la seguridad del hombre, que seguro o no en su situación metafísica y económica, sabe que ha de contar con normas exigibles en su trato con los demás.

RADBRUCH⁵⁹ dice que se entiende por seguridad jurídica, no la seguridad por medio del Derecho, la seguridad que este nos confiere al garantizar nuestra vida, nuestros bienes, etc., sino la seguridad del Derecho mismo que reclama la vigencia del Derecho positivo estatuido sobre la base de los hechos (y no a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto) establecidos con el menor margen posible de error, teniendo que aceptar, a veces, su tosquedad, por ejemplo, cuando se suplen los hechos verdaderamente buscados por ciertos síntomas exteriores, v. gr., cuando se supedita la capacidad de obrar, no al grado de madurez interior del individuo, sino a un cierto límite de edad, que la ley fija, por igual, para todos. Además, el Derecho positivo, si se quiere garantizar la seguridad jurídica, no debe estar expuesto a cambios demasiado frecuentes.

La seguridad jurídica proporciona a los ciudadanos la posibilidad de conocimiento anticipado de las consecuencias jurídicas de sus actos (*seguridad subjetiva*), es decir, la “seguridad jurídica es tanto como saber a qué atenerse o, como dicen los tratadistas

58 MILLAS JIMÉNEZ, Jorge, *Filosofía del derecho*, Santiago de Chile: Publilex, 1970, p. 223.

59 RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción por Wenceslao Roces, 2.^a ed., 1.^a reimpr., Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 40.

ingleses, *legal security means protection of confidence*⁶⁰. Además, ella implica la existencia de un ordenamiento jurídico que garantiza un estado de organización social, y ofrece un específico grado de previsibilidad en la realización de los restantes valores superiores (*seguridad objetiva*). La seguridad subjetiva y objetiva están vinculadas como un solo todo, puesto que las personas pueden conocer anticipadamente las consecuencias de sus actos sobre la base de la existencia de un ordenamiento jurídico concreto.

BENTHAM⁶¹ manifiesta que gracias a la seguridad podemos prever el futuro y, por tanto, tomar nuestras disposiciones para él; es la base sobre la que descansan todos los planes, todo trabajo y todo ahorro; hace que la vida no sea simplemente una sucesión de instantes, sino una continuidad, y que la vida del individuo entre como un eslabón en la cadena de las generaciones; es la característica distintiva de la civilización, la cual distingue entre hombre culto y el salvaje, entre la paz y la guerra, el hombre y la bestia.

La seguridad jurídica es el valor de situación de la persona como sujeto activo o pasivo de relaciones sociales, que *conociendo* o pudiendo conocer cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene la *confianza* de que ellas serán efectivamente cumplidas. Como expresa RECASÉNS SICHES:

[E]l hombre no solo experimenta el dolor de la inseguridad frente a la naturaleza, sino que también se plantea análogo problema respecto de los demás hombres; y siente la urgencia de saber a qué atenerse en la relación con los demás: de saber cómo se comportarán ellos con él y qué es lo que él debe hacer frente a ellos; y precisa no solo saber a qué atenerse sobre lo que debe ocurrir, sino también saber que esto ocurrirá necesariamente; esto es, precisa de certeza sobre las relaciones sociales, pero, además, de la seguridad de que la regla se cumplirá, de que estará poderosamente garantizada⁶².

El disvalor de inseguridad jurídica ocurre cuando las normas son cambiadas con demasiada frecuencia, no porque lo exige así el interés social, sino para satisfacer intereses del gobernante de turno o de las personas que conforman su entorno; cuando el poder legislativo no respeta los principios fundamentales consagrados en la Constitución; cuando la ley y los organismos estatales son utilizados para perseguir a quienes se muestran como adversarios del régimen; cuando el poder judicial es un instrumento al servicio del poder político; cuando la igualdad ante la ley es una simple declaración lírica que no tiene aplicación práctica; en fin, cuando la persona no tiene la certeza de que lo prohibido, mandado y permitido por el derecho será

60 FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, ob. cit., p. 99.

61 Citado de RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, ob. cit., p. 42.

62 RECASÉNS SICHES, Luis, *Vida humana, sociedad y derecho*, 2.^a ed., Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1945, p. 209.

cumplido⁶³. Sin seguridad jurídica no hay desarrollo social, cultural; menos puede haber desarrollo económico.

La seguridad jurídica requiere:

- a) La existencia de un ordenamiento jurídico estable y consistente. Es sinónimo de inseguridad, de intranquilidad de espíritu, un ordenamiento jurídico integrado, además de los numerosos códigos, por miles de leyes, infinidad de decretos, resoluciones, etc., entre cuyas normas hay gruesas contradicciones, redundancias, modificatorias de otras normas también modificatorias, muchas veces sin que el propio legislador sepa qué leyes está modificando o derogando, cubriendo su ignorancia con la malsonante frase: “Derógase, modifíquese o déjase en suspenso las disposiciones legales que se opongan a la presente ley”. La estabilidad y permanencia de las instituciones jurídicas es garantía de que la situación de que goza la persona no se verá alterada intempestivamente por una acción contraria a los principios que rigen la vida social.
- b) La presunción de conocimiento de la ley (*ignorantia iuris*), a fin de que nadie pueda excusarse del cumplimiento de sus obligaciones alegando ignorancia de la ley. En la actualidad hay que entender esta institución como la posibilidad en la que se encuentran todos los ciudadanos de conocer la ley, lo cual supone su carácter obligatorio.
- c) Que la norma sea aplicada a todos los casos semejantes al previsto en su supuesto de hecho, a fin de que las personas adecúen su comportamiento a lo que la norma establece, en la firme seguridad de que, si no se comportan así, serán situados en la vereda del Derecho, aún por la fuerza coercitiva del Estado.
- d) Que el legislador al dar leyes se ajuste estrictamente a los límites formales y materiales señalados por la Constitución.
- e) Que se respete el principio de la legalidad penal: *nullum crimen, nullapoena sine lege*, a fin de que todas las personas tengan la certeza de que no serán sancionadas por actos que no estén tipificados previamente en la ley como delito y si han caído en él no se les aplicará otra pena que no sea la fijada por la ley.
- f) La existencia de un poder judicial independiente y respetuoso del ordenamiento jurídico vigente, que ampare eficazmente los derechos de las personas

63 FERNÁNDEZ menciona que el Tribunal Constitucional español estima que la seguridad jurídica es “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad”, si bien no se agota en la adición de estos principios, pues de ser así no hubiera precisado de su expresa formulación constitucional. “La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad”. (STC 27/1981, del 20 de julio) (FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, ob. cit., p. 99).

y restablezca sin dilación el orden establecido que ha sido alterado. El juez que carece de independencia no es un servidor de la justicia, sino un siervo del gobernante de turno.

- g) El respeto de la cosa juzgada es una categoría básica de la seguridad jurídica. La cosa juzgada no es sino el carácter inmutable e irreversible de las sentencias judiciales definitivas, cuyos efectos se deben producir no solo en el proceso en el que han sido dictadas, sino también en procesos posteriores sobre hechos semejantes.
- El recurso de revisión contra sentencias definitivas y firmes es otorgado por la ley, apenas en determinados casos, por ejemplo, en materia penal, a fin de conjugar los valores de seguridad y justicia.
- h) El principio de la irretroactividad de la ley, por el cual esta rige solo para el futuro, no teniendo efectos retroactivos, es decir, la ley no es aplicable a los hechos consumados durante la vigencia de la ley anterior. Las situaciones producidas durante la vigencia de la ley anterior son inmodificables por la nueva, salvo en materia penal en que la nueva ley más favorable al reo es aplicable a los hechos consumados con anterioridad a su entrada en vigencia.
- i) La prescripción es un modo de adquirir la propiedad (*prescripción adquisitiva o usucapión*) o de extinguir las acciones o pretensiones ajenas (*prescripción extintiva*), por haberse poseído los bienes por el tiempo y en las condiciones establecidas por la ley o por no haberse ejercido los derechos por un cierto plazo. Con la usucapión termina el estado de incertidumbre para el poseedor que pasa a ser propietario, y con la prescripción extintiva termina para el deudor el estado de intranquilidad, puesto que ya no se podrá ejercer contra él la coerción del Estado para obligarlo a que ejecute su prestación.

200. El bien común

Se entiende por “bien común” al conjunto de condiciones sociales, económicas, culturales, políticas, necesarias para que se establezca un orden justo que facilite el desarrollo y perfeccionamiento moral, cultural y económico de la sociedad y de los individuos en cuanto partes integrantes de la sociedad. En este sentido hablamos de bien común de la familia, del Estado, del municipio, del bien de la comunidad nacional y de la comunidad internacional, etc. El bien común es, por tanto, el bien de una comunidad, el bien de todos, al cual se subordinan el bien de los particulares como la parte al todo.

Toda organización social tiene como fin lograr su propio bien, que consiste en el perfeccionamiento y bienestar social y, por ende, el bien de los individuos que lo

integran. El fin supremo del Derecho no puede ser otro que el de obtener el bien que la comunidad se propone. Los bienes de la comunidad como son, por ejemplo, la salud, la educación, la libertad, el bienestar moral y económico, no se podrían lograr sin que exista justicia, orden, paz y seguridad, “indispensables para que la coordinación de las actividades particulares se logre, y para que se realice el progreso económico y cultural”⁶⁴. Los valores: justicia, orden, paz y seguridad son objetivos que solo el Derecho puede lograr.

Se señalan como características del bien común la *totalidad* y la *igualdad proporcional*⁶⁵.

La *totalidad* significa que siendo la sociedad un todo, el bien común es el bien del todo, al cual los individuos contribuyen en bienes y servicios⁶⁶ y del cual todos participan, pero sin llegar al extremo de que los particulares sacrifiquen todos sus bienes en favor del todo (totalitarismo), porque ello significaría aniquilar la iniciativa privada, base del desarrollo y bienestar económico. Tampoco es bueno el otro extremo que considera que el bien común es el agregado de los bienes de los particulares (individualismo), puesto que la sociedad no es un conglomerado de partes yuxtapuestas, sino un todo orgánico distinto de las personas que lo integran. El bien común es el bien del todo y de las partes, formando una unidad orgánica. Es un deber jurídico y moral que todos los individuos propendan al logro del bien común, que es el bien del Estado o de otras entidades menores, y, a su vez, es deber del Estado, es decir, de los gobernantes, encargados de realizar los objetivos sociales, de procurar el bien de los individuos integrantes de la sociedad, de modo que exista coordinación y armonía entre la libertad individual y el interés social, entre la dignidad del ser humano y la subordinación de los intereses particulares a los intereses sociales.

El bien común es inmanente al hombre. El bien común se comunica a todos los miembros de la comunidad, como el ser a sus modos particulares, como son la salud, la educación, la administración de justicia, etc.

Por la *igualdad proporcional* se entiende que el bien común no es comunicado a todos en partes iguales, sino en forma proporcional a las aptitudes y responsabilidades de cada cual. El bien individual no será tal si no se desarrolla en proporción con el todo. El bien particular no puede subsistir sin el bien común de la familia, de la ciudad o del Estado.

64 MOUCHET Y ZORRAQUÍN, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 83.

65 DE AQUINO, *Suma teológica*, ob. cit.

66 Juan XXIII dice: “Todos los hombres y todas las entidades intermedias tienen la obligación de aportar su contribución específica a la prosecución del bien común. Esto comporta el que persigan sus propios intereses en armonía con las exigencias de aquel y contribuyan al mismo objeto con las prestaciones —en bienes y servicios— que las legítimas autoridades establecen según criterios de justicia” (*Encíclica Pacem in Terris*, 11 de abril de 1963, cita de MOUCHET y ZORRAQUÍN, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 82).

El bien común debe primar sobre el bien individual. El bien común es superior, formal y cuantitativamente, al bien particular. Los individuos y sus bienes deben ordenarse al bien común. Deben tender a promocionar el bien común, porque solo en él y por medio de él pueden lograr su perfección individual. Nadie puede ser libre⁶⁷ de hacer aquello que quiere, como quiere y donde quiere, sin importarle el perjuicio que pueda causar a los demás, sino que su actividad debe estar orientada a la satisfacción del interés individual por medio de la realización del bien común. El fin del orden social y el objeto de la justicia general es el bien común, o sea, el objetivo de alcanzar el bien de la comunidad que es de rango superior que justifica la restricción de la libertad del individuo. La justicia, como valor fundamental, es el criterio con el cual se asigna a cada individuo su colaboración y participación en el bien común. Como la personalidad humana libre es el valor supremo, la libertad “solo puede ser restringida en la medida en que es indispensable para el bien común”⁶⁸.

La instauración del bien común no es un programa sino una tarea permanente de todos (gobernantes y gobernados) para construir una comunidad que garantice a cada uno de los miembros que la componen, la atribución de los valores superiores (justicia, orden, paz, libertad, confraternidad, colaboración), el goce de los derechos fundamentales inherentes a la persona, así de otros valores como la salud, educación, el acceso al progreso científico y tecnológico, la conservación del medio ambiente, entre otros de estos valores intermedios, y, en la medida de lo posible, el goce de los bienes económicos que deben producirse y distribuirse de tal modo que sus beneficiarios sean todos los miembros de la colectividad y no de unos cuantos.

Resumiendo, podemos decir que los valores superiores o fundamentales como son la justicia, el orden, la igualdad, la solidaridad, la seguridad, la paz, el bien común, están íntimamente correlacionados y constituyen la base material donde se edifica todo sistema de Derecho. Estos valores son irrenunciables en el Estado de Derecho democrático y constituyen el criterio de unidad material del ordenamiento jurídico.

67 “La ética indica que la libertad personal solo lo es si en su ejercicio contribuye a la construcción de una sociedad más humana. La libertad sola conduce a la corrupción; solo la libertad responsable ante el bien común es capaz de darle base real a la convivencia. El pragmatismo en boga se centra en la mal entendida libertad de lograrlo todo en el menor tiempo, sin importar a quién se maltrate, ni a quién se perturbe, ni quién tenga que padecer los atropellos que causan los afanados por el éxito... El acuerdo ético que canaliza y dimensiona los esfuerzos particulares en una sociedad “es imprescindible si se aspira a convivir”. Cada persona debe tener la certeza de no ser “el tonto bueno del paseo” sino que ha de estar cierto que aquello que él hace y lo que otros hacen contribuye a lograr algo que a todos beneficia” (*¿Problema o corrupción, un desafío público y privado?*, seminario organizado por el Consejo Episcopal Latino Americano —Celam—, y la fundación Konrad Adenauer —Ciedla—, Santiago de Chile: mayo de 1997, p. 28).

68 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 1994, p. 402.

Un Estado moderno supone la vigencia de un Estado de Derecho, preocupado permanentemente porque la vida colectiva se desarrolle en forma ordenada, con paz y justicia, que exista un grado aceptable de estabilidad y certidumbre jurídica, que los conflictos sociales los solucione un órgano jurisdiccional independiente y eficaz, que el bienestar se distribuya entre todos, que todos tengan igualdad de oportunidades y acceso a la calidad de vida. Para lograr estos objetivos se requiere de un decidido esfuerzo por adecuar el Derecho a las nuevas realidades; de la sustitución de una mentalidad individualista y consumista por una mentalidad solidaria preocupada por todos, sin menguar la dignidad personal; que la política esté orientada por el horizonte ético de los valores; que se enfrente decididamente a la corrupción pública y privada; que el Estado deje de ser el instrumento de aseguramiento de los privilegios consolidados, y que la distribución del poder entre los diversos órganos estatales sea una realidad, extirmando de raíz a la autocracia y a la dictadura.

XIII

CAPÍTULO

FUNCIONES DEL DERECHO

201. Introducción

El positivismo jurídico estudia al Derecho en su aspecto formal, exento de valoraciones y de consideraciones sociales. Intenta constituir al Derecho en una ciencia sobre el modelo paradigmático de las ciencias físico-matemáticas, cuya objetividad exige conocer la realidad y no valorarla. Se considera que el carácter específico del Derecho no está en la función que cumple, sino en la estructura del ordenamiento. La investigación jurídica tiene la tarea de responder a la siguiente pregunta: ¿de qué se compone el Derecho? Para la teoría pura (KELSEN), la teoría científica del Derecho no puede ocuparse de la función que cumple, sino únicamente de sus elementos estructurales. El análisis funcional se encomienda a los sociólogos y filósofos.

A medida que el Estado moderno asume el monopolio de la producción jurídica y de sus consecuencias, el Estado y el Derecho son considerados cada vez más como dos caras de la misma moneda. Esto responde a la ideología liberal del Estado gendarme que no podía intervenir en la economía celosamente reservada para la burguesía triunfante. Los juristas adoptaron una actitud antiteologista, “siguiendo así las enseñanzas de Francis BACON, quien a comienzo del siglo XVII había sentenciado la inutilidad de los fines, que como vírgenes resultan estériles”¹.

Con la expansión de la sociología del Derecho se supera el enfoque estructuralista, aperturándose la problemática de las funciones o fines del Derecho. Se llega al convencimiento de que la realidad jurídica está inescindiblemente contaminada con factores políticos, económicos, axiológicos, etc. El jurista ya no se preocupa solo

¹ VIGO, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p. 129.

por la validez formal, sino también por la eficacia de las normas jurídicas. Busca, en última instancia, las relaciones y los valores sociales donde se extraen las normas. Pero distinguiendo siempre entre la función del jurista y la del sociólogo, pues mientras que el primero usa las reglas de comportamiento para explicar por qué debemos comportarnos de cierto modo, el sociólogo usa las mismas reglas para explicar por qué los individuos se comportan de un cierto modo. El jurista describe cómo deben ser las relaciones sociales y el sociólogo describe cómo son tales relaciones. El jurista debe preocuparse por las funciones o fines que presta el Derecho en la sociedad.

Entendemos por función del Derecho al papel que este cumple o intenta cumplir en la sociedad. Hablar de *función* del Derecho es lo mismo que hablar de *efectos* del Derecho. Decir que algo cumple una función, “por ejemplo, que el hígado cumpla la función de limpiar la sangre, es lo mismo que decir que tiene como efecto —es *causa* de— la limpieza de la sangre”. En Derecho y en las instituciones, en general, la palabra *causa* se reemplaza *por función*, debido a que esta connota la idea de una *intencionalidad*. Por ejemplo, cuando se dice que la propiedad debe cumplir una función social, significa que alguien, verbigracia, el legislador, ha dispuesto que el propietario debe hacer algo para que se produzca este efecto. Se estudia el fenómeno en relación con la intención anterior. El uso de la palabra *función* se llama *teleologismo o fin*. Las explicaciones teleológicas son rechazadas del mundo natural².

Un análisis funcional mecanicista se limita a explicar cómo suceden los hechos. Pero siendo el Derecho una realidad práctica en la cual se encuentra comprometido el hombre cuyos actos están encaminados a la consecución de algún fin, el análisis funcional es un análisis teleológico, y por ello los términos *función* y *fin* se asimilan. El análisis funcional del Derecho tiene que afrontar cuestiones éticas y se debe indagar por respuestas a preguntas de ¿por qué se suceden los hechos en ese sentido?, ¿es posible que sucedan de otro modo? Para el objetivismo teleológico, el Derecho por su propia naturaleza tiende a satisfacer ciertos fines, y para el subjetivismo teleológico, él es un instrumento capaz de ser puesto al servicio de cualquier fin.

La sociedad es un sistema integrado por diversos elementos o subsistemas (el subsistema político, el económico, el jurídico, etc.) interrelacionados. El Derecho se ubica en un contexto social concreto donde existen tendencias económicas, políticas, éticas e ideológicas predominantes, por lo cual el Derecho está coordinado con otros subsistemas normativos: sociales, éticos, políticos, internacionales, etc. Para saber cómo se relaciona con la sociedad en la cual se inserta y con los demás subsistemas, es necesario buscar una respuesta a preguntas como estas: ¿cómo actúa el Derecho

2 CORREAS, Óscar, *Teoría del derecho*, Barcelona: Bosch, 1995, p. 201.

en la sociedad?, ¿para qué sirve? o, lo que es lo mismo, ¿qué funciones desempeña en una sociedad?³.

Las respuestas a estas preguntas varían según que se considere al Derecho como una realidad autónoma, o como una entidad dependiente en absoluto de otra; por ejemplo, los que sostienen que el derecho cumple apenas las funciones que le asigna el poder, o se estime que cumple funciones intrínsecas a la esencia del fenómeno jurídico, sus funciones serían universales, comunes a todo sistema de Derecho. Desde la perspectiva que ve en lo jurídico una técnica de organización social, el Derecho es un instrumento para alcanzar los más variados objetivos. Así, para la jurisprudencia sociológica norteamericana de POUND, el Derecho entendido vendría a ser:

[E]n su aspecto funcional y empírico, no es sino un instrumento para la vida social, un medio para la obtención de determinados fines, una técnica específica de coordinación de diversos intereses, una tentativa de satisfacer, reconciliar, armonizar, ajustar, superpuestas y a veces antagónicas pretensiones y demandas, ya sea mediante la protección de ciertos intereses individuales o por medio de una delimitación o compromiso entre ellos, con el objeto de asegurar la mayor suma de tales intereses o aquellos que tienen más fuerza en nuestra civilización, todo ello con el mínimo sacrificio del conjunto de intereses como tal. En una sociedad determinada, el sistema legal representa un intento para ajustar los intereses de los individuos entre sí y con los intereses sostenidos en nombre de la sociedad y del Estado, con el menor sacrificio posible del esquema total⁴.

Por el análisis funcional del Derecho se colige, con base en datos empíricos, cómo funciona en el contexto social, cómo no funciona o cómo debería funcionar y qué tareas cumple.

El análisis funcional del Derecho difiere del análisis lógico formal abstracto e histórico (análisis de la estructura de las normas, su jerarquización, etc.). Desde el punto de vista funcional, el derecho es un subsistema que forma parte de un sistema social complejo, dinámico, histórico, es decir, tempo-espacial, donde la interacción de sus elementos produce estabilidad, equilibrio y cambio.

3 RECASÉNS SICHES, Luis dice: "La teoría fundamental del derecho, además de sus temas generalmente considerados como su asunto propio (características esenciales de la norma jurídica, estructura de esta, conceptos de relación jurídica, de supuesto jurídico, de derecho subjetivo, etc.), debe también averiguar el sentido funcional del derecho en la vida humana social" (*Situación presente y proyección de futuro de la filosofía jurídica*, San Salvador: Universidad del salvador, 2008, p. 143).

4 BARRANCOs y VEDIA, Fernando N., "La noción de justicia en la jurisprudencia sociológica norteamericana", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984, p. 100.

202. Concepto objetivista y subjetivista de función

Desde la perspectiva objetiva (llamada también *orgánica* o *sistémica*), que establece un parangón entre un organismo vivo y la sociedad humana, el *término función* significa la contribución que aporta un elemento a la organización, conservación y desarrollo del todo de que forma parte⁵. Así como un organismo animal es una unidad en donde se dan variadas funciones vitales (función respiratoria, circulatoria, digestiva, etc.), la sociedad también es un conjunto de elementos en equilibrio, interdependientes, cada uno de los cuales cumple funciones que son fundamentales para que el organismo social logre sus fines de supervivencia, coexistencia pacífica, bienestar general, orden, etc. Todo sistema social está constituido por estructuras e instituciones que no son creación del individuo. Cada elemento cumple funciones que se derivan de la posición que ocupan en el sistema. Por ejemplo, TALCOTT PARSONS⁶ distingue cuatro subsistemas sociales: el subsistema político o de consecución de fines, el económico o subsistema de adaptación, el cultural o de mantenimiento del modelo social, y el subsistema de integración o de los medios de control social.

Como expresa AÑÓN⁷, citando a BREDEMEIER y a REHBINDER, las funciones que cumple cada subsistema social consisten en las aportaciones o emisiones que produce cada uno con respecto a los demás y de las respuestas o inmisiones que recibe de los otros. Por ejemplo, el subsistema político envía al jurídico las decisiones últimas, los objetivos básicos y los fines a los que debe ordenarse el sistema social y provee al Derecho de la posibilidad del uso de la fuerza física. A su vez, el subsistema normativo aporta al político la interpretación de las normas, convierte el poder en Derecho; determina quién y mediante qué procedimientos debe decidir los conflictos (jurisdicción).

Desde la concepción subjetiva, inspirada en el protagonismo del sujeto como actor social, la idea de función está vinculada a la acción (a los proyectos o propósitos) de los sujetos que interactúan en la sociedad. Las estructuras normativas no tienen una existencia independiente como lo entiende la teoría organicista, sino que el sujeto las proyecta, produce y realiza. La función de los elementos integrantes de la sociedad depende de los proyectos y fines de los sujetos que intervienen en las relaciones sociales.

5 Desde la perspectiva organicista, BOBBIO, Norberto, define a la función como la “prestación continuada que un determinado órgano da para la conservación y desarrollo, según un ritmo de nacimiento, crecimiento y muerte, de todo el organismo, es decir, el organismo considerado como un todo”. BOBBIO, “Derecho y fuerza”, en *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia: Fernando Torres, 1980,

6 AÑÓN, María José et al., *Introducción a la teoría del derecho*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1994, p. 101.

7 AÑÓN et al., *Introducción a la teoría del derecho*, ob. cit., p. 112.

203. Aplicación del concepto de función al análisis funcional del derecho

Veamos cómo se aplican los conceptos de función en el análisis del derecho.

203.1. Teoría objetivista

Para la teoría organicista, la función del Derecho depende de su contribución al equilibrio o integración social, y no de la voluntad del creador de las normas ni de los objetivos anhelados por los sujetos que intervienen en las relaciones sociales.

La sociedad es un conjunto de elementos (subsistemas, instituciones, etc.) en equilibrio por causa del predominio de las relaciones sociales de consenso sobre las de conflicto. Las relaciones sociales se establecen desde las pautas, normas y cometidos que tienen las instituciones que están sobre la base del sistema social, pero el sujeto no es considerado como artífice de dichas instituciones. Todo individuo tiene un *status* (de padre, hijo, propietario, acreedor, etc.) al que corresponde una serie de papeles que son expectativas de comportamiento.

Los elementos que forman la sociedad se coordinan e integran entre sí y contribuyen con su acción a preservar y mantener la unidad y el orden social. Por ejemplo, entre el orden económico y el orden jurídico existe una relación funcional y una serie de condicionamientos recíprocos. El Derecho es un elemento de control social que tiene efecto en casi todos los otros sectores sociales (político, económico, cultural, etc.) y cumple la *función primaria* de integración para mitigar los elementos potenciales de conflicto que tratan de desequilibrar el sistema y para facilitar el mecanismo de las relaciones sociales; y *funciones secundarias*, como son la legitimación del sistema, interpretación de las normas, instituir sanciones, la jurisdicción, es decir, la determinación de quién tiene autoridad para aplicar las normas.

El sistema de relaciones sociales funciona sin degenerar en conflicto cuando se adhiere al sistema normativo.

203.2. Teoría subjetivista

Para esta teoría, el Derecho desempeña la función de establecer esquemas de comportamiento relacionados con los proyectos y fines que se proponen alcanzar los sujetos que se valen del Derecho en sus relaciones sociales.

Las estructuras y las instituciones sociales no tienen, como lo considera la teoría organicista, una existencia independiente de los sujetos. Estos no son ajenos al diseño sociológico, sino los protagonistas de la vida social, los creadores o transformadores de

estructuras políticas, económicas, normativas, etc. El núcleo último de toda relación social es una acción social individual. El individuo que actúa influye en sus propias acciones y en las acciones de los demás. Las relaciones sociales no siempre desarrollan equilibrio y armonía entre las partes, pues la falta de comunicación, el propósito de una de las partes de aprovecharse de la otra, el deseo de dominación, etc., generan situaciones de desequilibrio, lo cual ocasiona que en toda sociedad se den elementos de consenso y de conflicto (las relaciones sociales pueden ser cooperativas, conflictivas o anémicas). Por las relaciones conflictivas las partes se obstaculizan entre sí para poder ampliar su propia capacidad de decisión. El conflicto no es un elemento puramente negativo, sino un factor necesario para alcanzar la sociedad sin conflicto (marxismo). El Derecho es un instrumento surgido del conflicto y tiene la función de justificarlo; promueve determinados intereses en detrimento de otros.

204. Las funciones del derecho

El Derecho es una realidad compleja que presenta diversas facetas. Así, desde el punto de vista del legislador, el Derecho es un modo de organizar la convivencia social; desde la perspectiva del ciudadano, es un esquema de conducta debida y, por ello, el que no la cumple se expone a sufrir las consecuencias; desde el ámbito del juzgador, es un conjunto de reglas para resolver conflictos; por el prisma del jurista, el Derecho puede ser considerado como el ordenamiento jurídico que regula la vida colectiva, institucionaliza el uso de la fuerza, atribuye los bienes y servicios a los individuos y a la colectividad, y organiza y distribuye el poder público; desde el punto de vista del político, es el instrumento necesario para llevar a cabo las transformaciones sociales, etc. De ello se concluye que al Derecho se le atribuyen varias funciones concretas que cambian según el medio social. Veamos algunas de tales funciones.

204.1. Función organizativa de la vida social

No hay sociedad que no esté regida por normas jurídicas, por rudimentarias que estas sean (*ubi societas ibi ius*). No hay hechos sociales trascendentes en la vida colectiva que no puedan ser regulados jurídicamente; pocos de ellos quedan fuera de la órbita del Derecho. Basta con observar la realidad para darnos cuenta de que el Derecho cumple la función de organizar las relaciones sociales de las personas y las del Estado. Él organiza, regula la vida colectiva de los individuos, y crea y organiza la función pública y el Estado. Tratamos aquí sobre la función que tiene de organizar la vida colectiva; de la organización del Estado nos ocupamos en el punto siguiente.

El Derecho organiza la vida colectiva mediante la regulación de la conducta social de los individuos. Establece qué deben hacer (impone determinada conducta),

o qué no deben hacer (prohíbe ciertas conductas indeseables para la comunidad), o qué les está permitido hacer (tolera algunos comportamientos y los protege en caso de que sean obstaculizados). Los individuos deben adecuar su conducta a los mandatos contenidos en las normas jurídicas, es decir, el Derecho rige la actuación de las personas en la sociedad.

Para algunos autores, la función primaria del Derecho es la regulación del comportamiento social del individuo, mientras que para otros, el papel fundamental del Derecho es el de servir de instrumento de organización social. Si bien es cierto que la faceta del Derecho como regulador de conducta humana social es la más perceptible por el individuo que ve en el Derecho un conjunto de reglas que le ordenan lo que debe y lo que no debe hacer en sus relaciones con los demás, también es verdad que esta regulación de la conducta no es para obtener la perfección personal del individuo (fin que se propone, por ejemplo, la moral), sino para lograr que las relaciones sociales se desarrolle ordenadamente; es decir, mediante estos comportamientos impuestos por el Derecho se procura alcanzar determinada organización social. Por ejemplo, cuando la ley penal castiga con pena privativa de la libertad al que mata, roba, estafa, etc., no está encaminada a conseguir que cada individuo sea honrado, virtuoso, sino lograr una convivencia social ordenada en la que efectivamente, de modo mayoritario, se cumpla con lo que está bien y se evite lo que está mal.

Veamos el siguiente ejemplo sobre el papel organizador de la vida colectiva que tiene el Derecho: En la realidad social comprobamos que la persona goza de diversas cualidades conferidas por el Derecho. La ley otorga al individuo la calidad de sujeto de Derecho desde que es concebido hasta que muere. Al concebido le confiere, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física, “la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo” (CC, art. 1). Desde que nace tiene la condición de hijo matrimonial o extramatrimonial, lo cual desencadena una serie de consecuencias en sus relaciones familiares: el Derecho y el deber de llevar un nombre, de tener un domicilio, la obligación de sus padres o tutores de alimentarlo, educarlo y administrar sus bienes, etc. Cuando alcanza cierta edad, le confiere la capacidad de ejercicio para que realice actos o negocios (matrimonio, testamento, contratos, etc.), fija los requisitos que se deben cumplir para la validez y las causales de invalidez de estos actos. Reglamenta su patrimonio mediante la clasificación de los bienes (muebles e inmuebles), su posesión, dominio, condominio o copropiedad, usufructo, uso y habitación, servidumbres, superficie, prenda, hipoteca, anticresis, etc. Regula el destino de su patrimonio para después de su muerte. Porque hay Derecho, la vida del individuo se desarrolla organizadamente desde que nace hasta que muere; por eso puede realizar el proyecto de vida que se ha trazado, sin ser estorbado por los demás.

204.2. Función organizativa del poder público

La sociedad humana no es solo un conjunto de individuos, sino que implica también la existencia de una organización superior con personalidad distinta de los individuos que la componen, denominada *Estado*. Tanto la vida de relación de los individuos como la organización política (el Estado) están ordenados jurídicamente. Como dice KELSEN, no hay Estado más allá del Derecho.

En el Estado moderno, el Derecho positivo se manifiesta como un mandato emanado de un *poder*, el poder de dictar e imponer normas jurídicas mediante las cuales cumple con su función de ordenar, organizar las relaciones sociales. El Derecho instituye y distribuye el poder público (en otras palabras: organiza el poder público). A la función institutiva del poder corresponde una parte del Derecho constitucional, casi la totalidad del Derecho procesal, parte del administrativo y del tributario⁸.

El Derecho fija los límites formales y materiales en cuyo ámbito los diferentes órganos estatales tienen el poder de crear Derecho (la Constitución dispone que el Poder Legislativo produce leyes, el Ejecutivo crea decretos, el Judicial dicta sentencias, etc.). El poder es productor de Derecho por disposición de este mismo. También produce poder. El órgano individual o colegiado que crea Derecho al margen de este, es un usurpador, su poder es ilegal. Puede ser que el usurpador llegue a hacerse obedecer, pero su poder no se apoya en el Derecho; por tanto, es una situación *fáctica* inestable y pasajera. En el Estado contemporáneo es correcto afirmar que se tiene el poder porque se produce Derecho y no que se produce este porque se tiene el poder.

El Derecho configura la forma de Estado según las condiciones políticas, sociales y económicas: Estado feudal, absoluto, liberal, fascista, socialista, comunista, democrático-social, etc. Crea y organiza la forma de gobierno: monarquía absoluta, monarquía constitucional, gobierno parlamentario, asambleario, de gabinete, presidencial; gobierno monista o dualista.

Veamos un ejemplo: En cuanto a la organización política (el Estado), observamos que es el Derecho (especialmente, la Constitución) el que reglamenta la estructura, composición y funcionamiento de los diversos órganos estatales (Poder Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Jurado Nacional de Elecciones, Tribunal Constitucional, municipios, etc.). Atribuye las funciones de cada uno de estos órganos: el Legislativo dicta leyes, el Ejecutivo administra y gestiona los intereses del país (funciones de defensa, policía, sanidad, enseñanza, obras públicas, manejo de la economía pública, etc.), el Judicial resuelve los conflictos sociales, etc. Encausa y limita el ejercicio de las facultades y poderes de cada uno de estos órganos estatales para que ninguno de ellos interfiera

8 AMATO, Giuliano; Augusto BARBERA y Carlos FUSARO, *Manuale di diritto pubblico*, 4.^a ed., Bolonia: Il Mulino, 1994, p. 21.

el ámbito de competencia de los otros y todos trabajen coordinadamente, en mutua colaboración, para el logro del bien común.

La democracia quiere decir predominio del pueblo en el gobierno político de un país, es decir, es el *poder del pueblo*. Es el Derecho el que establece la forma y condiciones para que los ciudadanos tengan acceso al poder político y para ejercerlo. Como dice MIRÓ QUESADA⁹, refiriéndose a la necesidad de sustituir la *democracia de élite* existente en Perú por la *democracia popular*:

[L]a función del Derecho en esta tarea no solo es importante sino fundamental, porque una reforma política de esta naturaleza, o quizás revolución política-democrática, traerá a la postre necesariamente una reforma en el orden jurídico constitucional y en todo el sistema jurídico.

El Derecho, además de cumplir con la función de organizar el poder público, tiene también la de organizar el poder de que gozan ciertos grupos sociales. El Derecho no crea la superioridad de unos grupos sociales sobre otros, porque esa superioridad puede ser el resultado de factores ajenos a él, pero sí organiza esa superioridad autorizando unas facultades y desautorizando otras; por ejemplo, los patronos están autorizados para decidir qué se debe hacer en la fábrica, con lo cual se desautoriza a los obreros para que puedan pretender sustituir a los primeros.

204.3. Función de legitimación del poder

El derecho no solamente cumple la función de crear y distribuir el poder público, sino que también lo legitima y limita.

Poder legítimo es el instituido y ejercido conforme a Derecho.

La *legitimación del poder* se refiere a la habilitación o autorización para ejercerlo, o más concretamente, la legitimación es el conferimiento de un cargo u oficio que se debe ejercer con estricta sujeción al ordenamiento jurídico. En este sentido, decimos, por ejemplo, que el presidente de la República está legitimado para “dirigir la política general del gobierno” (Constitución Política, art. 118.3); que el Banco Central de Reserva del Perú está legitimado para “regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo [...]” (Const., art. 84). El vocablo *legitimación* se refiere también a la aceptación o rechazo social de una pretendida legitimidad; de ahí que legitimación no coincide necesariamente con legalidad.

9

MIRÓ QUESADA RADA, Francisco, *Democracia directa y derecho constitucional*, Lima: Artes y Ciencias Editores, 1990, p. 218.

La *legitimidad*¹⁰ versa sobre los criterios de justificación de un orden jurídico-político a fin de ser reconocido en su posición de dominio y potestad para dictar órdenes que deben ser obedecidas. Esos criterios de justificación del poder no pueden ser otros que los valores superiores (justicia, igualdad ante la ley, solidaridad, paz, etc.), los principios políticos y los derechos fundamentales de la persona¹¹, sobre los cuales se estructura el poder público y su ejercicio. En otras palabras, la legitimidad nace de esos valores superiores, principios generales y derechos fundamentales que sustentan la opinión pública general. Un poder aceptado por la opinión pública es un poder que goza de legitimidad. Fuera de estos valores, principios y derechos, el poder público carece de legitimidad. Al margen de estos valores, principios y derechos no hay Estado de Derecho¹².

El poder puede ser calificado por la población o por los operadores del Derecho de *legal* o *ilegal*, según que se considere que se funda o no en el ordenamiento jurídico. Aparte de que sea calificado como legal o no, se lo puede considerar como *legítimo* o *ilegítimo*. La obediencia a determinado Derecho no es sinónimo de *legitimación*¹³: se puede obedecer por muchas razones. La *legitimidad* o no del ejercicio del poder tampoco coincide necesariamente con la legalidad o ilegalidad de tal ejercicio. Un gobernante puede caer en ilegitimidad no obstante la innegable legalidad de su gobierno; y a su vez, el usurpador puede ganar legitimidad en la población o en buena parte de la población, a pesar de la evidente y reconocida ilegalidad de su gobierno¹⁴; los ejemplos abundan en países de incipiente democracia como el nuestro.

- 10 LANDA dice que la legitimidad es una noción que “sustenta las relaciones de autoridad y subordinación en todo ordenamiento político” y que puede definirse como “aquella cualidad que, atribuida a un orden jurídico-político, supone su reconocimiento como dominio, y el reconocimiento de su capacidad para dictar órdenes que deben ser obedecidas” (LANDA ARROYO, César, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América*, citado por GONZALES MANTILLA, Gorki, *Poder judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998, p. 91).
- 11 Como afirma GONZALES, citando a Luigi FERRAJOLI: “Los derechos fundamentales configuran el límite sustancial por excelencia que se impone a los poderes públicos y que en el fondo explican la existencia del Estado de Derecho. La historia da cuenta de esta perspectiva en forma recurrente desde las primeras cartas fundamentales —como la inglesa— hasta las declaraciones de derechos en el siglo XVIII y los estatutos y constituciones del XIX. Así, en todos los casos, el núcleo esencial de los textos ha sido siempre un esquema formado por reglas sobre los límites del poder y no sobre su fuente o forma de ejercicio” (GONZALES MANTILLA, *Poder judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*, ob. cit., pp. 88 y 89).
- 12 El poder del Estado de Derecho queda limitado por su sometimiento al derecho. En otras palabras, el Estado de Derecho es aquel cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el ordenamiento jurídico. Se contrapone al Estado de Derecho el Estado absoluto y totalitario con poderes ilimitados, es decir, no regulados ni controlados por el Derecho. El Estado de derecho se caracteriza por el imperio del Derecho, la división de poderes, la sujeción de la Administración del Estado al ordenamiento jurídico vigente y al control judicial, y la protección y defensa de los derechos fundamentales de la persona.
- 13 ISMODES identifica legitimación con legalización. Citando a Philip SELZNICK argumenta: “La legitimación o legalización es el cimiento de la legitimidad porque si el poder está justificado nada impide su racionalidad y la crítica de su ejercicio, posibilidad implícita en su condición racional” (ISMODES CAIRO, Aníbal, *Sociología jurídica*, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1998, p. 70).
- 14 CORREAS, *Teoría del derecho*, ob. cit., p. 212.

La legitimación del poder político se refiere a su *aceptación o rechazo social* y la legitimidad a *su justificación*. La legitimidad del poder no tiene en cuenta las mismas normas conforme a las cuales se califica la legalidad del poder, porque en tal caso “legalidad” y “legitimidad” tendrían el mismo significado, y, por tanto, una estaría demás. Las normas por las cuales se califica al poder de legítimo o ilegítimo, son el producto de alguna ideología predominante en la colectividad. Las que tienen en cuenta ciertos valores y principios incorporados en el ordenamiento jurídico, como la justicia u otros parecidos, o los principios de respeto a los derechos fundamentales del ser humano, como el consagrado en el art. 1 de la Constitución que dispone que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Estas normas son las que hacen que el poder sea aceptado por todos o por la mayoría, generan un consenso, es decir, cumplen la función de legitimar el poder y de dar forma y contenido a las instituciones del Estado de derecho¹⁵. Como dice RECASÉNS SICHES, el Derecho satisface la necesidad de organizar el poder político, ordenando los órganos competentes que hablan y actúan por él. Además, el derecho positivo depende fundamentalmente del poder del Estado y, asimismo, es el que organiza, unge y confirma el poder del Estado. El Derecho positivo, al organizar el Estado, está legitimando al poder político, porque lo organiza según criterios de justicia.

La legitimidad —expresa CORREAS¹⁶— se consigue por medio de una norma no jurídica que obliga a obedecer las normas jurídicas. Solo cuando aparece esta norma (*Grundnorm*) y es aceptada, el Derecho se convierte en legitimador del poder, porque él

15 No existe Estado de derecho: si se violan principios políticos como el de la separación de poderes, convirtiendo al Poder Judicial en instrumento del Poder Ejecutivo. Si la justicia no es igual para todos los que se encuentran en situación similar, como sucede con los grandes delincuentes protegidos por el poder político que gozan de toda clase de prebendas y potestades, y el resto de ciudadanos a los cuales se les aplica toda la dureza de la ley. Si se agreden los derechos fundamentales del ser humano, por ejemplo, la tortura hasta dejarla discapacitada físicamente a la agente del Servicio de Inteligencia del Ejército, doña Leonor La Rosa Bustamante, acto llevado a cabo por sus propios compañeros de servicio, y hecho público por la prensa en abril de 1988; el degollamiento de Mariella Barreto, también agente del Servicio de Inteligencia del Ejército; el secuestro, la tortura, asesinato, incineración y entierro clandestino de 9 estudiantes y un profesor de la Universidad Enrique Guzmán y Valle, La Cantuta, cuyo autor principal es el oficial del Ejército peruano Santiago Martín Rivas, condenado por la Corte Suprema de Justicia Militar, y que, en un acto que repugna a la conciencia humana, fue amnistiado por el Congreso de la República, por Ley N.º 26479; la tortura física y sicológica, obligándolos hasta comer excremento, a los jóvenes que hacen su servicio militar en el ejército, como ha hecho público la prensa en los últimos meses, con la agravante de que el Congreso de la República, el Ministerio Público y el Poder Judicial no han hecho nada frente a estos hechos reiterados en Tacna, Arequipa, Rimac, Chimbote y Tumbes, pese a que se trata de delitos que no pueden ser calificados como delitos de función (de competencia de los tribunales militares), sino de delitos comunes que deben ser conocidos por la justicia común. Solo un sector de la población que no ha salido de su estado de primitivismo muy cercano a las bestias salvajes, degradado éticamente y en su propia dignidad, puede justificar un poder brutal sin ningún límite.

16 CORREAS, Teoría del derecho, ob. cit., p. 213.

cumple la función de legitimar el poder de quien lo produjo. El Derecho es producido por alguien que es legitimado por su propio producto.

Un poder legitimado es un poder aceptado socialmente, porque quien lo detenta utiliza el Derecho para justificar sus decisiones. Los valores, creencias u opiniones generalmente compartidas por los miembros de la sociedad que influyen en la toma de decisiones y en el Derecho, generan el consenso social que legitima, justifica, al poder y al Derecho. El Derecho no solamente debe basarse en el consenso, sino que también debe contribuir a su formación. En el Estado moderno, el poder queda convertido en derecho, es decir, se legitima desde el momento en que este cumpla las siguientes funciones:

- a) Protege y tutela los derechos fundamentales, considerados como consustanciales a los miembros de la comunidad política y al sistema político-jurídico en su conjunto¹⁷.
- b) Distribuye el poder en los diversos órganos estatales que actúan con independencia funcional, pero en recíproca colaboración, sin monopolizar el poder en las manos de un autócrata.
- c) Establece los procedimientos para la solución de los conflictos por un Poder Judicial independiente, sometido al Derecho, que ejerza un real y efectivo control sobre los otros poderes del Estado, y no por un Poder Judicial sometido al gobernante usurpador o autócrata¹⁸.
- d) Fija las reglas de juego para el desarrollo del proceso político, así como las reglas y procedimientos que deben ser respetadas por los detentadores del poder.
- e) Crea las instituciones necesarias para limitar y controlar el poder político, liberando a los ciudadanos de la dominación de un poder absoluto y, además, asigna una participación de los ciudadanos en el poder (democracia).

¹⁷ DÍAZ, Elías, *Notas concretas sobre la legitimidad y la justicia*, citado por GONZALES MANTILLA, *Poder judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*, ob. cit., p. 85.

¹⁸ CARRARA dice: "Excita repugnancia, por el peligro evidente en que se ponen las libertades civiles, el gobierno que les dice a los ciudadanos: Seréis declarados culpables y, como tales, condenados a trabajos forzados, a la deportación ya algo más todavía peor por *mis propios jueces*; y estos jueces: 1.) serán elegidos *por mí*, de modo que podré, a mi talante, escogerlos entre los que hayan hecho profesión de fieros principios y de deferencia a los deseos del gobierno, así como también a mi talante removerá a los que se opongan a mis deseos; 2.) recibirán *de mí* el estipendio necesario para su alimentación y para su familia, y así podré, cuando me plazca, determinar sus ascensos de lugar y de clase, y honrarlos conforme a la amplitud de conciencia que muestren al condenar y a la残酷 con que castiguen; 3.) estarán habilitados para declararlos culpables, tan solo afirmando su *convicción* sin que las leyes le señalen preventivamente el valor jurídico de las pruebas, y sin obligación de exponer los motivos ni de indicar las pruebas que a su afirmación los condujeron; de modo que a un condenado, aunque sea inocente, la propia rehabilitación le resulte, si no imposible, sí difícil y casi milagrosa", citado por FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, traducción por Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero, Valladolid: Trotta, 1995, p. 653.

- f) Dispone que es el electorado soberano la instancia suprema para dirimir los conflictos entre los detentadores del poder (por ejemplo, mediante el *referéndum*).
- g) Reconoce los derechos fundamentales de la persona y su protección contra la violación o amenaza de violación por los detentadores del poder.

La organización del poder por medio del Derecho implica una limitación de ese poder. La organización jurídica del poder dota a este de estabilidad y a la vez lo define y determina de tal modo que no pueda sobrepasar los límites establecidos por el Derecho, si quiere subsistir como poder jurídico.

204.4. Función de organización de la violencia

El Derecho organiza e institucionaliza la violencia señalando las personas que la ejercerán en caso necesario, y las personas que darán la orden para ejercerla¹⁹, y en qué grado o medida será ejercida. En otras palabras, por el Derecho sabemos que la violencia solo puede utilizarla el Estado y podemos reconocer a quienes hablan por la sociedad y pueden desencadenar legal y legítimamente la represión.

El Derecho —dice BOBBIO²⁰— regula el uso de la fuerza indicando cuándo, cómo, cuánto y quién ejerce el poder coactivo. Respecto del poder coactivo, el Derecho tiene cuatro funciones: 1) determinar las condiciones en las que el poder coactivo puede o debe ser ejercido; 2) las personas que pueden y deben ejercerlo; 3) el procedimiento que debe ser ejercido en esas determinadas circunstancias y por esas concretas personas, y 4) el *quantum* de fuerza del que puede y debe disponer quien, observando ciertos procedimientos, está encargado de ejercer en determinadas circunstancias el poder coactivo.

204.5. Función de resolución de conflictos

Los intereses de los individuos o de los grupos sociales pueden entrar en conflicto. Este es inherente a la naturaleza social del ser humano, por lo cual, mientras exista vida existirá conflicto. Tanto este como el ánimo de solucionarlo están implícitos en el ser humano. El conflicto se produce cuando las partes de la relación jurídica con intereses contrapuestos están imposibilitadas para establecer un punto de encuentro entre sus intereses contrapuestos, permaneciendo cada uno en sus diferentes pretensiones.

Los conflictos son inevitables en las relaciones sociales y requieren de una solución en una forma preestablecida y uniforme, a fin de que los enfrentamientos de

19 CORREAS, *Teoría del derecho*, ob. cit., p. 209.

20 BOBBIO, “Derecho y fuerza”, art. cit., p. 342.

intereses de los individuos o de los grupos no queden sometidos a la decisión del más fuerte o a la improvisación de cada momento. El Derecho cumple con su función de resolver los conflictos y restituir la situación de equilibrio que existe previamente al conflicto sin que quede perturbada la estabilidad de los valores fundamentales de la sociedad. Cuando hay conflicto de intereses, el Derecho lo resuelve de manera práctica, eficaz e inexorable.

Los conflictos se clasifican en *no jurídicos* (llamados también *controversias económicas*) y *en jurídicos* (o *controversias jurídicas*). Las controversias económicas pueden finalizar de tres formas: mantenimiento perpetuo del conflicto, abandono o derrota de uno de los contendientes, o por acuerdo entre ambos.

Conflictos jurídicos son aquellos para los cuales el Derecho propone esquemas de conducta que construyen a las partes a adecuar sus relaciones en la evolución del conflicto. Cuando la función orientadora y persuasiva no logra eliminar el conflicto porque las partes persisten en sus pretensiones contradictorias, el Derecho establece el proceso por el cual se canaliza la solución hasta lograr una decisión.

Existen dos vías de composición de conflictos: la autocomposición y la heterocomposición.

La *autocomposición* puede ser *unilateral*, cuando una sola de las partes decide poner fin al conflicto, como ocurre con la renuncia, el abandono y el desistimiento, o puede ser *bilateral*, cuando ambas partes deciden poner fin al conflicto, como sucede con la transacción y el allanamiento.

El *desistimiento* consiste en que el demandante renuncia expresamente a su pretensión.

El *allanamiento* es la aceptación expresa que el demandado hace respecto de la pretensión del demandante.

La *transacción* es el acto por el cual las partes, haciéndose reciprocas concesiones, deciden sobre algún asunto litigioso, evitando el pleito que podrían promoverse o finalizando el que está iniciado.

Por la *heterocomposición* las partes recurren al auxilio de un tercero para poner fin al conflicto. Las formas de heterocomposición comprenden: la mediación, el arbitraje y la conciliación.

La *mediación* se da cuando las partes aceptan o solicitan la intervención de un tercero, pero sin obligarse a aceptar su opinión.

El *arbitraje* ocurre cuando las partes eligen uno o más árbitros y se obligan previamente a aceptar su decisión. El arbitraje puede ser de Derecho o de conciencia. Es de Derecho cuando el árbitro resuelve la cuestión controvertida con arreglo al

Derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelve conforme a sus conocimientos y leal saber y entender.

La *conciliación judicial* es el acto realizado por las partes, sobre derechos disponibles, dentro del proceso judicial, por el cual deciden libremente poner fin a su conflicto de intereses. Las partes litigantes pueden conciliar su conflicto de intereses en cualquier estado del proceso, siempre que no se haya expedido sentencia en segunda instancia (CPC, art. 323). El juez aprobará la conciliación que trate sobre derechos disponibles, con tal que el acuerdo se adecúe a la naturaleza jurídica del derecho en litigio (CPC, art. 325). En la audiencia de conciliación:

Presentes las partes, o sus apoderados o representantes con capacidad para ello, el juez escuchará por su orden las razones que expongan. De inmediato propondrá la fórmula de conciliación que su prudente arbitrio le aconseje [...] Si la fórmula conciliatoria fuese aceptada, se anotará en el Libro de Conciliaciones que cada órgano jurisdiccional llevará al efecto, dejándose constancia en el expediente. Si la propuesta no es aceptada, se extenderá acta describiéndose la fórmula planteada, mencionándose además la parte que no prestó su conformidad a la misma. Si la sentencia otorga igual o menor derecho que el que se propuso en la conciliación y fue rechazado, se le impone al que lo rechazó una multa [...] (CPC, art. 326).

La *conciliación extrajudicial* es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para solucionar conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación o al Juzgado de Paz Letrado, a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto (Ley N.º 26872, art. 5). La conciliación propicia una cultura de paz y se realiza con base en los principios éticos de equidad, veracidad, buena fe, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad, legalidad, celeridad y economía (Ley N.º 26872, art. 2). La conciliación es una institución consensual; en tal sentido, los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes (Ley N.º 26872, art. 3).

A la solución de conflictos por un juez o tribunal se le denomina también *adjudicación*. El juez resuelve el conflicto mediante la aplicación del derecho. El conflicto debe estar tipificado en el ordenamiento jurídico. Los órganos de decisión (jueces y tribunales) deben estar institucionalizados. Las decisiones deben contener las motivaciones de hecho y de derecho.

204.6. Función represiva y función promocional

Por la *función represiva*, el Derecho trata de impedir, mediante el desaliento, los comportamientos socialmente no deseados; y por la *función promocional*, trata de provocar, por medio del alentamiento (establecimiento de premios, ventajas

económicas, etc.), la realización de los comportamientos deseados. Esto no es otra cosa que el corolario de la función principal de organización de la vida social, de control social, de determinación de la conducta de las personas.

Con la promoción de ciertas conductas y la represión de las conductas contrarias se intenta mantener o *reproducir* las relaciones sociales dominantes en una sociedad y, por ende, las clases sociales existentes en ella. Por ejemplo, el Derecho capitalista reproduce las relaciones capitalistas y la perpetuación en el poder de la clase dominante: el Derecho feudal reproducía las relaciones de servidumbre: el imperativo del Derecho actual es el de promover las relaciones de igualdad de todos ante la ley y del respeto irrestricto de los derechos fundamentales del ser humano.

El Derecho, al prohibir y reprimir determinada conducta, promueve la conducta contraria; cuando obliga a una cierta conducta, quiere que sea real y efectivamente producida; y cuando permite expresamente una conducta, no hace sino indicar cuál es la conducta que debe producirse y que otras en sentido contrario están prohibidas. El Derecho puede permitir diversas posibilidades de actuación; por ejemplo, ante el incumplimiento de un contrato el acreedor puede optar por la resolución o por el cumplimiento y, además, en cualquiera de los dos casos, acumular la indemnización de daños cuando existan, pero solamente esas, porque todas las demás conductas están prohibidas, como el pacto comisorio para que el acreedor, sin recurrir al remate judicial, se adueñe de los bienes de su deudor, el hacerse justicia por su propia mano, etc. Con la promoción de ciertas conductas y la represión de otras, el Derecho introduce en la sociedad un margen importante de previsibilidad, pues “permite a los individuos prever lo que otros harán, y planificar su propia respuesta, y viceversa: planear su actividad teniendo en cuenta la respuesta de los otros”²¹.

Es función del Derecho la represión de los comportamientos considerados socialmente peligrosos, a fin de asegurar la coexistencia y subsistencia pacífica del grupo. El Derecho penal, parte del administrativo, del tributario, entre otros, cumplen la función represiva. Se debe tener presente que el Derecho reprime después de haber advertido, preventido, que si se ejecuta determinada conducta el sujeto sufrirá las consecuencias previstas; por ejemplo, el Derecho penal, al disponer que el que roba sufrirá pena privativa de la libertad, le está advirtiendo a los miembros de la comunidad que no roben porque si lo hacen irán a la cárcel. Por consiguiente, no es cierto cuando algunos afirman que “el Derecho penal interviene después de un hecho, es decir, en esta medida siempre llega tarde”²². Esto sería verdad si el Derecho penal dejara que

21 CORREAS, *Teoría del derecho*, ob. cit., p. 208.

22 JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal*, traducción por Manuel Cancio Meliá, Lima: Grijley, 1998, p. 9.

el individuo realice un hecho y después estableciera una norma para sancionar a su autor, lo cual no está permitido por el principio de la legalidad.

Según THOMASIUS, el Derecho obtiene su fin de protección contra los actos ilícitos mediante la emisión de mandatos negativos (prohibiciones). Para la teoría positivista (AUSTIN, IHERING, KELSEN), el Derecho obtiene su fin represivo por conducto de la organización de las sanciones negativas (el Derecho como aparato coactivo).

BOBBIO²³ advierte que el ordenamiento protector-represivo es puesto en crisis por el uso cada vez más frecuente de las técnicas de alentamiento, fenómeno que da lugar a una nueva imagen: el ordenamiento jurídico como ordenamiento con función promocional. El propósito del ordenamiento protector-represivo es impedir la ejecución de actos socialmente no deseados; en cambio, en el ordenamiento promocional el objetivo es provocar la realización de los actos socialmente deseados; el primero procura tornar a los actos no queridos en imposibles, difíciles o desventajosos, y el segundo trata de hacer necesaria, factible y ventajosa la acción deseada.

En sociedades con altos índices de criminalidad es posible combinar el fin protector-represivo —en consideración a que a mayor sanción menor cantidad de delitos— con el fin promocional que mediante incentivos y premios provoque en las personas o grupos sociales la realización de aquellas acciones socialmente deseadas.

204.7. Función atributiva

Está implícita en la definición de Derecho que dieron los romanos: dar a cada uno su derecho (*suum cuique tribuere*) y de la justicia: (*iustitia est constans ac perpetua voluntas unicuique suum tribuendi*). REALE²⁴ dice que el Derecho es la ordenación bilateral atributiva de las relaciones sociales en la medida exigida por el bien común. Es propio del Derecho ordenar la conducta de manera bilateral y atributiva, o sea, estableciendo relaciones de exigibilidad según una proporción objetiva. El Derecho mira a realizar una convivencia ordenada, la cual se traduce en la expresión “bien común”, entendido como la ordenación de lo que cada ser humano puede realizar sin perjuicio del bien ajeno.

Por la función atributiva, el ordenamiento jurídico asigna proporcionalmente los recursos económicos y no económicos (bienes, servicios, derechos) a los individuos y a la colectividad para la satisfacción de sus intereses. A esa asignación de los recursos económicos y no económicos que el ordenamiento jurídico les hace a los miembros del grupo social se la conoce asimismo como función distributiva del Derecho. A esta

²³ BOBBIO, Norberto, *La función promocional del derecho* (citado por VIGO, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, ob. cit., p. 142).

²⁴ REALE, Miguel, *Introducción al derecho*, 6.^a ed., Madrid: Pirámide, 1984, p. 65.

le corresponde el núcleo central del Derecho civil, pero también partes del Derecho administrativo, del comercial, del tributario, etc.²⁵.

Los variados intereses humanos que reclaman protección jurídica se reducen a estas dos categorías: de libertad y de cooperación (RECASÉNS SICHES). Por los intereses de libertad las personas sienten el deseo de estar libres de interferencias, de obstáculos, ataques, peligros, tanto en su vida material como espiritual, individual y social; por los intereses de cooperación se procura obtener ayuda o asistencia de otras personas, individuales o colectivas, privadas o públicas, para realizar los fines que no pueden ser cumplidos o no pueden serlo satisfactoriamente sin dicha colaboración. El Derecho actúa como tapia o cerca que defiende el ámbito de libertad contra indebidamente intromisiones, y otras veces como bisagra o engranaje que articula en obra de colaboración las actividades de dos o más personas. De los variadísimos intereses que el ser humano quiere satisfacer, unos están reconocidos por el Derecho y otros no. Los no reconocidos aún presionan para obtener su reconocimiento, mientras que los reconocidos se esfuerzan por ampliar el ámbito de su protección o decaen progresivamente. Los intereses reconocidos se denominan *derechos subjetivos*. El Derecho positivo tiene la función (tarea) de atribuir los derechos subjetivos como instancia determinante de aquello a lo cual el ser humano debe atenerse en sus relaciones con los demás (certeza), sabiendo que eso tendrá que ocurrir forzosamente porque será impuesto por la fuerza en caso necesario (seguridad).

El Derecho, al regular los intereses individuales y sociales, debe hacerlo de tal manera que todos y cada uno de los miembros de la colectividad sepa a qué atenerse.

25 TARELLO explica que las funciones fundamentales del Derecho en el Estado moderno son tres: la represión de los comportamientos socialmente peligrosos; la atribución de bienes y servicios, y la institución del poder. Las sociedades primitivas han conocido sobre todo la primera de las tres funciones (la represiva); la sociedad menos primitiva ha conocido también la segunda (la atributiva); la sociedad moderna también la tercera (la de la organización del poder público). Estas tres funciones han determinado la enucleación del ordenamiento jurídico en sectores, en los cuales el Derecho viene subdividido; en particular: a) a la función represiva, corresponde el núcleo del Derecho penal (también extensas partes del Derecho administrativo y del Derecho tributario); b) a la función atributiva corresponde el núcleo central del Derecho civil, el Derecho comercial, el laboral, etc. (pero también partes extensas del Derecho administrativo y del tributario) y c) a la función institutiva del poder corresponde una parte del derecho constitucional, casi todo el cuerpo del Derecho procesal, parte notable del Derecho administrativo y del Derecho tributario. Sin embargo, el contenido de la división del Derecho positivo en sectores corresponde, solo en modo imperfecto e impreciso, a las tres funciones que, en el Estado moderno, cumple el conjunto de las reglas que se llaman Derecho. La partición tradicional del Derecho en sectores es, sobre todo, el resultado de procedimientos culturales históricos surgidos para responder a las exigencias de épocas en las cuales no todas las funciones antes mencionadas eran sentidas como funciones de esto que ahora llamamos Derecho (TARELLO, Giovanni, "Organizzazione giuridica e società moderna", en AMATO, Giuliano; Augusto BARBERA y Carlos FUSARO, *Manuale di diritto pubblico*, 4.^a ed., Bolonia: Il Mulino, 1994, p. 21).

“No hay Derecho sin seguridad; pero, además, el Derecho debe ser justo, porque lo que importa asegurar no es cualquier cosa, sino un orden que precisamente sea justo”²⁶.

Lo que interesa es que exista una regulación cierta y fija de necesario cumplimiento, esto es, que exista un Derecho que señalándole la esfera de lo lícito y las consecuencias de lo ilícito le garantice que no ha de ser objeto de persecución o despojo. El logro de la seguridad y certeza en la vida de relación social es función del Derecho, el cual, para lograrlo, debe ser estable; pero ello no impide que vaya cambiando al compás de las nuevas circunstancias y necesidades sociales.

El ordenamiento jurídico, al establecer el Derecho que corresponde a cada uno de los miembros de la colectividad, debe hacerlo de tal manera que se logre satisfacer las necesidades de certeza, seguridad, justicia, de mejora y cambio progresivo. Si así lo hace, habrá logrado la paz social con justicia.

204.8. Función de cambio social

El derecho emerge en el interior de unas relaciones sociales establecidas; por tanto, debe mantenerlas. Pero el Derecho también cumple la misión creadora de nuevas relaciones sociales o de transformación de las existentes. Es un instrumento de educación, de persuasión moral y de creación de un clima favorable para el cambio social, esto es, para el cambio en el comportamiento.

Mediante el Derecho se pueden modificar el sistema educativo, el económico, las relaciones familiares, las condiciones para el ejercicio de la libertad personal, de asociación, de expresión, etc.; sustituir valores y estructuras existentes, suprimir o modificar usos y costumbres. Por su conducto se adecúa el uso de los recursos humanos, naturales, financieros, científicos, etc., para la modernización del Estado. Una vez que el poder político toma la decisión de llevar a cabo el cambio social, la función del Derecho como herramienta que orienta y facilita tal cambio es decisiva, pues se tendrán que hacer las modificaciones legales y crear el nuevo Derecho que institucionalice el cambio. Si este se origina en un acto revolucionario, al poder político le es dable no usar el aparato represivo del Estado y utilizar el Derecho para producir el cambio pretendido por los revolucionarios, restableciendo de este modo la paz social. Si las fuerzas revolucionarias derrocán al poder político y rompen la institucionalidad jurídica existente, el nuevo poder político usa el Derecho como instrumento indispensable para poder cumplir las transformaciones que se ha propuesto.

Es verdad que el Derecho tiene como contenido material la vida humana social, pero también es verdad que él influye en la vida social humana. El ser humano real

tiene que adecuar su comportamiento a los esquemas de comportamiento establecidos por el Derecho. Como opina PECES-BARBA²⁷:

Sobre la base del aprendizaje, en que consiste la inserción en la sociedad, en este caso a través del Derecho, el hombre real teórico, es decir, el que hubiera existido sin una norma que orientase su actuación, se desvanece y el *homo jurídicas* se irá convirtiendo en el hombre real.

El Derecho configura la vida social humana acercándose en lo posible al comportamiento que sería el natural y espontáneo de cada hombre en el momento histórico y cultural de que se trate, para no caer en un formalismo separado de la realidad. “Cuanto más avanzadas son las sociedades menos espacio hay para la acción espontánea y natural del hombre y más para la acción pautada y orientada por las normas jurídicas”.

204.9. Función de materialización de los ideales de justicia

Los mandatos contenidos en el Derecho no son fórmulas puramente convencionales, productos del azar o del capricho, sino ajustados a unos principios de justicia que deben ser acatados por los sujetos y puestos en práctica por la comunidad en las variadas relaciones de la vida social.

El Derecho positivo es el instrumento para la aplicación de la justicia. Él no establece un orden cualquiera sino un orden justo. No puede existir derecho desprovisto de todo contenido ético, pues su tarea constante ha sido, es y será siempre la búsqueda de la justicia.

205. Consecuencias del análisis funcional del derecho

Señalamos aquí algunas consecuencias derivadas de la teoría funcional del derecho expuestas por BOBBIO²⁸.

Como consecuencia de que la realidad humana comprende la realidad jurídica, la ética, la económica, etc., se supera el juridicismo que consideraba que el Derecho puede estudiarse puramente. La teoría funcional advierte que el Derecho, además de su estructura formal, tiene dimensiones políticas, éticas, económicas, etc. El conocimiento de él supone aceptar las intrínsecas vinculaciones que con el saber jurídico guardan los otros saberes prácticos, en particular el ético.

27 PECES-BARBA, Gregorio, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2.^a ed., Madrid: Debate, 1984, p. 67.

28 VIGO, Rodolfo Luis, “La teoría funcional del derecho en Norberto Bobbio”, en Vigo, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, ob. cit., p. 125 y ss.

Se supera la insuficiencia del formalismo jurídico que caracteriza al derecho no por la *materia* de la regulación, sino por la *forma* de esta, o sea, la regulación mediante el poder coactivo. Desde el ámbito de la teoría funcional, la definición del Derecho debe referirse al contenido y a los fines o valores.

Para el normativismo, un hecho es jurídico cuando es considerado en función de una norma jurídica que le atribuye determinadas consecuencias. La teoría funcional privilegia en el Derecho su dimensión axiológica (*iustnaturalismo*) y su dimensión social; el hecho jurídico es un hecho social (realismo o sociologismo). Las normas no solo deben tener una validez formal, sino una validez efectiva. El normativismo recurre a la norma hipotética para fundar la validez del ordenamiento jurídico; la teoría funcional explica el fundamento del ordenamiento por la vía del poder. La teoría funcional reconoce un repertorio diversificado de fuentes del Derecho; rompiendo el monopolio legislativo del positivismo, da lugar a la creación jurídica por vía de las asociaciones, sindicatos, etc. El jurista no tiene como tarea principal la interpretación del derecho, sino la búsqueda de este. La teoría funcional establece como objeto de la ciencia jurídica no tanto las reglas, sino los mismos hechos sociales; de estos, las reglas jurídicas son sus valoraciones.

Con la teoría funcional se atenúa la concepción coactivista. Para reforzar sus normas, el Derecho no solamente recurre a la coacción, sino también a medios persuasivos, preventivos, a las normas de alentamiento y a otros elementos propios del consensualismo. BOBBIO distingue entre medidas directas de control social, destinadas a imposibilitar o hacer necesario determinado comportamiento, y las medidas indirectas de facilitación u obstaculización de otros comportamientos. Además de estas medidas, están las sanciones que aparecen cuando el comportamiento ya ha sido realizado.

Con la consideración del fin como una dimensión del Derecho y con la revaloración del papel del juez y de la jurisprudencia valorativa y creadora, se superan: el positivismo que afirma que las leyes válidas deben ser obedecidas incondicionalmente, es decir, con independencia de su contenido; el positivismo que reduce el Derecho al Derecho estatal, y que ha definido al Derecho no por la materia, sino por los procedimientos con los cuales se puede regular un sector de comportamientos humanos; el positivismo que en cuanto al método científico prescinde del *Derecho que debería ser* y se dirige al *Derecho que es*, pretendiendo estudiarlo sin recurrir a los juicios de valor. El conocimiento del Derecho no puede prescindir de los aspectos sociológicos, políticos y valorativos, con los cuales es probable que el saber jurídico pierda rigurosidad y sistematicidad, pero que seguramente ganará en realismo y veracidad.

XIV

CAPÍTULO

TÉCNICAS JURÍDICAS

206. Concepto general

La palabra *técnica* viene de la voz griega *tejnē* o *tekhnē*; es el conjunto de principios, reglas, procedimientos, recursos o habilidades prácticas, destreza o ingenio, y, en general, todos los medios de que se sirve el ser humano para realizar algo: una investigación científica, una obra de arte, producción de bienes y servicios, formulación y aplicación del Derecho, etc.

Según el diccionario de la Real Academia Española, *método* es el procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla (véase cap. IV)¹. Puede ser analítico o sintético. Y *técnica* es el conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o arte. El *método* es el conjunto de procedimientos o etapas que nos indican cómo se plantea un problema y cómo se formulan y resuelven las hipótesis. Cada etapa o proceso del método contiene sus propias *técnicas* que aportan las vías adecuadas para la utilización de los instrumentos, la recolección de datos y su procesamiento, análisis, interpretación y exposición. Existen las técnicas de obtención de información documental, de investigación de campo (recoger, registrar y elaborar datos), de investigación en laboratorio, técnicas métricas (estadísticas, de medición

¹ En opinión de DU PASQUIER, el método científico es el procedimiento, los medios o recursos que se utilizan para lograr el conocimiento de validez científica, en los distintos campos de la realidad de la naturaleza, la sociedad o del hombre (DU PASQUIER, *Introducción al derecho*, 3.^a ed., traducción por Julio Ayasta González, Lima: Justo Valenzuela, 1983, p. 7 y ss.).

ZELAYARÁN: "El método de investigación científica, es el procedimiento lógico, que debe seguir el pensamiento, en la búsqueda de nuevos conocimientos, sobre algún objeto o fenómeno concreto, desde el planteamiento del problema de conocimiento hasta la elaboración del informe de investigación" (ZELAYARÁN DURAND, Mauro, *Metodología de investigación jurídica*, Lima: Ediciones Jurídicas, 1997, p. 143).

de tendencias y coeficientes de correlación, etc.). A su vez, las técnicas contienen a las *estrategias* que son acciones de política del investigador que permiten el correcto empleo de las técnicas. Por ejemplo, cuando una población (unidad de análisis) por razones ideológicas, políticas, religiosas o de cualquier otra índole se resisten a ser encuestadas, el investigador traza sus propias estrategias para inducir a la población a aceptar la encuesta y responder a las interrogantes.

En el fondo, el sinónimo de *técnica* es *método*. Si el método científico “es un procedimiento que se aplica al ciclo entero de la investigación en el marco de cada problema de conocimiento”², no encontramos mayor diferencia con la técnica, que también es el procedimiento lógico, como se dice, de cada una de las etapas del método que conduce al investigador a descubrir la verdad. Los métodos inductivo, deductivo, experimental, histórico, etc., no son otra cosa que técnicas de investigación. *Arte* es el método o conjunto de preceptos y reglas necesarios para hacer bien alguna cosa. En este sentido, la técnica es un arte. El término *arte* tiene una significación más amplia. Así, se refiere a destreza, habilidad, talento; se le dice también arte a un aspecto de la realidad entendida estéticamente; conjunto de obras artísticas, bellas artes, pintura, escultura, arquitectura, música, literatura, etc.

La naturaleza de los problemas de investigación está determinada por la naturaleza de la ciencia a la cual pertenecen ellos. Esta naturaleza, a su vez, determina la del método o métodos que van a utilizarse en la investigación. Cada problema tiene su propio método de estudio. Por ejemplo, la matemática (ciencia abstracta y exacta) exige métodos de investigación distintos de los utilizados por las ciencias naturales o por las ciencias sociales. La determinación del método implica la determinación de los instrumentos para utilizarse en el trabajo investigatorio: equipos, insumos, reactivos, estadísticas, entrevistas, estudio de expedientes, etc.³

La *técnica jurídica* consiste en la utilización idónea del conjunto de procedimientos, reglas, principios y habilidades que facilitan la investigación, elaboración, modificación, interpretación, integración y aplicación del Derecho. Hay la técnica legislativa, la jurisdiccional, la forense, la de investigación jurídica⁴. La técnica no es

2 BUNGE, Mario, *La investigación científica, su estrategia y su filosofía*, Barcelona: Omega, 1978, p. 27.

3 “El método es el ‘vehículo’, la hipótesis, el motor que nos conduce a descubrir la verdad y el investigador, el conductor de dicho ‘vehículo’ que articula coherentemente, instrumentos, materiales, técnicas para lograr los objetivos previamente establecidos” (TORRES BARDALES, C., *El proyecto de investigación científica*, Lima: Editorial San Marcos, 1997, p. 22).

4 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Ciudad de México: Porrúa, 1967, p. 317: “La técnica jurídica consiste en el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos que aquél persigue. Pero como estos se obtienen por formulación y aplicación de normas, tendremos que distinguir la técnica de formulación y la de aplicación de los preceptos de derecho. La primera, a la que suele darse el nombre de técnica legislativa, es el arte de la elaboración o formación de las leyes; la segunda atañe a la aplicación del derecho objetivo a casos singulares”.

sino un instrumento de que se vale el Derecho para alcanzar sus objetivos y como tal debe estar sometida a esos objetivos superiores.

207. Técnica legislativa

207.1. Concepto

La técnica legislativa está constituida por el conjunto de procedimientos y medios adoptados para la elaboración o formación de las leyes.

Abarca un largo proceso, desde la comprobación de la necesidad de regular determinado sector de la realidad social hasta el momento en que la ley entra en vigencia.

La Constitución y el reglamento del Congreso estipulan los procedimientos y reglas que se deben cumplir en la generación de la ley en sus diversas etapas. Estas comprenden desde la presentación del proyecto de ley hasta la eventual observación que puede formular el presidente de la República dentro de los 15 días de recibida la *autógrafo* (transcripción del proyecto aprobado en el pleno del Congreso, y que es remitido con las firmas del presidente y el vicepresidente del Congreso, al presidente de la República).

El proceso de generación de una ley contiene: 1) la admisión del proyecto, su estudio y dictamen en comisiones; 2) pase del dictamen a la orden del día; 3) acuerdo del consejo directivo para debatir el proyecto, en sesión del pleno; 4) debate y aprobación por votación en el pleno; 5) firma de la *autógrafo*; 6) eventual observación de la ley por el presidente de la República, e 7) insistencia o modificación. Algunas de estas etapas son omisibles o dispensables, por ejemplo, el proyecto puede ser dispensado del trámite de dictamen de comisiones.

207.2. El Derecho como ciencia, como política y como arte

El conjunto de normas jurídicas que componen el ordenamiento jurídico escrito es el producto de una elaboración consciente que: 1) tiene en cuenta factores sociales, económicos, culturales, políticos, etc., los cuales van a constituir el contenido de las normas; 2) consideraciones políticas de conveniencia y oportunidad de dar la norma, y 3) utiliza procedimientos técnicos para que los factores sociales sean traducidos, conceptualizados, en normas jurídicas (leyes, decretos, sentencias, etc.). El derecho es ciencia cultural, política y técnica. La elaboración de las normas requiere de tres tipos de actividades: una científica, otra política y otra técnica.

- a) *Actividad científica.* Las ciencias jurídicas estudian la realidad social que va a constituir el contenido de las normas (véase cap. IV): las condiciones sociales,

económicas, culturales, geográficas, morales, históricas y políticas. Establecen ¿qué desean los miembros de la comunidad?, ¿cuáles son sus aspiraciones?, ¿para cuáles intereses exigen protección legal?, ¿en qué forma prefieren que se otorgue dicha protección? Legislar sin conocer la realidad, recurriendo al fácil recurso de la importación de leyes extranjeras elaboradas para regular realidades distintas, sin adecuarlas a la realidad social en la que van a regir, ha dado lugar a la creación de un Derecho formal que no rige, y que ya se ve rebasado por el Derecho informal que sí tiene vigencia efectiva en muchos sectores de la sociedad. Esto no significa que se debe ir al otro extremo, es decir, rechazar todo lo que es extranjero, lo cual sería un gravísimo error, porque existe la imperiosa necesidad de conocer los avances técnicos, científicos y humanos de otros países a fin de legislar de acuerdo con la realidad actual en la que se internacionaliza lo económico, social y cultural, lo delictivo, lo que conduce también a la internacionalización del Derecho. Así como el ser humano no puede vivir fuera de la sociedad, así también los países no pueden existir aislados del contexto mundial. Ahora los países son interdependientes los unos de los otros. Pero eso sí, las leyes extranjeras no se pueden adoptar sin previa adecuación a las particularidades de la realidad a la que van a regir.

La dación de nuevas leyes o la modificación de las existentes exige también un estudio del ordenamiento jurídico vigente en el cual se va a integrar la ley que se va a dar. Legislar sin conocer el ordenamiento positivo, recurriendo al fácil uso la consabida frase: “Quedan derogadas todas las demás normas que se opongan a la presente ley”, ha llevado a complicar extraordinariamente el ordenamiento legal con su consiguiente devaluación.

- b) *Actividad política.* La política del Derecho⁵ o política jurídica analiza la necesidad, conveniencia y oportunidad de dar nuevas leyes o de derogar o modificar las existentes de acuerdo con los requerimientos de la opinión pública. Depende mucho del análisis político el hecho de que la sociedad cuente con normas jurídicas eficaces, convenientes y oportunas.

Los aportes de la ciencia y de la política son evaluados conforme a criterios de justicia, seguridad, bien común, utilidad, etc.

- c) *Actividad técnica.* Está destinada a dar forma de normas jurídicas a los objetivos de la ciencia y de la política del Derecho. En otras palabras, mediante esta actividad técnica la realidad social es conceptualizada en normas jurídicas. La ciencia y la política aportan el contenido y fines del *Derecho*, mientras que

5 Si la política y la ciencia política miran en general a la realización de los fines de la comunidad mediante la acción del Estado y de otros centros de poder, la política del Derecho indaga las formas y los medios jurídicos más adecuados a la consecución de aquellos fines (REALE, *Introducción al derecho*, 6.^a ed., Madrid: Pirámide, 1984, p. 242).

la técnica jurídica convierte a este contenido y fines en normas que se hacen valer por medio de la fuerza, expresadas bajo el esquema: “Si A es, debe ser B”. Como dicen MOUCHET y ZORRAQUÍN⁶: “[E]l estudio científico y la política solo dan la materia prima de la norma: la técnica la moldea, la adapta y la transforma para lograr la realización práctica” de los propósitos del Derecho.

Se evidencia que la elaboración del Derecho es a un mismo tiempo ciencia, política y técnica. Como ciencia establece el contenido y fines, como política evalúa la oportunidad, y conveniencia de legislar, y como técnica esos contenidos y fines son transformados en normas imperativas, valiéndose para ello de normas técnicas.

El Derecho es técnica no solamente en el proceso de elaboración, sino también en el de su interpretación y aplicación. Hay reglas técnicas para su elaboración y otras para su interpretación e integración con fines de su aplicación por los jueces, abogados, funcionarios y todos cuantos tienen que aplicar las normas jurídicas a la solución de casos concretos.

207.3. Técnica de elaboración

Como ha quedado expuesto, la técnica de elaboración del Derecho consiste en su formulación mediante normas imperativas respaldadas por la fuerza coactiva del Estado.

El legislador da forma de normas jurídicas a los aportes de la ciencia y de la política del Derecho, sin perjuicio de que él tome conocimiento directamente de la realidad y de la necesidad de regularla o porque estas son evidentes y de conocimiento público. Muchas veces es la presión de la opinión pública o de los llamados grupos de presión (*lobbies*) lo que determina las opciones normativas de los legisladores.

207.4. Procedimientos de la técnica de elaboración

En la elaboración de las leyes hay procedimientos materiales o externos y procedimientos intelectuales o internos.

207.4.1. Procedimientos materiales

Los procedimientos materiales se refieren a las formalidades que es menester utilizar para revestir de signos exteriores a la voluntad del legislador, a fin de garantizar los resultados pretendidos.

6 MOUCHET Carlos y Ricardo ZORRAQUÍN, *Introducción al derecho*, 12.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 151.

La ley debe ser expresada en un lenguaje adecuado, de significado preciso y constante, procurando la claridad y prefiriendo la sencillez al exagerado tecnicismo, puesto que la ley se presumirá conocida por todos, sin que nadie pueda excusarse de su cumplimiento alegando ignorarla.

El mismo ordenamiento jurídico establece los límites formales y materiales para la creación de normas jurídicas.

Las reglas técnicas para la creación de leyes por el Congreso, como hemos dicho antes, están contenidas en la Constitución y en el reglamento del Congreso. El procedimiento legislativo se desarrolla, por lo menos, en las siguientes etapas: a) iniciativa legislativa; b) estudio en comisiones; c) debate en el pleno, y d) aprobación y promulgación. Las reglas técnicas contenidas en la Constitución son las siguientes:

- Ningún proyecto de ley puede sancionarse sin haber sido previamente aprobado por la respectiva comisión dictaminadora, salvo excepción señalada en el reglamento del Congreso. Tienen preferencia los proyectos enviados por el Poder Ejecutivo con carácter de urgencia (art. 105).

Con la iniciativa legislativa se pone en movimiento la maquinaria legislativa. Por ella, los ciudadanos y las instituciones señaladas por la Constitución tienen capacidad para presentar proyectos de ley (llamados también *proposiciones de ley*) ante el Congreso. Los artículos 75 y 76 del reglamento del Congreso detallan los requisitos que deben contener los proyectos de leyes y de resoluciones legislativas:

No se puede debatir ninguna proposición de ley que no tenga dictamen, salvo que lo dispense la mitad más uno del número de los representantes presentes en el Congreso, previa fundamentación por escrito del congresista o de los congresistas que soliciten la dispensa (art. 78 del reglamento del Congreso).

La comisión dictaminadora verificará que el proyecto de ley cumpla con los requisitos señalados por el reglamento, luego calificará el fondo del proyecto, estando facultada para rechazarlo de plano y archivarlo (art. 77 del reglamento).

- Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución. Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso (art. 106).
- El presidente de la República y los congresistas tienen Derecho de iniciativa en la formación de las leyes. También tienen el mismo Derecho en las materias

que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los municipios y los colegios profesionales. Asimismo, lo tienen los ciudadanos que ejercen el Derecho de iniciativa conforme a ley (art. 107).

- La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el presidente de la República, la promulga el presidente del Congreso, o el de la comisión permanente, según corresponda. Si el presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a este en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso (art. 108).
- La ley debe ser publicada. La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte (art. 109).

El art. 80 del reglamento del Congreso dispone que, si el presidente de la República no tiene observaciones al proyecto de ley o resolución legislativa aprobada por el Congreso, “promulga la ley o resolución legislativa, ordenando su publicación”. Si vencido el término de 15 días el presidente de la República no promulga la ley, la promulga el presidente del Congreso. “La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición distinta de la misma ley que establezca un mayor periodo de *vacatio legis* en todo o en parte”.

207.4.2. Procedimientos intelectuales

Los procedimientos intelectuales se refieren a la formulación o utilización de conceptos, construcciones, presunciones y ficciones, mediante un esfuerzo de abstracción y generalización para resolver la multitud de casos concretos que se presentan en la realidad.

Como no es posible regular caso por caso la inmensa variedad de relaciones particulares que se dan en la sociedad y tampoco es posible dejar libradas estas situaciones a la decisión arbitraria del juez, pues se atentaría contra la seguridad jurídica que es uno de los fines del Derecho, se recurre a abstracciones del espíritu impuestas por razones técnicas de imaginar soluciones con el fin de aprehender la multiforme realidad. Los medios o procedimientos utilizados con tal fin son los siguientes:

- a) *Los conceptos.* El jurista, el abogado, el juez y el legislador están manejados por una serie de ideas y nociones de carácter fundamental, acerca de las cuales no le da cumplida explicación la ciencia jurídica. Por ejemplo, el concepto de

norma, relación jurídica, constitución, crédito, capacidad natural, etc. La ciencia jurídica se edifica sobre estos supuestos. De este modo, “la ciencia jurídica –dice Recaséns⁷– aparece manca, como algo fragmentario en cuanto a su base misma, de la cual no puede ofrecer una explicación satisfactoria. Esta penuria no es exclusiva de la disciplina jurídica, antes bien, común a todas las ciencias particulares, pues ninguna es capaz por sí sola de fundamentarse a sí misma, de explicar sus propios supuestos. Porque todo conocimiento científico particular es fatalmente limitado, fragmentario y dependiente”.

Los conceptos utilizados por la ciencia jurídica pueden coincidir con la idea común o vulgar o ser modificados por el Derecho para darles mayor precisión o por exigirlo así razones de orden técnico. Así, la compraventa es tal si hay un precio en dinero, porque si él se paga con otro bien es permuta; hay contrato de trabajo cuando existe una relación de dependencia entre patrono y trabajador; si no hay relación de dependencia entre estos dos sujetos, el contrato es de locación de servicio; la herencia es testamentaria si hay testamento, sino es *ab intestato*, etc.

Unas veces el Derecho delimita los conceptos *cuantitativamente*. Así, es necesario establecer cuándo un niño o un adolescente cuenta con suficiente discernimiento para ejercer personalmente sus derechos, pero como esta condición es infinitamente variable y difícil de establecer en cada caso individual, el Derecho recurre a la idea de capacidad, que mediante la técnica jurídica queda fijada en un momento preciso, indiscutible y fácil de demostrar. La idea de capacidad queda convertida así en el concepto “capacidad de ejercicio” o “mayoría de edad”, que el ordenamiento lo fija cuantitativamente al disponer que se adquiere al cumplir dieciocho años de edad (CC, art. 42). Del mismo modo, se fijan los plazos procesales, los de prescripción y caducidad, el *quorum* para las deliberaciones de los órganos colegiados de gobierno de las personas jurídicas, etc.

Otras veces, la delimitación de los conceptos es *cualitativa*, con frecuencia mediante la enumeración de los elementos o los casos que integran el concepto. El Derecho penal está edificado sobre este procedimiento, pues no hay delito ni pena si el hecho no está previamente tipificado en la ley penal y si esta no señala la pena que es aplicable (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). También se utiliza esta forma de delimitación en otras ramas del Derecho, verbigracia, la delimitación de la competencia de los jueces sobre la base de la materia (penal, civil, etc.), enumeración de los actos que no pueden realizar determinados fun-

7

DEL VECCHIO, Giorgio y Luís RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Uteha, 1946, p. 28.

cionarios públicos (ejemplo, el presidente de la República no puede adquirir los bienes nacionales), las causales de indignidad para suceder, etc.⁸

- b) *Las construcciones jurídicas.* Son procedimientos que abstraen, de las normas existentes y de los conceptos, una idea más amplia que permita explicarlos y crear nuevas normas jurídicas que subsuman a todos los conceptos de su género. Por ejemplo, el concepto de persona jurídica es una construcción técnica que ha permitido reunir en un solo grupo de normas la regulación de instituciones tan diversas como el Estado, la Iglesia, fundaciones, sociedades, asociaciones, cooperativas, etc. GARCÍA⁹ menciona, como ejemplo, el siguiente hecho: Que desde aquel histórico Ordenamiento de León, o “Pacto de Sobrado”(1188), que consagró la inviolabilidad domiciliaria, se fue instituyendo lo que hoy se denomina como derechos humanos; el mismo que, como regla jurídica aglutinadora, parte de la existencia de facultades ínsitas para defender su dignidad. Dentro de él se encuentran aglutinadas todas las atribuciones y libertades coherentes con ese criterio unificador.

Hay construcciones jurídicas sistemáticas, como es el caso de los ejemplos mencionados, y las hay también creadoras de nuevas normas jurídicas, verbi gracia, el enriquecimiento sin causa o indebido, la protección del titular aparente de derechos.

Estas construcciones permiten dar una mayor sistematización a las normas existentes, facilitando su exposición y manejo, así como la obtención de nuevas soluciones mediante el procedimiento de la analogía.

- c) *Las presunciones.* Son reglas establecidas conforme a un razonamiento que admite como verdadero lo que no es más que probable. La presunción convierte en Derecho lo que no es más que una suposición fundada en lo que generalmente ocurre en la realidad.

La presunción unas veces es susceptible de demostración contraria (*iuris tantum*) y otras es inatacable (*iuris et de iure*).

La presunción *iuris tantum* es la que admite prueba en contrario. Surte efecto mientras no se demuestre su falsedad o su inexactitud, pues la verdad que establece es únicamente provisional. Algunas disposiciones legales sobre presunciones están prescritas con las condiciones de “salvo pacto en contrario”, “salvo disposición contraria”, “salvo prueba en contrario”. Por ejemplo, para la calificación del régimen de los bienes dentro del matrimonio rige la presunción que dice: “Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en con-

8 MOUCHET y ZORRAQUÍN, *Introducción al derecho*, ob. cit., pp. 159 y 160.

9 GARCÍA TOMÁ, Víctor, *Introducción a las ciencias jurídicas*, 2.^a ed., Lima: Jurista, 2007, p. 73.

trario” (CC, art. 311.1); “se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor” (CC, art. 1329).

La presunción *iuris et de iure* es una suposición legal que no admite prueba en contrario. Mejor dicho, ya no es una presunción, sino una verdad legal que no está sujeta a demostración. Verbigracia, “el hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera” (CC, art. 362).

- d) *Las ficciones.* Estas se apartan por entero de la realidad, convirtiendo en verdad lo que es evidentemente falso, como el sostener que las leyes se reputan conocidas por todos, que las naves y aeronaves son inmuebles (CC, art. 885.4), cuando por su naturaleza son muebles, etc.

207.5. Técnica de sistematización de las normas jurídicas

Las normas son agrupadas sistemáticamente de acuerdo con jerarquías, ramas del Derecho, instituciones y categorías jurídicas.

- a) *Las jerarquías:* las normas que integran el ordenamiento jurídico de un país están sistematizadas, comenzando por las normas más generales, pasando por las de menor generalidad hasta llegar a las normas más especiales. De suerte que una norma especial encuentra su fundamento en una general y esta en otra de mayor generalidad.
- b) *Las ramas del derecho:* dentro del ordenamiento se forman subordenamientos integrados por la agrupación sistemática que se hace de las normas conforme a las ramas en que se divide el derecho (constitucional, civil, penal, laboral, tributario, etc.).
- c) *Las instituciones jurídicas:* a su vez, dentro de cada subordenamiento o rama del Derecho se forman agrupaciones sistemáticas de normas reguladoras de un *conjunto* de situaciones jurídicas que tienen una finalidad común. Así, la familia, la sucesión, los derechos reales, etc.
- d) *Las categorías jurídicas:* finalmente, dentro de cada institución jurídica, las normas son agrupadas sistemáticamente a fin de regular *determinada* situación jurídica. Por ejemplo, la patria potestad dentro del Derecho de familia, el testamento dentro del derecho de sucesiones, cada uno de los contratos dentro del Derecho de contratos, etc. La patria potestad, el testamento y el contrato son categorías jurídicas que el Derecho regula en forma minuciosa. Esta técnica permite agrupar en forma ordenada todas las normas que se refieren a una misma situación jurídica.

208. Técnica jurisdiccional

Está constituida por los procedimientos y requisitos técnicos a que debe ajustarse el juez para la aplicación del Derecho. Esta técnica ha sido señalada especialmente en el Derecho procesal, que indica todos los pasos que se deben dar desde la interposición de la demanda hasta la conclusión del proceso con una decisión definitiva con calidad de cosa juzgada.

El juez competente debe empezar por conocer los hechos en detalle para luego aplicar el Derecho, sobre el cual debe estar permanentemente actualizado. Tanto en el conocimiento de los hechos como en la aplicación del Derecho debe sujetarse a los requisitos y trámites procesales.

En una primera etapa el juez averigua y depura los hechos, para establecer la verdad. Y en una segunda etapa averigua la norma vigente aplicable, determinando, mediante interpretación, el sentido de ella, o integrando el Derecho legislado si fuera necesario.

En la técnica jurisdiccional es determinante la personalidad del juez. No cabe duda de que la actividad de administrar justicia es la más noble y la más difícil de todas las profesiones; por ello la deben desempeñar por personas que tengan verdadera vocación por la justicia, y no por aquellas que han encontrado en el oficio de juez una actividad que les asegura la percepción quincenal o mensual de un sueldo. Su función de atribuir a cada uno su derecho se confunde con la definición de la justicia: “Dar a cada uno lo suyo”. El juez debe ser un hombre probo, que actualiza permanentemente sus conocimientos requeridos por su profesión, imparcial, independiente y, sobre todo, honesto. Como expresa CALAMANDREI¹⁰:

El buen juez pone el mismo escrúpulo para juzgar todas las causas, aun las más humildes; sabe que no existen grandes y pequeñas causas, porque la injusticia no es como aquellos venenos de los que cierta medicina afirma que tomados en grandes dosis matan, pero tomados en dosis pequeñas curan. La injusticia envenena aun en dosis homeopáticas.

Las *Partidas* de ALFONSO X el Sabio exigen que los jueces “sean leales e de buena fama, e sin mala cobdicia. E que ayan sabiduría, para juzgar los pleytos derechamente por su saber, o por uso de luego tiempo [...]” (Partida, III, t. IV, I. III).

Señalemos algunas de las reglas técnicas de aplicación del Derecho por los jueces a la solución de los casos sometidos a su decisión:

10 CALAMANDREI, Piero, *Elogio de los jueces*, traducción de la obra italiana *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Buenos Aires: Ejea, 1980, p. 348.

- a) *No hay jurisdicción sino en virtud de la ley:* la potestad jurisdiccional del Estado la ejerce el Poder Judicial con exclusividad (art. 1 del CPC). La función jurisdiccional es indelegable y su ámbito abarca todo el territorio de la república. 1). El juez, para declarar el Derecho, debe tener jurisdicción y competencia (civil, penal, laboral, etc.), a fin de resolver el caso sometido a su decisión.

La justicia penal se administra a nombre de la nación por los órganos jurisdiccionales competentes y en instancia plural. Los jueces penales son independientes en el ejercicio de su función jurisdiccional y solo están sujetos a la Constitución y a la ley. Deben garantizar la igualdad procesal (CPP, art. I. 3 del título preliminar). La acción penal es de naturaleza pública. Su ejercicio corresponde al Ministerio Público, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley (CPP, art. IV del título preliminar). El Código Procesal Penal establece las reglas técnicas que se deben cumplir en todas y cada una de las diligencias. De acuerdo con estas reglas, la etapa de la instrucción se caracteriza por ser reservada, de prueba desordenada, preferible que sea escrita y de duración determinada; en cambio, la etapa del juicio es pública, oral, de prueba ordenada y de duración indeterminada.

- b) *Tutela jurisdiccional efectiva:* “Toda persona tiene Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso” (CPC, art. I del título preliminar).
- c) *Dirección e impulso del proceso:* “El juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia” (CPC, art. II), salvo los casos que están exceptuados del impulso de oficio.
- d) *Fines del proceso e integración de la norma procesal:* el juez es el encargado, en un proceso, de velar para que se realice la justicia y está facultado para integrar la norma procesal en caso de vacío:

El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social con justicia. En caso de vacío o defecto de las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del Derecho procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso (CPC, art. III).

- e) *Los jueces no pueden proceder de oficio, sino a requisición de parte:* “El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficial ni quien defiende intereses difusos” (CPC, art. IV, primer párrafo).

En materia penal, cuando se trata de delitos perseguibles de oficio, el ejercicio de la acción es pública (de oficio) por el representante del Ministerio Público.

- f) *Los jueces deben impedir las conductas ilícitas:* “Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecúan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria” (CPC, art. iv, segundo y tercer párrafos) de las partes o de los abogados en el proceso.
- g) *Los jueces deben velar por que se cumplan los principios procesales de inmediación, concentración, economía y celeridad:* “Las audiencias y las actuaciones de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión”.
- “El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales”.
 - “El juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieren”.
 - “La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica” (CPC, art. v).
- h) *Los jueces deben velar por que se cumpla el principio de socialización del proceso.* “El juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso” (CPC, art. vi).
- i) *Los jueces están en la obligación de conocer el derecho* (principio *iura novit curia*):

El juez debe aplicar el Derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes (CPC, art. vii).

- j) *Los jueces deben cuidar de que se cumpla el principio de gratuitad en el acceso a la justicia:* el acceso al servicio de justicia es gratuito, sin perjuicio del pago de costos, costas y multas en los casos que establece la ley (CPC, art. viii).
- k) *Los jueces deben resolver según el derecho vigente:* los jueces son los encargados de aplicar las normas jurídicas (leyes, costumbres, jurisprudencia, principios generales), interpretándolas razonablemente de acuerdo con la ciencia jurídica y a su conciencia, pero sin desvirtuar el Derecho que está obligado a imponer.

- l) *Las sentencias son inmodificables:* es inherente a la función jurisdiccional que los fallos definitivos (sentencias consentidas o ejecutoriadas) son inmodificables. La cosa juzgada es tenida por verdad (*res iudicata pro veritate habetur*).

De la dignidad personal del juez depende la dignidad del Derecho. Una justicia administrada por jueces sin dignidad no es justicia. El verdadero juez, al dictar su sentencia, no piensa solamente en el caso singular por resolver, sino que piensa, en términos macrosociales, que su sentencia va a servir para inducir a la conducta de los miembros de todo el grupo social por el camino recto. Al verdadero juez no le interesan tanto las normas, sino el valor al cual se orienta el Derecho. El falso juez, ante un expediente voluminoso, por no trabajar, recurre a lo más fácil, esto es, buscar cualquier pretexto para declarar la nulidad de todo lo actuado durante años. No puede haber persona más despreciable que un juez que prefiere a las formas, aun cuando no son sustanciales, antes que la verdad, que privilegia al procedimiento antes que a la justicia.

209. Técnica forense

La técnica forense es el conjunto de reglas a las cuales los abogados deben someterse en el ejercicio de su profesión.

El abogado debe comenzar por tomar conocimiento detallado de los hechos, tal cual sucedieron en la realidad. En un proceso judicial, la función básica y fundamental del abogado consiste en aportar los hechos y la prueba de estos. Los hechos son ordenados cronológicamente, tanto porque este el método más fácil de sistematizarlos cuanto porque permite determinar cuál es la ley aplicable, conforme al principio de que la ley rige todos aquellos hechos que acaecieron durante su vigencia (CC, art. III del título preliminar).

Luego viene el análisis de los hechos confrontándolos con el ordenamiento jurídico para saber si el hecho de la realidad se asimila al previsto en el supuesto normativo. Las normas jurídicas son los instrumentos con los cuales se analiza la realidad. Si el hecho de la realidad coincide con el que hipotéticamente está descrito en el presupuesto de la norma y si ese hecho real se ha verificado en su totalidad, la consecuencia jurídica cae por su propio peso, es inevitable.

Si en toda disciplina intelectual o científica —expresa ESCOBIO¹¹— se debe pensar con claridad, observar y razonar con estrictez y hablar o escribir con precisión y propiedad, en ninguna otra es todo eso más necesario que en el estudio y explanación de los temas jurídicos, tan tentadoras para las mentalidades confusas y divagadoras. Se debe evitar que al buscar fundamento en los principios más firmes y al razonar desde ellos

11 ESCOBIO, Félix R., *Abogacía (notas forenses)*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959, p. 10.

rigurosamente, y al elegir las formas más severas e inobjetables de expresión, cerremos la mente a las nuevas ideas, a la contemplación de las nuevas realidades sociales, a la consideración de las nuevas valoraciones jurídicas y de las nuevas instituciones que el proceso social viene creando o imponiendo.

Agrega ESCOBIO¹² que el estilo forense, además de ser claro y preciso, debe ser sobrio:

Conviene evitar los excesos declamatorios, las expresiones demasiado hiperbólicas o demasiado vulgares o demasiado agresivas. Pero no tiene por qué ser seco o árido; hasta las cuestiones más serias o más ardidas pueden ser expuestas con elegancia; la sobriedad no está reñida con la belleza; a veces, por el contrario, la sobriedad es belleza, o viceversa. Tampoco hay por qué sofocar el fervor y la vibración de justicia, que en ocasiones puede ser el mayor mérito de un escrito. Todo es cuestión de dominio y mesura.

La honradez —expresa DE LA LAMA¹³— “es la primera cualidad que debe adornar al abogado; sin ella, los jueces desconfían de sus defensas, y los litigantes lo buscan solo para las causas malas. ¿Quién querrá encomendar la defensa de su fortuna, de su honra o de su vida, al abogado venal y corruptible, de quien siempre hay que temer una traición, un amaño, o una connivencia? ¿Ni qué valor obtendrá en defensa de la inocencia y de la justicia la palabra desautorizada de un perverso, para quien la justicia y la inocencia son cosas sin significado, y tal vez palabra de escarnio? ¿Cómo perseguirá el crimen con seguridad y dureza el que en la crónica detestable de sus hechos se ha ofrecido más de una vez, criminal a la vista del mundo?”. De La Lama recuerda que el secreto profesional es un Derecho y un deber del abogado; debe tener amor apasionado a la justicia y firmeza inquebrantable de carácter para defender las causas justas. Debe tener gran amor al estudio y al trabajo, pues son el secreto de su éxito. La escrupulosidad en observar la verdad “debe ser tan rígida en el abogado, que en fuerza de habersele visto practicar esta virtud con la mayor constancia y estrictez, se le llegue a creer incapaz de mentir”. El abogado debe ser prudente, no puede recibir más causas que aquellas que pueda cómodamente despachar.

OSSORIO¹⁴ manifiesta que “en el abogado la rectitud de conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos. Primero es ser bueno, luego ser firme; después ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia en el último”.

12 Loc. cit.

13 DE LA LAMA, Miguel Antonio, “Retórica forense”, en *Clásicos del derecho peruano. Oratoria*, Trujillo: Normas Legales, 1994, p. 59 y ss.

14 OSSORIO Y GALLARDO, Ángel, *El abogado*, Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 22.

El abogado es un defensor de su cliente:

El abogado que pretendiese ejercer su ministerio con imparcialidad, no solo constituiría una embarazosa repetición del juez, sino que sería el peor enemigo de este; porque no llenando su cometido, que es el de oponer a la parcialidad del contradictor, la reacción equilibradora de una parcialidad en sentido inverso, favorecería, creyendo ayudar a la justicia, el triunfo de la injusticia contraria¹⁵.

MARTINEAU¹⁶, citando a Aristóteles, Cicerón y Quintiliano, nos dice que el discurso judicial del abogado debe estar distribuido en las siguientes partes; i) El *exordio*, con el cual se inicia el discurso y se predispone la atención del auditorio; se puede elaborar haciendo una apología de los jueces, elogiando el valor, sabiduría y brío de su decisión. El exordio se compone al final del estudio del expediente; ii) La *narración* de los hechos, la misma que debe ser breve, verosímil y clara; iii) La *división*, que tiene por objeto fijar la causa y establecer el punto de discusión; debe constar de dos partes: en primer lugar, el orador mostrará los puntos de convergencia entre él y su adversario. Luego de haber realizado ciertas concesiones que parecen útiles, es conveniente tocar el punto de discusión. La división debe ser breve, exacta y justa; iv) La *confirmación* que contiene las pruebas del orador y los argumentos con los que se fundamenta la tesis defendida. El argumento puede ser indicativo, o se puede utilizar el epíquema, que es un silogismo en el que cada una de las premisas está acompañada de sus pruebas; v) La *refutación*. Esta es de dos clases: a) el alegato del demandado que constituye la refutación global de la tesis del demandante; y b) la discusión de las pruebas y de los argumentos del adversario para destruirlos o debilitarlos, y; vi) La *peroración*, que es la conclusión general; está orientada a refrescar y concentrar la memoria de los jueces en los argumentos esenciales, haciendo una breve recapitulación de estos, además de suscitar la cólera de los jueces contra el adversario y provocar su compasión frente a nuestros intereses.

COUTURE, eminentе procesalista uruguayo, enuncia los siguientes mandamientos del abogado:

1. *Estudia*: el Derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.
2. *Piensa*: el Derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.
3. *Trabaja*: la abogacía es una ardua fatiga puesta al servicio de la justicia.

15 CALAMANDREI, *Elogio de los jueces*, ob. cit., p. 125.

16 MARTINEAU, Francois, *Técnicas de argumentación del abogado*, traducción por Ricardo Guevara Brin-gas, Lima: Universidad de San Martín de Porres. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2000.

4. *Lucha*: tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la justicia, lucha por la justicia.
5. *Sé leal*: leal para con tu cliente al que no debes abandonar hasta que comprendas que es indigno de ti. Leal para con el adversario, aunque él sea desleal contigo. Leal para con el juez, que ignora los hechos y debe confiar en lo que tú le dices, y que, en cuanto al Derecho, alguna que otra vez debe confiar en el que tú le invocas.
6. *Tolera*: tolera la verdad ajena en la misma medida en que quieras que sea tolerada la tuya.
7. *Ten paciencia*: el tiempo se venga de las cosas que se hacen sin su colaboración.
8. *Ten fe*: ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del Derecho; en la paz, como sustituto bondadoso de la justicia; y, sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.
9. *Olvida*: la abogacía es una lucha de pasiones. Si en cada batalla fueras cargando tu alma de rencor, llegará un día en que la vida será imposible para ti. Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota.
10. *Ama tu profesión*: trata de considerar la abogacía de tal manera, que el día en que tu hijo te pida consejo sobre su destino, consideres un honor para ti proponerle que se haga abogado.

210. Técnica de la investigación jurídica

La técnica de la investigación jurídica es el conjunto de conocimientos, reglas, procedimientos y habilidades que permiten explorar y captar el material jurídico y el que le sea conexo y pensar lo metodológicamente. Es un saber práctico al servicio de un saber científico. Cada rama del Derecho tiene su propia técnica de investigación. Pero, en el fondo, el investigar en Derecho se aprende solamente investigando. Cada investigador descubre su propia técnica. No obstante, se debe respetar el esquema general siguiente.

210.1. Planteamiento

Esta etapa, denominada también *elección o determinación del problema de estudio*, comprende la delimitación del tema¹⁷ y la formulación del título del trabajo.

17 VAN STEENBERGHEN, Fernando, *Directives pour les dissertations doctorales*, Louvain: Editions de l'Institut supérieur de Philosophie, 1940, p. 17. Cita de BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal, *Manual de técnica de la investigación jurídica*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1971, pp. 81-203. Señala las siguientes

La delimitación o individualización provisional del tema debe ser tanto formal como material.

La *delimitación formal* hace referencia a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que el tema se va a analizar. Se determinará si se va a tratar desde el punto de vista de la legislación nacional, regional, municipal, o de todas. Si es en la legislación del país o de distintos países. Si el fenómeno jurídico va ser analizado en las distintas reformas que ha sufrido, o únicamente como está regulado en la actualidad. Y en todos los demás aspectos que sean necesarios para definir los contornos formales del tema¹⁸.

La *delimitación material* se encamina a saber si el tema va a ser desarrollado en todos sus aspectos posibles, o solo en alguno de ellos.

La elección del tema es el punto de partida del trabajo investigatorio. La elección debe contestar a las interrogantes: ¿qué investigar?, y ¿buscando qué? Debe versar sobre algo que exige una investigación científica conceptual o empírica (constituye un problema científico), esto es, sobre algo no conocible en forma directa o común. La elección puede hacerse sobre la base de su *actualidad* (eliminándose problemas que carecen de actualidad), a su *interés práctico* (es útil para resolver cuestiones sociales, políticas, etc.), o teniendo en cuenta el *criterio metodológico* (creación y aplicación de nuevos métodos, o comprobación de la eficiencia de las técnicas ya existentes). La elección puede cumplir con uno o con todos estos criterios.

El investigador debe estar realmente *interesado* en el tema elegido, el cual debe revestir importancia tanto para el investigador como para la comunidad y, además, debe tratarse de un tema que el investigador esté en condiciones (personales y materiales) de manejar.

Como advierte SIERRA¹⁹, los temas de tesis deben reunir ciertos requisitos subjetivos y objetivos.

Los *requisitos subjetivos* son la viabilidad, no excesiva dificultad, e interés.

En cuanto a la *viabilidad* no se puede elegir un tema que requiera conocimientos que no se poseen, ni pueden adquirirse previamente, o el uso de instrumentos en

normas principales para la elección de un tema de tesis universitaria: 1) el tema debe ser adaptado a los gustos y sobre todo a las capacidades del estudiante; 2) el tema debe ser accesible, es decir, que las fuentes respectivas se encuentren al alcance y sean manuales, formal y sustantivamente, para el investigador; 3) el tema debe ser original, porque la disertación debe constituir una contribución real para la búsqueda científica, pero esta originalidad puede ser asegurada de dos maneras, o bien por la elección de un tema verdaderamente nuevo, o bien, de un problema ya estudiado, pero que ha sido resuelto en sentido diverso y permanentemente controvertible, y 4) el tema de una tesis debe ser limitado.

18 GIRALDO ÁNGEL, Jaime, *Metodología de la investigación jurídica*, 2.^a ed., Bogotá: Temis, 1980, pp. 153-191.

19 SIERRA BRAVO, *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*, Madrid: Paraninfo, 1986, p. 108 y ss.

los cuales no se tiene adiestramiento, o el dominio de lenguas extranjeras que no se conocen, o que exija una duración mayor que la que se le puede dar, o de un costo económico superior a las posibilidades del investigador.

Para un trabajo de tesis, la modestia en la elección del tema es buena consejera para no enfrentarse de buenas a primeras con los grandes problemas científicos aún no resueltos; el tema debe ser significativo científicamente, pero puede ser accesorio en relación con el gran problema.

El interés es triple: *sicológico*, porque la investigación reclama que se realice con pasión y entrega; *profesional*, porque debe haber concordancia entre el tema elegido y la orientación profesional inmediata o futura; y el interés *social*, o sea, la utilidad próxima o remota para la comunidad.

Son *requisitos objetivos*: que el tema pertenezca a la ciencia acerca de la cual se quiere realizar la tesis, el problema por investigar no ha de ser vago y genérico, sino concreto, y estar formulado de la manera más precisa, por ejemplo, “decidir que el estudio de la violencia se haga en la época actual (tiempo) en Lima (espacio) y en el ámbito político (sector social) y jurídico”²⁰; debe representar alguna novedad; se debe elegir como director de tesis a un especialista en la materia.

El planteamiento y descripción del problema deben ser claros, considerando sus aspectos históricos, económicos, sociales, ideológicos, políticos y jurídicos. En el planteamiento se hace una exposición de los hechos, se describen las causas que originan el problema. Este ha de ser delimitado temporal, espacial y socialmente. Se debe indicar el carácter de la investigación (experimental, descriptivo, explicativo, etc.).

Siendo el Derecho una ciencia social, la elección y delimitación del tema de investigación supone una previa exploración de la realidad y revisión de la teoría elaborada conforme a esa realidad. La investigación jurídica, como cualquier otra investigación, surge de una teoría para llegar a otra teoría más avanzada por tanto, el investigador debe tomar conocimiento de la teoría existente sobre el problema de su investigación recurriendo a los informes que le pueden proporcionar las personas o instituciones vinculadas al problema, a su propia experiencia sobre esa realidad sociojurídica, y a todo cuanto se haya escrito sobre esa realidad (libros, revistas, periódicos, etc.)²¹. Toda

20 ZELAYARÁN DURAND, *Metodología de investigación jurídica*, ob. cit., p. 52.

21 Nadie puede comenzar un trabajo de investigación científica sin “empezar por informarse sobre qué se ha publicado en forma de libro, artículos de revistas, actas de conferencias, congresos, academias, etc., sobre la materia. El que se aparta de este método inicial puede, después de un periodo más o menos largo de tiempo y de mayores o menores esfuerzos, sufrir la decepción dramática de encontrarse con que ha logrado descubrir el mediterráneo o la rueda” (LASSO DE LA VEGA, Javier, *Cómo se hace una tesis doctoral*, Madrid: Fundación Universitaria Española, 1987, p. 121).

investigación parte del conocimiento para arribar a otro conocimiento más avanzado. Así como el dinero hace el dinero, así también el conocimiento hace el conocimiento.

Con estos conocimientos previos se procede a la formulación de una o varias *hipótesis* (*hipo*, bajo, y *thesis*, situación, posición). La hipótesis es cierta explicación anticipada, una suposición o conjetura sujeta a comprobación mediante la investigación científica²². Es formulada como un medio de orientación, dirección del trabajo investigatorio y no como un fin. En el momento en que es contradicha por los hechos, debe ser reemplazada por otra hipótesis.

Por ejemplo, si un abogado elige como tesis de maestría: “La administración de justicia en el Perú”, con el conocimiento adquirido por su experiencia profesional como magistrado o como abogado y por la revisión de la teoría que existe sobre esta materia puede formular las siguientes hipótesis:

1. La administración de justicia en el Perú es lenta.
2. Es una justicia cara.
3. Se privilegian las formas, los procedimientos, antes que el Derecho material y los valores.
4. La jurisprudencia es superficial y contradictoria.
5. La mayoría de peruanos no tiene confianza en la administración de justicia. Solo unos pocos tienen una buena opinión del desempeño y responsabilidad de los magistrados.

Las hipótesis sirven de principio orientador en la búsqueda de datos y es el elemento que va a ser sometido a comprobación en las diferentes situaciones y condiciones para poder llegar a conclusiones valederas.

La adopción del método o métodos de investigación adecuados (descriptivo²³, histórico, experimental).

22 ZELAYARÁN DURAND, *Metodología de investigación jurídica*, ob. cit., p. 76. Son notas características de la hipótesis: “a) es una conjetura o juicio probable que se formula sobre ciertos hechos o acontecimientos relacionados con el tema o problema de investigación planteado; b) tiene la alta probabilidad de validez, que se obtiene de la conciliación de la presunción ideal con la observación de los hechos de la realidad; y c) está destinada a la comprobación del hecho o situación que enuncia idealmente, operación que consiste en confrontarla con la realidad de los hechos, para establecer su verdad o falsedad”.

23 I) Por el método descriptivo se describen y analizan sistemáticamente situaciones, hechos o sujetos. Describen su naturaleza y características tal como se presentan en un momento dado. Sus modalidades son: a) estudio de casos; b) encuestas; c) el método evolutivo o de desarrollo (investiga el cambio de las conductas en función del tiempo). El método evolutivo puede ser longitudinal (ejemplo, estudio del desarrollo de una promoción de alumnos desde el primero al quinto grado de secundaria) o transversal (v. gr., la investigación de los patrones de cambio de conducta de una muestra de estudiantes de cada año de secundaria durante el periodo escolar de 1999); d) estudio de seguimiento (analiza la evolución de una actividad determinada en un tiempo dado); e) método *ex post facto* (a partir de una situación

En la investigación descriptiva y en la experimental, antes de la recolección de datos y de la información, se deben conocer las variables. Las variables son las características o propiedades del objeto de estudio. Por ejemplo, en las investigaciones sociales, las variables son: sexo, edad, religión, estado civil, ingresos, educación, clases sociales, movilidad ocupacional, preferencias políticas, etc. Las variables pueden ser *independientes* si tienen existencia propia, no dependen de otros elementos, o *dependientes* si son originadas o condicionadas por una independiente, verbigracia: la educación (variable dependiente) está condicionada por los modelos económicos o políticos (variables independientes); si los deudores pagan puntualmente sus deudas (variable independiente), entonces se incrementan las ventas a plazos (variable dependiente). Por su estructura lógico formal, las variables se clasifican en individuales, predictivas, preposicionales; por su naturaleza se dividen en cualitativas, ordinales, de cantidad.

La individualización del tema se materializa en el *plan*, el cual es provisorio, puede ser modificado y aun reemplazado, cada vez que el material, la experiencia y las exigencias temáticas así lo requieran.

210.2. Información o erudición (etapa heurística-búsqueda-encuentro)

Como expresa BASCUÑÁN²⁴, esta etapa es de búsqueda de las fuentes de conocimiento jurídico. Comprende la búsqueda, el registro y la crítica. La búsqueda de las fuentes de conocimiento jurídico mediante el acopio bibliográfico en bibliotecas especializadas y generales, publicaciones periodísticas y revistas especializadas, especialmente las más modernas y acreditadas. Esta bibliografía será registrada en fichas.

Hay varias clases de fichas:

- a) *Fichas bibliográficas*: son las que contienen las partes esenciales de un libro. Los datos se extraen de la portada interior y página de derechos de autor. Debe contener: a) apellidos y nombre del autor, b) título de la obra, c) número de volumen o tomo, d) traducción si lo hay, e) prologuista si lo tiene, f) lugar de edición, g) editorial, h) número de edición, i) fecha, j) número de páginas y k) lugar de ubicación de la obra.

Ejemplo 1:

Si los autores son dos, se anota al primero con sus apellidos, seguido de su nombre y al segundo con su nombre seguido de sus apellidos.

actual se indaga la evolución de hechos pasados); f) estudios correccionales (trata de establecer el grado de relación entre dos o más variables).

24 BASCUÑÁN VALDÉS, *Manual de técnica de la investigación jurídica*, ob. cit., p. 106 y ss.

Ejemplo 2:

Si los autores son tres o más de tres, se consigna al primero, seguido de la expresión y “otros” o “*et al.*”, (*et altri* = otros), pero si se desea puede anotarse el nombre de todos los autores.

Ejemplo 3:

Si la obra es publicada por un editor o compilador, al nombre del mismo se agrega la palabra “ed.” o “comp.” entre paréntesis.

b) *Ejemplos de notas de pie de página:*

- ¹ MENÉNDEZ PIDAL, Ramón, *Manual de gramática histórica española*, 6.^a ed., Madrid, 1941, p. 179.
- ² MENÉNDEZ PIDAL, Ramón, *Los españoles en la historia y en la literatura: dos ensayos*, 3.^a ed., Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1951, p. 30.
- ³ PALAU y DULCET, Antonio, *Manual de librero hispanoamericano*, 2.^a ed., t. XIII, vol. 2, Barcelona: Ediciones Arayú, 1961, p. 241.
- ⁴ TORRES y PEÑA, José Antonio, *Memorias sobre los orígenes de la independencia nacional*, transcripción (o transc., o trad.), prólogo y notas de Guillermo Hernández de Alba (Biblioteca de Historia Nacional, vol. XCIII), Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, 1960, p. 66.
- ⁵ LOPE DE VEGA, “La Arcada”, en *Colección escogida de obras no dramáticas* (Biblioteca de autores españoles, t. XXXVIII), Madrid: Imprenta de los Sucesores de Hernando, 1908, p. 55.
- ⁶ GARCÍA DE DIEGO, Vicente, “Etimologías naturales”, en *Revista de dialectología y tradiciones populares*, t. XX, vol. 3, Madrid: Edit. Tecnos, 1964, pp. 3 y 7.
- ⁷ ZALAMEA, Jorge, “Federico García Lorca, hombre de adivinación y vaticinio”, en *Boletín cultural y bibliográfico*, 2.^a ed., 1.1, vol. 2, Santa Fe de Bogotá: Biblioteca Luis Ángel Arango, 1992, p. 152.

c) *Ejemplos de bibliografías:*

- ¹ VALENCIA ZEA, Arturo, *Derecho civil*, t. I, *Parte general y personas*, 2.^a ed., 2.^a reimp., Bogotá: Edit. Temis, 1962.
- ² ORTEGA TORRES, Jorge, *Código de Comercio Terrestre*, 1.^a edición de bolsillo, Bogotá: Edit. Temis, 1965.
- ³ ORTEGA TORRES, Jorge, *Código Sustantivo del Trabajo y Código Procesal de Trabajo*, anotado, 5.^a ed., Bogotá: Edit. Temis, 1965.
- ⁴ CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal*, vol. IV, parte especial, *Delitos contra la persona sin quitarle la vida*, 3.^a ed., prólogo y nota de José J. Ortega Torres, Bogotá: Edit. Temis, 1965.

- 5 AMADO, Alonso, *Problemas de dialectología hispanoamericana* (Biblioteca de Dialectología Hispanoamericana, 1.1), Buenos Aires: Edit. Espasa-Calpe, 1940.
- 6 GARCÍA DE DIEGO, Vicente, "Etimologías naturales", en *Revista de dialectología y tradiciones populares*, t. xx, vol. 2, Madrid: Edit. Abecé, 1964.
- 7 FRAMARINO, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, traducción, prólogo y notas de Simón Carrejo y Jorge Guerrero Rivero, 2.^a ed., t. I, vol. 2, Bogotá: Edit. Temis, 1964.

d) *Indicativos de tipos de letra:*

Las *cursivas* (bartardillas o itálicas) se indican subrayando las palabras con una sola raya:

Manual del libro hispanoamericano

Las VERSALITAS (o medialíneas) se indican con dos subrayados: Rafael Méndez Pidal.

Las **negrillas** se indican subrayando una vez con una raya ondulada: *Disposiciones generales*

Las MAYÚSCULAS fijas, con tres rayas:

DECRETA:

Sin embargo, hoy día se agiliza más el sistema de corrección tipográfica indicando al margen de cada frase o palabra las abreviaturas, así:

Cursivas: basts. mins. (bartardillas minúsculas).

Itálicas: basts. mays. (bastarillas mayúsculas).

Versalitas: vers.

Negrillas: negrs. mins. (negrillas minúsculas), o negrs. mays. (negrillas mayúsculas).

Los títulos de libros, revistas, periódicos y las palabras en idioma extranjero han de ir en cursivas: *Diccionario de la Real Academia Española; Historia universal, Diario Oficial, El Nacional, El Tiempo, El Heraldo, Revista de América, Cromos*, etc.

Cuando la obra es publicada por una entidad, al nombre de esta se agregan los demás datos.

Ejemplo:

Cuando las publicaciones son oficiales, se pondrá en lugar del autor el país, e inmediatamente el nombre completo del autor corporativo, seguido de los demás datos.

Ejemplo:

- e) *Fichas hemerográficas*: sirven para registrar datos de enciclopedias, diccionarios, revistas, periódicos y otros similares.

Ficha hemerográfica de revista. Debe contener el título de la revista, el nombre del director, el lugar de edición y fecha.

Ejemplo:

En las citas de artículos de revistas, periódicos, suplementos, etc., ellos van entre comillas redondas: “Etimologías naturales”, en *Revista de dialéctica y tradiciones populares* (o en *El Tiempo*, *El Heraldo*, o en la revista *Cromos*, etc.). Cuando el artículo comprende el nombre completo de una obra, por ejemplo, el nombre de un poema largo: *Anarkos*, o poemario: *Crepusculario* (de NERUDA), se suele escribir en bastardillas y entre comillas: “*Crepusculario*”, en *Obras completas* de Simón LATINO, pero no es estrictamente necesario.

Ficha de artículo de obra enclopédica. Si el artículo o ensayo está contenido en obras de referencia general (enciclopedias, diccionarios), el registro se hace de la forma siguiente: nombre del autor, título del artículo entre comillas, nombre de la enciclopedia o diccionario, número de volumen, lugar de impresión, nombre de la editorial, año de publicación, número de páginas entre las que se encuentra el artículo, nombre de la biblioteca o hemeroteca donde se encuentra.

Ejemplo 1:

Artículo de una revista. Debe contener: nombre de autor, título del artículo, título de la revista, número de la revista, páginas donde se encuentra el artículo, ciudad y fecha.

Ejemplo 2:

Artículo periodístico. Debe contener: nombre del autor, título del artículo, nombre del periódico, fecha, número de páginas donde se encuentra el artículo, ciudad.

Ejemplo 3:

Ficha documental. Los documentos de archivo son delicados de manejar y pueden encontrarse reunidos en libros encuadrados, paquetes, legajos, expedientes o en cajas. La ficha documental debe contener: el nombre del autor, la naturaleza del documento (oficio, carta, etc.), lugar y fecha donde se escribió, el nombre del volumen en que se encuentra, la primera y última página del documento, y el archivo al que pertenece.

Ejemplo:

- f) *Fichas de investigación*, llamadas también mnemotécnicas o de trabajo. En estas fichas se consignan citas textuales, resúmenes u observaciones sobre materias determinadas.

Fichas textuales o de transcripción. Debe contener el epígrafe (es un título puesto por el lector), el contenido entre comillas y sin modificaciones aun cuando contenga errores. Si hay errores ortográficos o incongruencias, se respetan estos y se coloca la palabra *sic* (así, de esta manera) entre corchetes para indicar que el error no es nuestro. Cuando se quiere resaltar un párrafo o una palabra, se subrayan estos, y al final de la nota se indica: *el subrayado es nuestro*. Si al inicio o dentro de la cita hay conceptos que no son de interés para el lector, se suprimen colocando en su lugar tres puntos suspensivos que pueden colocarse entre paréntesis (...), denominados elipsis. Si se desea añadir frases o palabras para aclarar la cita, estas deberán ir entre corchetes []. En la parte inferior de la ficha se coloca el apellido y nombre del autor, el título de la obra y la página o páginas.

Ejemplos:

Ficha resumen o ideográfica. Contiene el epígrafe, el contenido y los datos referentes al autor y su obra.

- g) *Ficha de comentario o de ideas personales.* Contiene los comentarios, juicios u observaciones favorables o discrepantes con el autor.
- h) *Fichas mixtas o combinadas.* En estas fichas el lector intercala citas textuales, comentarios, resúmenes, etc.
- i) *Fichas de campo.* Son utilizadas en las entrevistas o en las observaciones del investigador. Contiene el título del tema, la información recibida, el nombre del informante, lugar y fecha y las iniciales del entrevistador.

En la búsqueda de datos, además del acopio bibliográfico también se recurre a lo que se denomina *trabajo de campo*, como son las entrevistas, los cuestionarios, los test mentales, observación libre directa (percepción personal de los hechos) o indirecta (conocimiento de los hechos por medio del testimonio oral o escrito de las personas que han tenido contacto directo o han experimentado los fenómenos). La observación indirecta, precisamente, se concreta en entrevistas, cuestionarios, estudio de expedientes judiciales (ejemplo, sobre divorcio por adulterio, resolución de contrato por incumplimiento), etc.

210.3. Construcción (etapa sintética)

Esta fase comprende la confrontación y revisión crítica final e interpretación de los materiales. La adopción de una *tesis* y del método o métodos para su demostración. “La labor erudita deja el paso a las críticas, reflexiones y desarrollos personales del autor de la investigación; a la ordenación de los datos y materiales

obtenidos, de acuerdo con el criterio del investigador y, consecuencialmente, a una labor creadora”²⁵.

Por un esfuerzo constante de crítica y de invención, el espíritu asimila progresivamente los antecedentes del problema, descubre su complejidad, compara, aproxima, opone los conocimientos, los testimonios, las doctrinas; las relaciones posibles, probables, ciertas, surgen; las hipótesis empiezan a llenar las lagunas de la información. Estas hipótesis son probadas, criticadas, reemplazadas por otras. Poco a poco se dibujan perspectivas, la armonía se establece, la unidad se hace²⁶.

Si la hipótesis supera la prueba definitiva, adquiere validez científica, de mero instrumento que era se convierte en fin, en una meta, un sentido, una solución del problema planteado. Una tesis o cadena de tesis ocupará la culminación del trabajo.

Adopción de un proyecto de plan de exposición. El plan de investigación inicialmente adoptado es el medio para adquirir el propio conocimiento. El plan de exposición, en cambio, es el medio para darlo a conocer a los demás una vez aprehendido el conocimiento.

210.4. Exposición

Esta fase comprende la adopción de un plan definitivo para la exposición, el cual debe ajustarse al material y no a la inversa; la redacción ajustada a requisitos de estilo y de técnica: la claridad, la objetividad y la medida deben caracterizar a la forma literaria en una obra científica, cuya redacción debe empezar por el cuerpo del trabajo, luego vienen las conclusiones, dejando para el final la introducción.

211. Ejemplo de un proyecto de investigación jurídica con hipótesis

La investigación de la ciencia o dogmática jurídica, que no necesita de hipótesis, está tratada en el capítulo IV. Aquí presentamos un ejemplo de investigación jurídica con hipótesis.

I. Título:

La titulización de activos

25 BASCUÑÁN VALDÉS, *Manual de técnica de la investigación jurídica*, ob. cit., p. 106 y ss.

26 Loc. cit.

II. Objetivos:

- 1) Determinar los beneficios que se generan para las partes involucradas en el proceso de titulización.
- 2) Establecer los objetivos del proceso de titulización desde una perspectiva legal.
- 3) Analizar y comentar el D. Leg. N.º 862, que incluye un título especial dedicado a normar el proceso de titulización.
- 4) Elaborar una teoría general de la titulización que dé origen y sustento a una regulación sistemática de esta institución.
- 5) Colmar el vacío bibliográfico que, respecto a la titulización, existe en nuestro país.

III. Identificación y descripción del problema:

Vivimos tiempos de turbulencias en los mercados a escala mundial que impactan negativamente en las empresas que cada vez tienen menos posibilidades de obtener capitales de inversión y, además, se incrementan los riesgos que para sus estados financieros implica la tenencia de determinados activos, como los crediticios que, entre otras causas, por sobrevenida insolvencia del respectivo deudor, pueden quedar impagos total o parcialmente.

La titulización de activos surge como uno de los mecanismos idóneos que permite a las empresas obtener capitales de inversión y a la vez disminuir el riesgo que significa para sus estados financieros la tenencia de activos crediticios. La titulización admite transformar los activos crediticios en títulos (bonos, certificados de participación, etc.) y colocarlos en el mercado mediante ofertas públicas o privadas.

En el Perú contamos con el D. Leg. N.º 862, vigente desde el 6 de septiembre de 1996, que contiene un texto especial dedicado al proceso de titulización. Pero carecemos de una teoría que la defina, que establezca sus características, señale los beneficios para las partes envueltas en el proceso, determine los activos titulizables, entre otros temas.

La falta de conocimiento y difusión de la titulización, así como la falta de promoción de un mercado secundario que asegure a los que invierten en la adquisición de títulos respaldados con activos que van a poder desprenderse de ellos fácilmente en un mercado secundario, constituyen otros tantos factores que dificultan su realización práctica.

Hace falta la reglamentación del D. Leg. N.º 862 en la parte relativa a la regulación de la titulización, así como es necesario que se haga un análisis exegético de esta normativa, a fin de facilitar su conocimiento, realización práctica y la solución de los conflictos que se presenten.

IV. Marco teórico:

De la doctrina existente se desprende que la *titulización* o *securitización* (del término anglosajón *securitization* o *securitisation*), sinónimo de *financiamiento estructurado*, se basa en el principio de que un grupo de activos crediticios líquidos puede ser estructuralmente aislado y transformado en títulos-valores (*asset-backed securities*), respaldados por dichos activos y negociables en el mercado secundario. Es decir, los activos estructurados y reunidos en paquetes son utilizados como respaldo de la emisión de títulos productores de un flujo de caja (flujo de dinero) en favor del emisor.

En 1938 fue creado el sistema financiero denominado *Fannie Mae* por el Congreso de Estados Unidos y sancionado por el presidente Franklin Roosevelt, a fin de incentivar la industria de la construcción en la dura época de depresión que siguió al *crack* bursátil de 1929. *Fannie Mae* es una empresa privada que adquiere hipotecas que luego convierte en títulos o bonos que los coloca en el mercado. *Fannie Mae* funciona así: *Paso 1*. El interesado en comprar una casa acude a las instituciones financieras para solicitar un préstamo hipotecario. Estos prestamistas forman el mercado primario. *Paso 2*. A su vez, estas instituciones guardan las nuevas hipotecas como inversiones o se las venden a otros inversionistas como la empresa *Fannie Mae*. Estos inversionistas forman el mercado secundario de hipotecas. *Paso 3*. Con la compra de las hipotecas, *Fannie Mae* provee a los prestamistas locales de nuevos fondos para que concedan otros préstamos para viviendas, con lo cual asegura una fluidez constante de créditos. En 1996, los inversionistas del mercado secundario compraron cerca del 55% de todas las hipotecas que se generaron en los EE. UU. *Paso 4*. *Fannie Mae* puede mantener los préstamos en su propio portafolio de inversiones, financiando estos préstamos con la venta de bonos a los inversionistas. Alternativamente, *Fannie Mae* puede “empaquetar” estos préstamos y emitir títulos (titulización) sobre estas hipotecas, con lo cual se compromete a garantizar el pago puntual del principal y los intereses de estos bonos. *Paso 5*. El círculo comienza otra vez con los préstamos que pueden volver a conceder otros préstamos a sus clientes²⁷.

En 1970, también en Estados Unidos, la “Government National Mortgage Association” (G. N. M. A. o “Ginnie Mae”) desarrolló el G. N. M. A.: *passthrough*, un título o certificado garantizado por préstamos hipotecarios de viviendas unifamiliares originados en la *Federal Housing Administraron* (F. H. A.) y la *Veterans Administration* (V. A.)²⁸. A esta operación inicial se incorporaron los bancos, las sociedades de ahorro y préstamo para vivienda y otras entidades autorizadas, que titulizaron otros activos como hipotecas sobre edificaciones, créditos sobre ventas de automotores, créditos por consumo con tarjetas de crédito, créditos originados en *leasing*s y otros activos.

La securitización ha revolucionado los mercados de valores; actúa en el proceso de globalización de mercados; impulsa la incorporación de nuevos instrumentos de financiamiento en las economías nacionales; vigoriza el crecimiento del mercado de capitales; rompe con el monopolio del financiamiento bancario y facilita la obtención de financiamiento a mediano y largo plazo que exige la actividad productiva, contrariamente al cortoplacismo de las economías puramente especulativas; reduce costos financieros en una economía cada vez más abierta y competitiva; incrementa la posibilidad de una mayor rentabilidad de los inversores; permite al titular del activo sustituir en su balance activos de baja liquidez e inmovilizados en activos disponibles y líquidos; impulsa a los bancos a fin de originar activos para titulización; la movilización de los créditos abastece de fondos al mercado de capitales y este a la actividad productiva. Para su desarrollo requiere de un marco normativo sustentado en una teoría jurídica que facilite su manejo.

En la práctica internacional se conocen los siguientes tipos básicos de títulos-valores respaldados por activos: el *Paythrough* (el emitente de los títulos se desprende de sus activos, pero conserva su administración, entregando los beneficios al tenedor de los títulos, previa deducción de una comisión), el *asset-backed bond* (los activos afectados a la garantía permanecen en el patrimonio del emisor, y los títulos integran el pasivo de este, por lo cual está obligado a mantener la escala de garantías por toda la vida del título) y el *pay-through* (hay transmisión de activos, pero los títulos figuran como deuda en el balance del acreedor originario).

No cualquier activo crediticio puede ser titulado. El crédito debe reunir ciertas características: debe tener una clara configuración; patrones de pago bien definidos; flujos de fondos estadísticamente predecibles; bajos márgenes de incumplimiento; etc.

28

MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de los contratos de empresa*, Buenos Aires: Depalma, 1996, t. II, p. 665.

V. Hipótesis²⁹

- 1) La titulización permite transformar activos en títulos-valores (bonos, certificados de participación, etc.), negociables en el mercado secundario de capitales.
- 2) La titulización es un proceso financiero que dota a las empresas de capitales de inversión y disminuye los riesgos que para sus estados financieros implica la tenencia de determinados activos.
- 3) La titulización genera beneficios para todos los participantes en el proceso, sean estos: el originador (acreedor inicial titular de los activos), los agentes colocadores, los deudores, las entidades clasificadoras, los garantes, etc.

29 BRANDT, en su investigación empírica sobre la justicia de paz en el sistema judicial peruano, formula las siguientes hipótesis:

- 1) El acceso a la justicia de paz es fácil y directo.
- 2) El juez de paz vive en la misma comunidad de los litigantes, pertenece a su misma clase social, es un hombre conocido y respetado en su comunidad.
- 3) El juez de paz habla el idioma de los litigantes, conoce y acepta los valores culturales locales.
- 4) La justicia de paz es un servicio frecuentemente utilizado entre comuneros y/o pobladores en la solución de sus conflictos.
- 5) En la justicia de paz se tramita y resuelve una gran parte de las causas ingresadas al poder judicial a escala nacional.
- 6) Los conflictos tramitados en esta instancia se originan sobre todo en estratos bajos de la sociedad.
- 7) Una gran parte de las controversias tiene su origen entre personas con relaciones estables, es decir, no casuales (parejas, familiares, vecinos).
- 8) La conflictividad y la proporción de los distintos conflictos dependen de factores culturales, étnicos y socioeconómicos.
- 9) La mayoría de los conflictos son de naturaleza penal.
- 10) En la justicia de paz influyen el Derecho consuetudinario y las costumbres locales. La percepción del conflicto es más amplia que otras instancias judiciales: los jueces de paz tratan de resolver no solo el aspecto formal sino la causa del conflicto; no siempre aplican las normas estatales y los trámites formales, sino que resuelven los litigios en procedimientos *sui generis*.
- 11) La justicia de paz es eficaz: la mayoría de las causas es resuelta en esta instancia. El resto encuentra una solución extrajudicial (sin participación del juez), o queda abandonado por los demandantes o denunciantes.
- 12) No se puede mantener la ficción legal de la gratuidad de la justicia de paz. Pero se trata de una justicia barata. Los costos son, generalmente, bajos y bien aceptados. Solo una pequeña minoría de litigantes opina que los costos son exagerados.
- 13) Prácticamente no existen abusos, injusticias o corrupción en esta instancia porque el agente de control social a su vez es controlado por la comunidad.
- 14) La celeridad procesal es mucho mayor que en otras instancias judiciales: normalmente las causas se resuelven en unas pocas semanas.
- 15) La gran mayoría del pueblo tiene confianza en el juez de paz: solo unos pocos tienen una mala opinión del desempeño o la responsabilidad del juez de paz.
- 16) Aquellas personas que han tenido a lo menos un litigio ante el juez tienen aún una opinión mejor de la justicia de paz.
- 17) La imagen de la opinión pública acerca de los jueces de paz es generalmente mucho mejor que aquella sobre los jueces profesionales o sobre el poder judicial en su conjunto (BRANDT, Hans-Jürgen, *En nombre de la paz comunal, un análisis de la justicia de paz en el Perú*, Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 38 y ss.).

- 4) La securitización de un activo depende de las particularidades del crédito. Determinan, entre otros factores, la viabilidad del proceso: la instrumentación, patrones de pago bien definidos, flujo de fondos predecibles, bajos márgenes de incumplimiento, pago total de los créditos a su vencimiento, diversidad de deudores, alta liquidez.

(Se pueden señalar muchas otras hipótesis).

VI. Delimitación del espacio social de recopilación de datos:

- 1) Los datos concernientes al problema de investigación se recopilarán mediante Internet, en las bibliotecas especializadas, en los bancos que han creado filiales de securitización y otras instituciones especializadas, con sede en Lima Metropolitana.
- 2) Los datos que deben recopilarse corresponden al periodo comprendido entre septiembre de 1996, en que entró en vigencia el D. Leg. N.º 862 a diciembre de 1999.
- 3) Las unidades de muestreo corresponderán al sector social participante en los procesos de titulización.

VII. Plan de muestreo:

Las muestras, que deben contener los datos relacionados con el problema de la investigación, se recogerán tomándose como unidades de exploración algunas de las sociedades de titulización consideradas como representativas del universo social-económico de Lima Metropolitana.

(Es conveniente señalar los pasos que se deben seguir: definición del grupo social para ser estudiado [entidades de titulización, bolsa de valores, etc.]; establecimiento del tamaño de la muestra [ejemplo, 10% de la población intervintante en el proceso]; identificación de las unidades de muestreo; técnicas de recopilación de las muestras [v. gr., entrevistas, análisis de documentos]).

VIII. Método de trabajo por emplearse:

El método que debe utilizarse es el de la comprobación de las hipótesis, sobre la base de los datos recopilados.

IX. Técnicas de recopilación de datos³⁰

Las técnicas por emplearse serán las entrevistas a personas intervintantes en el proceso de titulización y a personas especializadas, además del análisis de documentos y de casos particulares...³¹

³⁰ También se le llama: *diseño de investigación*.

³¹ El diseñador de investigación jurídica puede reducirse a la técnica de recopilación documental, en razón de que está orientado al estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia, nacional y comparada, sobre

X. Análisis, interpretación y generalización de datos:

Se analizarán los cuadros estadísticos a fin de formular las explicaciones interpretativas a la luz de la doctrina existente relativa a la materia.

XI. Cronograma de la investigación:

- 1) Revisión de la doctrina pertinente: 3 meses
- 2) Recopilación de datos: 4 meses
- 3) Tabulación, análisis e interpretación de datos: 2 meses
- 4) Redacción del informe final: 3 meses

Total: 12 meses

XII. Estructura tentativa del informe final³²:

TITULIZACIÓN DE ACTIVOS

Introducción

CAPÍTULO I

ORIGEN Y DEFINICIÓN

1. Origen
2. Definición
3. La securitización como fenómeno económico
4. Beneficios de la securitización

CAPÍTULO II

MERCADO DE CAPITALES

5. Noción
6. La Comisión Nacional de Valores
7. Bolsa de Comercio
8. Mercado de Valores
9. Caja de valores

CAPÍTULO III

TIPOS DE TÍTULOS-VALORES RESPALDADOS POR ACTIVOS

10. *Pass-through*

la materia. A esto se puede agregar el trabajo de campo consistente en el estudio de expedientes a fin de obtener información verídica y confiable (para el electo, es conveniente valerse de fichas de trabajo).

32 También se la denomina: *tentativa de índice, plan o proyecto de investigación, esquema de investigación o sumario*.

11. *Asset Backed Bonds*

12. *Pay throughs bonds*

CAPÍTULO IV

LOS PARTÍCIPES EN EL PROCESO DE SECURITIZACIÓN

13. El originador

14. Administrador o “servicer”

15. El vehículo o emisor

16. El tomador (*underwriter*)

17. El depositario

18. El garante

19. Proveedor de fondos

CAPÍTULO V

AISLAMIENTO DE LOS ACTIVOS

20. Venta real de los activos

20.1. Pautas

20.2. Notificación a terceros

20.3. Tratamiento contable e impositivo

20.4. Términos y condiciones del contrato de transferencias de los activos

21. Protección de la transferencia

22. Las sociedades de objeto exclusivo

23. El vehículo y la “quiebra remota”

24. Doctrina de la consolidación sustantiva

(Continúa la estructura de todos los capítulos que comprende el tema)

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

- Ernesto Eduardo NARTOREL, *Tratado de los contratos de empresa*, t. II, Buenos Aires: Edic. Depalma, 1996.
- Ulises MONTOYA MANFREDI, *Derecho comercial*, t. II, Lima: Grijley, 1998.

XV

CAPÍTULO

SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

SECCIÓN I: DERECHO ROMANO-GERMÁNICO

212. Introducción

El sistema de Derecho romano-germánico es el heredero del Derecho romano, en cuya evolución se han incorporado elementos de otros Derechos locales y del Derecho canónico. Debido en parte a la colonización y en parte a las ventajas de la codificación, este sistema de Derecho se extiende por todo el mundo: Europa, América Latina, gran parte de África, los países del Cercano Oriente, Japón e Indonesia.

La creación del sistema romano-germánico está ligado al renacimiento jurídico que se produce en el Occidente europeo en los siglos XII y XIII. La nueva sociedad toma otra vez conciencia de la necesidad del Derecho como garantía de orden y seguridad. Se abandona el ideal de una sociedad cristiana fundada sobre la caridad y se renuncia a establecer en la tierra la ciudad de Dios. Se distingue entre la sociedad religiosa de los fieles y la sociedad laica, entre el fuero externo y el interno, y ya no se confunde religión y moral con orden civil y Derecho; este adquiere autonomía propia, que quedará para siempre como característica propia de las concepciones y de la civilización occidental. La idea de que la sociedad debe ser regida por el Derecho no es nueva, pues, en lo tocante a las relaciones entre particulares, fue reconocida por los romanos. Pero el retorno a esta idea en el siglo XII es un acontecimiento revolucionario. Filósofos y juristas exigen que las relaciones sociales se asienten sobre el Derecho; que se ponga fin a la anarquía y arbitrariedad que impera desde hace siglos; desean que

el Derecho se funde en la justicia, cuyo conocimiento es accesible mediante la razón; repudian la invocación a lo sobrenatural en las relaciones civiles. Estas ideas imperan hasta nuestros días. Este sistema romano-germánico de los siglos XII y XIII no debe su afirmación al poder político, sino que se funda exclusivamente sobre una comunidad de cultura. Nació y sigue existiendo con independencia de todo significado político¹.

213. El Derecho romano

La evolución de la historia política de Roma pasó por cuatro períodos:

- 1) Monarquía (desde la fundación de Roma, aproximadamente en el año 754 a. C. hasta el 510 a. C.).
- 2) República (del 510 a. C. hasta el 29 a. C.).
- 3) Principado (del 29 a. C. hasta el 284 d. C.).
- 4) Imperio o monarquía absoluta (del 284 d. C. hasta el 527). En el año 326 d. C. se trasladó la Corte a Constantinopla. En el año 527 d. C. JUSTINIANO sube al trono.

La evolución jurídica romana también pasó por cuatro períodos que no coinciden con los de la evolución política. Ellos son:

- 1) Derecho antiguo (desde la fundación de Roma, 750 a. C., hasta el siglo I a. C.). En el año 367 a. C. se creó la *pretura*.
- 2) Derecho clásico (desde el siglo I a. C. hasta el siglo III d. C.). Florece la jurisprudencia clásica romana.
- 3) Derecho posclásico (desde el siglo III d. C. hasta JUSTINIANO). Después de la muerte de Alejandro Severo (235 d. C.), las migraciones bárbaras velan los confines romanos en el Danubio y en el Rin, mientras el renacido poder de los persas se desborda más allá del Éufrates.
- 4) Derecho justiniano o bizantino.

Numerosos y reiterados textos romanos dan cuenta de la clásica división tripartita del Derecho romano: *ius civile*, *ius gentium* y *ius naturale*.

El *ius civile* era el Derecho peculiar de cada pueblo independiente (“Estado-ciudad” —*civitas*— de estrechos confines territoriales e integrado por una reducida comunidad de personas dedicadas al pastoreo y a la labranza); así, el Derecho civil de los romanos, el de los atenienses. GAYO da la siguiente definición: *ius civile est quod*

¹ DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción por Pedro Bravo Gala, Madrid: Aguilar, 1973, pp. 27 y 28.

quisque populus sibi ipse constituit (Derecho civil es el que cada pueblo constituye para sí mismo). Ulpiano coloca al *ius civile* frente al *ius gentium* y al *ius naturale*: *ius civile est quod neque in totum a naturali del gentium recedit, nec per omnia iis servit* (Derecho civil es aquel que no se aparta del todo del natural o del de gentes ni se conforma plenamente con ellos). El contenido del *ius civile* no se identifica con el del actual derecho civil, pues aquél, además de las instituciones privadas como las relativas a las personas, la familia, la propiedad, las obligaciones, la herencia, contenía instituciones de carácter penal, procesal, administrativo y político.

En sus orígenes, el Derecho romano (*ius civile* o *ius quirium*) estuvo constituido por un conjunto de normas consuetudinarias de carácter rígido, formalista y simple. Estuvo mezclado con la magia y la religión. La costumbre (77105) es el fundamento de la actividad jurídica confiada a los pontífices. La Ley de las XII Tablas es la primera ley escrita.

El monopolio jurídico de los pontífices se rompe en la edad republicana e imperial. La actividad judicial pasa a los laicos. Caracteriza a este Derecho la empiricidad: caso por caso. Los juristas adaptan los usos a los nuevos problemas y las decisiones de los tribunales se convierte en otra fuente de Derecho. La labor jurisprudencial alcanzó un desarrollo que permitió a los romanos identificar el *ius civile* con la interpretación (*ius civile... in sola prudentium interpretatione consistit*). La interpretación fue hecha por los juristas. Estos procedían de la alta nobleza (familias consulares y senatoriales). En los últimos años de la República ya se encuentran juristas procedentes de la clase de los caballeros.

Asimismo, MARÍN² afirma que durante el Imperio, la trabazón íntima del estamento social de los jurisconsultos se quiebra y pierde y es sustituida por la estrecha relación que estos mantienen con el emperador. Desde Augusto hallamos ya el *ius* respondi concedido por el príncipe a los juristas de mayor relieve. Estos entran a formar parte del consilium del emperador, y cuando Adriano crea una burocracia imperial integrada por los caballeros, son también juristas quienes escalan los puestos más elevados de esta burocracia. Papiniano, Paulo, Ulpiano, fueron *praefecti praetorio*.

Alrededor del siglo III a. C. la labor de asesoramiento jurídico se diversifica en tres funciones: 1) redactar las fórmulas procesales y de los negocios jurídicos (*cavere, jurisprudencia cautelar*), 2) emitir dictámenes o respuestas jurídicas (*responda, responder*), 3) instruir a los particulares y guiarlos en el ejercicio de las acciones (*actionem instituere*). Paulatinamente aparecieron colecciones de responso (*Ius flavianum, Ius Adrianum*), cada vez más ordenadas y sistemáticas, hasta llegar al tratado de *Ius civile* de Quinto MUCIUS ESCAEVOLA, el Joven (alrededor del año 100 a. C.).

El *Ius gentium* (Derecho de gentes) surge como consecuencia de la expansión y dominación de los romanos en Occidente y Oriente hasta formar un colosal imperio. Es el Derecho común a todos los pueblos. En la Instituto de JUSTINIANO se dice: *ius gentium omni humano generi commune est* (el Derecho de gentes es común a todo el género humano), con lo cual se hace referencia a ciertas normas admitidas por la generalidad de los pueblos antiguos. ULPIANO expresa: *ius gentium est quod gentes humanae utuntur* (Derecho de gentes es el usual entre los pueblos humanos). En el ámbito del derecho privado, el *ius gentium* era el Derecho romano aplicable a los peregrinos o extranjeros, o a las relaciones entre estos y los romanos, nacidos de la expansión económica y militar de las *civitas*. La jurisprudencia, el edicto pretorio y la legislación imperial contribuyeron a la formación y desarrollo del Derecho cosmopolita.

El *ius naturale* (Derecho natural) tenía por contenido reglas derivadas de la “naturaleza animal del hombre, y que es común a este y a los animales”, comprensivo de la atracción sexual, la procreación y la crianza de los hijos.

En el 367 a. C. se creó en Roma la *pretura*. Los pretores (magistrados encargados de administrar justicia) influyeron en el Derecho romano por medio de sus edictos, dando así origen al llamado *ius praetorium* o *ius honorarium* que vino a ayudar, suplir o corregir el rigor de las normas civiles romanas; así, los pretores legislaban juzgando. El pretor, en su función jurisdiccional, adecúa el Derecho quiritorio a la realidad actual y resuelve las situaciones nuevas que en aquel Derecho no encontraban solución adecuada. El *ius honorarium* (Derecho honorario), por emanar de un magistrado, se limitaba al círculo de su jurisdicción y a la duración de su ejercicio que era de un año, mientras que el *ius civile* era susceptible de abrazar todo tiempo y todos los territorios del Imperio. Sin embargo, los pretores designados posteriormente acogían las soluciones de sus predecesores que publicaban al inicio de su gestión (edictos del *pretor*), lo cual dio continuidad al Derecho honorario. Existía el *pretor urbano* para dirimir las controversias suscitadas entre ciudadanos romanos y el *pretor peregrino* para resolver las diferencias entre extranjeros que se hallaban en Roma, o entre extranjeros y ciudadanos romanos.

El *ius civile* abarcaba todo el Derecho, tanto privado como público, concerniente a los ciudadanos romanos, así como el *ius gentium* comprendía las normas relativas a los extranjeros. Pero al desaparecer los derechos civiles locales, y constituido el Derecho romano como ley única de todo el Imperio, el *ius civile* asumió en su contenido al Derecho de gentes.

CICERÓN advirtió que el *ius civile* es *difusum et dissipatum* (*De oratore*, e, 33, 142); a partir de este momento empezaron los intentos de sistematización del Derecho, obra que alcanzó su culminación con los juristas alemanes (pandectistas alemanes) del siglo XIX.

La *Constitutio Antoniana* del 212 d. C. extendió el Derecho romano a todos los habitantes del Imperio, comenzando la lucha entre el Derecho romano y los derechos

locales. Mientras el Occidente romanizado se sumía en una grave postración, las costumbres y prácticas orientales penetraron en el viejo Derecho. El espíritu helénico, ágil y luminoso, pero menos equilibrado y práctico que el de los romanos, imprime un nuevo sello al sucesivo Derecho romano y surge el Derecho heleno-romano, romeo o bizantino.

A la muerte de Alejandro Severo (235 d. C.) sobreviene la crisis que determina la caída del mundo romano; se quiebran las fronteras del Estado ante la presión avasalladora de los bárbaros, que invaden las provincias y a Italia misma. Más tarde, con Claudio II, Diocleciano y Constantino se restaura el Imperio, pero el centro de gravedad política pasa de Roma a Constantinopla.

El emperador Teodosio, al morir (el año 395 d. C.), dividió el Imperio romano entre sus hijos Arcadio y Honorio. Mientras el Imperio romano de Occidente se encaminaba a su completa extinción que tuvo lugar en el 476 d. C. al ser derrotado Rómulo Augusto por Odoacro, el Imperio romano de Oriente existió un milenio más, es decir, hasta la conquista de Constantinopla por los turcos en el 1453, que señaló el fin del Imperio de Bizancio.

El *ius civile* romano, unificado con el Derecho de gentes y enriquecido con los aportes parciales de los otros derechos locales, por orden del emperador bizantino Justiniano (527-565) fue recopilado en el *Corpus Iuris Civilis*, llamado también *ius civile*. La compilación de Justiniano, que fue encomendada a Triboniano, se llevó a cabo entre los años 528 a 533 en el Imperio romano de Oriente, es decir, con posterioridad a la caída del Imperio romano de Occidente en el año 476 d. C.

La compilación comprende:

- a) El *Codex* (publicado el 7 de abril de 529, teniendo fuerza de ley desde el 16 de abril de 529) que recoge las instituciones dictadas por los emperadores que precedieron a Justiniano.
- b) El *Digesto* o *Pandectas* (*Digesta seu Pandectae*) que recoge los fragmentos principales de los juristas que gozaban del *ius respondi* (facultad de dar respuestas en nombre del emperador); predominan los textos de Ulpiano, Paulo, Papiniano, Gayo, Modestino, Juliano. El nombre de *Pandectas* dio lugar a que los juristas, sobre todo alemanes, que se ocuparon del estudio y aplicación del Derecho romano a la sociedad decimonónica, se llamarán “pandectistas”.
- c) Las *Instituciones* (*Institutiones seu elementa*), que fue un libro elemental de Derecho romano dedicado a los jóvenes que gustaban de las leyes, distribuyó sus materias en personas, cosas y acciones.

- d) Las *Novelas* (*Novellae constitutiones*, *Novellae leges* o *Novella* simplemente) que recopilan las nuevas disposiciones no comprendidas en el *Codex*. A estas cuatro compilaciones se les conoce con el nombre de *Corpus Iuris Civilis*.

214. El Derecho en la Edad Media

A la caída del Imperio romano de Occidente en el año 476 d. C. por la invasión de los bárbaros, comenzando la Edad Media³ se termina oficialmente en Occidente con el Derecho romano, pero en la práctica ejerció gran influencia en el Derecho predominantemente consuetudinario de los invasores.

A fines del siglo XI y principios del XII se produce en Europa el fenómeno de la recepción del Derecho romano.

En el siglo XII la condesa Matilde crea en Bolonia la escuela de los *glosadores* (dirigida por Irnerio o Irnerius, llamado también Warner o Guarnerius, en cuyas manos cayó un ejemplar del *Digesto* desconocido hasta entonces en Occidente). Los glosadores estudian y explican el Derecho romano mediante las *glosas*, que eran notas interlineales o marginales escritas en los propios manuscritos que manejaban. El hallazgo de un manuscrito del *Digesto* o *Pandectas* se produjo en 1135 en Amalfi, de donde fue trasladado a Pisa y luego a Florencia. A partir del siglo XII, la obra de Justiniano recibe el nombre de *Corpus Iuris Civilis*, y desde entonces el Derecho civil se identifica con el Derecho romano. El *Corpus Iuris Civilis* contenía numerosas leyes de Derecho público que perdieron utilidad a causa de la nueva organización política; por eso, los glosadores y comentaristas solamente mostraron interés por las instituciones privadas, comenzando así a abrirse paso la idea de *Derecho civil* como *Derecho privado*. La cátedra de Irnerio fue llamada *Lucerna iuris* (Faro del derecho) y atrajo a los estudiosos del Derecho de toda Europa. Las glosas recibieron el nombre de *Summae* o *Sumas*. Francisco Acursio (1182-1260) seleccionó y compiló las glosas en su obra *Glosa ordinaria* o *Magistralis*.

La escuela de Boloña, que perduró hasta el siglo XIII, fue el centro cultural de mayor prestigio de su época, a la que acudían estudiantes de todas partes del mundo, que al regresar a sus países sirvieron de instrumento para la difusión y expansión del derecho romano.

³ La Edad Antigua se extiende desde los primeros documentos hasta la caída del Imperio romano de Occidente en el año 476 d. C. La Edad Media desde el año 476 hasta la toma de Constantinopla por los turcos el 29 de mayo de 1453; para otros, hasta el descubrimiento de América, el 12 de octubre de 1492. La Edad Moderna se extiende hasta la Revolución francesa, el 14 de septiembre de 1789; para otros, se prolonga hasta nuestros días con la eliminación de la Edad Contemporánea.

A finales del siglo XIII sustituyen a los glosadores los posglosadores, comentadores o escolásticos, entre los cuales descuellan, Bartolo de Sassoferato (1314-1357) y Baldo de Ubaldis (1327-1400), que se dedicaron a comentar las glosas de los glosadores de Bolonia. En contraste con los glosadores, los posglosadores mezclaron el derecho romano con los derechos locales y con el derecho canónico, y tendieron a construcciones lógicas empleando divisiones y subdivisiones, sistematizándose la exposición en tal forma que contrasta con el caos del *Digesto* y con el espíritu casuístico y empírico de los jurisconsultos romanos. Con los textos romanos se atiende a necesidades nuevas (Derecho comercial, Derecho internacional privado). Desde entonces los esfuerzos se dirigen a continuar, perfeccionar y completar la ciencia jurídica romana. El resultado fue que el Derecho enseñado en las universidades coincidió cada vez menos con el Derecho romano originario y se convirtió en un Derecho romano moderno acorde con las nuevas condiciones, el *usus modernus Pandectarum*.

La caída del Imperio romano es un proceso largo. Los pueblos del medio y lejano Oriente invaden las ciudades. Los invasores alteran la organización romana al implantar sus propios estilos de vida; sus leyes y costumbres jurídicas se enfrentan con el rigorismo formal romano. Hacia el siglo IX empieza un reordenamiento de labores, funciones y normas, proceso que se conoce como *feudalismo*, cuya base económica es agrícola-pastoril. La actividad general se desplaza del campo a la ciudad; la inseguridad del habitante lo impulsa a buscar protección en caudillos fuertes, a los que llama *señores o amos*, que ejercen un poder absoluto sobre los vasallos.

Al tiempo que esto sucede en Europa Central, en algunas ciudades italianas (Venecia, Amalfi, Pisa, Génova, Milán y Florencia) se inicia el desarrollo de las actividades comerciales e intelectuales. En el siglo XI empieza la era de la prosperidad de Europa Central, aumenta la riqueza agrícola y crece la población. Se produce un fenómeno que se acrecienta más tarde con la industrialización: la migración de la gente del campo a la ciudad; los *villanos* se convierten en *burgueses* o habitantes del *burgo* (ciudad), de entre los cuales surge la figura del mercader, que acumula riquezas que le dan poder (desafiando primero a los señores feudales y después a la nobleza, al clero y a la aristocracia) para exigir y regular un nuevo Derecho que norme su actividad. Los mercaderes exigen poder político, tribunales propios, desean libertad y seguridad para sus negocios, lo cual logran con la aceptación de la *lex mercatoria*, basada en usos y costumbres que regulan la actividad de los comerciantes. Este conjunto de normas constituye el “estatuto del comerciante”, que tiene un matiz netamente subjetivo y profesional. En los siglos XIII, XIV y XV se acrecienta la evolución social y económica, surge el uso de los libros y normas de contabilidad por partida doble, los negocios son cada vez más complicados y mayores, se difunden los mercados y las ferias, se crean diversas formas de acumulación de capital y su uso en operaciones bancarias, se generaliza el uso de la letra de cambio y de una moneda de banca, se producen los grandes descubrimientos y se acrecienta el comercio marítimo, todo

lo cual da lugar al surgimiento del Derecho comercial diferenciado del civil, cuyo origen de sistematización se encuentra en las Cartas de Olerón, la Tabla de Amalfi, el Consulado del Mar, las leyes de Misby, las ordenanzas de Colbert; pero fue con el Código de Comercio francés (*Code Commerce*) como el Derecho comercial selló su objetivización. Desde entonces el Derecho civil y el comercial aparecen regulados por separado en sendos códigos.

En la Edad Media, el Derecho civil, entendido como Derecho romano, fue un derecho común frente a los derechos particulares; esto respondió a la necesidad política del concepto del Imperio Sacro Romano Germánico, restaurado por Carlomagno en el año 800 como continuación del Imperio romano que postulaba un Derecho único: el romano. Al mismo tiempo surge por oposición al *ius civile* el *Derecho canónico* instituido por la Iglesia, que fue también derecho común en el campo religioso, dando lugar al *utrumque ius*. Entre el *ius civile* y el *ius canonici* se produce una influencia recíproca y continua. Esta bipolaridad Derecho civil y Derecho canónico permaneció en algunos países hasta comienzos del siglo XIX, pues en algunas universidades francesas, españolas y americanas, los doctores de la ley eran los graduados en uno y otro derecho (doctores *in utroque jure* o simplemente *in utroque*).

Junto al Derecho civil y al Derecho canónico existió también el derecho feudal, constituido por normas utilizadas para resolver los litigios entre señores y vasallos.

De estos derechos el que mayor influencia ejerció en los pueblos europeos de Occidente, con excepción de los países anglosajones, fue el Derecho romano, que se vio enriquecido con los aportes de cada país que lo recepcionó.

Desde fines de la Edad Media el Derecho romano comenzó a decaer, debido a que los textos y sus glosas eran cada vez más abundantes, confusos y contradictorios.

215. El Derecho civil en la Edad Moderna

En la Edad Moderna se afirma el concepto del Estado absoluto y el carácter de legislador del soberano que expide cédulas, ordenanzas y pragmáticas; se tiende a la consolidación del Derecho nacional, que se impone sobre el romano mediante la fijación legislativa, su enseñanza en las universidades y el estudio y comentario de los juristas. Así, en Francia se dan las ordenanzas de COLBERT y D'aguessau, entre otros, que recopilan las antiguas costumbres; en España nacen las ordenanzas de Montalvo (1484) y la Nueva recopilación (1567); en Prusia se recopila el Derecho civil (*Allgemeines Landrecht*). De este modo, Derecho civil ya no significa Derecho romano, sino el Derecho propio y exclusivo de cada Estado. Paralelamente, el Derecho civil

se identifica con el Derecho privado, distinto del Derecho público, regulador de la organización y la actividad política⁴.

La expresión Derecho civil con su significado de Derecho privado estaba suficientemente difundida a fines del siglo XVIII. La gran obra de Domat (1625-1695), *Las leyes civiles en su orden natural* (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*), versa exclusivamente sobre el derecho privado; Domat escribió, además, otra obra sobre la política y la administración que título *El Derecho público*. Cuando sobrevino la Revolución francesa de 1789, había entrado completamente en el uso, y tanto que la Constituyente y la Convención, al unificar el Derecho privado, hablaron con toda naturalidad de Derecho civil y de Código Civil⁵, como si se tratara de una misma cosa. Desde entonces, el Derecho civil, con su significación de Derecho privado, fue recepcionado por la codificación.

A partir del siglo XVI se separan del Derecho civil las materias relativas al derecho criminal (penal) y al derecho procesal, pues los textos romanos habían perdido vigencia en estas ramas del Derecho.

216. Los derechos germánicos

Los alamanos, visigodos, francos, sajones, longobardos, suevos, bávaros, etc., integraban la estirpe germánica. Después toda la Europa central tomó el nombre de Alemania. El círculo cultural alemán llegó a abarcar los establecidos en Alemania, Austria y Suiza, quedando fuera de él los germanos de la rama nórdica y oriental y algunos de pueblos de la occidental, a la que pertenecían los alamanos.

Un Derecho germánico sistemático y uniforme, como el romano, no existió. Existieron derechos germánicos más o menos semejantes. PLANITZ⁶ ha redactado un manual sobre esta disciplina, limitándose a estudiar el Derecho alemán; según él, el Derecho germánico, al igual que el romano, se divide en épocas, entre las que sobresalen: 1) la época antigua, y 2) la época de los siglos XII y XIII.

En la época antigua, en Derecho de familia se consagra la tutela colectiva de la *Sippe*, la absoluta potestad del padre y el matrimonio forzoso. La *Sippe* tiene una doble consideración: como parentesco y como genealogía. Como parentesco, la *Sippe* es el círculo total de parientes de sangre de una determinada persona. Como genealogía, la *Sippe* es la asociación por razón del sexo.

⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, en *Sistema de derecho civil*, Madrid: Tecnos, 1984, p. 49.

⁵ PLANIOL, Marcel, *Traité elementaire de droit civil*, n.º 25, vol. I, París: 1925.

⁶ Citado por MARÍN PÉREZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 127 y ss.

El derecho germánico acogió instituciones jurídicas extranjeras que se asimilaban a las ideas jurídicas alemanas. En el Derecho de familia, el cristianismo tuvo una fuerza directriz cada vez más intensa.

El Derecho germánico estaba dividido en estirpes. Las estirpes alemanas fueron las primeras en evolucionar. Muestra de esto fueron los derechos populares en el periodo franco; el último y más genuino fruto de esta evolución es el *Espejo de Sajonia*, que configura el Derecho sajón del siglo XIII.

En los siglos XII y XIII, las cruzadas dan lugar a la entrada de elementos culturales extranjeros. Con la colonización de Alemania Oriental surge una clase campesina en continuo movimiento, distinta a la fija de antes; el nacimiento de las ciudades engendra a la clase burguesa. Disminuye el poder de la *Sippe* a causa de que la Iglesia establece impedimentos matrimoniales, la indisolubilidad del matrimonio y combate el matrimonio forzoso. En el siglo XII se produjo la desmembración del derecho de estirpes, perdiéndose la unidad de este Derecho. El Derecho de la ciudad se diferenciaba del Derecho territorial. En los tribunales feudales, señoriales o de servicio y curiales surgían nuevos centros de configuración jurídica que sustraían a los tribunales territoriales un número creciente de asuntos relativos a una gran parte de la población noble y campesina. El Derecho consuetudinario fue cediendo ante los estatutos autónomos. Se redactaron por escrito muchos de los Derechos de las ciudades, de los territoriales, de las prácticas consuetudinarias, de los derechos curiales y señoriales.

Las legislaciones germanas se clasifican en diversos grupos: en el grupo franco sobresalen la *Lex Salica* y la *Lex Ripuaria*. En el grupo Suevo la *Lex Alamannorum* (de los alamanos) y la *Lex Baiuvariorum* (de los bávaros). En el grupo gótico, la *leges Wisigothorum* (de los visigodos) y la *Lex Burgundionum* (ley de los borgoñones). En el grupo sajón, la *Lex Saxonum*.

La romanización de los *derechos germánicos* comienza en la época de Otón III, cuando a la codificación de Justiniano se la considera como derecho imperial alemán. Desde el siglo XIV el derecho romano, conjuntamente con el canónico, fue materia de estudio en las universidades. El Derecho romano es considerado en Alemania como el Derecho universal (*la ratio scripta*) y contribuyó a lograr la unidad jurídica nacional. Los glosadores que más influyeron en Alemania fueron Bartolo de Sassoferato y su discípulo Baldo de Ubaldis. Los jueces prefirieron para su jurisprudencia el Derecho romano. Fue decisivo en este aspecto el Tribunal de la Cámara Imperial. La ordenanza de 1495 elevó al Derecho romano a la categoría de fuente subsidiaria. Las reformas de los Derechos de las ciudades y los territoriales introdujeron principios romanos en la legislación. La *Recepción* produjo una mezcla de Derecho romano y alemán. Científicamente triunfó el romano, que ahora era estudiado en sus fuentes directas (Zasius, Cajacius, Donnellus). En la práctica de los tribunales se fue formando un *usus modernus pandectarum* que dio lugar a

una configuración científica propia. En el siglo XIX aparece la escuela histórica del derecho, fundada por Carlos de SAVIGNY (1779-1861), que afirma la necesidad de un desarrollo espontáneo del Derecho, paralelo al de las costumbres y el idioma y adaptado a las realidades culturales propias de cada país. En un cambio de actitud, SAVIGNY llegó a justificar la *Recepción* del Derecho romano y exige, inclusive, una aplicación más rigurosa de él en Alemania. El Derecho romano se había convertido en esta época en el Derecho nacional alemán.

El nacionalsocialismo alemán, en el programa del partido, de 24 de febrero de 1920, en el punto 19 dice: "Exigimos que el Derecho romano, que responde a una concepción materialista del mundo, sea sustituido por un Derecho común alemán". Se exige la creación de un derecho privado alemán imbuido de socialismo.

Como conclusión, podemos decir que en ningún país la romanización del Derecho ha sido total. Costumbres vernáculas han sobrevivido aún bajo el dominio romano. Su influencia en el campo público ha sido casi nula, y muy limitada en el Derecho procesal y en el penal. En otras materias, como el matrimonio, el Derecho romano fue desplazado por el canónico.

217. Derecho legislado y codificado

Hasta el siglo XVIII el derecho es consuetudinario en sumo grado y de compilación; la legislación tiene una importancia secundaria. El soberano tiene un papel eminentemente administrativo, no puede crear ni modificar el Derecho. En el siglo XII, Graciano exige para la validez de una ley su confirmación por el uso. En el siglo XVII, las ordenanzas de Colbert atañen solo al procedimiento civil; las ordenanzas sobre el comercio o la marina son ordenanzas de policía. En el siglo XVIII, las *Ordenanzas de Daguesseau* solo consisten en una sistematización de normas que han sido ya reconocidas por la costumbre; el rey considera que él no puede alterar el derecho a su voluntad.

La escuela del derecho natural del siglo XVIII rompe con esta concepción tradicional. Considera al soberano como legislador; le atribuye la función de reformar el derecho a fin de acabar con errores del pasado; proclama la autoridad de normas que se ajusten al derecho natural. Así es como en el sistema romano-germánico se pasa de un Derecho consuetudinario y de compilación (cuya obra más importante es la de Justiniano) a un Derecho legislado y codificado.

La codificación nace acoplada al Derecho natural racionalista que deducía de los conceptos generales los conceptos particulares. La legislación racional es sistemática e impulsa hacia la codificación.

Godofredo Guillermo Leibniz (1646-1716) —matemático, filósofo y jurista— estudió el Derecho romano, pero procuró racionalizarlo. Impulsó la codificación con miras a desarrollar un nuevo código breve, claro y suficiente “merced al cual el Derecho entenebrecido por la cantidad, por la oscuridad, por la imperfección de las leyes, por la variedad de los tribunales, por las disquisiciones de los juristas”, sea puesto en “clara luz”⁷.

En su propósito fue secundado por Wolff (1679-1754) —matemático, filósofo y jurista— cuyo racionalismo lógico fecundó el pensamiento codificador y consideró que la razón humana era capaz de derivar “todas las obligaciones y derechos de la naturaleza del hombre, en una conexión sistemática estable”⁸. Según WIEACKER⁹, WOLFF elimina:

[P]or una deducción continua de todas las proposiciones del Derecho natural, desde los axiomas a los más pequeños detalles, todos los elementos inductivos y empíricos. Cada proposición particular es derivada, en estricta secuencia lógica, de las proposiciones superiores últimas y de ese modo recaba para sí la exactitud de la prueba geométrica, que se logra por conclusiones lógicas *per exclusionem*, por exclusión del contrario. Nace de esa forma un sistema cerrado, cuyo fundamento de validez es la ausencia de contradicciones lógicas de todos sus enunciados, y que por eso carecería de todo contenido si no se nutriese inadvertidamente de la ética material de Grocio y Puffendorf.

Se piensa que la codificación se basaba en estas premisas; el pensamiento codificador aspiraba a mantener en el futuro un Derecho codificado como ordenación exhaustiva, en lo posible, sin variaciones.

El Derecho nacional de los Estados absolutos alcanzó consagración definitiva en la obra codificadora iniciada en el siglo XVIII que introdujo en las leyes unos ciertos ideales políticos, económicos y sociales propios de cada país; simplificó y sistematizó el material normativo sobre la base de la lógica jurídica, imprimiéndoles unidad y coherencia a las instituciones y principios de una concreta rama del derecho, a diferencia del sistema abierto de la recopilación o de codificación total de la antigüedad, que reunía en un solo texto, por orden sistemático o cronológico, todas las leyes que estaban vigentes hasta determinado momento¹⁰.

7 LEIBNIZ, citado por VIGO, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, p. 91.

8 WIEACKER, citado por STARCK, *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, ob. cit., p. 209.

9 *Loc. cit.*

10 Las codificaciones antiguas (propiamente compilaciones) carecían de unidad y coherencia. Entre ellas figuran las *Leyes de Maná* (aproximadamente siglo XVIII a. C.), el Antiguo Testamento, el Corán, que reunían los preceptos religiosos, morales y jurídicos. Los códigos romanos: el *Código Gregoriano*, hermogeneano, teodosiano, el *Corpus Iuris Civilis*. La antigua legislación española: el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Viejo de Castilla*, el *Fuero Real*, el *Espéculo de las Leyes*, las *Siete Partidas*, las *Ordenanzas Reales de Castilla*, las *Leyes de Toro*, las *Leyes de Indias*, etc.

El inicio de la obra codificadora lo influyó el pensamiento filosófico de la Ilustración, movimiento cultural europeo del siglo XVIII, caracterizado por su confianza en la razón, la crítica de las instituciones tradicionales y la difusión del saber, y del racionalismo jurídico¹¹ que concebía al Derecho como un producto de la razón. Como afirma DÍEZ-PICAZO¹², la racionalización consiste “en la conveniencia de sustituir una práctica jurídica empírica y casuística por un sistema que proceda con una cierta automaticidad y que proporcione una mayor dosis de seguridad”.

El Derecho antiguo y medieval fue predominantemente costumbrista; el de la Edad Moderna fue de compilación y el contemporáneo es codificado. La obra codificadora, iniciada a finales del siglo XVIII, florece con el Código Civil francés, que se extendió por todos los países de Europa Continental y de allí se difundió por los países de Asia, África y América. El derecho de la Unión Soviética y el de las democracias populares se ubican también en la misma familia del derecho codificado. La diferencia entre el derecho de la desaparecida Unión Soviética y los demás derechos europeos continentales no es de forma sino de contenido. Solamente se yuxtaponen al sistema del Derecho codificado, el sistema del *Common law* y el Derecho islámico.

La codificación ha sido un instrumento admirable para la expansión por el mundo del Derecho romano-germánico. Pero en un comienzo también entrañó una actitud de positivismo legislativo y a la vez de nacionalismo jurídico, olvidando las admirables directivas formuladas en Portugal por el Marqués de Pombal e incorporadas en los estatutos de la Universidad de Coimbra de 1772¹³, que prescribía la búsqueda del Derecho, no en las sutilidades del Derecho romano, sino en los principios jurídicos comunes a las naciones civilizadas. Se tendió a confundir el Derecho con la voluntad del soberano y se separó al derecho de la justicia. Sin embargo, el hecho de la elaboración de los códigos según el Derecho comparado, da testimonio del parentesco entre todos los Derechos de la familia romano-germánica. Ahora se ha

11 Se entiende por racionalismo jurídico a la “filosofía de fines del siglo XVIII y principios del XIX por su marcado carácter individualista y crítico, pues conceptualizaba al Derecho como una hechura de la razón humana. De ahí que este dependiera, en cada país, de sus legisladores. La ley era fuente; podía establecerlo, enmendarlo, improvisarlo... Era el principio jacobino de la Revolución francesa aplicado al Derecho: destruir las tradiciones para crear, según los dictados de la razón, el mejor derecho posible, y crearlo con eficacia de los códigos completos y sistemáticos, que abroguen las leyes y costumbres del pasado y establezcan el derecho y la justicia del porvenir” (Carlos Octavio Bunge, *El derecho*, p. 141, citado por BADARACCO, Raúl A., “Código Civil”, en *Enciclopedia Jurídica Omega*, t. III, Buenos Aires: 1961, p. 133).

Contrariamente al racionalismo jurídico que funda todo el ordenamiento jurídico en la ley, la escuela histórica del Derecho (Savigny, Hugo, Puchta, etc.) llegó a la conclusión de que tanto en Roma como en Inglaterra el Derecho se formó en el Derecho pretoriano o en el *Common law* que son costumbres. Las necesidades y los usos de los pueblos son las verdaderas causas de la formación del Derecho, que viene a ser un producto de la historia.

12 DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, ob. cit., p. 50.

13 DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, ob. cit., p. 50.

superado el positivismo legislativo decimonónico, pues ya no se piensa que los textos legales sean las únicas fuentes formales del Derecho; se reconoce el papel que desempeñan las costumbres, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho en la elaboración y transformación de este. Hay un renacimiento del Derecho natural y un reavivamiento del sentimiento de que el Derecho no puede identificarse solamente con la ley y que, por tanto, no tiene un carácter nacional. La globalización en el aspecto social, económico, político, aun delictivo, implica también la globalización del Derecho, que no puede quedar confinado dentro de las fronteras nacionales. Nuevas teorías dan cuenta de que él no es solamente norma, sino también conducta humana, valor, historia y realidad social.

Para que quede en claro la unidad y existencia del sistema romano-germánico de Derecho, veamos brevemente la formación de la obra codificadora en los diversos países, aunque limitándonos al Derecho privado:

- a) *Prusia*. En Prusia, antiguo reino de Europa que constituía la parte septentrional de Alemania, por orden de Federico Guillermo II (rey desde 1786 hasta 1797), se publicó en 1794 el código denominado *Derecho territorial general de los Estados prusianos* (el famoso *Allgemeine Landrecht o Código de Federico*), influido por la escuela protestante del Derecho natural, y por el racionalismo wolffiano. Este código todavía no es acorde con la legislación moderna, pues comprendía todas las ramas del Derecho prusiano. Se lee en la introducción de este código: "No deben ser tenidas en cuenta, en adelante, en las sentencias, las opiniones de los jurisconsultos ni sentencias anteriores de los jueces".
- b) *Francia*. El punto de partida del fenómeno histórico de la codificación moderna se abrió con la dación de los códigos franceses: el Civil de 1804; el de Procedimientos Civiles de 1807; el de Comercio de 1807; el de Instrucción Criminal de 1808 y el Penal de 1810.

El método y coherencia del Código Civil francés, que alguien ha calificado como un monumento a la libertad individual, fueron claras muestras de las ventajas de la codificación, razón por la cual fue admirado, estudiado y tomado como modelo de todos los códigos que con posterioridad habrían de dictarse en casi todos los países.

El plan del Código Civil francés es el de Gayo y comprende tres libros: 1. *Personas*; 2. *Cosas y derechos reales*, y 3. *Diferentes modos como se adquiere la propiedad*. El derecho de sucesiones está incluido en el tercer libro. En este Código se inspiró el legislador peruano de 1852.

- c) *Austria*. El Código Civil (*Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*; abreviado: A. B. G. B.) se dio en 1811 y entró en vigencia el 1 de enero de 1812; fue elaborado

por Franz von Zeiller; es un código de gran perfección técnica, conciso, consta de 1502 párrafos. Está influido por las ideas de la escuela del Derecho natural en la fase de los contemporáneos de Kant, pero preservándose las ideas revolucionarias francesas. En 1904, el jurista Josef Uger revisó el A. B. G. B. mediante tres “novelas parciales” que fueron aprobadas de 1914 a 1918. Estas novelas están inspiradas en el B. G. B. alemán de 1900.

- d) *Italia.* En Italia, a la caída del dominio francés, el Código de Napoleón fue abrogado en casi toda la península. Los diversos Estados en que se fraccionó Italia, adoptando el modelo francés, se dieron sus propios códigos civiles: Víctor Manuel I restableció en Piamonte las antiguas constituciones de 1770, y luego de la incorporación de la Liguria adoptó en mayo de 1815 el Código de Napoleón; Cerdeña adoptó el Código Albertino, hecho publicar por Carlos Alberto en 1837 bajo el modelo francés; en el reino Lombardo Veneciano rigió el Código austriaco de 1811; en los estados de Parma, Plascencia y Guastalla se puso en vigor el Código Civil de 1820; en el ducado de Módena un Código de 1852; en Nápoles, el Código de Napoleón tuvo vigencia hasta 1819, cuando fue sustituido por el Código del Reino de las Dos Sicilias; en Roma, suprimido el Código francés en 1814, recobró fuerza de ley el Derecho común, templado por el canónico, y las constituciones apostólicas, así como el reglamento gregoriano de 1824; lograda la unidad política italiana bajo la forma monárquica, surge la necesidad de un Código Civil único que consolide la unidad política. El 12 de enero de 1865 se aprobó el Código Civil, cuyo proyecto fue redactado con base en el Código Albertino; se publicó el 25 de junio 1865, para que entrase en vigor, en todo el reino, el 1 de enero de 1866.

El régimen fascista, sirviéndose de la gran tradición jurídica y de los más notables juristas italianos, tras una elaboración de más de quince años, reemplazó el Código de 1865 por uno nuevo que se empezó a aprobar en 1939 y se terminó de sancionar en 1942. La sanción se hizo por medio de decretos reales; cada decreto real comprendió la sanción de un libro. Por real decreto del 16 de marzo de 1942 —xx, n.º 262— se aprobó el texto del nuevo Código Civil que entró en vigencia el 21 de abril de 1942, sustituyéndose desde esa fecha a los libros de dicho Código, aprobados también mediante decretos reales.

El Código Civil italiano de 1942 consta de seis libros, precedidos de algunas “Disposiciones sobre la ley en general” (lo que en nuestro Código Civil se denomina “título preliminar”), relativas a la regulación de las fuentes del Derecho, a la interpretación y aplicación de las normas y a la materia del Derecho privado internacional.

Los libros del Código son: a) *De las personas y de la familia*, b) el libro segundo denominado *De las sucesiones*, c) el libro tercero llamado *De la propiedad*, d)

el libro cuarto titulado *De las obligaciones*, e) el libro quinto trata *Del trabajo*, y f) el libro sexto denominado *De la tutela de los derechos*.

El Código Civil italiano de 1942 fue aprobado como una afirmación teórica de la ideología fascista que pregonó un sistema civil de carácter corporativo; se inspira, sin embargo, en las mejores tradiciones del Derecho romano y también en lo mejor de las tradiciones del italiano en general, junto con las nuevas orientaciones de la ciencia civilística, especialmente de las más modernas concepciones del Derecho alemán. Además, contiene algunas innovaciones de carácter técnico, así como la absorción del Derecho comercial en el Derecho civil. Fiel a la tradición latina, conserva el carácter práctico de la codificación civil, sacrificando los principios abstractos, hecho explicable porque el codificador italiano estuvo predominado por los juristas del nacionalsocialismo alemán que propugnaban la supresión de todo concepto o principio que se hubiera originado en el Derecho romano, y criticaron acerbamente la parte general del Código Civil alemán de 1900 y de todo dogmatismo en el Derecho.

Después de la dramática caída del fascismo y el advenimiento de la democracia, algunos juristas eran partidarios de derogar el nuevo Código de 1942 y volver al Código de 1865 con las modificaciones y adaptaciones necesarias; otros, conscientes de la grandeza de esta obra jurídica que reúne las más modernas concepciones civilísticas de la época, opinaron por su no derogación, debiendo solamente, como afirmó Calamandrei, expulsar de dicho Código algunos “animales inmundos” que repugnan “con la tradición jurídica italiana y con los dictámenes de la justicia y de la caridad cristiana”, tarea que no resultó difícil, pues bastaron dos decretos leyes de 1944 y de 1945 para limpiarlo de las frases alusivas al sentimiento nacional fascista, a los principios de solidaridad corporativa, a los de la carta del trabajo y al empleo del concepto de raza.

El Código Civil italiano de 1942 viene sirviendo de modelo de todos los códigos que se han dado a partir de esa fecha en diferentes países, entre ellos, el vigente Código Civil peruano de 1984.

- e) *España*. En España, la Constitución de Cádiz de 1812, en su art. 258, determinó que los Códigos Civil, Criminal y de Comercio deberían ser unos para toda la monarquía. Este deseo tropezó con la cuestión foral. Cada región tenía su propio fuero. El 11 de mayo de 1888 se aprobó la Ley de Bases, por la cual se autorizó al Gobierno para que redactara y publicara un Código Civil, de acuerdo con las condiciones, directrices y bases establecidas en dicha ley: se dispuso que la tendencia del código debía ser la de una plena subsistencia de los derechos forales, y el Código sería de aplicación supletoria. A los pocos meses, esto es, el 6 de octubre de 1888, por decreto real se mandó publicar el Código Civil, el cual se basó en el proyecto de 1851 de los autores García Goyena, Bravo

Murillo, Luzuriaga y Sánchez. Comenzó a regir el 1 de mayo de 1889. Como consecuencia de la discusión en las cámaras sobre la forma cómo el Gobierno había cumplido con la Ley de Bases, se publicaron dos ediciones del Código: la primera el 6 de octubre 1888, que entró en vigencia el 1 de mayo de 1889, y la segunda, publicada el 24 de junio de 1888. La segunda publicación que codifica múltiples preceptos de la primera está precedida de una exposición de motivos y contiene trece disposiciones transitorias. Sistemáticamente, tomó el modelo del Código francés. El Derecho de familia está en parte incluido en el libro primero de las personas y en parte en el libro cuarto de las obligaciones y contratos. Ideológicamente es de tendencia liberal-conservadora, individualista, sin preocupación social. Internamente se inspira en la tradición jurídica española, pero sobre él influyeron el Código Napoleón, el portugués de 1868, el italiano de 1865 y el Código Civil argentino.

- f) *Chile y Colombia.* Chile en 1855 y Colombia en 1873 adoptaron el Código Civil de Bello.

El conocido humanista Andrés Bello (escritor, filósofo, poeta, jurisconsulto y político), nacido en Caracas en 1781 y fallecido en Santiago de Chile en 1865, trabajó privadamente en la elaboración de un Código Civil. El Congreso de Chile, interesado en este trabajo, en 1840 nombró una “Comisión de Legislación del Congreso Nacional” para que junto con Bello redactara el código. Disuelta esta comisión, Bello continuó su obra, concluyéndola en 1852. El presidente Manuel Montt, en su mensaje al Congreso, con fecha 22 de noviembre de 1855, propuso la aprobación del Código Civil. Una vez aprobado por el Congreso, Montt lo promulgó el 14 de diciembre de 1855 y entró en vigencia el 1 de enero de 1857. En el aludido mensaje de Montt, se mencionan como fuentes del Código, entre otras, el Derecho romano, el Código Civil francés, el derecho canónico, los códigos Civiles de Cerdeña y de las Dos Sicilias, las *Siete Partidas*, la jurisprudencia española, la legislación chilena vigente entonces y las prácticas del país.

La Constitución Política colombiana de 1858 creó una confederación compuesta por los Estados de Cundinamarca, Antioquía, Bolívar, Boyacá, Cauca, Magdalena, Panamá y Santander, los mismos que quedaron facultados para dictar leyes en materia civil y penal que debían regir en sus respectivos territorios. En 1858, el Estado de Santander adoptó el Código Civil de Bello con pequeñas modificaciones; los otros estados siguieron este ejemplo, hasta que el 26 de mayo de 1873, por iniciativa del presidente Manuel Murillo Toro, se expidió el Código Civil de la Unión que debía regir en todos los estados, que no es otro que el de Bello con pocas modificaciones.

Las fuentes principales del Código Civil de Bello adoptado por Chile y Colombia, como afirma Valencia Zea, son: el Derecho romano, el germano (Código

de Austria y Prusia y especialmente la obra de SAVIGNY), el viejo derecho español (las *Siete Partidas* y la *Novísima Recopilación*), el derecho francés (ante todo, la obra de Pothier y el Código Civil francés de 1804, con los comentarios de Delvincourt y Rogrón).

El plan es el de Gayo: personas, bienes y obligaciones, y sucesiones por causa de muerte, plan que Bello modificó, sacando dos libros: el 3.º sobre sucesiones por causa de muerte y al 4.º relativo a obligaciones y contratos. El Derecho de familia, que debería constituir un solo libro, aparece regulado en parte (Derecho de familia puro) en el libro primero, relativo a personas y parte (el régimen económico matrimonial) en el libro cuarto dentro de los contratos. Al igual que el francés, el Código de Bello carece de una parte general; es casuístico (empírico), en el sentido de que proporciona soluciones para casos concretos, sin tener en cuenta que el Derecho civil es racional y científico y por ello sus soluciones deben ser genéricas. Se señala como su principal virtud la claridad de sus soluciones y como defecto las insolubles contradicciones entre unos textos y otros. Al igual que el francés, es un código individualista, que fue la doctrina imperante en el siglo XIX, según la cual todo en la sociedad debe organizarse por el individuo y para el individuo; el valor del capital está por encima de la fuerza de trabajo.

- g) *Argentina.* En Argentina, el director provisional de la Confederación Argentina dictó un decreto el 24 de agosto de 1852, por el cual creó comisiones para redactar los proyectos de códigos en las distintas materias, en vista de que la legislación española, vigente entonces, había quedado retrasada, difusa y diversificada en varios volúmenes que hacían que su conocimiento, estudio y aplicación resultara difícil, poco práctico y anticientífico. Esta obra no llegó a realizarse. La Constitución de 1853 dispuso que correspondía al Congreso dar los códigos. El 6 de junio de 1863 se dictó la Ley 36, por la cual se autorizó al Poder Ejecutivo nombrar comisiones para que redactaran los proyectos de códigos civil, penal, comercial y ordenanzas del ejército. El 20 de octubre de 1864, el presidente Mitre designó al doctor Dalmacio Vélez Sársfield para que redactara el proyecto de Código Civil. Vélez trabajó en la redacción del proyecto desde 1864 hasta 1869; a medida que iba terminando los diversos libros los presentaba al Poder Ejecutivo, el cual los imprimía y repartía en toda la República. Terminado el proyecto, fue puesto a consideración del Congreso con fecha 25 de agosto de 1869. El Código fue sancionado por Ley 340 del 25 de septiembre de 1869; se promulgó el 29 de septiembre de 1869 y entró en vigencia el 1 de enero de 1871. Son fuentes de este Código: el Derecho romano, la legislación y costumbres argentinas imperantes, la legislación española, el Código Civil francés y sus comentarios, la obra del eminentе jurista brasileño TEXEIRA DE FREITAS que en su *Consolidação das leis civis* de 1857 ordenó y

clasificó el material legislativo de su país. FREITAS, en 1858, recibió el encargo del gobierno de su país para proyectar el Código Civil del Brasil.

El anteproyecto, llamado *Esboço*, fue publicado entre 1860 y 1865. El *Esboço* consagró una parte general que significó un avance científico admirable. Esta parte general se denominó “De los elementos de los derechos”, con tres secciones: de las personas, de las cosas y de los hechos. Según FREITAS, todos los códigos tratan de las personas y de las cosas y el *Esboço* contiene una sección más sobre los hechos, siguiendo a los romanistas alemanes (Gustavo Hugo, Savigny, Mackeldey y Oktolan) que fueron los creadores de la teoría general sobre los hechos y los actos o negocios jurídicos. Esto demuestra que la fuente directa, en cuanto al método, del Código de VÉLEZ SÁRSFIELD es el *Esboço* de FREITAS. En efecto, después del *Esboço* que contiene una teoría general sobre los hechos, corresponde al Código Civil argentino de VÉLEZ SÁRSFIELD el mérito de haber consagrado legislativamente en el segundo libro, sección segunda, una teoría general llamada: “De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones”.

Entre otras fuentes del Código Civil argentino figura el Código Civil de Chile, obra de don Andrés BELLO.

- h) Alemania. Alemania, que se encontraba pulverizada en una serie de Estados menores, alcanzó su unidad nacional, exigida por su lengua, cultura e historia, en 1870. Desde antes de esta fecha, las ventajas de la codificación francesa estaban difundidas en Europa y América Latina, y muchos países se habían dado sus propios códigos, todos inspirados en el modelo francés. Llevado por esta corriente, REHBERG publicó un artículo en que proponía la importancia del Código de Napoleón para que tuviera vigencia en todos los estados alemanes a fin de lograr la unidad en el campo del Derecho privado. Tal propósito fue observado por THIBAUT, quien en el año 1814 publicó su trabajo “*Sobre la necesidad de un Código Civil para Alemania*”, en el cual sostenia la conveniencia de una codificación unitaria, pero no por el sencillo sistema de la importación del Código Civil francés, sino mediante la redacción de un código original, si bien sobre el modelo francés, pero inspirado en las tradiciones alemanas que, a su juicio, podía lograrse destinando durante pocos años la mitad de lo que costaba el sostenimiento de un regimiento de infantería. THIBAUT fue replicado por Carlos VON SAVIGNY con la publicación de un folleto que se ha hecho clásico, titulado “*De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y para la jurisprudencia*”, en que impugna las pretensiones de THIBAUT que se fundaban en razones derivadas de la propia naturaleza del Derecho; este racionalismo abstracto, reafirmado por la Revolución francesa, consideraba al

Derecho como una entidad moral o criatura de la razón. SAVIGNY rechazó la concepción racionalista de la doctrina francesa y el mito de la ley como fuente exclusiva de las normas positivas, y sostuvo que el Derecho es esencialmente un producto histórico, una creación espontánea de la conciencia o el espíritu del pueblo y no el producto de un laboratorio, como es un Código Civil; la ley no es un fenómeno abstracto y estático sino un devenir. De este modo nació en Alemania la *Escuela histórica* fundada por SAVIGNY¹⁴, según la cual el Derecho tiene su fuente capital en la costumbre.

Al afirmar que el Derecho es el producto de la conciencia popular, se asegura la preeminencia de la costumbre sobre todas las otras fuentes del Derecho positivo. Para salvar la dificultad en la formación de la conciencia del Derecho en una sociedad tan compleja y especializada como era la alemana de aquella época, PUCHTA sostuvo que esa conciencia jurídica se expresa en la obra de los juristas, con la cual, en la práctica, la ciencia del Derecho se convirtió en fuente primaria del Derecho positivo.

Antes que se produjera la unidad nacional alemana, se dieron algunos códigos civiles en varios estados, como la traducción y readaptación del Código Civil francés en Badén (*Badisches Landrecht* en 1809), habiendo regido en el Ducado de Badén, en Renania, Alsacia y Lorena; en el Ducado de Hes se proyectó (1841-1853) el Código Civil, que no llegó a promulgarse: igualmente, el proyecto de Código Civil bávaro (1861-1864) no tuvo sanción: el Código Civil de Sajonia rigió desde 1865.

14 RECASÉNS SICHES (citado por BASADRE GROHMAN, Jorge, *Historia del derecho peruano*, 2.^a ed., Lima: Edigraf, 1985, p. 15) resume el pensamiento de Savigny en los siguientes términos: "El derecho es un fenómeno de cultura, parejo en sus caracteres al lenguaje, el arte, etc., condicionado históricamente, producido por el espíritu nacional o popular (el cual es concebido como alma colectiva, real) de un modo como instintivo, misterioso, obedeciendo a recónditos impulsos y reacciones. Su origen radica en la convicción jurídica del pueblo, que es una emanación del espíritu nacional; y se manifiesta de un modo inmediato o tiene su fuente capital en la costumbre jurídica, testimonio de dicha convicción. La misión del jurisconsulto, por tanto, debe consistir exclusivamente en recoger, exponer y sistematizar los datos de la convicción jurídica popular expresada en la costumbre y en indagar la evolución y proceso histórico del Derecho para su mejor interpretación. Y el papel del soberano no debe tener más alcance que hacer valer las normas jurídicas consuetudinarias y, a lo más, traducirlas fielmente en leyes, cosa que, sin embargo, muchas veces no es conveniente, porque la legislación es algo rígida, que a menudo fosiliza la regla viva y entorpece su desarrollo. Estos inconvenientes, que en muchos casos ofrece la labor legislativa, los poseen en grado superlativo la codificación que, por su aspiración a constituir una totalidad armónica, fabrica frecuentemente normas artificiales y, en general, rompe el contacto de la regla jurídica con su fuente creadora vital, esto es, con el espíritu popular, y malbarata la fluencia y flexibilidad que deben ser propias de todo Derecho. Consiguientemente, no cabe una valoración racional, apriorística del Derecho positivo, sino solo una crítica en sentido histórico, para medir hasta qué punto expresa fielmente la íntima convicción popular".

La obra codificadora se reanudó una vez instaurado el Imperio. El 1 de enero de 1873 se dictó una ley que confería al *Reichstag* (Parlamento) la facultad de legislar para todo el Imperio en materia de Derecho civil. En 1874, el *Bundesrath* (órgano de la antigua *Dieta* de la Confederación Germánica) nombró una comisión preparatoria, a la que siguió otra de redacción del código. Los proyectos parciales fueron concluidos en 1880; el Derecho de sucesiones fue redactado por VON SCHMITT (1879); el de familia, por PLANCK (1880); el de cosas, por JOHOW (1880), y la parte general, por GEBHARD (1881). VON KUBEL debió elaborar el Derecho de obligaciones, pero murió, dejando inconclusa esa parte, que fue suplida con el proyecto de Dresden; luego de una prolífica revisión, quedó terminado el proyecto total en 1887, así como el proyecto de una ley de introducción del Código de 1888. El proyecto, con su exposición de motivos, fue difundido intensamente, lo cual dio lugar a la colaboración de toda la nación, que participó como nunca lo había hecho, en la elaboración de un código. El proyecto fue criticado, por considerarse que era excesivamente técnico y abstracto y por haber abandonado las antiguas costumbres germánicas para dar paso a muchas instituciones romanas. Ante estas críticas, el *Bundesrath*, a fines de 1890, designó una nueva comisión de diez miembros permanentes y doce no permanentes, para la redacción de un segundo proyecto que fue finalizado en 1895. Este proyecto sufrió algunas modificaciones y bajo el nombre de *tercer proyecto* fue presentado al *Bundesrath* en octubre de 1897. El *Bundesrath* le hizo nuevas modificaciones y suprimió las disposiciones de la ley de introducción, de lo cual resultó así un cuarto proyecto presentado al *Reichstag* en 1896, aprobado el 1 de julio de 1896, y el 14 de julio de 1896 fue aprobado definitivamente por el *Bundesrath*; recibió sanción imperial el 24 de agosto de 1896 y entró en vigencia el 1 de enero de 1900.

El plan del Código Civil alemán (BGB) es el mismo de SAVIGNY, con la única variante de anteponer el Derecho de las obligaciones al de los derechos reales. El libro primero comprende la parte general (personas, cosas, negocios jurídicos, plazos y términos, prescripción, ejercicio de los derechos, y prestación de seguridad); el libro segundo, Derecho de las relaciones obligacionales; el libro tercero, Derecho de cosas; el libro cuarto, Derecho de familia; y el libro quinto, Derecho hereditario. El Código está precedido de una ley de introducción. Este plan responde a un criterio científico, a una técnica depurada; es de carácter abstracto, positivista y logicista; contiene una riqueza y precisión terminológicas, y, a diferencia de los códigos que le precedieron, marca un criterio transicional entre el individualismo imperante en el siglo XIX y una tendencia hacia la socialización del derecho.

- i) Suiza. En Suiza, el Código de las Obligaciones de 1881 unifica las normas del Derecho civil y comercial.

En 1892, Eugen HUBER recibió el encargo oficial de preparar un anteproyecto de Código Civil, que fue aprobado por el Departamento Federal de Justicia y Policía en 1900. Una comisión redactó el proyecto definitivo en los tres idiomas oficiales (alemán, francés e italiano), proyecto que fue sancionado por el Consejo de Estados en 1907, entrando en vigencia el 1 de enero de 1912. El Código se integra con un título preliminar y cuatro libros: personas, familias, sucesiones y Derecho de cosas. Respecto a las obligaciones, se dejó subsistente el Código de las Obligaciones sancionado en 1881, cuyo texto fue revisado en 1911 para armonizarlo con las disposiciones del Código Civil.

El Código Civil suizo se inspira en el B. G. B. alemán, pero con un lenguaje más sencillo. En el art. 1 se prescribe que a falta de ley o de costumbre, el juez debe fallar en igual forma a como lo haría el legislador si tuviera que regular la cuestión.

- j) *Brasil.* En 1859, en Brasil se encargó a Augusto TEIXEIRA DE FREITAS la redacción de un Código Civil. FREITAS, inspirado en los romanistas alemanes (HUGO, SAVIGNY, DE ORTOLAN, etc.), preparó un anteproyecto llamado *Esboço* (*Esbozo*), el mismo que sirvió de fuente principal a VÉLEZ SÁRSFIELD en la redacción del Código Civil argentino. El *Esboço* no fue aprobado como Código Civil del Brasil; por el contrario, en 1899 se encargó a CLOVIS BEVILAQUA la preparación de un nuevo proyecto, el cual fue sometido a la discusión del Congreso en 1900; fue aprobado en 1916 y entró en vigencia el 1 de enero de 1917. Se inspiraría principalmente en el B. G. B. alemán.
- k) *Bolivia.* Bolivia fue el primer país sudamericano que codificó el Derecho civil. Su Código fue sancionado en 1843 y puesto en vigencia en 1845. Es, en gran parte, traducción del Código de Napoleón.
Actualmente Bolivia cuenta con un nuevo Código Civil promulgado el 6 de agosto de 1975, vigente desde el 2 de abril de 1976. La fuente principal de este Código es el Código italiano de 1942.
- l) *Paraguay.* Por ley del 27 de julio de 1889, la república del Paraguay adoptó el Código Civil argentino de 1889.
El nuevo Código Civil fue promulgado el 23 de diciembre de 1986, vigente desde el 1 de enero de 1987. La fuente principal de este Código es el Código Civil italiano de 1942.
- m) *Ecuador.* El Código Civil ecuatoriano, que fue promulgado en 1861, es una transcripción readaptada del Código de BELLO. Se hicieron algunas modificaciones en 1950.
- n) *Venezuela.* El Código de 1887 fue reemplazado por el nuevo Código Civil, puesto en vigencia en 1942.

- o) *México.* En 1870 fue sancionado para el Distrito Federal un Código Civil que luego fue adoptado por otros estados mexicanos.
El nuevo Código Civil de 1932 se inspira en el B. G. B. alemán.
- p) *Uruguay.* El Código Civil uruguayo fue redactado por TRISTÁN y NARVAJA; fue puesto en vigencia el 18 de julio de 1868. Por ley del 28 de abril de 1914 se aprobaron algunas reformas aconsejadas por Serapio DEL CASTILLO.
- q) *Guatemala.* El Código Civil de 1877, inspirado en el de Napoleón, rige bajo la nueva redacción de 1933.
- r) *Portugal.* El proyecto del Código Civil fue redactado bajo la dirección de Antonio Luis DE SEAMBRA, profesor en Coimbra. El Código fue promulgado el 1 de julio de 1868. La sistemática en este Código es la del Código Civil francés.
El nuevo Código Civil de Portugal de 1966 empezó a regir en 1967, y se inspira principalmente en el italiano de 1942.
- s) *Japón.* En 1889, el Gobierno japonés encargó al profesor de la facultad de París BOUSSONAUE la elaboración de un proyecto de Código Civil. Aprobado este proyecto debió entrar en vigencia en 1893, pero los juristas japoneses que habían estudiado en Alemania e Inglaterra se negaron a recepcionar el Derecho francés, y por ello en ese año de 1893 se designó una comisión presidida por el profesor HOZUMI e integrada por los juristas OUMÉ y TOMITI, de la Universidad de Tokio; el proyecto se inspiró en el segundo proyecto del Código Civil alemán. El Código comenzó a regir en 1898.
- t) *Grecia.* En 1874 se redactó un proyecto fundado en el Código Civil francés. Este proyecto entró en vigencia en Samos (1900) y en Creta (1913). El resto del país continuó gobernándose preponderantemente por el Derecho romano. En 1930 el gobierno de Metaxas designó una comisión para que elaborara un proyecto, el cual fue terminado en 1934 y aprobado en 1940, para que entrara en vigencia el 1 de julio de 1941, lo cual no ocurrió por la ocupación de Grecia por los ejércitos de Alemania. Liberada Grecia en 1945, el Gobierno dispuso la preparación de un nuevo proyecto, que hizo modificaciones pequeñas en el de 1940; promulgado en 1945, tuvo vida efímera, debido al triunfo en 1946 de las tendencias conservadoras que pusieron en vigencia el Código de 1940. El Código de 1946 se inspira en el B. G. B.
De todos estos códigos, sin desmerecer la singular importancia de algunos de ellos, como el *Esboço* (proyecto de Código Civil) de FREITAS, el de Andrés BE-LLO, el argentino de VÉLEZ SÁRSFIELD, el Helvético de las obligaciones, entre otros, solamente tres de ellos han alcanzado, en sus respectivos momentos, prestigio y validez casi universal. Ellos son: el *Código Civil francés*, en el cual se inspiraron todos los códigos que se dictaron hasta 1900: el *Código Civil alemán*

(B. G. B.), que sirvió de modelo a casi todos los códigos hasta 1942, y el *Código Civil italiano* de 1942, que desde esa fecha sirve de fuente principal a todos los códigos que se han dictado hasta el presente.

218. La codificación en el Perú

218.1. El Código Civil de 1852

- a) **Antecedentes.** En la Colonia coexistieron el Derecho castellano y el especial o indiano. Este mismo Derecho colonial continuó rigiendo durante los primeros treinta años de implantada la república, agregándose algunas disposiciones dictadas por los primeros gobernantes del Perú independiente. José de San Martín, en el *Reglamento Provisional* dictado en Huaura el 12 de febrero de 1821, art. 8, dispuso lo siguiente:

[T]odas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no están en oposición con los principios de libertad e independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de septiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en fuerza y vigor, mientras no sean derogados o abrogados por autoridad competente.

Luego, en el reglamento dictado en Lima el 4 de agosto de 1821, por el cual establece la Cámara Alta de Justicia con sede en Lima en sustitución de la Cámara de Apelaciones de Trujillo (creada por el reglamento del 12 de febrero de 1821) que quedó abolida, decretó:

[Í]nterin se forma el reglamento para la administración de justicia, observará el tribunal las leyes que regían a las audiencias, en cuanto no contradigan los principios de libertad e independencia proclamados en el Perú, ni estén en oposición con los decretos y reglamentos expedidos desde el 18 de septiembre último hasta la fecha.

Por decreto del 3 de agosto de 1821, San Martín asumió el mando político y militar de los departamentos libres del Perú, bajo el título de protector. Mediante decreto del 12 de agosto de 1821 dispuso que todos los hijos de esclavos, nacidos a partir del 28 de julio de 1821, son libres, y mandó que anualmente se rescatara por sorteo cierto número de esclavos pagando el Gobierno a sus amos: igual gracia concedió a los esclavos que se alistaban en el ejército. El régimen de las personas por su estado civil quedó modificado con la expedición del decreto del 4 de octubre de 1821, sobre naturaleza y ciudadanía (los extranjeros que trabajaban en el país debían jurar la independencia y obtener carta de naturaleza). Por decreto del 17 de octubre de 1821,

San Martín concedió entrada libre a los extranjeros, los cuales gozarían de la misma protección que los ciudadanos. Por decretos del 27 y 28 de agosto de 1821 mandó que a los indígenas se los llamase peruanos y se les eximió de los servicios en las mitas, pongos, encomiendas y yanaconaje, y de todo trabajo contra su voluntad.

José de la Riva-Agüero y Sánchez Boquete, designado presidente de la República (primér presidente del Perú), por resolución del Congreso fechada el 28 de febrero de 1822, derogó el decreto de San Martín que liberaba a los negros por sorteo o por el ingreso al ejército, por constituir un arrebato del capital a los hacendados (los esclavos trabajaban las haciendas y sus hijos eran a veces usados como monedas para pagar). Así es como desde entonces los gobernantes peruanos, con muy raras excepciones, dirigen al país en función de sus intereses particulares y de clase, racistas solapados, causantes de las profundas diferencias sociales que ahora han desencadenado el feroz estado de miseria, ignorancia y violencia en que se debate nuestra patria. Desde entonces, la clase dominante política y económicamente no se ha preocupado por solucionar los problemas que afectan a las grandes mayorías; se ha limitado a penalizar los problemas y convertir a las cárceles en verdaderos establos, mientras que los grandes delincuentes son “respetables” señores que si no están en el poder, viven muy cerca de él.

La Constitución de 1823 abolió la esclavitud y con ello el comercio de negros. En su intento de difundir la educación, declaró que la instrucción era una necesidad y que la república la debía igualmente a todos los individuos; dictaminó que las leyes anteriores rigen mientras no se opongan a la Independencia y solo *hasta la organización de los códigos civil, criminal, militar y de comercio*. Las Constituciones de 1828 y 1834 dispusieron que nadie nace esclavo en la república y todo el que entra en el Perú queda libre. La Constitución de 1839 suprimió la segunda disposición, después que Salaverry autorizó la importación de esclavos.

Por ley del 24 de diciembre de 1839 se dispuso que los hijos de esclavos declarados libres por San Martín quedaban bajo el patronazgo de los amos de sus padres hasta la edad de 50 años, y que podían los patronos transferir su patronazgo.

Por decreto del 10 de enero de 1827 se estableció que “a ningún peruano se le impondrá la pena de prisión, ni otra alguna corporal, por deudas puramente civiles, sea cual fuere su importancia” (art. 1). Antes de 1827, en aplicación del Derecho colonial, se imponía la pena de prisión por deudas civiles. El citado decreto fue dado por Andrés de Santa Cruz, gran mariscal de los ejércitos nacionales, presidente del Consejo de Gobierno de la república peruana.

La ley del 17 de diciembre de 1829 fijó la edad de 21 años para la emancipación de los hijos; por ley promulgada el 31 de marzo de 1828 se reconoció a los indios y mestizos la calidad de propietarios con pleno dominio de las tierras que ocupaban por reparto y sin contradicción; la ley promulgada el 11 de enero de 1830 dispuso que todos los bienes son enajenables; la ley del 7 de enero de 1833 derogó las prohibiciones de cobrar intereses usurarios; más tarde, Salaverry fijó como interés máximo mensual el 1 %; la ley del 3 de noviembre de 1849 estableció la propiedad intelectual.

Por cuanto la legislación colonial era excesivamente numerosa, confusa y contradictoria, incrementada con la legislación de los primeros años de la república, el 31 de diciembre de 1825, Bolívar nombró una comisión de 12 personas, presidida por Manuel LORENZO VIDAURRE para que preparase los códigos que necesitaba el Perú. La comisión se reunió una sola vez; no cumplió su cometido. VIDAURRE trabajó solo en forma privada. Presentó al Congreso un proyecto de jurados. Señaló las bases de una ley agraria sobre el lema: “Dios concedió la tierra y las aguas para el bien general del hombre”, propugnando la obligatoriedad del trabajo y la igualdad de derechos entre el labrador y el propietario. Desterrado por La Mar, publicó en Boston en 1828 un proyecto de Código Penal. En 1830 publicó en París su proyecto de código eclesiástico en el que propuso la prohibición del lujo y el permiso para el matrimonio del clero. En 1831 regresó al Perú. En 1833 dio a la luz pública un proyecto de reforma constitucional en lo concerniente al poder judicial, en donde defiende la elección popular de los jueces y la abolición de los fueros especiales (eclesiástico, militar, minero, mercantil).

La Constitución vitalicia que rigió en el Perú y Bolivia facultó al Senado para “formar los códigos civil, criminal, de procedimientos y de comercio y los reglamentos eclesiásticos” (art. 46). La Constitución de 1828 dispone la “organización de los códigos” (art. 131).

La Constitución de 1834 facultó a la Corte Suprema para que en cada legislatura anual presentara el proyecto de uno de los códigos, empezando por el civil. VIDAURRE, presidente de la Corte Suprema, convocó, el 23 de junio de 1834, a una reunión de los vocales en la que propuso que uno de los vocales hiciera el proyecto, que se dividiría en tres partes: personas, dominio, contratos, y testamentos. Los vocales aprobaron la propuesta, encargando a VIDAURRE la redacción del proyecto, y designaron una comisión revisora integrada por los doctores: ARANÍBAR, FIGUEROA y PÉREZ DE TUDELA. VIDAURRE concluyó la primera parte del código en agosto de 1834, la segunda en febrero de 1835 y la tercera en 1836. Para la elaboración del proyecto se inspiró en los más grandes juristas y filósofos (Covarrubias, Gregorio López, Matienzo, Solórzano, Ramos del Manzano, Baldo, Bartolo, Cujacio, Domat, Portalis, Heinecio, Gro-

cío, Puffendorf, Rousseau, Montesquieu, Bentham, etc.) y entre los códigos, principalmente en el prusiano y en el francés. Vidaurre se proclamó partidario del Derecho natural y afirmó tener en sus manos los originales de los códigos antiguos y modernos.

El proyecto de Vidaurre no prosperó por su anticlericalismo; en la parte de personas no hace referencia alguna a los sacerdotes, laicizaba el matrimonio y admitía el divorcio. En el libro tercero, que denominó “Últimas voluntades”, atacó la herencia del clero, llegó a decir que “un secular rico puede ser un santo; un religioso rico, es un demonio”. En la segunda parte trata lo relativo a los diferentes derechos reales y a los contratos; dice que el dominio se adquiere con la posesión y el ánimo de retener un bien que no ha sido poseído por otro; el ánimo de retener se expresa con el uso continuo y el trabajo, y exclama: “¡Bendita la mano que fijó los primeros linderos y tranquilizó al poseedor en sus sembríos!”. Prohibió los censos consignativos y reservativos y suprimió el retracto.

En 1836 se produjo la invasión boliviana; entonces se encargó de la administración del Perú Andrés de Santa Cruz. En mayo de 1837 quedó formada la Confederación Perú-Bolivia (integrada por los Estados Nor peruano, Sur peruano y Bolivia). Santa Cruz fue designado protector de las repúblicas confederadas. Él había expedido para Bolivia los códigos: civil, penal, de enjuiciamientos y el reglamento de los tribunales. Estos fueron impuestos al Perú en dos etapas: primero, por decreto del 22 de junio de 1836 se promulgaron los códigos para el Sur del Perú y luego el 1 de noviembre de 1836 se impusieron, con algunas modificaciones, al Estado Nor peruano. El Código Penal se había inspirado, en parte, en el proyecto español de Calatrava. Los códigos bolivianos duraron en el Estado Nor peruano hasta el 31 de julio de 1838, esto es, año y medio; en el Sur duraron seis meses más hasta la caída de la Confederación en enero de 1839.

En 1839 se instaló en el Perú un gobierno antisantacruciano (el Congreso de Huancayo designó presidente provvisorio a Gamarra, quien resultó elegido en las elecciones cumplidas ese mismo año), pero para entonces, Vidaurre se había retractado de sus antiguas ideas, publicando en ese mismo año de 1839 su obra *Vidaurre contra Vidaurre*, en la que confiesa que “el deseo turbulento de distinguirse” lo llevó a escribir antes obras manchadas “más con la soberbia que con la impiedad”.

En 1845 el Congreso, por iniciativa del senador José Luis Gómez Sánchez, aprobó una ley en que autorizaba al Poder Ejecutivo para que nombrara una comisión de siete miembros a fin de que redactaran los códigos en el plazo de dos años, debiendo publicar sus trabajos cada tres meses. El 20 de diciem-

bre de 1845, el presidente Ramón Castilla designó a los siguientes miembros: Manuel Pérez de Tudela, Francisco Javier Mariátegui, Manuel López Lissón, Mariano Carrera, José Julio Rospigliosi, José Luis Gómez Sánchez y José Manuel Tirado; fue nombrado presidente de la comisión el primero de ellos. Esta primera comisión, de acuerdo con la ley de su creación, trabajó primero el proyecto del Código de enjuiciamientos en lo civil, que fue terminado a fines de 1846. Enseguida entró a trabajar el proyecto de Código Civil, pero hubo discrepancias en el seno de la comisión al tratar del matrimonio, parte que correspondió redactar a GÓMEZ SÁNCHEZ, quien se inspiró en el proyecto de VIDAUURRE que daba primacía al matrimonio civil, con la diferencia de que VIDAUURRE colocó el matrimonio en el libro de personas y GÓMEZ SÁNCHEZ lo ubicó en el libro de contratos, regulándolo como un contrato consensual. PÉREZ DE TUDELA y LÓPEZ LISSÓN sostuvieron que el proyecto significaba aceptar doctrinas contrarias a nuestras creencias y a lo dispuesto en el Concilio de Trento. En tal situación se acordó presentar dos proyectos: uno redactado por GÓMEZ SÁNCHEZ, ROSPIGLIOSI y MARIÁTEGUI, y otro que debían preparar los señores PÉREZ DE TUDELA y LÓPEZ LISSÓN. La redacción final del proyecto, con las opiniones divididas, quedó con el matrimonio considerado dentro de los contratos consensuales. Este proyecto de 1847 se debatió en el Parlamento, donde fue rechazado parcialmente.

Por ley del 21 de diciembre de 1849 se nombró una segunda comisión de tres miembros para que revisara el proyecto de 1847. Esta comisión hizo sustanciales enmiendas. El Consejo de Estado observó al gobierno que no era conveniente promulgar un código incompleto, pero el presidente Ramón Castilla, desoyendo esta observación, al final de su mandato, por decreto del 22 de noviembre de 1850 promulgó los dos códigos: el civil y el de enjuiciamientos en lo civil. El deseo de figuración y el interés particular, antes que la sana razón y el interés de la patria, han determinado, en toda época, el accionar de nuestros gobernantes y codificadores.

Meses después se produjo el cambio de gobierno, y ocupó la presidencia el general José Rufino Echenique. El Congreso, por ley del 7 de junio de 1851, suspendió los efectos del decreto de Castilla, y mediante otra ley de la misma fecha dispuso el nombramiento de una tercera comisión con miembros de ambas cámaras para que procediesen al examen y reforma de los proyectos de códigos; el 12 de junio de 1851, ambas cámaras nombraron la comisión, que quedó integrada por los senadores Andrés Martínez y José Luis Gómez Sánchez, y por los diputados Pedro Gálvez, Manuel Toribio Ureta, Teodoro la Rosa, Juan Celestino Cavero y Pedro José Flores. Presidió la comisión Andrés Martínez, que impuso en ella una orientación conservadora. Se cambió el título de los clérigos, acomodándolo a la ortodoxia; los liberales perdieron la batalla so-

bre el matrimonio, el cual quedó sometido a la ley eclesiástica; se suprimieron las disposiciones relativas a los gremios, profesiones y letras de cambio, entre otras cosas; hubo modificaciones en materia de herencia, derecho de cosas y contratos. El proyecto así modificado fue aprobado sin más debate por ley del Congreso del 23 de diciembre de 1851, que ordenó su promulgación el 28 de julio de 1852, para que entrara en vigencia al día siguiente.

- b) **Sistema del Código Civil de 1852.** El Plan del Código de 1852 era el mismo del Código Civil francés de 1804, que a su vez se inspiró en el Plan de Gayo.

El Código se divide en un título preliminar (De las leyes en general) y tres libros: 1. *De las personas y sus derechos*; 2. *De las cosas: del modo de adquirirlas; y de los derechos que las personas tienen sobre ellas*; 3. *De las obligaciones y contratos*.

Los codificadores del 52 se inspiraron fundamentalmente en el Código Civil francés, pero también en el Derecho español, sobre todo en el Derecho castellano, el Derecho de Indias y en el Derecho canónico.

El antiguo Derecho español nace de la confluencia del Derecho romano con el germano; lo mismo sucedió con el antiguo derecho consuetudinario francés y de otros países europeos.

Consecuencias del iusnaturalismo y del romanticismo en el Derecho son la exaltación de la libertad, la propiedad privada y la responsabilidad por culpa. El art. 462 del Código Civil de 1852, que es copia del art. 545 del Código francés, decía que a nadie se le puede obligar a ceder su propiedad, sino por utilidad pública, legalmente declarada y previa indemnización de su justo valor.

A partir del siglo VIII los romanistas alemanes, llamados pandectistas: Hugo, Savigny, Puchta, Ihering, Arndts, Brinz, Windscheid Niebuhr, Stahl y otros, dieron origen a la Escuela Histórica, que otorga importancia decisiva a la tradición jurídica, y adaptaron el Derecho romano a los nuevos tiempos; completaron los conceptos jurídicos y elaboraron una teoría general del Derecho sobre la base de la abstracción y generalización de principios que solo en germen concibieron los romanos.

La teoría sistematizada de los romanistas alemanes no fue evidentemente conocida por los codificadores peruanos de 1852.

La influencia del Derecho colonial en el Código del 52 está acreditada con instituciones no contenidas en el Código francés, como la esclavitud y las disposiciones sobre manumisión, ingenuos, siervos y libertos, los censos enfitéuticos, consignativo y reservativo; el mantenimiento de la legítima de un quinto, la mejora de un tercio, las reservas ordinarias y extraordinarias, las gananciales que perduraron como predominio del derecho germánico sobre el hispánico, etcétera.

La primacía del Derecho canónico se patentiza en los títulos del código relativo a los clérigos, patronatos y fundaciones. La Iglesia conserva su control sobre los tres actos más importantes de la vida humana: los nacimientos con las partidas parroquiales; el matrimonio con las formalidades religiosas y la muerte, por la extremaunción, junto con el dominio religioso sobre los cementerios; se reconoció la existencia de las “manos muertas”, o sea, aquella en la que se perpetuaba el dominio de los bienes por no poder enajenarlos; de allí que el concepto de propiedad no coincida del todo con el Código francés. Las capellanías, que consistían en fundaciones de cuya renta debía gozar una persona con la obligación de celebrar o hacer celebrar cierto número de misas o desempeñar ciertos cargos. Esta y otras instituciones acreditan que el Código del 52 no es una mera copia del Código de Napoleón.

218.2. El Código Civil de 1936

- a) **Antecedentes.** Mediante resolución suprema del 22 de agosto de 1922 se nombró una comisión reformadora para que redactara el nuevo Código Civil, compuesta por: Juan José Calle, Manuel Augusto Olaechea, Pedro M. Oliveira, Alfredo Solf y Muro, y Hermilio Valdizán. Esta comisión inició sus labores poco después de constituida, y el 7 de marzo de 1936 presentó ante el Ministerio de Justicia el proyecto de Código Civil. La nota de presentación fue suscrita por los doctores Solf y Muro, Olaechea y Oliveira. Los doctores Calle y Valdizán habían fallecido después de prestar su valiosa colaboración.

El proyecto fue publicado oportunamente y remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso Constituyente, el cual, por Ley N.º 8305, autorizó al Poder Ejecutivo para su promulgación, introduciendo las reformas que estimase convenientes de acuerdo con la comisión que designara el Congreso Constituyente.

La comisión parlamentaria fue integrada por: Carlos Sayán Álvarez, Rosendo Badani, Félix Cosío, Lucio Fuentes Aragón, Francisco R. Lanatta, Carlos A. Lozano y Emilio Romero. Por resolución suprema del 18 de julio de 1936 se designó como representantes del Poder Ejecutivo a: Diomedes Arias Schreiber, Julio C. Campos, Germán Aparicio y Gómez Sánchez, Alfredo Solf y Muro, Pedro M. Oliveira, Manuel Augusto Olaechea, y Ernesto de la Jara y Ureta. Ambas comisiones, la del Congreso y la del Ministerio de Justicia, trabajaron en colaboración, constituyéndose en comisión revisora del proyecto e introduciendo en él numerosas modificaciones. El Poder Ejecutivo, en uso de la autorización legislativa otorgada mediante Ley N.º 8305, siendo presidente el general de división don Óscar R. Benavides y ministro de Justicia el doctor Diomedes Arias Schreiber, el 30 de agosto de 1936 promulgó el Código, el cual comenzó a regir desde el 14 de noviembre de 1936, en sustitución del Código de 1852.

La comisión codificadora trabajó durante catorce años. Hizo conocer el resultado de sus deliberaciones y el avance progresivo de su obra, manteniendo así viva la atención de los peruanos; por ello, el Código de 1936, a diferencia de sus similares de 1852 y 1984, es el único que cuenta con historia, antecedentes y una amplia exposición de motivos que han sido realmente útiles en su aplicación práctica.

b) **Orientación del Código Civil de 1936.** El Código del 36 se inspira en la orientación germánica, como dice OLAECHEA, sea directamente en el Código alemán, de 1900, sea imitando los códigos filiales del alemán, como son el suizo y el brasileño. El *Esboço (Esbozo)* de FREITAS, el Código argentino de VÉLEZ SÁRSFIELD, así como el español de 1889, el italiano de 1865, el proyecto franco-italiano del Derecho de obligaciones, son también fuentes inmediatas. Se mantuvo a menudo el contenido del Código del 52, remozando su doctrina y llenando sus lagunas; la idea de renovación ha sido la única que ha primado en la Comisión Reformadora; las instituciones tradicionales se mantuvieron, adaptándolas y modernizándolas conforme a las necesidades de la época. En realidad, la reforma de un código no significa la destrucción de las instituciones existentes, porque la infraestructura social no cambia en su totalidad; las transformaciones culturales que aportan nuevo vigor a las instituciones jurídicas, solo cuando se han consolidado en la conciencia social, exigen nuevas formulaciones.

c) **Sistemática.** La estructura del Código del 36 es la siguiente: Título preliminar, constituido por normas generales comunes a todo el Derecho y normas de Derecho internacional privado. Libro primero, *Del Derecho de las personas*; libro segundo, *Del Derecho de familia*; libro tercero, *Del Derecho de sucesión*; libro cuarto, *De los Derechos reales*; y libro quinto, *Del Derecho de las obligaciones*.

En el Derecho de obligaciones, el Código del 36 reguló sobre una teoría general del acto jurídico ignorada por el Código del 52. Del libro de las obligaciones, que sin duda fue la innovación más importante que trajo el Código del 36, el doctor Ángel Gustavo CORNEJO ha dicho lo siguiente:

El libro V consagrado a este derecho, del que ha sido ponente el doctor Manuel Augusto Olaechea, forma, por así decirlo, la cúpula del bello edificio del nuevo Código Civil. No se sabe qué admirar más en esta obra maestra: si la hondura del concepto o la expresión técnico-jurídica precisa y rotunda. El contenido, el lenguaje, en suma, la forma y el fondo alcanzan la perfección. Releva prominentemente tiene en esta parte del Código la sistemática que atañe a la coordinación de las normas.

En efecto, el antiguo Derecho establecía una relación rígida entre las personas y las cosas, y el nuevo Derecho se funda en la relación entre Derechos perso-

nales y obligacionales, atribuyendo a las relaciones civiles de las personas un carácter social.

218.3. El Código Civil de 1984

- a) **Antecedentes.** Por Decreto Supremo 95 del 1 de marzo de 1965, promulgado durante el primer gobierno del presidente Fernando Belaúnde y siendo ministro de Justicia Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, se constituyó la comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil del 36. La Comisión estuvo integrada por el insigne y recordado maestro José León Barandiarán, Jorge Eugenio Castañeda (que se retiró al poco tiempo, retiro que por siempre hemos de lamentar por tratarse de un maestro y jurista de extraordinarias calidades que hubiese aportado mucho al nuevo Código). Rómulo E. Lanatta, Max Arias Schreiber, Héctor Cornejo Chávez, Ismael Bielich, Félix Navarro Irvine, Carlos Fernández Sessarego, Alberto Eguren Bresani y Jorge Vega García.

Por fallecimiento de Ismael Bielich Flores, Félix Bavarro Irvine y Jorge Vega García, fueron incorporados a la comisión Jorge Avendaño Valdez, Lucrecia Maisch Von Humboldt, Fernando Vidal Ramírez, Manuel de la Puente y Lavalle, Fernando de Trazegnies Granda y Felipe Osterling Parodi.

La comisión fue designada con el nombre de Comisión Reformadora, la cual inició sus labores el 31 de marzo de 1965. Por mandato de la ley de su creación, tuvo por objeto “proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias advertidas durante la vigencia del Código del 36”.

La comisión consideró que era insuficiente una ley de enmiendas del Código del 36 por estimar que ha cumplido con su ciclo histórico, siendo necesario dar un nuevo Código que se adapte a las exigencias sociales, políticas, económicas, tecnológicas, culturales y filosóficas de la época actual; que traduzca la concepción contemporánea humanista antes que la patrimonialista propia de las corrientes liberales; que esté acorde con la nueva Constitución Política de 1979; que recoja las nuevas instituciones reclamadas por la sociedad y elimine formalidades excesivamente onerosas.

Se adujo también como fundamento de la dación de un nuevo código, el hecho de que no se hayan expedido una legislación y una jurisprudencia creativas que mantengan actualizado al Código de 1936. Si esta fuera una razón de peso, ahora necesitaríamos ya un nuevo código que sustituya al de 1984, por cuanto hasta ahora no se ha dado la legislación exigida por la realidad nacional para modificar muchas instituciones que nacieron desactualizadas desde el instante mismo de la vigencia del citado Código, sin que esto signifique retirarle los muchos méritos que también los tiene.

Como afirma FERNÁNDEZ SESSAREGO, la comisión trabajó intermitentemente desde 1965. En 1972:

[S]e debatió y concluyó, en lo modular, el Proyecto en lo que atañe al Título preliminar, derechos de la persona, acto jurídico y, parcialmente, derecho internacional privado y obligaciones, los restantes libros no fueron entregados por los ponentes sino hasta poco antes de presentarse dicho Proyecto al gobierno en 1981¹⁵.

Esto indica que los miembros de la Comisión que se había dividido el trabajo de preparación de los diversos libros del proyecto no coordinaron su labor final para eliminar las incoherencias, repeticiones y omisiones de que adolece el código.

El Congreso de la República, por Ley N.º 23403, promulgada el 27 de mayo de 1982, facultó al Poder Ejecutivo para que antes del 28 de julio de 1985 promulgara, mediante decreto legislativo, el nuevo Código Civil, previa revisión del proyecto por una comisión revisora conformada por tres senadores, tres diputados y tres abogados designados por el Ministerio de Justicia, facultada para introducir las reformas que estime pertinentes, con audiencia de la Comisión Reformadora que elaboró el proyecto.

La comisión revisora fue integrada por los senadores: Javier Alva Orlandini, Roger Cáceres Velásquez y Edmundo Haya de la Torre; los diputados: Ricardo Castro Becerra, Roberto Ramírez del Villar y Rodolfo Zamalloa Loayza; y en representación del Ministerio de Justicia los abogados Jack Bigio Chrem, César Fernández Arce y Guillermo Velaochaga Miranda. Presidió la Comisión Javier Alva Orlandini. La comisión trabajó desde el 14 de octubre de 1982, introdujo numerosas modificaciones en el articulado del proyecto e incorporó las disposiciones relativas a los registros públicos a las cuales se dedicó el libro ix, las mismas que no fueron contempladas por la Comisión Reformadora por considerar que por su movilidad debían ser tratadas en una ley orgánica.

15 En ceremonia del 15 de julio de 1981, el ministro de Justicia, el doctor Felipe Osterling Parodi, entregó el Proyecto de Código Civil, al presidente de la República, arquitecto Fernando Belaúnde Terry, quien desempeñaba el cargo en su segundo periodo constitucional. En la misma fecha se hizo entrega del proyecto al presidente del Congreso de la República y al presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, el doctor Álvaro Chocano Marina.

En noviembre de 1980, la Pontificia Universidad Católica del Perú publicó algunos anteproyectos y proyectos de diversos libros del Código. En julio de 1981, el Ministerio de Justicia imprimió el texto oficial del proyecto, el cual fue presentado al presidente de la República y a los presidentes del Congreso y de la Corte Suprema de Justicia. También la Universidad de Lima hizo una publicación del proyecto y el diario oficial *El Peruano* lo publicó dos veces.

El Proyecto de la comisión revisora fue entregado al Ejecutivo en los primeros días del mes de julio de 1984. El Código Civil fue promulgado por el presidente Fernando Belaúnde, durante su segundo periodo de gobierno y siendo ministro de Justicia doctor Max ARIAS SCHREIBER, mediante Decreto Legislativo N.º 295 del 24 de julio de 1984. El Código entró en vigencia el 14 de octubre de 1984.

- b) ***Corrientes jurídicas que han influido en el Código de 1984.*** El Código vigente, al igual que los códigos de 1852 y de 1936, se ubica dentro de la familia del Derecho romano-germánico.

Han influido en el Código del 84, la Constitución Política de 1979, el Código Civil del 36, la doctrina y la jurisprudencia elaborada en torno a este Código, así como la legislación, la doctrina y la jurisprudencia comparadas, pero fundamentalmente el Código Civil italiano de 1942, modernizado y actualizado por la doctrina y jurisprudencia de aquel país.

El Código italiano de 1942, el más notable de este siglo, es el producto del encuentro de dos monumentales tradiciones jurídicas, como son el *Code Napoleón* y la escuela de la exégesis, con que se inicia el siglo XIX, y la escuela pandectista alemana traducida legislativamente en el famoso B. G. B. con que se cierra el siglo XIX. Estas dos tradiciones se enriquecieron por el influjo de otros códigos, entre los cuales resalta el suizo de las obligaciones, que absorbe la materia comercial. Este Código italiano, ampliado por la jurisprudencia y la doctrina en sus 48 años de vida, ha predominado decisiva y notablemente en el Código peruano del 84, sin que ello signifique desmerecer la concurrencia de todos los otros códigos o proyectos de códigos dictados en el transcurso de los siglos XIX y XX, que han servido, unos más que otros, como motivos inspiradores, en cuanto son adaptables a las necesidades de la realidad nacional.

- c) ***Sistematica.*** El nuevo Código Civil, como la mayoría de los códigos que se han promulgado en el siglo XIX, se adecúa a la división delineada por SAVIGNY¹⁶ hace ya más de una centuria. Los 2.132 artículos de que consta el Código están distribuidos en doce partes, que son las siguientes:

Título preliminar;

Libro I: Derecho de las personas.

Libro II: Acto jurídico.

Libro III: Derecho de familia.

Libro IV: Derecho de sucesiones.

16 La sistemática delineada por SAVIGNY fue adoptada por el B. G. B., alemán que establece una dicotomía (no seguida por nuestro Código): parte general y parte especial. La primera comprende personas, cosas y hechos jurídicos; y la segunda, obligaciones, cosas, familias y sucesiones.

- Libro V: Derechos reales.
- Libro VI: Las obligaciones.
- Libro VII: Fuentes de las obligaciones.
- Libro VIII: Prescripción y caducidad.
- Libro IX: Registros Públicos.
- Libro X: Derecho internacional privado.
- Título final.

Es digno de resaltar en la sistemática del Código el hecho de que la regulación de la teoría general del acto jurídico sea tratado inmediatamente después del libro dedicado a las personas, a diferencia del Código del 36 que lo hacía en la sección primera del libro quinto, que trataba *Del Derecho de obligaciones*. ZITELMAN, en 1906, sustentaba que una parte general se justificaba tan solo para la disciplina del negocio jurídico, porque a las demás relativas a las personas y las cosas corresponde ubicarlas con más propiedad en la parte especial; por ello, aconsejaba que se abriera un solo libro para el negocio jurídico, eliminándose la parte general del B. G. B., porque se dificultaba su comprensión por sus abstracciones. Sin embargo, estimamos que es un acierto que se haya empezado la codificación civil por el Derecho de personas y seguidamente por los actos jurídicos que estas realizan.

Técnicamente, el Código adopta el sistema de regulación mediante principios generales adaptables a la realidad concreta. El sistema de la regulación casuística, del cual es claro ejemplo el Código prusiano de 1794, está superado por cuanto no es posible acoger legislativamente una realidad cada día más cambiante, diríamos, en eclosión.

Se abusa de las normas de remisión a la legislación especial, omitiendo así regular materias de estricta naturaleza civil, y por ello el legislador del 84, resulta siendo, paradójicamente, “un codificador descodificador”.

SECCIÓN II: EL DERECHO ANGLOAMERICANO

219. El Derecho inglés

219.1. Orígenes del Derecho inglés

Como sostiene JENKS¹⁷, los ingleses o anglosajones no fueron los primeros pobladores del país que después tomó su nombre, sino que estos llegaron cruzando

17 JENKS, Edward, *El derecho inglés*, traducción por José Paniagua Porras, Madrid: Reus, 1930.

el mar desde las costas occidentales de la parte septentrional del continente europeo, en una sucesión de emigraciones que tuvo lugar desde el siglo V hasta el X d. C. Estos inmigrantes adoraban a los dioses escandinavos Thor y Odín y a los espíritus de sus antepasados. Hablaban diversos dialectos. Eran guerreros, entendidos en las artes del mar y la pesca; también conocían la agricultura y la ganadería. Ellos fueron los primeros colonizadores que después se extendieron por todo el país.

A la llegada de los primeros colonizadores ingleses y por mucho tiempo después, la isla de Bretaña estaba poblada por una raza inmigrada del continente, más meridional que la de donde los ingleses procedían. Después de estar establecidos como independientes por dos o tres centurias, fueron conquistados por los romanos. Se desconoce si los bretones encontraron la isla vacía o si dominaron a otras razas anteriores.

No se sabe si las leyes llamadas de los anglosajones (*Anglo-Saxon Laws*) eran puramente inglesas o eran la recopilación de las costumbres de los ingleses y de los bretones romanizados. Pero cualquiera que sea la verdad, estas leyes no estaban hechas para toda Inglaterra, sino para parte de ella o para ciertas razas o familias allí establecidas. No existe un cuadro completo de la vida jurídica de aquellos tiempos. Los ingleses de los siglos VII y VIII raramente escribieron las leyes y las costumbres. Como en todos los pueblos primitivos, la organización es localista por lo difícil de las comunicaciones entre los distintos grupos de población.

El inglés de los siglos VIII y IX no especulaba mucho sobre los orígenes de las reglas de conducta: si algo pensaba de ello, era que “siempre habían sido así”. Las leyes no son aprobadas como una moderna ley del Parlamento. Las leyes antiguas de los ingleses daban por sentada la existencia de una masa de reglas o prácticas, inmemorialmente antiguas, inalterables y espontáneamente observadas que ningún hombre podía crear ni alterar. Esta situación continuó idéntica luego de la conversión de los ingleses al cristianismo (siglos VII y VIII) y se puede afirmar que nunca desapareció en absoluto.

Las leyes de los anglosajones desconocían la distinción de la jurisprudencia inglesa moderna entre leyes sustantivas y de procedimiento, civiles y penales, Derecho público y privado, ni la distinción entre los asuntos seculares y eclesiásticos (por ejemplo, reglas sobre la observancia de la cuaresma están junto a otras sobre el robo con escalamiento).

La conquista normanda de Inglaterra se produjo con la victoria de Guillermo de Normandía, en Senlac, en el año 1066. Los normandos eran aventureros militares, analfabetos, saqueadores, crueles y opresores, pero sus funcionarios, llamados *civilians*, eran unos genios del orden y del método: gustaban de los documentos y los registros. Ambas clases sociales de normandos, militares y funcionarios, contaron con un jefe común de un genio político excepcional que pudo evitar los excesos de sus súbditos;

no pudo evitar que sus barones cobraran peajes en el país conquistado, pero ordenó que tales exacciones no se llevaran al extremo de provocar en los naturales la desesperación y revolución.

Los efectos inmediatos de la conquista por los normandos fueron la introducción de nuevas discriminaciones raciales —esta vez entre franceses e ingleses—, una forma nueva y bárbara de ordalía (juicio por batallas), la separación de cortes eclesiásticas de los condados y subdivisiones, la sujeción de los bosques a una ley extranjera y opresiva, “ley de bosques”, protegiendo la caza real y una clase de feudalismo militar que le dio a la jurisdicción señorial una base nueva¹⁸.

Los normandos establecieron los *tribunales reales* para hacer valer los derechos del monarca contra los vasallos reales. Estos tribunales llegaron a constituir un mecanismo completo para hacer valer las reclamaciones de la Corona (*Pleas of the Crown*) y también para decidir las reclamaciones de los súbditos entre sí (*Common pleas*). El rey Guillermo prometió a los ingleses la vigencia de sus leyes (o como él lo explicó: “Los derechos que tenían en el día en que el rey Eduardo el Confesor había estado vivo y muerto”). El derecho inglés se vio reforzado de una manera verdaderamente original.

Antes de la conquista no había un Derecho inglés en todo el país, sino muchas costumbres inglesas locales. Esto era intolerable para los ordenados y metódicos normandos que establecieron *tribunales reales* de justicia en todo el país, compuesto de tribunales centrales y tribunales locales. Este sistema estuvo implantado en su totalidad a mediados del siglo XIII e inmediatamente se inició la elaboración de un Derecho común (*Common law*) para todo el país, desde Tweed hasta el canal.

La corte del rey gozaba de una posición especial: “Sobre y por encima de todo están los alegatos de la Real Corte que preserva el uso y la costumbre de su Derecho en todo momento y en todo lugar y con constante uniformidad”. El justiciero en un sentido muy real era un virrey autorizado para actuar en asuntos reales. Los primeros justicieros fueron el obispo Roger de Salisbury (m. 1139) y sir Richar de Lucy (retirado en 1178). Enrique I nombró justicieros locales para atender asuntos de la Corona en condados particulares o grupos de condados. Esto permitió una extensión de la justicia real sin extender los poderes de los *sheriffs*. Enrique II, en 1166 nombró dos jueces para que viajaran por todo Inglaterra. En 1176 los jueces itinerantes estaban organizados en seis circuitos. El foco central del gobierno real era la *Curia Regis* (la Corte del rey), el cuerpo de consejeros y cortesanos que asistían al rey. La *Curia Regis* seguía al rey donde fuera. Con Enrique II se estableció una corte real estacionaria; ordenó que cinco

18 BAKER, J. H., *An introduction to English Legal History* London, Londres: Butterworths, 1979, parte 1, cap. II, traducción de María Elena Padilla Bendezú, en *Materiales de lectura*, publicado para uso de los estudiantes de magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional e Historia de la Jurisdicción, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, p. 36.

jueces permanecieran *in curia regis* y no salieran de ahí y que debían remitirle al rey solo los casos complejos. Desde 1200 existía la práctica de nombrar cierto número de caballeros en cada condado para mantener la paz; durante el reinado de Eduardo III estos funcionarios se convirtieron en jueces de paz.

A partir de 1485, los litigantes que no tenían acceso a los tribunales reales podían recurrir al rey, que se pronunciaba en casos excepcionales en nombre de la equidad (*equity*); pero como las peticiones crecieron en número, en el siglo XVI salieron de las manos del rey para ser examinadas por un órgano especial: el Tribunal de la Cancillería, que decidía según las reglas de la equidad (*Rules of Equity*).

Los normandos establecieron también el sistema de *reyes* o circuitos periódicos recorridos por los jueces del rey, a través de los Condados que tomaron forma definitiva en el reinado de Enrique II. En los siglos XII y XIII se introdujo el sistema de jurado, por el cual los cuerpos juramentados de vecinos de la localidad daban “sus verdaderas contestaciones (*veredicts*)” a las preguntas que les formulaban los jueces del rey. Esto permitió a los jueces reales tomar conocimiento depurado y completo de las variadas costumbres del reino. La justicia era administrada aplicando la costumbre de cada localidad. Los jueces del rey que se reunían periódicamente en Londres, entre circuito y circuito, convinieron entre ellos en llevar a cabo una refundición de las costumbres locales para formar un sistema común y unificado de aplicación a todo el país, tanto por los tribunales centrales cuanto por los comisionados reales en los circuitos. Así nació la división del trabajo entre jueces y jurados —el jurado establece los hechos y el juez declara el Derecho— que hasta hoy rige en Inglaterra.

219.2. El *Common Law*

En el proceso de unificación que originó un Derecho común (*Common law*) para todo el país, adquirió realidad el proverbio *judge makes Law* (el juez hace el Derecho), por haber sido moldeado y establecido autoritativamente por los jueces, pero que nació y se desarrolló en el pueblo, pues de sus costumbres y de sus prácticas fueron sacados sus materiales. La primera obra expositiva del *Common law* fue escrita en el siglo XIII por el famoso juez Henry DE BRATTON que tituló a su obra: *Leyes y costumbres de Inglaterra*, para dar a entender que la costumbre había sido la fuente de su inspiración.

El *Common law* no tiene un origen puramente inglés, porque es indudable que el feudalismo introducido por los conquistadores normandos produjo un cambio radical en las leyes de Inglaterra. Como forma de gobierno, el feudalismo se derrumbó en Inglaterra antes que en los países del Occidente europeo, pero como sistema de la propiedad de la tierra se conservó mucho más tiempo en Inglaterra que en ninguno de los demás países. En el sistema feudal, el rey, cabeza de la pirámide feudal, delega el gobierno de ciertos distritos o feudos a sus partidarios y guerreros; estos subdelegan

la posesión de sus distritos en otros subposeedores o vasallos; y estos, a su vez, en otros que están en relación directa con la tierra que trabajan personalmente. Debido a que los poderes de gobierno de los señores feudales fueron retenidos por los reyes de la monarquía anglonormanda, los derechos de los propietarios de la tierra sobre sus vasallos y campesinos fueron más derechos de propiedad que de gobierno, y el feudo como la finca de propiedad del señor feudal. De este modo, el feudalismo contribuyó a la formación del Derecho inglés con la rama del Derecho de la tierra (*Land law*) que formó parte del *Common law*. Muchas de sus características fueron abolidas por la restauración en 1660 y lo que restaba de él ha sido abolido por más reciente legislación. Pero sus principios fundamentales dominan todavía hoy el Derecho de propiedad en Inglaterra.

El Derecho canónico también ha influido en el Derecho inglés, aunque sin formar parte integrante del *Common law*. Los ingleses, a diferencia de los bretones primitivos, fueron evangelizados por los misioneros enviados de Roma. Hasta la Reforma del siglo XVI ningún gobernante inglés negó la jurisdicción papal en materia de creencias y culto, correcciones en el orden moral, disciplina eclesiástica, validez de matrimonios, legitimidad de la descendencia, ejecución de disposiciones testamentarias, distribución de los bienes muebles de personas fallecidas y apreciación de las condiciones de los aspirantes a los beneficios eclesiásticos. Los tribunales eclesiásticos, llamados *tribunales de Cristo*, que aplicaban la ley de la Iglesia y el Derecho canónico, existieron en Inglaterra paralelamente a los tribunales del rey que aplicaban el *Common law* y los tribunales feudales que mantenían las costumbres del feudo. La reforma del siglo XVI (que repudió la autoridad del pontífice) y la guerra civil del siglo XVII hicieron declinar a los tribunales eclesiásticos. En 1857, por una ley del Parlamento, la competencia de los tribunales eclesiásticos sobre la prueba y autenticidad de los testamentos, la administración de los bienes muebles de los fallecidos y la jurisdicción matrimonial, fueron transferidos a los tribunales reales que, sin embargo, siguieron aplicando en estas materias las mismas leyes que aplicaban los tribunales eclesiásticos.

Otro Derecho que no era propio de Inglaterra, pero que influyó en el Derecho inglés, fue el mercantil, esto es, los usos y costumbres desarrollados por los comerciantes de Europa, por tierra o mar, para solucionar las cuestiones y diferencias surgidas entre ellos. La sustitución de las rutas de las antiguas caravanas de principio de la Edad Media por la apertura de nuevas rutas en el Mediterráneo y el Atlántico, el aumento del uso de buques en el Báltico y la apertura de las grandes vías del Atlántico en los siglos XV y XVI originaron el creciente desarrollo de nuevas leyes consuetudinarias y de los nuevos códigos, como el Consulado del Mar (para el Mediterráneo), las leyes de Wisby (para el Báltico) y los Roles de Olerón (para las costas del Atlántico). Era vital para los comerciantes contar con un cuerpo de leyes universales que los protegieran de la arbitrariedad y del trato poco amistoso de que eran víctimas en los países donde realizaban sus negocios. Por eso rehusaban viajar a países extranjeros,

a menos que existiesen tribunales de comercio que aplicaran las reglas comerciales conocidas y aceptadas universalmente, como el que estableció una ley del Parlamento inglés de 1353, según el cual, se debía resolver “por las leyes mercantiles, en todo lo referente a las mercancías, y no conforme al Common law”. En 1477, el Parlamento inglés dispuso que a cada feria correspondía un tribunal de *pie-powders* (tribunales de los pies empolvados, porque así los llevaban los que a ellos acudían). A comienzos del siglo XVII, MALYNES escribió su obra *Lex Mercatoria*, que hizo accesible a todos los juristas el conocimiento de las letras de cambio, los conocimientos de embarque, cartas-órdenes de crédito, contratos de fletamento, pólizas de seguros, liquidación de averías, préstamo a la gruesa, resguardos de depósitos, cuentas en participación, marcas de fábrica, reclamaciones de salvamento, etc. En el siglo XVIII el juez Mansfield emprendió la tarea de absorber en el *Common law* aquellas reglas de Derecho mercantil que no eran incompatibles con los principios fundamentales del Derecho inglés. A fines del siglo XVIII (Mansfield murió en 1793), las transacciones comerciales entraron en la competencia de los tribunales del rey, desapareciendo los tribunales locales (cuasi extranjeros), excepto el *Court of Passage* de Liverpool y el *Tolzi Court* de Bristol. Los asuntos marítimos son compartidos entre los tribunales de *Common law* y los de almirantazgo, pero estos también son tribunales del rey y las reglas jurídicas que aplican, aunque de origen extranjero, hoy forman parte del Derecho inglés. Mucho antes de la desaparición de los tribunales de comercio habían sido destruidos los tribunales feudales y limitadas considerablemente las facultades de los tribunales de la Iglesia, debido al deseo del Estado de absorber todas las facultades referentes a la administración de justicia.

A partir de 1832 se realizan a cabo en Inglaterra grandes reformas procesales bajo el influjo de Jeremías BENTHAM. La estructura dualista del Derecho inglés, por una parte las reglas del *Common law*, aplicadas por los tribunales reales y por otra las reglas de la *Equity* aplicadas por la Cancillería, se unifican por la *Judicatures Acts* (1873-1875). Los tribunales reales, cuyo procedimiento se ha unificado y modernizado, quedan establecidos como tribunales de derecho común. Desde esta época se inició en Inglaterra una evolución paulatina hacia la vía legislativa¹⁹.

219.3. Fuentes del Derecho inglés

En el Derecho inglés toda norma de conducta presenta una de estas dos formas: la decisión o resolución de un juez o tribunal, o la promulgación de una ley.

Es la forma judicial más antigua. Mucho antes que apareciera la primera ley, los jueces del rey habían estado dictando sentencias y estableciendo normas de

19 MARÍN PÉREZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 145.

conducta que habían sido registradas cuidadosamente en los *Rolls*. Los jueces del rey, establecidos en la segunda mitad del siglo XII, no tenían ninguna regla formalmente establecida que aplicar. Estos jueces durante los siglos XIII y XIV encontraron en el *Corpus Iuris Civilis* romano su fuente de inspiración y probablemente a ello se debe el individualismo del *Common law*. Tanto el Derecho romano como el inglés: consideran a la sociedad, más como una colección de individuos a los que se garantiza una esfera de acción definitiva, con derecho a reclamar contra el que la perturbe en ella, que como una comunidad en que los intereses individuales han de subordinarse al bien común.

Pero la influencia del Derecho romano en la formación del Derecho inglés fue solo indirecta, porque los jueces del rey de los siglos XII y XIII no se dedicaron a aplicar las reglas del *Corpus Iuris Civilis*, sino a reunir y condensar las diversas costumbres locales, reduciéndolas a fórmulas generales aplicables a todo el país (el *Common law*). Pero esto no se logró por una vía sistemática, sino en cada caso que surgía, oyendo primero los hechos, la apreciación de la prueba, el veredicto del jurado y el pronunciamiento de la sentencia, para decidir así cuál de las partes había infringido la costumbre aplicable. En los primeros días el juez del rey, en un solo acto, enunciaba la regla y la aplicaba al delincuente, pero este ya conocía la regla por la experiencia de su vida diaria. El Derecho judicial inglés se basa en la práctica secularmente establecida de la observancia del precedente judicial.

En los últimos años del siglo XIII (1285) se comenzaron a anotar los argumentos de las partes y la actuación de los jueces y tribunales, surgiendo así la profesión de *reporter*, cuyas notas se encuadraban por años (*year books*), de donde los abogados y las partes litigantes sacaban sus argumentaciones para las contiendas forenses. Con la invención de la imprenta se reunieron e imprimieron los *year books*. Ahora los informes de estas colecciones aparecen seleccionados y coordinados para evitar superposiciones y repeticiones.

En la presente época de actividad legislativa, los jueces y abogados tienen que citar los preceptos legales contenidos en las actas del Parlamento y de otros organismos competentes del Estado, además de los casos resueltos antes, a los que dedican la mayor parte de su actuación. Cada caso debe ser resuelto de acuerdo con la opinión anteriormente expuesta, salvo que haya sido derogada por un tribunal superior o por una ley del Parlamento.

La doctrina del precedente judicial libra al Derecho judicial de caer en la arbitrariedad y lo orienta hacia la rigidez y la continuidad; el juez, por lo menos en la forma, se limita a declarar el Derecho, en vez de hacerlo, lo cual imprime orden y uniformidad al Derecho.

El Derecho judicial inglés tiene tres fuentes: 1) el *Common law*, 2) ciertos sistemas extranjeros que han tenido autoridad y 3) la equidad.

El *Common law* no solo fue el primitivo Derecho judicial, sino que llegó a ser tal por la actuación de los jueces. El *Common law* se presenta como un Derecho completo. Si no existe ley ni sentencia aplicable al caso, el *Common law* nos dará la respuesta por el procedimiento de analogía, semejanza y comparación, por el cual se llega al precedente judicial. Por vía del precedente más semejante por sus circunstancias, el juez hace algo más que declarar la ley. Pero esa labor legislativa del juzgador está encerrada en los estrechos límites y es útil porque permite adaptar las leyes a las nuevas circunstancias y le da flexibilidad al *Common law*.

El *Common law* puede ser derogado por ley del Parlamento o por disposiciones ministeriales (*orders in council*) dictadas en cumplimiento de autorización parlamentaria, o en uso de la regia prerrogativa. El *Common law* también puede ser derogado por las costumbres locales en aquellas materias en que son aplicables legalmente.

En materia de Derecho de la tierra y de Derecho penal es donde el *Common law* ha sufrido mayores derogaciones por leyes del Parlamento; en cambio, en lo referente a la propiedad mueble, en materia de elaboración, interpretación y ejecución de contratos y en materia de derecho constitucional, prima el *Common law*.

Al Derecho legislado se lo conoce con el nombre de *Statute law*, que comprende las propiamente *statutes* y las *Acts of Parliament*. Su importancia inicial es inferior a la del Derecho judicial, pues en ciertos casos las leyes pueden ser imposibles de aplicarlas sin que previamente las haya explicado un juez o tribunal.

Una ley no se hace como las resoluciones judiciales, para resolver un caso concreto ya planteado, o para castigar un delito ya realizado. Cuando esto ocurre se dice que es una ley *ex post facto*, considerada generalmente como injusta. Las leyes contienen normas obligatorias para el futuro.

La resolución judicial puede dejar de constituir precedente judicial por el desuso y por el cambio de circunstancias: *Cessante ratione cessat et lex ipsa* (por el mero hecho de cesar la razón de ser de una ley, deja esta de serlo). En cambio, los preceptos legales son permanentes, es decir, hasta que no sean derogados, o hasta que no expire el término para el que fueron promulgados, deben ser acatados por los tribunales.

La costumbre y la doctrina son fuentes de escasa importancia. La costumbre desempeña papel importante en el derecho constitucional. Inglaterra no tiene Constitución escrita por temor al rigor jurídico; la vida política de los ingleses se rige por las tradiciones no escritas (*Constitucional Conventions*).

Se afirma que en Inglaterra no existe el Derecho administrativo por cuanto el Estado se somete a la ley común como los particulares; no hay una jurisdicción administrativa especial; la responsabilidad de los funcionarios públicos se rige por el *Common law*; y la Corona es irresponsable (*the king can do not wrongw*). Pero en los últimos años ha surgido un derecho especial emanado de la administración, previa

delegación del Parlamento; este atribuye funciones jurídicas a ciertos organismos administrativos; a partir de 1947, la Corona responde por los daños causados por sus funcionarios o agentes.

219.4. Los tribunales de justicia

En Inglaterra los tribunales se clasifican en tribunales superiores y tribunales inferiores. Tribunales de lo criminal y tribunales civiles. Tribunales de primera instancia y tribunales de apelación.

Como nos dice MARÍN PÉREZ²⁰, después de las leyes *Administration of Justice Act* (1970) y *Court Act* (1971), la organización de los tribunales ha quedado configurada de la siguiente manera:

- A) *En materia civil*: como tribunales inferiores, cuya competencia viene establecida por ley, tenemos: a) las *Magistrate's Courts*, cuya competencia está limitada a pequeños procesos del Derecho de familia; b) las *Country Courts*, que responden a una división territorial en distritos y constituyen la pieza esencial de la jurisdicción civil por ser el órgano común en la primera instancia. Su competencia, atribuida por ley, se establece respecto de materias pertenecientes tradicionalmente al *Common law*. El órgano es unipersonal y actúa sin jurado. Después de 1967 ha adquirido una especial importancia en materia de divorcio. Como tribunales superiores, cuya competencia es originaria y universal, tenemos: a) la *High Court of Justice*. Es la jurisdicción de Derecho común que comprende tres divisiones: a) la *Chancery División*, presidida por el *chancellor*, b) la *Queen Bench División*, que incluye la *Admiralty Court* y la *Commercial Court* (tribunales de comercio y almirantazgo), presidida por el *Lord Chief of Justice*, y c) la *Family División* (para asuntos del Derecho de familia).

El jurado tiene escasa importancia en materia civil. Contra las decisiones de cualquiera de estas tres divisiones se puede recurrir ante la *Court of Appeal*.

- a) *Court of Appeal*. En su *Civil División* es un tribunal colegiado que conoce de asuntos ya sentenciados por otros tribunales. Está sometido al control de la Cámara de los Lores.
- b) *House of Lords*. La Cámara de los Lores es el tribunal supremo de Inglaterra. Su antigüedad se remonta a épocas en que la distinción entre funciones judiciales y legislativas no eran conocidas. Esta promiscuidad se ha conservado hasta la actualidad: la Cámara es legislativa y judicial.

Para la consideración de los asuntos se exigen tres jueces como mínimo y once como máximo. Preside la Cámara el *Lord Canciller*, que es el jefe supremo de la justicia y siempre miembro del gabinete.

- B) *En materia penal:* es original la institución del jurado que poco a poco va perdiendo importancia. El jurado está compuesto de doce miembros, a veces de nueve personas, no profesionales del Derecho, que se pronuncian sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, adoptándose las decisiones por unanimidad. La inexistencia del Ministro Público se debe a que no asegura la imparcialidad en la administración de justicia.

Las infracciones se clasifican en: infracciones mayores o *indictable offences*, e infracciones menores o *no indictable offences*.

Las infracciones menores son juzgadas por las *Magistrate's Courts* que están constituidas por jueces de paz. Caben recursos contra estas sentencias ante la *Crown Court* y ante la *Queen Bench División*, que solo se pronuncia respecto al Derecho.

Las infracciones mayores incluyen un procedimiento que se desarrolla en dos instancias: una audiencia preliminar en las *Magistrate's Courts* en que se juzga la conveniencia de enviar al inculpado para ser juzgado en primera instancia en la *Crown Court* (Tribunal de la Corona), donde interviene siempre el jurado, y en segunda instancia en la *Court of Appeal* y, dentro de ella, en su Penal División.

Tanto en infracciones menores como en mayores se puede en vía de recurso extraordinario apelar ante la Cámara de los Lores.

219.5. Los abogados (*lawyers*)

Desde hace más de seis siglos la profesión jurídica en Inglaterra ha estado dividida en dos ramas, cada una con funciones peculiares, aunque algunas de ellas sean comunes a ambas: a) *barristers* o consejeros (letrados), y b) *solicitors*, que primitivamente se conocían con el nombre de *attorneys* (mandatarios). Unos y otros se encuentran desde los comienzos del *Common law* sin saberse cuál de estas profesiones es la más antigua.

El *barrister*, o abogado consejero, habla ante el tribunal, en los juicios civiles y criminales, dirigiéndose al juez y a los jurados, interrogando a los testigos, protestando de las tentativas de su contrario que considere perjudiciales para su cliente. Debe pertenecer necesariamente a algunos de los cuatro *Inns of Court* (Club de Abogados) que hay en Londres, que son: *Lincoln 's Inn*, *Middle Temple*, *Inner Temple* y *Gray's Inn*. El personal judicial es reclutado de la categoría de los *Barristers*, lo cual permite que lleguen a ser jueces las personalidades del ejercicio libre.

Los *solicitors* (abogados mandatarios) son muy numerosos y están repartidos en todo el país. Su derecho a ser oídos se limita apenas a los tribunales inferiores; para cuestiones de puro procedimiento pueden comparecer en privado (*in camera*) ante los demás jueces y presidentes. Es de competencia de los *solicitors* todos los trabajos preparatorios de los litigios; tienen el monopolio de tratar directamente con los clientes; los *barristers* no tratan directamente con los clientes, sino por mediación del *solicitor*. El *solicitor* es el único consejero legal del público en materias no litigiosas. En las reuniones importantes de cualquier consejo, corporación o sindicato debe asistir el solicitar de la corporación para prestar su asesoramiento en las cuestiones jurídicas. Se les consulta en los asuntos de familia relativos a la honra o a la propiedad. Actúa también como fedatario público.

Hay dos instituciones típicas del *Common law*: la relativa a la naturaleza de los derechos reales y los *trusts*. Guillermo el Conquistador tradujo su victoria en la batalla de Hastings como el paso de todo el suelo inglés a su propiedad. El poseedor de la tierra era apenas vicario del soberano central. El sistema feudal de la tierra se organizó piramidalmente desde los que recibían la tierra en forma directa de los señores (*tenants*), pasando por una serie de vasallos intermedios hasta llegar a los siervos de la gleba. Recién entrado 1833, se permitió pagar las deudas del difunto, inclusive con su propiedad en tierras (antes solo se pagaban con propiedad en muebles). La transmisión de fincas fue simplificada por leyes de 1881 y 1897, y en 1925 fue innovada de acuerdo con las exigencias modernas. La transmisión de la propiedad se vinculó a la forma escrita y se redujeron considerablemente los derechos reales que eran posibles bajo el régimen feudal, pero aun así el *Common law* es más elástico, en materia de derechos reales, que el derecho codificado.

Como menciona LOSANO²¹:

Una institución típica de *Common law* que no existe en el Derecho codificado de inspiración romano-germánica es el *trust* (llamado originariamente *uses*) por el que una persona (*trustee*) tiene la propiedad de un bien mueble o inmueble en beneficio de otra (*beneficiario*).

El *trust*²² surgió como una institución para evitar los tributos impuestos por los señores feudales al momento del fallecimiento del propietario del bien. Mediante

21 LOSANO, Mario G., *Los grandes sistemas jurídicos*, traducción por Alfonso Ruiz M., Madrid: Debate, 1982, p. 180.

22 Aquí la palabra *trust* (voz inglesa formada sobre el verbo *to trust*: tener confianza, porque los participantes confían a los dirigentes toda o una parte de sus poderes), no es entendida en su significación de proceso monopolístico formado por el concierto de varios productores de los mismos productos a fin de conseguir mayor influencia o control de algún mercado, gracias a la concentración de los medios de producción. Caracteriza al *trust* el entregar a un solo organismo todos los poderes de dirección y adminis-

el *trust* el bien era confiado a un ente que detentaba la propiedad en beneficio de la persona o personas indicadas por el *trustee*. El beneficiario gozaba de los frutos sin estar sujeto a tributación. El que detentaba la propiedad podía retener el bien sin que el beneficiario tuviera un medio contra la violación de la voluntad del *trustee*; por esto el canciller acordó para estos casos el remedio de la *equity*. A partir del siglo XIV los problemas de los *trusts* pasaron a la competencia de la *Court of Chancery*. Enrique VIII dictó en 1535 un *Statute of Uses* que dispuso que el beneficiario es considerado propietario del bien.

Contra esto, los juristas inventaron toda forma de eludirlo, como el de la transmisión de la propiedad desde el *trastee* a A en beneficio de B, quien a su vez recibía ese beneficio de C. Si a este doble uso (*use upon a use*) se aplicaba el estatuto de Enrique VIII, conducía al resultado querido: A era excluido porque el estatuto atribuía la propiedad a B que estaba vinculado por el segundo uso o *trust* con C, que podía hacer valer su pretensión ante la *Court of Chancery*. De este modo nació el *trust*. El *Statute of Uses* fue abolido en 1925 por el *Law of Property Act*.

Los *trusts* (que pueden ser confrontados con las fundaciones pías del derecho islámico) pueden ser privados si el beneficiario es una persona o grupos de personas individuales, o públicos, si tiene finalidades humanitarias.

El *trust* puede ser expreso, implícito y constructivo. El *trust* expreso privado es instituido según las reglas de las tres certezas: certeza de las palabras que ordenan un determinado comportamiento, certeza del objeto que transmite en propiedad y certeza de los beneficiarios. Los *trusts* implícitos y constructivos son impuestos por el tribunal como un remedio para evitar resultados injustos o contrarios a la voluntad del fundador. Por ejemplo, instituido un *trust* si todavía quedaban bienes, la parte restante se confía al *trastee* como *trust* implícito en beneficio del fundador o de sus herederos. Los *trusts* constructivos son impuestos por el tribunal en beneficio de la administración de justicia, verbigracia, si el vendedor transmite la posesión del bien antes de que se haya pagado la totalidad del precio, el adquirente se convierte en *trastee* en beneficio del vendedor, hasta que se produzca la cancelación del precio.

tracción de cada uno de los socios, de modo que estos, conservando su existencia jurídica independiente, pierden toda independencia económica y se limitan a ejecutar las directivas impartidas por la dirección común. En Estados Unidos de América, alrededor de 1879 comenzó el movimiento hacia la formación de los *trusts* que terminó en 1903. Se divide en dos períodos: el primero, de 1879 a 1896 fue la era de los *trusts* propiamente dichos: el segundo, de 1879 a 1903 fue el de los *holding*. El impulso lo dio John D. Rockefeller; esta sociedad agrupó a 19 sociedades petroleras que, a su vez, controlaban 26 sociedades de producción, de distribución, de transporte, etc. Sus sorprendentes resultados económicos y financieros encontraron pronto imitadores que desencadenaron una ola de concentraciones en otros ramos que causaron profundos trastornos en la producción y asustaron al público. El Congreso estadounidense declaró contraria al bien público la actividad de los *trusts* y votó, en 1890, la llamada *Ley Sherman*, que prohibió toda formación de coalición.

SECCIÓN III: EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

220. Idea del Derecho de los Estados Unidos

El Derecho de Estados Unidos pertenece a la familia del *Common law*, con excepción del Estado de Luisiana, que tiene un derecho codificado.

La Revolución de 1776 culminó con la independencia del país del dominio inglés y la promulgación de la Constitución de 1787, a partir de la cual el Derecho inglés dejó de regir en Estados Unidos.

En la colonia el Derecho inglés no fue recepcionado íntegramente. La vida en las colonias era diferente de la vida en Inglaterra; muchos de los primitivos colonizadores llegaron a América disgustados con las instituciones de su país, otros en busca de libertad religiosa, otros para no estar sujetos al poder real, de modo que el Derecho inglés, al menos originariamente, no se adaptó a las necesidades de los emigrantes. En Florida y en Luisiana influyó el Derecho español; en Michigan y Winsconsin rigió por largo tiempo la *Coutume de París*. Los famosos *Commentaries on the Law of England* de Willian BLACKSTONE (1723-1780) tuvieron gran difusión en América hasta que el Derecho inglés se impuso casi por entero. Pero en América no existía el precedente y la tradición jurídica, de modo que los tribunales administraban un Derecho más simple basado en el buen sentido.

Después de la Revolución, las colonias se fueron independizando una tras otra, adoptando cada una un gobierno independiente; pero luego se agruparon en la unión llamada Estados Unidos, originándose dos sistemas de leyes: el de cada estado, y el de los Estados Unidos. Por eso, el Derecho americano no se encuentra en un cuerpo unitario que se llame Derecho de los Estados Unidos, sino que cada estado cuenta con su propio Derecho. El jurista americano STORY había dicho que “es necesario que la Constitución de los Estados Unidos reconozca la existencia, por encima de una *Common law* compartimentada de los estados, de otra federal que entre a regir en lo que a los conflictos de leyes se refiere, como Derecho común internacional”. Noventa y seis años después, esta doctrina fue derogada por la Corte Suprema, al decidir el caso *Erie Railroad Co. vs. Thompkins* (304, U. S. 64), en el año 1938, donde el juez Brandeis, portavoz del tribunal, dijo lo siguiente:

[N]o existe un Common law federal y general. El Congreso Nacional no tiene facultades para sancionar reglas sustantivas de Common law aplicables en los Estados, sean locales o generales por su naturaleza, se refieran al Derecho comercial o a los actos ilícitos. Ninguna cláusula de la Constitución pretende conferir tal facultad a los tribunales federales. El Derecho que debe aplicarse en todos los casos es el derecho del Estado,

con la sola excepción de las materias regidas por la Constitución Nacional o las leyes del Congreso Nacional. Y los tribunales federales no deben distinguir si el Derecho del Estado ha sido sancionado por ley de la legislatura estatal o por sentencia del más alto tribunal del Estado.

La contribución de los Estados Unidos a la teoría política es la doctrina de la revisión judicial. Según esta doctrina, las cortes tienen la facultad de invalidar los actos del gobierno si son contrarios a la Constitución. Esta facultad se extiende a los actos del Ejecutivo nacional y al Congreso, así como a las actividades de los gobiernos locales. La justificación de la uniformidad en la interpretación constitucional federal reside en el hecho de que la Constitución no debe significar cosas diferentes en jurisdicciones diferentes.

En América se entiende por *Stare decisis* al hecho de que los jueces deben resolver los casos pendientes de sentencia, ateniéndose a lo resuelto por sentencias precedentes, dictadas en casos similares por jueces de la misma jurisdicción y de igual o superior jerarquía.

El *American Law Institute* (organizado el 23 de febrero de 1923) emprendió la tarea de ordenar y sistematizar el *Common law*, comprendiendo no solo el Derecho originado exclusivamente en las decisiones judiciales, sino también el Derecho surgido en la aplicación de las leyes promulgadas con carácter general. A esta ordenación sistemática y sintética del Derecho se la conoce con el nombre de *Restatement of Law*. Esta labor empezó en junio de 1923 con temas sobre *contracts* (contratos), *torts* (actos ilícitos) y *Conflict of Laws* (Derecho internacional privado). Posteriormente se realizaron los *restatements* sobre *agency* (mandato), *trust* (fideicomisos), *property* (propiedad) y *restitution* (restitución). Esta exposición sistemática tiene el carácter de un código oficioso, sin valor obligatorio, en la que han participado los mejores juristas.

Como cada Estado tiene la facultad de dictar su propia legislación sobre cualquier rama del Derecho que no esté reservada al Congreso Nacional, ha surgido una diversidad de normas sobre un mismo asunto, causando trastornos en el comercio. Para unificar esta legislación existe la Conferencia Nacional de Comisionados para las leyes uniformes de los Estados (*National Conference of Commissioners on uniform State Laws*), cuyos miembros son designados por los gobernadores de todos los Estados. Si esta Conferencia aprueba una ley uniforme, recomienda, con el apoyo de la *American Bar Association*, la sanción de dicha ley por la legislatura de cada uno de los Estados. Producto de este procedimiento son la *Uniform Negotiable Instruments Law* (Ley Uniforme de Documentos Negociables), la *Uniform Partnership Act* (Ley Uniforme de Sociedades), el Código de Comercio Uniforme (1958), entre muchos otros cientos de textos preparados por esta conferencia.

También se han realizado trabajos de sistematización de las leyes sancionadas por el Congreso Federal y por las legislaturas estadales. El *United States Code* es una recopilación importante.

The *National Reporter System* es una interesante colección de los fallos de la Corte Suprema, de los tribunales federales inferiores y de los tribunales judiciales de todos los Estados.

Como se ve, existen dos competencias legislativas: una de la Federación y otra de los Estados. De acuerdo con la segunda enmienda de la Constitución en 1791, la competencia del Congreso como órgano de la Federación es la excepción ante la legislación de los Estados (“los poderes que la Constitución no delegue y aquellos que no prohíba a los Estados ejercer son reservados a cada uno de los Estados, respectivamente, o al pueblo”). Los Estados son herederos de los gobiernos que tenían poderes gubernamentales generales; el Estado federal solo tiene los poderes que le fueron concedidos por los Estados. Estos no otorgaron al gobierno federal jurisdicción general en el campo del Derecho.

Existe una jerarquía de jurisdicciones federales (tribunales federales) distinta de las jurisdicciones de los Estados (tribunales estadales).

Los *tribunales federales*, bajo los principios de preservar la paz interna e internacional, protegen el comercio y el derecho de propiedad, tienen jurisdicción para conocer de los siguientes casos: los relacionados con la Constitución y las leyes de los Estados Unidos, los de división del gobierno federal, las disputas entre dos o más Estados, los casos que provienen de tratados, los concernientes a los representantes de los Estados extranjeros, los relativos a la jurisdicción marítima y almirantazgo, los concernientes a la propiedad y el comercio, los conflictos entre ciudadanos de Estados diferentes cuando el valor del objeto es superior a diez mil dólares, y los delitos federales, como falsificación de dinero y robo de bancos.

El Tribunal Supremo se compone de nueve miembros (un presidente y ocho magistrados), nombrados por el presidente de la nación con aprobación del Senado. Los magistrados del Tribunal Supremo deben ser de una probada honestidad. Su designación es vitalicia, prestan servicios mientras observen buena conducta. El presidente del tribunal (*chief of justice*) es el segundo personaje de la vida pública del país. Tiene competencia exclusiva en los conflictos entre Estados, en los procesos contra los ministros, embajadores, etc., ejercer el control constitucional, esto es, la conformidad de las leyes y otros actos administrativos a la Constitución. Cada juez supremo tiene derecho a ser ayudado por cuatro pasantes legales escogidos de entre la crema de los graduados en las facultades de Derecho. Las audiencias del tribunal son públicas; la primera de ellas tuvo lugar el 1 de febrero de 1790. Las decisiones se apoyan casi siempre en los precedentes (doctrina del *stare decisis*).

Como dice BARRENT MCGURN²³, el pacto original básico entre los revolucionarios victoriosos de la guerra de independencia del siglo XVIII fue la Constitución de Estados Unidos. Los fundadores de la nación dividieron el gobierno central en tres ramas: el Congreso para sancionar las leyes, el Poder Ejecutivo para hacerlas cumplir, y una rama judicial coronada con el Tribunal Supremo. El poder del Tribunal Supremo reside, entonces, en el pacto original de creación de la nación luego de la independencia. Se afirma que ningún otro tribunal supremo del mundo tiene el poder del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Mencionemos tres casos como evidencia de esta aseveración: el caso *Marbury*, el caso *Burr* y el caso *Nixon*:

- 1) **Caso *Marbury*.** Este caso es descrito por JANDA²⁴ en los siguientes términos:

Poco después del nombramiento del juez Marshall, la Corte Suprema se enfrentó a una cuestión de importancia fundamental para el futuro de la nueva república: ¿si una ley dada por el Congreso entra en conflicto con la Constitución, cuál debería prevalecer? La pregunta surgió en el caso *Marbury vs. Madison* (1803) que abarcó una serie controversial de nombramientos políticos de última hora.

El caso comenzó el 2 de marzo de 1801, cuando un oscuro federalista, William Marbury, fue nombrado juez de paz en el distrito de Columbia. Marbury y otros fueron nombrados a puestos del gobierno creados por el Congreso durante los últimos días del gobierno del presidente John Adams, pero estos nombramientos nunca se finiquitaron del todo. La recién llegada administración de Jefferson tenía poco interés en hacer llegar sus autorizaciones; había jeffersonianos calificados que recibirían esos cargos.

A fin de asegurar sus cargos, Marbury y los demás agraviados invocaron una ley del Congreso para obtener los documentos oficiales de sus nombramientos: dicha ley autorizaba a la Corte Suprema a emitir órdenes a los oficiales del Gobierno. Marbury y los demás sustentaron en esta orden su pedido a la Corte Suprema en contra del nuevo secretario de Estado, James Madison, quien tenía los documentos de los nombramientos.

En términos legales, Marbury pidió a la Corte que ejercite su “jurisdicción original”. El artículo III de la Constitución señala la jurisdicción original de la Corte Suprema, pero solo ve casos que involucran a los Estados o diplomáticos extranjeros. Marshall observó que la Ley del Congreso invocada por Marbury

²³ MCGURN, Barrent, “El singular Tribunal Supremo de Estados Unidos”, artículo que nos ha remitido la agregada cultural adjunta de la Embajada de Estados Unidos de América, doña Rachel Norniella, con su comunicación, de fecha 21 de marzo de 1990.

²⁴ JANDA, Kenneth; Jeffrey M. BERRY y Jerry GOLDMAN, *The Challenge of Democracy U.S.A.*, traducción por María Elena Padilla Bendezú, en *Materiales de lectura*, Houghton Mifflin Company, Massachusetts: 1992.

para demandar en la Corte Suprema entraba en conflicto con la sección de jurisdicción original del artículo III, que no autorizaba tales demandas. El 24 de febrero de 1803, la Corte emitió su opinión.

¿La Corte debe seguir la ley o la Constitución? La Corte Suprema sostuvo, a través de vigoroso argumento de Marshall, que la Constitución era la “ley fundamental y suprema de la nación” y que “un acto de la legislatura contraria a la Constitución era nulo”. En otras palabras, cuando la Constitución —la máxima ley nacional— entra en conflicto con un acto de la legislatura, dicho acto es inválido. La última parte del argumento de Marshall investía en el poder judicial la facultad de sopesar la validez de los actos del Congreso.

Es enfáticamente el deber y competencia del departamento judicial el decir lo que es la ley. Los que aplican la norma a los casos particulares deben necesariamente explicar e interpretar esa norma. Si una ley está en oposición a la Constitución, si tanto la ley como la Constitución se aplican al caso particular, para que la Corte decida, ya sea que esté de conformidad con la ley, desatendiendo la Constitución; o conforme con la Constitución, desatendiendo la ley; la Corte debe determinar cuál de estas reglas de conflicto gobierna el caso. Esta es la misma esencia del deber judicial.

La decisión en *Marbury vs. Madison* estableció el poder de revisión judicial de la Corte Suprema, el poder de declarar nulos actos del Congreso si violan la Constitución. Los casos subsiguientes extendieron este poder a los actos presidenciales.

Marshall extendió la facultad potencial de la Corte Suprema para igualar o exceder aquella de otras ramas del Gobierno. Si un acto del Congreso o, por implicancia, un acto presidencial entrara en conflicto con la Constitución, la Corte Suprema reclamaba el poder para declarar ese acto nulo. El sistema judicial ejercería un control (revisión) sobre las ramas ejecutiva y legislativa, de acuerdo con el principio de control y equilibrio incorporado en la Constitución. A pesar de que el Congreso y el presidente pueden luchar por la constitucionalidad de sus acciones, la revisión judicial otorgó a la Corte Suprema la última palabra en cuanto al significado de la Constitución.

- 2) **Caso Burr.** Se menciona que Aaron Burr, uno de los principales personajes políticos de su época, fue sometido a juicio por traición. El presidente Thomas Jefferson, que como sabemos es el autor de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, aseguró al juez supremo John Marshall que tenía pruebas de la culpabilidad de Burr. “Presente el documento”, le exigió Marshall. Solamente fragmentos, respondió Jefferson. No se debían divulgar otras secciones del documento. Marshall le replicó que todo el documento, o nada. El acusado tiene derecho de pedir en defensa propia toda evidencia que se encuentre en manos de otra persona. Ningún ciudadano, ni el presidente,

está exento del deber de cooperar con la justicia. Jefferson se mantuvo firme y Burr quedó libre.

- 3) **Caso Nixon.** Otro hecho que revela el poder que tiene el Tribunal Supremo de los Estados Unidos es el sonado caso denominado “Estados Unidos de América vs. Richard M. Nixon, presidente de los Estados Unidos” que se presentó al citado tribunal a comienzos de la década de 1970. Algunos miembros del Congreso, invocando un posible juicio político al presidente bajo la acusación de obstaculizar la justicia en un caso que involucraba la política y un robo, solicitaron que se les permitiera escuchar grabaciones de las conversaciones del presidente en la Casa Blanca, a lo que se negó el presidente Nixon. Los colaboradores del presidente fueron sometidos a juicio en relación con el mismo caso de “encubrimiento”. Los acusados solicitaron que se entregaran las grabaciones presidenciales por considerar que les ayudarían en sus defensas contra los fiscales. Nixon tuvo que entregar las grabaciones y a los pocos días renunció al cargo.

Los jueces de los Estados, a diferencia de lo que ocurre con los jueces federales, frecuentemente son elegidos por votación, aun con rango de tribunal supremo en algunos Estados.

Hay casos que pueden ventilarse indistintamente, ya sea en los tribunales federales o en los estatales, como los referentes a las infracciones a la ley de drogas, robo de autos de carácter interestatal, etc.; muchos de estos se basan en la violación de leyes estatales y federales a la vez.

En Estados Unidos, la formación jurídica es proporcionada por las universidades que utilizan el método casuístico o *Case System*. Los jueces son elegidos de entre los abogados (*Lawyers*) de prestigio, especialmente de entre los profesores universitarios.

El procedimiento en los tribunales es oral y público; los miembros del jurado, los abogados, acusados, agraviados y los testigos se encuentran en la sala del tribunal. La defensa y el fiscal tienen el control sobre el interrogatorio, en lugar de dejarlo en manos del juez.

Los jueces no entran en la apreciación de los hechos; solamente se limitan a pronunciarse sobre los fundamentos de Derecho. El jurado es el que aprecia los hechos tanto en materia civil como en penal. En este extremo la tradición inglesa se ha conservado mejor en Estados Unidos que en Inglaterra.

En materia criminal²⁵, los tribunales, tanto estatales como federales, son de “jurisdicción general”, “intermedios” o de apelación, y supremos.

25 “Hoja informativa sobre el sistema judicial de Estados Unidos” que nos ha remitido la agregada cultural adjunta de la Embajada de los Estados Unidos de América con su comunicación de 21 de marzo de 1990.

Los delitos federales se resuelven en los tribunales del distrito. El acusado declarado culpable puede apelar ante el tribunal federal de apelaciones de la región.

El procedimiento en los tribunales federales para los casos criminales se inicia con la acusación que formula un Gran Jurado compuesto de 16 a 23 personas seleccionadas entre los ciudadanos que residen en la jurisdicción del tribunal.

Presentada la acusación, el secretario del tribunal emite la orden de arresto y se coloca al acusado bajo custodia, informándole de sus derechos constitucionales de permanecer callado y de hacerse asesorar por un abogado.

La acusación debe mencionar la norma penal aplicable y describir la infracción en detalle. La acusación ayuda a que el procesado comprenda la naturaleza del proceso y a que prepare su defensa.

La primera comparecencia del acusado ante el juez o magistrado se llama *acusación*. En este momento se lee la acusación y se le explica sus derechos. El acusado puede hacer una alegación de culpabilidad o no culpabilidad.

Si se declara culpable, se dicta sentencia en ese momento o en fecha posterior que fija el juez.

Si la alegación es de culpabilidad, el juez fija fecha para el juicio.

Después de la acusación procede la libertad bajo fianza. La fianza consiste en dinero que se deposita en el tribunal y que será devuelto al acusado que comparece ante el tribunal en la fecha fijada. La fianza es un privilegio, no un derecho. Puede ser denegada si, por ejemplo, el tribunal cree que el acusado no se presentará a juicio.

Hay varias formas de negociación para resolver un caso sin llegar a juicio. La más común es el acuerdo entre el fiscal y el acusado para reducir el cargo a uno menos grave si se presenta un alegato de culpabilidad. La negociación es voluntaria y con conocimiento de las consecuencias de la alegación de culpabilidad.

El acusado de un delito federal grave (implica pena de más de un año de cárcel) o menos grave (pena de 6 meses a un año de cárcel) tiene el Derecho constitucional a ser juzgado por un jurado integrado por 12 ciudadanos residentes en la jurisdicción del tribunal. La defensa y el fiscal pueden seleccionar y excluir personas del jurado que consideren que no podrán emitir un juicio imparcial; pueden, asimismo, pedir que el jurado sea excusado "por haber causa" y pueden utilizar un número determinado de "recusaciones perentorias" sin expresar razón.

El juicio llevado a cabo por el tribunal es presidido por un juez que emite decisiones sobre leyes aplicables, que da instrucciones al jurado e informa sobre las leyes específicas que gobiernan el caso.

El juicio se inicia con las declaraciones preliminares del fiscal y el abogado defensor.

Se presume la inocencia del acusado hasta que se pruebe su culpabilidad. La carga de la prueba recae sobre el Estado.

Hay reglas estrictas sobre los tipos de evidencias (pruebas) que pueden presentarse y admitirse en juicio. El Estado a menudo presenta testigos. Cuando el abogado del Estado concluye su interrogatorio, la defensa puede hacer un contrainterrogatorio. Después el Estado tiene el Derecho de hacer preguntas adicionales y la defensa puede hacer nuevamente un contrainterrogatorio al testigo.

Concluida la presentación de las evidencias, el abogado del acusado puede solicitar una moción para desestimar la acusación, argumentando que el Estado no ha podido probar el caso sin lugar a dudas. El juez puede negar o conceder la moción.

El fiscal puede presentar testigos o evidencias que refuten la evidencia presentada por la defensa.

Los informes finales son presentados primero por el fiscal, luego por la defensa, y finalmente por los abogados del Estado.

Después de los informes finales, el juez da instrucciones al jurado sobre leyes que gobiernan el caso y que deben orientar sus deliberaciones; además, expresa los puntos importantes del caso y define el criterio de pruebas que los jurados deben aplicar.

Los miembros del jurado son los únicos que juzgan los hechos y la credibilidad de los testigos y emiten un veredicto conforme a las instrucciones de la ley, de acuerdo a como la haya interpretado el juez.

Como dice FRIEDMAN²⁶, a lo menos en teoría, en Estados Unidos a nadie —ni al alcalde, ni al gobernador, ni al presidente, ni al Tribunal Supremo— se le considera verdadera y absolutamente supremo. Solo la ley es suprema. Aunque la práctica suele ser complicada y dista de ser perfecta.

Hay un Derecho estadounidense formal y otro no formal. Y uno que es, a la vez, público y formal (por ejemplo, una ley del Congreso); un Derecho que es público o estatal, pero no formal (v. gr., el límite de velocidad oficial de los automóviles es de 55 millas, pero en la realidad es algo mayor): un Derecho formal, pero privado (procedimiento de agravios) y un derecho que es, a la vez, privado y no formal (normas internas familiares).

El Derecho realizado por los jueces es desordenado, contradictorio e incongruente. El filósofo inglés Jeremías BENTHAM, a principios del siglo XIX, dijo que los jueces del *Common law* elaboran las normas de la misma manera “como lo haría un hombre para con su perro. Cuando se quiere impedir que el perro haga algo que el dueño no quiere, se espera hasta que lo haga y entonces se le castiga por ello”. Es más claro y conciso un código lógico y racional que permite saber desde un principio qué dice el Derecho. Siempre ha existido, aunque sin mucho éxito, la tendencia al Derecho codificado. Por ejemplo, la ley *Sherman*, que prohíbe los monopolios (1890), la Ley Uniforme de la Compraventa (1906), el Código de Comercio Uniforme, el Código Penal de Indiana, la Ley de Derechos Cívicos (1964).

El sistema de Derecho estadounidense se organiza sobre la base federal. El gobierno nacional tiene su sede en Washington y los gobiernos estatales de los 50 Estados tienen su propia esfera de poder. Todos tienen su propia Constitución, su Parlamento (si bien no recibe el nombre de congreso) y su jefe ejecutivo (si bien recibe el título de gobernador y no el de presidente). Los Estados son una unión económica y social pero no jurídica. Si las leyes de los Estados son parecidas, ello se debe a una opción deliberada. El gobierno nacional (federal) es más poderoso, emplea a muchas más personas, establece muchos más impuestos que destina, principalmente, a la seguridad social y a la defensa.

Como en todas partes, el sistema jurídico estadounidense no es completamente autónomo. No constituye un mundo aparte. No está aislado de la influencia exterior. Los principales cambios sociales empiezan fuera del sistema jurídico, por ejemplo, no fueron las leyes las que crearon la industria forestal; fue el Derecho el que se adaptó a las necesidades de esa industria. Las fuerzas sociales hacen y rehacen el derecho constantemente. Todos los grandes cambios sociales tienen una repercusión en el Derecho. Todas las transformaciones sustanciales del derecho tienen sus raíces fuera de él.

Muchos estadounidenses piensan que sus vidas se han complicado demasiado con el Derecho, los pleitos y el proceso jurídico. Los actos más simples de la vida cotidiana presuponen una superestructura jurídica. El Derecho administrativo surgió casi de la nada y ahora tiene una gran importancia social. La litigiosidad crece a marchas forzadas. Los tribunales se quejan de un peso aplastante de demandas judiciales. Han surgido nuevas áreas de litigiosidad: los casos de negligencia profesional y defectos de fabricación; con la ley de derechos cívicos se han incrementado los litigios sobre discriminación racial, de sexo y de edades. Muchos de los casos de discriminación laboral significan el enfrentamiento de una clase social contra las grandes compañías que originan gastos por millones de dólares y cambios en la estructura de los mercados laborales. Hay en el mundo más ratones que elefantes, pero un elefante arma mucho más revuelo que un ratón. Las demandas privadas por casos antimonopolios suelen

producir litigios elefantiásicos que a cada parte cuesta millones de dólares y batallones enteros de abogados son lanzados al combate. Para los tribunales es una rutina el tener que decidir sobre las interioridades familiares, industriales, hospitalarias, de escuelas, prisiones, etc. No se puede predecir el futuro del Derecho y de los tribunales estadounidense. Pero la sociedad americana no da muestra de querer volver a tiempos antiguos, ni de avanzar a una sociedad de utópica perfección que no necesite del Derecho. Finaliza diciendo FRIEDMAN, que el sistema jurídico continuará ocupando un lugar destacado en los Estados Unidos.

221. La Constitución de los Estados Unidos

La Constitución americana dispone a continuación:

Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el propósito de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la paz interior, atender a la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y nuestra posteridad, promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América.

Artículo III

Sección 1. El poder judicial de los Estados Unidos se confiará a un Tribunal Supremo y a aquellos tribunales inferiores que el Congreso creare o estableciere en lo sucesivo. Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los tribunales inferiores, desempeñarán sus cargos mientras observen buena conducta, y recibirán periódicamente por sus servicios una compensación que no podrá ser objeto de reducción mientras permanezcan prestando servicio.

Sección 2. El poder judicial se extenderá a todos los casos de Derecho y equidad que dimanen de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; a todos los casos en que fueren parte embajadores, ministros públicos y cónsules; a todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima; a todas las controversias en que los Estados Unidos fueren parte; a las controversias entre dos o más estados; entre un estado y ciudadanos de otro estado; entre ciudadanos de diferentes estados; entre ciudadanos del mismo estado que reclamaren tierras en virtud de concesiones hechas por diversos estados y entre un estado o sus ciudadanos, y estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

El Tribunal Supremo conocerá en única instancia de todos aquellos casos que afectaren a embajadores, ministros públicos y cónsules y de aquellos en que un estado fuese parte. En todos los demás casos antes mencionados, el Tribunal Supremo será competente para las apelaciones, tanto por cuestiones de hecho como de Derecho, con las excepciones y bajo la reglamentación que el Congreso estableciere.

Todo juicio por delito, excepto los delitos contra la seguridad del Estado, se celebrará ante jurado y en el Estado donde se haya cometido; pero si se hubiese cometido fuera de la jurisdicción de los estados, el juicio se celebrará en el lugar o lugares que el Congreso decida por ley.

Sección 3. Solo se considera delito de traición contra los Estados Unidos el tomar las armas contra ellos o unirse a sus enemigos dándoles ayuda y protección. Nadie podrá ser declarado convicto de traición a no ser por la declaración de dos testigos presenciales del hecho mismo o por confesión ante el Tribunal prestada en audiencia pública.

El Congreso tiene potestad para señalar la pena correspondiente al delito de traición, pero si se castigase con la interdicción civil, no se hará extensiva a los descendientes del reo, ni los efectos de la confiscación de bienes se extenderán más allá de su vida.

Artículo IV

Sección 1. En cada Estado se dará entera fe y crédito a los actos públicos, documentos y procesos judiciales de los demás estados. El Congreso podrá prescribir mediante leyes generales la manera en que habrán de acreditarse tales actos, documentos y procesos, así como los efectos que deban surtir.

Sección 2. Los ciudadanos de cada Estado disfrutarán en los demás estados de todos los derechos y privilegios de que gocen sus propios ciudadanos.

Toda persona acusada de traición, delito grave o cualquier otro hecho delictivo, que huyese del Estado en donde se le acusó y fuese hallada en otro Estado, será devuelta, a petición de su autoridad ejecutiva, al Estado que tenga jurisdicción sobre ella.

La persona que, estando obligada a servir o a trabajar en un Estado, según las leyes allí vigentes, escapase a otro Estado, no quedará libre de prestar dicho servicio o trabajo, amparándose en leyes o reglamentos del Estado al cual se acogiese, sino que será entregada a petición de la parte a que tuviese derecho al susodicho servicio o trabajo.

Sección 3. El Congreso podrá admitir nuevos estados a esta Unión; pero no se formará ni erigirá ningún Estado nuevo en el territorio de otro Estado; ni se formará ningún Estado por la unión de dos o más estados o partes de estados sin el consentimiento tanto de las legislaturas de los estados afectados como del Congreso.

El Congreso podrá disponer del territorio y de las propiedades que pertenezcan a los Estados Unidos y, a este fin, podrá promulgar todas las leyes y reglamentos necesarios. No se interpretará disposición alguna de esta Constitución en forma que pudiese perjudicar los derechos de los Estados Unidos o de algún Estado en particular.

Sección 4. Los Estados Unidos garantizarán a todos los estados de la Unión la forma republicana de gobierno, les protegerán de cualquier invasión y, si lo solicitase la legislatura o el ejecutivo (cuando no pudiera convocarse la legislatura), les protegerán también de toda violencia interna.

Artículo V

El Congreso, siempre que las dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, podrá proponer enmiendas a la Constitución; también, a petición de las legislaturas de las dos terceras partes de los estados, convocará una convención para proponer enmiendas, las cuales, en cualquiera de los dos casos, serán válidas, a todos los fines y propósitos, como parte de esta Constitución, cuando sean ratificadas por las legislaturas de las tres cuartas partes de todos los estados o por convenciones celebradas en las tres cuartas partes de los mismos —pues el Congreso podrá proponer uno u otro modo de ratificación— y ello siempre que las enmiendas que se hagan antes del año mil ochocientos ocho no afecten en modo alguno las cláusulas primera y cuarta de la novena sección del artículo primero, y de que ningún Estado, sin su propio consentimiento, sea privado de su Derecho a un sufragio igual en el Senado.

Artículo VI

Todas las deudas y compromisos contraídos antes de la adopción de esta Constitución serán, bajo su imperio, tan válidos frente a los Estados Unidos como lo eran bajo la Confederación.

La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaren, y todos los tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país.

Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiese alguna disposición contraria en su Constitución o en sus códigos. Los senadores y los representantes ya mencionados, los miembros de las legislaturas de los estados, así como todos los funcionarios ejecutivos y judiciales, tanto de los Estados Unidos como de los diversos Estados, prestarán juramento o promesa de guardar esta Constitución; y nunca se exigirá profesión de fe religiosa para desempeñar cargos o empleos públicos en los Estados Unidos.

Artículo VII

Para la promulgación de esta Constitución por los estados que la hayan ratificado, será suficiente la ratificación de la misma, en Convención, por nueve estados.

Hecha en Convención, con el consentimiento unánime de los estados presentes, el día diecisiete de septiembre del año de Nuestro Señor de mil setecientos ochenta y siete, duodécimo de la Independencia de los Estados Unidos de América.

Artículos adicionales y enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos de América, propuestos por el Congreso y ratificados por las Legislaturas de varios Estados en aplicación del Artículo Quinto de la Constitución original.

Enmienda I (1791)

El Congreso no podrá aprobar ley alguna conducente al establecimiento de una religión determinada o a la prohibición del libre ejercicio de alguna de ellas. Tampoco promulgará ley alguna que coarte la libertad de palabra, de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar la reparación de cualquier agravio.

Enmienda II (1791)

Siendo necesaria a la seguridad de un Estado libre una milicia bien disciplinada, no se restringirá el derecho de los ciudadanos a tener y portar armas.

Enmienda III (1791)

En tiempo de paz no se podrá alojar tropas en casas particulares sin el consentimiento de sus dueños; tampoco podrá hacerse en tiempo de guerra, excepto en la forma que la ley prescriba.

Enmienda IV (1791)

El derecho de los ciudadanos a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y efectos no podrá ser violado con registro y decomisos arbitrarios, ni podrá expedirse mandamiento alguno, salvo mediante juramento o promesa de existir justa causa para ello y, en tal caso, previa designación y descripción de los lugares en donde deba practicarse el registro y de las personas o cosas que hayan de ser aprehendidas.

Enmienda V (1791)

Nadie será retenido para responder de un delito capital o infamante sino en virtud de acusación o procedimiento del Gran Jurado, excepto por hechos ocurridos en las fuerzas de mar y tierra, o en la milicia, cuando el autor estuviese prestando servicio en tiempo de guerra o de peligro público; asimismo, nadie será perseguido dos veces por un mismo delito, cuya sentencia pueda afectar a su vida o integridad; tampoco será obligado a declarar contra sí mismo en causa criminal; ni será privado de su vida, de su libertad o de sus bienes sin un debido proceso legal; ni podrá expropiarse la propiedad privada para fines públicos sin una justa compensación.

Enmienda VI (1791)

En toda causa criminal, el acusado tendrá derecho a un juicio rápido y público por un jurado imparcial del Estado y distrito en donde se hubiese cometido el delito —distrito que será el predeterminado por la ley— y a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación. Tendrá Derecho a un careo con los testigos que declaren en contra suya; a que se obligue a declarar a los que cite a su favor y a la defensa de un abogado.

Enmienda VII (1791)

En los procesos de *Common law*, cuando el valor litigioso sobrepase veinte dólares, las partes tendrán derecho a un juicio ante jurado y los hechos enjuiciados por este no volverán a ser vistos por ningún otro tribunal de los Estados Unidos más que de acuerdo con las prescripciones del *common law*.

Enmienda VIII (1791)

No se exigirán fianzas excesivas; no se impondrán multas excesivas, ni se aplicarán penas crueles e inusitadas.

Enmienda IX (1791)

La enumeración de determinados derechos que se hace en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de los demás derechos que detenta el pueblo.

Enmienda X (1791)

Los poderes que esta Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los estados, quedan reservados a los diversos estados o al pueblo.

Enmienda XI (1798)

El poder judicial de los Estados Unidos no debe considerarse extensivo a litigios de Derecho o equidad, iniciados o proseguidos contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado o por ciudadanos o súbditos de cualquier Estado extranjero.

Enmienda XII

Los electores se reunirán en sus respectivos Estados y votarán mediante cédulas para presidente y Vicepresidente, uno de los cuales, cuando menos, no deberá ser habitante del mismo Estado que ellos; en sus cédulas indicarán la persona a favor de la cual votan para presidente y en cedulas diferentes la persona que eligen para Vicepresidente, y formarán listas separadas de todas las personas que reciban votos para presidente y de todas las personas a cuyo favor se vote para Vicepresidente y del número de votos que corresponda a cada una, y firmarán y certificarán las referidas listas y las remitirán selladas a la sede de gobierno de los Estados Unidos, dirigidas al presidente del Senado.

El presidente del Senado abrirá todos los certificados en presencia del Senado y de la Cámara de Representantes, después de lo cual se contarán los votos

La persona que tenga el mayor número de votos para presidente será presidente, siempre que dicho número represente la mayoría de todos los electores nombrados, y si ninguna persona tiene mayoría, entonces la Cámara de Representantes, votando por cedulas, escogerá inmediatamente el presidente de entre las tres personas que figuren en la lista de quienes han recibido sufragio para presidente y

cuenten con más votos. Téngase presente que al elegir al presidente la votación se hará por Estados y que la representación de cada Estado gozará de un voto; que para este objeto habrá quórum cuando estén presentes el miembro o los miembros que representen a los dos tercios de los Estados y que será necesaria mayoría de todos los Estados para que se tenga por hecha la elección. Y si la Cámara de Representantes no eligiere presidente, en los casos en que pase a ella el derecho de escogerlo, antes del día cuatro de marzo inmediato siguiente, entonces el Vicepresidente actuará como presidente, de la misma manera que en el caso de muerte o de otro impedimento constitucional del presidente.

La persona que obtenga el mayor número de votos para Vicepresidente será Vicepresidente, siempre que dicho número represente la mayoría de todos los electores nombrados, y si ninguna persona reúne la mayoría, entonces el Senado escogerá al Vicepresidente entre las dos con mayor cantidad de votos que figurán en la lista; para este objeto habrá quórum con las dos terceras partes del número total de senadores y será necesaria la mayoría del número total para que la elección se tenga por hecha. Pero ninguna persona inelegible para el cargo de presidente con arreglo a la Constitución será elegible para el de Vicepresidente de los Estados Unidos.

Enmienda XIII (1865)

Sección 1. Ni la esclavitud ni el trabajo forzado —salvo que este fuere impuesto como castigo por un delito del cual el reo hubiere sido legalmente convicto— podrán existir en los Estados Unidos o en cualquier otro lugar bajo su jurisdicción.

Sección 2. El Congreso queda facultado para hacer cumplir este artículo dictando las leyes que sean precisas a este fin.

Enmienda XIV (1868)

Sección 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado en donde residan. Ningún Estado podrá dictar o aplicar ley alguna que menoscabe los derechos e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco ningún Estado podrá privar a nadie de su vida, libertad o bienes sin un debido proceso en Derecho, ni podrá negar a persona alguna, bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes.

Sección 2. El Congreso queda facultado para hacer cumplir las disposiciones de este artículo dictando las leyes que sean precisas a este fin.

Enmienda XV (1870)

Sección 1. Ni los Estados Unidos ni ningón Estado podrán denegar o limitar a los ciudadanos de los Estados Unidos el Derecho al sufragio por motivos de raza, color o su anterior condición de esclavitud.

Sección 2. El Congreso queda facultado para hacer cumplir lo dispuesto en este artículo dictando las leyes que sean precisas.

Sección 3. Este artículo no entrará en vigor a menos que sea ratificado como enmienda a la Constitución por las legislaturas de los diversos Estados, dentro de los siete años siguientes a la fecha en que el Congreso lo someta a la consideración de los Estados.

Enmienda XIX (1920)

Ni los Estados Unidos ni ningún Estado podrá negar o limitar, por motivos de sexo, el Derecho al sufragio a los ciudadanos de los Estados Unidos.

El Congreso queda facultado para hacer cumplir lo dispuesto en este artículo dictando las leyes que sean precisas a este fin.

Enmienda XXI (1933)

Sección 1. Por la presente queda derogada la enmienda décimo octava de la Constitución de los Estados Unidos.

Sección 2. Queda prohibido por la presente el transporte o importación de bebidas alcohólicas a cualquier Estado, territorio o posesión de los Estados Unidos para su uso o distribución, cuando represente violación de las leyes allí en vigor.

Sección 3. No surtirá efecto el presente artículo si no se ratifica como enmienda a la Constitución por las convenciones de los diversos estados, según dispone la Constitución, dentro de los siete años siguientes a partir de la fecha en que el Congreso lo someta a la consideración de los Estados.

Enmienda XXIV (1964)

Sección 1. El derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos en las elecciones primarias u otras a presidente o vicepresidente, compromisarios de presidente o vicepresidente o a senador o representante en el Congreso, no será negado ni limitado por los Estados Unidos, ni por alguno de los estados por causa de la falta de pago de cualquier impuesto electoral o de otra índole.

Sección 2. El Congreso queda facultado para hacer cumplir lo dispuesto en este artículo, dictando las leyes precisas a este fin.

Enmienda XXVI (1971)

Sección 1. El derecho de sufragio que tienen los ciudadanos de los Estados Unidos de dieciocho años de edad o mayores, no podrá ser negado ni limitado por los Estados Unidos ni por ningún Estado por razones de edad.

Sección 2. El Congreso queda facultado para hacer cumplir lo dispuesto a este artículo, dictando las leyes precisas a este fin.

SECCIÓN IV: EL DERECHO SOCIALISTA DE LA EX UNIÓN SOVIÉTICA (URSS)

222. Introducción

La Revolución socialista de octubre de 1917, consumada por los obreros y campesinos, bajo la dirección del Partido Comunista, que lideraba V. I. LENIN, derribó el poder capitalista y terrateniente, estableció la dictadura del proletariado y creó el Estado soviético. Se federaron las repúblicas soviéticas en la URSS (Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas). Se instauró la propiedad social de los medios de producción. La clase obrera y el campesinado, detentadores de poder político, se propusieron preparar el advenimiento y la construcción de la sociedad nueva: el comunismo.

La Constitución soviética de 1918 estableció que la URSS es un Estado socialista de obreros y campesinos; en cambio, la Constitución de 1977 prescribió que la URSS es un Estado socialista de todo el pueblo que expresa la voluntad y los intereses ya no solamente de los obreros y campesinos, sino también de los intelectuales y de los trabajadores de todas las naciones y etnias del país.

La Revolución de Octubre destruyó el régimen agrario semifeudal de la Rusia zarista. Por el decreto sobre la tierra del II Congreso de los Soviets de toda Rusia del 26 de octubre de 1917 se suprimió la propiedad agraria privada y toda la tierra quedó convertida en patrimonio del pueblo y se entregó en usufructo gratuito a los trabajadores. Se nacionalizaron las aguas y demás riquezas naturales del país, que quedaron convertidas en patrimonio del pueblo. La victoria del socialismo debió significar, aunque en la práctica no sucedió así, la supresión de la explotación del hombre por el hombre. Se estableció el trabajo obligatorio para todos los miembros de la sociedad útiles laboralmente.

El principio socialista dice: “De cada uno, según su capacidad; a cada uno, según su trabajo”. El trabajo es obligación y deber moral de cada ciudadano: “El que no trabaja no come”. Es ley vital la preocupación de todos por el bienestar de cada uno y la preocupación de cada uno por el bienestar de los demás.

El Estado y la sociedad socialista pasan por dos etapas sucesivas para su construcción: a) la primera se caracteriza por el paso del sistema capitalista al socialista, en el que el proletariado asume el papel protagonista al tomar el poder (dictadura del proletariado) y la construcción total y definitiva del socialismo; y b) la segunda etapa es el paso del socialismo al comunismo, la caracterizan las tareas para crear la base material y técnica del comunismo, transformar las relaciones sociales socialistas en relaciones sociales comunistas, elevar el grado material y cultural del pueblo soviético, así como proteger el trabajo pacífico de los ciudadanos. Según los estalinistas,

la primera etapa se produjo desde 1917 hasta 1936, en que se pasó al comunismo (última etapa del socialismo). Pero, en realidad, no se ha producido tal avance en el socialismo; por el contrario, desde finales de 1936 se intensificaron las represiones masivas so pretexto de combatir a los “fariseos”, “espías” y “saboteadores”.

223. Importancia del derecho en la ex Unión Soviética (URSS)

MARX había considerado que el Derecho es la expresión de las clases dominantes, por lo cual estaba condenado a desaparecer al tiempo de la extinción del Estado en el seno de la sociedad futura creada por el socialismo en su última fase, en donde las nuevas relaciones sociales serían reguladas por normas de organización y eficacia económica. Sin embargo, los revolucionarios triunfantes en 1917 pronto advirtieron que era imposible concebir un Estado civilizado sin Derecho, el cual cobró una enorme importancia que se acrecentó a partir de 1936 en que tuvo un papel creativo y muy activo.

La primera Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas es de 1918. Posteriormente, manteniendo la continuidad de las ideas y principios de esta primera Constitución, se dictaron las de 1924, 1936 y 1977.

En 1918 se expidió el Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela. La IV Sesión del Comité Central Ejecutivo del 31 de octubre de 1922 aprobó el Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia, que entró en vigor el 1 de enero de 1923. En el mismo año de 1922 se promulgó el Código Penal; más tarde, los “Principios” de 1924; y luego, el Código Penal de 1926.

En los primeros años de la revolución se expidieron también los códigos de Procedimiento Civil y el de Procedimiento Penal de la R. S. F. S. R. El 16 de agosto de 1938, el Consejo Supremo de la URSS aprobó la Ley de Organización Judicial. Esto para mencionar apenas las leyes más importantes, pues la Unión Soviética contó desde el inicio de la revolución con una legislación abundante y constante en todas las ramas del derecho.

Somericamente, veamos algunas de esas legislaciones, y las fechas en que fueron aprobados sus fundamentos.

Los fundamentos de la legislación agraria de la URSS y de las Repúblicas Federales fueron aprobadas por el Soviet Supremo de la URSS, el 13 de diciembre de 1968; los de la legislación de aguas, el 10 de diciembre de 1970; los de la legislación de sanidad, en 1969; los de la laboral, el 15 de julio de 1970; los de la legislación sobre el sistema judicial, el 25 de diciembre de 1958; los de la legislación civil, en diciembre de 1962; los del procedimiento judicial civil, el 8 de diciembre de 1961; los de la legislación penal, el 25 de diciembre de 1958; en la misma fecha, los del procedimiento penal;

los de la legislación correccional-laboral, el 11 de julio de 1969; los del matrimonio y la familia, el 27 de junio de 1968; los de la legislación sobre instrucción pública, en 1973; los del estatuto de los diputados a los Soviets, en 1971; la ley sobre los derechos presupuestarios, en 1959; la ley sobre el notariado del Estado, el 19 de julio de 1973; etc.

En cuanto a su estructura y sistematización, el Derecho socialista no ha creado técnicas propias, siguió el mismo sistema romano-germánico.

El Derecho socialista soviético, implantado con motivo de la Revolución de Octubre, después de la Segunda Guerra Mundial, fue recepcionado por todos los países que adoptaron el sistema de organización de la sociedad sobre la base económica-social del socialismo: Hungría, Alemania Oriental, Albania, Polonia, Yugoslavia, Rumania, Bulgaria, Checoslovaquia y las Repúblicas Populares Asiáticas.

Por medio de las leyes el Estado soviético dirigió la sociedad, organizó la actividad económica-productiva de las colectividades laborales de las fábricas, los *sovjoses*, los *koljoses* y otras empresas y organizaciones. Reguló la conducta de los ciudadanos y la acción de los organismos estatales y de los funcionarios, asegurando la más rigurosa observancia de la legalidad. Las leyes fueron los instrumentos que salvaguardaron el régimen social socialista y los derechos de los ciudadanos.

El poder legislativo en la Unión Soviética lo ejerció el Soviet Supremo de la URSS. En las Repúblicas Federadas y Autónomas, la potestad legislativa residía en sus respectivos Soviets Supremos. Así, la legislación soviética se desarrolló como un armónico sistema de toda la Unión y de las Repúblicas, integrado por dos partes ligadas entre sí: la legislación de la URSS (legislación federal) y la legislación de las Repúblicas Federadas (legislación de las Repúblicas). Para evitar interpretaciones contradictorias, el Soviet Supremo de la URSS, como máximo órgano de poder, dictó los fundamentos de la legislación que contiene los principios cardinales del Derecho soviético, que aseguraron la aplicación uniforme de la legislación en el territorio soviético y en el de las Repúblicas Federadas. Toda legislación se encuadró dentro del marco señalado por los fundamentos.

224. Fuentes

Las fuentes formales fueron: la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (ley fundamental) y la ley.

Mediante el Derecho legislado se reguló la conducta de los ciudadanos soviéticos y se salvaguardó el régimen social socialista.

Las leyes fueron aprobadas en las sesiones del Soviet Supremo de la URSS y de los Soviets Supremos de las Repúblicas Federadas y Autónomas. El derecho de iniciativa legislativa (derecho a presentar proyectos de leyes) perteneció al Soviet de la Unión, al

Soviet de las nacionalidades, al *Presidium* del Soviet Supremo de la URSS, al Consejo de Ministros de la URSS, a las Repúblicas Federadas, representadas por sus órganos superiores de poder del Estado, a las comisiones del Soviet Supremo de la URSS, a las comisiones permanentes de las cámaras, a los diputados del Soviet Supremo de la URSS, al Tribunal Supremo de la URSS, al fiscal general de la URSS. Además, la ley soviética concedió el derecho de iniciativa legislativa a los sindicatos, personificados por el Consejo Central de Sindicatos de la URSS y los consejos de sindicatos de las Repúblicas.

Correspondió a los Órganos Supremos Federales de Poder y a la Administración del Estado el promulgar las leyes federales. Además, cada república federada promulgaba sus propias leyes (Constitución de la República Federada, los códigos y otras leyes dentro del límite de su competencia). En caso de divergencia entre la ley de una república federada y la ley federal, primaba esta última.

a) *Constitución Política*. Es una super ley, fuente capital del Derecho soviético, que proclama y refrenda los fundamentos del régimen social de la URSS, establece los derechos, libertades y deberes de los ciudadanos, los principios de organización y objetivos del Estado socialista (Constituciones Políticas de 1918, 1924 y 1936).

La Constitución de 1977 se inspiró en las anteriores. El primer capítulo está referido a las bases del sistema social y de la política de la URSS, como un Estado socialista de todo el pueblo, esto es, “de los obreros, de los campesinos, de los intelectuales y de los trabajadores de todas las naciones y entes del país”, abandonando, así, la dictadura del proletariado, contenida en las Constituciones anteriores. El centralismo democrático impone la “electividad de todos los órganos de poder estatal de abajo arriba, deber de rendir cuentas al pueblo de su gestión y obligatoriedad de las decisiones de los órganos superiores para los inferiores”.

La fuerza dirigente y orientadora de la democracia comunista la constituyó el Partido Comunista de la Unión Soviética (PCUS).

Se dispuso que los sindicatos, la unión de juventudes comunistas, las cooperativas y otras organizaciones sociales participen de la administración de los asuntos del Estado.

El capítulo 2 de la Constitución reguló el sistema económico. Estatuyó que la base del sistema económico de la URSS es la propiedad socialista de los medios de producción. Reconoció: la propiedad del Estado de todos los medios básicos de la producción que son patrimonio de todo el pueblo; la propiedad de los *koljoses* y de otras organizaciones cooperativas sobre los medios de producción y de otros bienes indispensables para las tareas propias de tales organizaciones.

La tierra de los *koljoses* era de propiedad del Estado y se encuentra en régimen de usufructo; la propiedad de los sindicatos y de otras organizaciones sociales, que sea necesaria para el cumplimiento de sus fines; y la propiedad personal de los ciudadanos sobre los ingresos de su trabajo, los bienes de consumo, los utensilios de uso cotidiano, la vivienda. Esta clase de propiedad era transmisible por herencia. El 6 de marzo de 1990, el Soviet Supremo dictó una ley sobre la “propiedad de los ciudadanos” que incluyó el derecho de poseer fábricas, prohibiendo la “explotación del hombre por el hombre” y la “alienación del trabajador con respecto a los medios de producción”. Se propendió al establecimiento de una economía de mercado, desestatizando y desideologizando algunos sectores de la economía; se habló de reformas profundas en el sistema financiero, bancario, de formación de precios y en el sistema de convertibilidad del rublo en función de su paridad real.

La economía se dirigió con apoyo en los planes estatales de desarrollo económico y social. Se trató de conjugar la administración centralizada con la autonomía y la iniciativa económica de las empresas, complejos y otras entidades. Se reconoció la actividad laboral individual en algunas actividades, asegurando su utilización en bien de la sociedad.

En el capítulo 5 de dicha Constitución, relativo al desarrollo social y cultural, se preceptuó que la base social de la URSS lo constituye la alianza inquebrantable de los obreros, campesinos e intelectuales. “El Estado contribuye a intensificar la homogeneidad social de la sociedad, es decir, a borrar las diferencias de clases y las diferencias esenciales entre la ciudad y el campo, entre el trabajo físico e intelectual”. La instrucción pública se articula como un “sistema único” puesto al servicio de “la educación comunista y del desarrollo espiritual y físico de la juventud”.

El capítulo 6 de la Constitución, dedicado a la ciudadanía de la URSS y a la igualdad de los derechos de los ciudadanos, dispuso que estos “son iguales ante la ley, independientemente del origen, posición social y económica, raza y nacionalidad, sexo, grado de instrucción, idioma, actitud hacia la religión, género y carácter de sus ocupaciones, lugar de residencia y otras circunstancias” (art. 34). Aseguró la igualdad de los ciudadanos en todos los dominios de la vida económica, social y cultural.

En el capítulo 7 reguló en forma amplia los derechos, libertades y deberes fundamentales de los ciudadanos de la URSS. Estatuyó que los ciudadanos soviéticos gozan del derecho al trabajo, a la protección de su salud, a la asistencia económica en la vejez, enfermedad o pérdida de la capacidad, a la vivienda, a la instrucción, a disfrutar de los adelantos de la cultura, a la libertad de creación científica, técnica y artística, a participar en la administración de los asuntos del Estado, el amparo de la familia, etc.

A la estructura nacional-estatal de la URSS se dedicaron los capítulos 8 al 11. Se consignó que la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas es un Estado multinacional, federal y unido. El Estado federal está constituido sobre la base de la agrupación voluntaria de las repúblicas socialistas soviéticas, soberanas e iguales en derechos: quince repúblicas federadas (Rusia, Ucrania, Bielorrusia, Uzbekia, Kazajia, Georgia, Azerbaidzhán, Lituania, Moldavia, Letonia, Kirguizia, Tadzhikia, Armenia, Turkmenia, Estonia), veinte repúblicas autónomas, ocho regiones autónomas y diez pequeños distritos llamados *Okrughy*. El 11 de marzo de 1990 Lituania declaró su independencia, y el 17 de marzo de 1990 formó un nuevo gobierno en abierto desafío a la negativa del Kremlin de aceptar su independencia, ejemplo que fue seguido por las otras repúblicas federadas y autónomas.

En los capítulos 15 y 16 se desarrolló lo relativo a los órganos superiores de poder y a la administración del Estado de la URSS. 1) El Soviet Supremo de la URSS es el órgano superior facultado para resolver los problemas de la Unión, aprobar la Constitución de la URSS, introducir modificaciones en ella, admitir nuevas repúblicas, etc. Se compone de dos Cámaras: el Soviet de la Unión y el Soviet de las nacionalidades. Las leyes, disposiciones y otros actos del Supremo se publican en las lenguas de las repúblicas federadas. 2) El Consejo de Ministros de la URSS es el órgano de máxima potestad ejecutiva y administrativa del país. El 12 de marzo de 1990, el Congreso de los diputados populares modificó la Constitución en este extremo, al renovar el sistema político soviético por uno presidencialista (antes no existía un presidente individual, sino un órgano colegiado: el “*Presidium* del Soviet Supremo de la URSS”); el presidente es elegido por un periodo de cinco años.

Las bases de la estructura de los órganos del poder y de la administración del Estado en las Repúblicas Federadas fueron tratados en los capítulos 17 a 19: 1) los órganos superiores de poder de la República Federada son su Soviet Supremo (que decide todos los asuntos de competencia de la República federada en virtud de la Constitución de la URSS y de la Constitución de la República federada) y el Consejo de Ministros de la República Federada; 2) el órgano superior de poder de la República Autónoma es el Soviet Supremo de dicha República; 3) los órganos locales de poder en los territorios, regiones, regiones autónomas, comarcas autónomas, distritos, ciudades, distritos urbanos, poblados y localidades rurales son los correspondientes soviets de diputados populares.

Los capítulos 20 y 21 se dedicaron a la organización de la administración de justicia, ejercida por los tribunales encargados de la aplicación del Derecho. Los jueces y jurados son elegidos por un término de cinco años, y no deben obediencia sino a la ley; la vista de las causas civiles y penales en todos los tri-

bunales se efectúa colegiadamente, y en primera instancia, con participación de jurados populares; las audiencias en todos los tribunales son públicas.

Los tribunales de la URSS fueron: el Tribunal Supremo de la URSS, los tribunales supremos de las Repúblicas Federadas, los tribunales de las Repúblicas Autónomas, los tribunales de los territorios, regiones y ciudades, los tribunales de las regiones autónomas, los tribunales de las comarcas autónomas, los tribunales populares distritales (urbanos) y también los tribunales militares en las Fuerzas Armadas.

El Tribunal Supremo de la URSS fue el máximo órgano judicial y ejerce vigilancia sobre la actividad de todos los otros tribunales.

Los colegios de abogados funcionan para asesorar jurídicamente a los ciudadanos y las organizaciones. La ley estableció los casos en que el asesoramiento jurídico debe ser gratuito, y determinó la organización y las normas de actuación de la abogacía. La instrucción profesional tuvo una duración de cinco años y fue impartida por las facultades de Derecho. Entre las facultades de derecho más prestigiosas y antiguas figuran las que funcionan en las universidades de Moscú, Leningrado, Kiev, Kazan. Tartu, Omsk, Krasnoyarsk, Udmurtia y Osetia del Norte.

El control del cumplimiento de la legalidad por todos los órganos de gobierno, por las organizaciones y por todos los ciudadanos, lo ejercía el Ministerio Fiscal, organizado jerárquicamente a partir de un fiscal general designado por el Soviet Supremo por un término de cinco años, que a su vez nombra a los fiscales de las Repúblicas Federadas, de las Repúblicas Autónomas, de los territorios, regiones y regiones autónomas. Los fiscales de las comarcas autónomas y los fiscales distritales y urbanos los designan los fiscales de las Repúblicas Federadas y los confirma el fiscal general.

Con la perestroika se llevaron a cabo algunas modificaciones constitucionales, como la abolición del poder monopólico del Partido Comunista, el establecimiento del sistema político presidencialista, la división de los poderes: ejecutivo, legislativo y judicial.

- b) *Los fundamentos de la legislación de la URSS y de las Repúblicas Federadas Soviéticas.* Constituyeron la fuente jerárquica de la máxima fuerza jurídica después de la Constitución de la URSS. Todas las disposiciones legislativas de la URSS y de las Repúblicas Federadas debían estar dentro del marco establecido por los fundamentos. Las leyes de las Repúblicas desarrollaban las normas de los fundamentos teniendo en cuenta las peculiaridades económicas, sociales y culturales de cada República. Así se aseguró en toda la URSS la vigencia de preceptos y principios jurídicos únicos, además de los preceptos que aseguran y protegen las condiciones específicas de cada República.

- c) *La codificación.* La codificación en la URSS sistematizó la legislación sobre los aspectos más importantes de la vida civil, familiar, económica, sociocultural y del Estado. Los códigos de la URSS fueron: el del matrimonio y la familia, civil, laboral, agrario y de aguas, penal, de procedimiento civil, de procedimiento penal.

El Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela de la RSFSR reguló el matrimonio, las relaciones mutuas entre los hijos, los padres y las demás personas unidas por parentesco, la tutela y la curatela, la inscripción del acta del estado civil (inscripción de nacimientos, fallecimientos, matrimonios y divorcios). Se concretizó la laicización del matrimonio, pero se dispone que los matrimonios conforme a los ritos religiosos, hasta el 20 de diciembre de 1917, o en lugares que hayan sido ocupados por el enemigo, hasta la creación de las oficinas de inscripción de actas del estado civil, se equiparan a los matrimonios registrados; se estableció la monogamia, la estabilidad de la familia, la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer; los derechos paternos se ejercen exclusivamente en interés de los hijos, la protección de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la protección de los menores y de los incapaces para trabajar.

El Código Civil republicano ruso (1963-1964) se basó en la propiedad socialista. Cada República Federada tenía su propio Código Civil. Como hemos dicho antes, en los códigos civiles se reproducen las normas contenidas en los fundamentos de la legislación y se desarrollan más detalladamente los derechos y deberes de los ciudadanos en sus relaciones civiles. Por ejemplo, los fundamentos de la legislación civil cuentan con 129 artículos y el Código Civil de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia contiene 569 artículos.

El Código Civil reglamentó las relaciones personales y las relaciones patrimoniales: los sujetos de derecho (personas), los bienes (objetos jurídicos), transacciones, prescripción de las acciones, derechos reales (propiedad, derecho de edificación, prenda), los contratos (arrendamiento de cosas, compraventa, permuta, préstamo, empresa, fianza, mandato, procuración, contrato de comisión, contrato de sociedad, seguros, el suministro, etc.), las obligaciones derivadas del enriquecimiento sin causa, las obligaciones derivadas de daños y perjuicios, el derecho de sucesión.

En la economía socialista existió el sector de la propiedad personal y el sector de la economía pública: en el primero de ellos, el contrato cumplió una función semejante al de nuestro Derecho; en cambio, en el sector de la economía pública, el contrato no hace otra cosa que confirmar las obligaciones existentes impuestas por la ley, en este sector, a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho, donde el contrato es un instrumento esencial en la vida económica (es un instrumen-

to de cambio de bienes y servicios); en la Unión Soviética el contrato tuvo una función esencialmente sicológica: las obligaciones se cumplen no solo porque lo manda la ley, sino porque se ha dado la palabra de cumplirlas.

225. El socialismo y la perestroika

La Revolución de Octubre de 1917 tuvo como meta la implantación en Rusia del comunismo integral y como medio la dictadura del proletariado. Los jefes bolcheviques, LENIN y TROTSKY, tomaron el poder. El Congreso de los Soviets de julio de 1918 instituyó la República Socialista Federativa Soviética Rusa.

Los opositores nacionales y extranjeros desataron la guerra civil; fuerzas inglesas, japonesas y checas atacaron el país. TROTSKY organizó los ejércitos rojos que derrotaron a todas estas fuerzas desde junio de 1919 hasta fines de 1920. En 1922 se constituyó la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS).

Los soviets se organizan jerárquicamente desde los soviets de la ciudad hasta el soviet supremo de la URSS. Únicamente los obreros y campesinos tienen derechos políticos, pueden ser electores y elegidos. El Partido Comunista es el “cerebro y nervios de la nación”; los dirigentes del partido lo son también del Estado; la instancia suprema del Partido es el Comité Central; el secretario del partido es el centro y motor de la maquinaria del gobierno; sin embargo, el Congreso de los diputados populares de la URSS, con fecha 13 de marzo de 1990, modificó el art. 6 de la Constitución, que durante siete décadas concedió al Partido Comunista el poder monopólico de rector de la política soviética. La nobleza y la burguesía desaparecieron como clase; Rusia entera fue proletarizada. La propiedad privada de los medios de producción fue abolida; los bancos y las fábricas pasaron a ser propiedad del Estado; el Estado monopolizó el comercio; las tierras se entregaron a los soviets de los campesinos.

LENIN, como jefe del gobierno soviético, tuvo que afrontar la más dura oposición revelada por la guerra civil, la agresión extranjera, la resistencia de los terratenientes, la burguesía de la ciudad y del campo, los restos del cuerpo de oficiales, todos ellos vencidos, pero sin renunciar a la resistencia. Se dice que LENIN, no obstante la dimensión de la oposición y la irreconciliabilidad ideológica con los “enemigos” no recurrió a la残酷 ni cayó en ciega irritación.

La guerra civil trajo desolación y hambre, pero la producción estaba creciendo. En 1921, LENIN establece una Nueva Política Económica (NEP), por la cual autoriza un comercio privado limitado, la empresa privada, el empleo de relaciones monetario-mercantiles, la autogestión financiera, la admisión del capital extranjero, el trabajo individual a destajo, etc., elementos que en la práctica, no obstante que algunos sectores revolucionarios los consideraban inconcebibles, contribuyeron al resurgimiento

de la economía y a su desarrollo acelerado, creando la base material y técnica para la edificación del socialismo.

En los primeros años de la Revolución, LENIN enviaba a sus mejores hombres a consolidar los soviets; se mantuvo ajeno al extremismo revolucionario; promovió y educó a una brillante pléyade de dirigentes del partido, del ejército y del Estado; rechazó el culto a la personalidad; fue partidario de la construcción del socialismo “desde abajo”; defendió el centralismo democrático, condenando la confusión del centralismo con las arbitrariedades y la burocracia; reprimía con severidad a los auténticos enemigos de la Revolución, pero no a las personas que se equivocaban. LENIN vio en la NEP, en la cooperativización, el único medio para los objetivos socialistas, se interesó por la correlación del interés personal y social, y fue así como en uno de sus trabajos sobre las cooperativas escribió lo siguiente:

Ahora hemos encontrado el grado de conjugación del interés privado, del interés comercial privado, con la verificación y el control de este interés por el Estado, el grado de su subordinación a los intereses generales, lo que antes constituyó un escollo para muchos socialistas²⁷.

Stalin, director del diario *Pravda* en 1917, comisario del pueblo después de la Revolución de Octubre y luego secretario general del Partido Comunista, en 1924 se aseguró la sucesión de LENIN y eliminó a TROTSKY. A fines de los años 20 y comienzos de los 30 eliminó la NEP e introdujo los planes quinquenales; subordinó todo lo individual a lo colectivo, estableciendo una igualación de los individuos, con lo cual aplastó la iniciativa privada y, por ende, frenó el progreso social; la vieja guardia fue sustituida por cuadros que le eran fieles, carentes de cultura y de principios, ejecutores obedientes y dispuestos a todo. En vez de afianzar el espíritu leninista de camaradería, lealtad y tolerancia, impuso la desconfianza, la intolerancia y grosería, la deslealtad, la suspicacia y el arte de la intriga. Monopolizó el poder y la “verdad” y practicó el culto a la personalidad con el que causó un colosal daño al socialismo. El problema del culto a la personalidad fue denunciado por Nikita Kruschev en su informe al xx Congreso del PCUS, el 25 de febrero de 1956.

En este informe, KRUSCHEV comenzó recordando algunos pasajes del marxismo-leninismo:

“En una carta al político alemán Guillermo Blos, MARX escribió:

[...] Por sentir aversión hacia todo culto, nunca admití durante el funcionamiento de la Internacional que se hiciesen públicas las manifestaciones en las que se reconocían mis méritos. Me las enviaban desde diferentes países. Nunca respondí a tales misivas,

²⁷ LENIN, Vladimir, *Obras completas*, t. 36, Buenos Aires: Cartagos, 1971, p. 497.

solo de vez en cuando expresaba mi reprobación a sus autores. Cuando Engels y yo por primera vez ingresamos a una sociedad clandestina de comunistas, lo hicimos bajo la condición de que los estatutos no excluyeran cuanto contribuía a la prosternación religiosa ante las autoridades.

Poco después, ENGELS escribió lo siguiente:

Tanto Marx como yo siempre estuvimos en contra de las manifestaciones públicas respecto a personas concretas, excepto en los casos en que se trataba de un objetivo importante. Oponíamos aun mayor resistencia a que tales manifestaciones se dirigieran a nosotros personalmente.

Es conocida la suma modestia de Vladimir LENIN, genio de la revolución. El siempre subrayaba el papel del pueblo como creador de la historia, el papel organizador y dirigente del partido como un organismo vivo y activo y de su Comité Central... LENIN “fustigó implacablemente toda manifestación de culto a la personalidad, luchó a ultranza contra las nociones eseristas, ajenas al marxismo, de ‘héroe’ y ‘muchedumbre’, contra el intento de oponer el ‘héroe’ a las masas, al pueblo [...]”, “triunfará y se mantendrá en el poder solo aquel que confie en el pueblo y beba del manantial de su obra viva”. LENIN mencionaba:

Stalin es demasiado grosero y este defecto que puede perdonarse en el trato entre nosotros, los comunistas, deviene intolerable tratándose del cargo de secretario general. Por esta razón propongo a los camaradas pensar cómo destituir a Stalin de este cargo y designar a otra persona que difiera del camarada Stalin, aunque sea en una sola cualidad, es decir, que sea más tolerante, más benévolos y atento en el trato con los camaradas, menos caprichoso, etc.

Pero el Congreso se pronunció por que Stalin se quedara en el cargo, suponiendo que consideraría las observaciones críticas de LENIN y corregiría los defectos.

El culto a la personalidad adquirió características repugnantes cuando el propio Stalin estimulaba y apoyaba por todos los medios el engrandecimiento y endiosamiento de su persona; él mismo se ensalzaba diciendo ser el más “grande e insuperable caudillo militar de todos los tiempos y pueblos”. Stalin escribió sobre él mismo lo siguiente: “Cumpliendo magistralmente las funciones de jefe del partido y del pueblo, gozando del pleno apoyo del pueblo soviético, STALIN no tenía ni atisbo de presunción, vanidad y autocoplacencia [...]”, “Stalin es un digno continuador de la causa leniniana, o, dicen en nuestro partido, Stalin es el Lenin de hoy [...]”, “el arte militar staliniano se manifestó tanto en la defensa como en la ofensiva. Con genial perspicacia el camarada Stalin descubría los planes del enemigo y los desbarataba. Las batallas dirigidas por el camarada Stalin son brillantes ejemplos de mando militar operativo”.

Stalin ejerció un control totalitario del partido, del Estado y la sociedad; llevó a cabo represiones masivas, introdujo la noción de “enemigos del pueblo” y exterminó a miles de personas; rompió las tradiciones democráticas y aisló al socialismo de los logros de la ciencia y de la cultura mundiales; llevó a cabo la revolución desde arriba, para lo cual acuñó la fórmula “la revolución desde arriba, apoyada desde abajo”, no obstante, con ello causó una profunda reacción y miles de víctimas. Se formó y fortaleció el sistema de métodos de orden y mando en la dirección del país; no cumplió las cláusulas democráticas de la Constitución de la URSS de 1936. Promovió la tesis de la agudización de la lucha de clases en el proceso de construcción del socialismo, argumentando que así lo enseñaría LENIN. Sin embargo, LENIN, en febrero de 1920, analizando la situación de su país, mencionó lo siguiente:

El terror nos fue impuesto por el terrorismo de la Entente, cuando las poderosas potencias del mundo lanzaron sus hordas contra nosotros sin detenerse ante nada. No habríamos durado dos días si no hubiésemos respondido a estos intentos de los oficiales y los guardias blancos en forma implacable. Esto significó el ejemplo del terror, pero ello nos fue impuesto por los métodos terroristas de la Entente. Pero no bien logramos una victoria decisiva, incluso antes del fin de la guerra, inmediatamente después de la toma de Rostov, renunciamos a la pena de muerte, demostrando así que nos propone mos cumplir nuestro programa como lo prometimos. Afirmamos que el empleo de la violencia proviene de la necesidad de aplastar a los explotadores, a los terratenientes y capitalistas. Cuando logremos esto, renunciaremos a todas las medidas extraordinarias. Lo hemos demostrado en la práctica²⁸.

La denuncia del culto a la personalidad hecha en 1956 por Kruschev fue seguida por la siguiente resolución:

A pesar de todo el daño causado por el culto de la personalidad de Stalin al partido y al pueblo, no pudo modificar ni modificó la naturaleza de nuestro régimen social. Ningún culto de la personalidad pudo cambiar la naturaleza del Estado socialista, basado en la propiedad social sobre los medios de producción, en la alianza de la clase obrera y el campesinado y en la amistad de los pueblos, aunque ese culto causó un serio perjuicio al desarrollo del democratismo socialista, al auge de la iniciativa creadora de millones de personas.

De este modo se limitaba el estudio y la apreciación del pasado.

28. Lenin, citado por NAUMOV, Vladimir; Viktor RIABOV y Yuri FILIPPOV, “Historia del PCUS a la luz de la nueva mentalidad”, en *Revista de Ciencias Sociales*, n.º 4, Moscú: 1989, p. 43.

La muerte de Stalin en marzo de 1953, puso fin a un gobierno personal de casi 30 años. Su sucesor, Malenkov (presidente del Consejo de Ministros de 1953 a 1955), compartió el poder con los altos dignatarios del estalinismo y con el mariscal Sukov.

Nikita Kruschev fue designado primer secretario del Comité Central del Partido Comunista en 1953 y presidente del Consejo de Ministros en 1958.

En el curso de los cinco años siguientes a la muerte de Stalin, Kruschev logró deshacerse paulatinamente, sin pleitos ni asesinatos, de todas las figuras importantes del stalinismo y formó un nuevo equipo que aceptó su preeminencia; patrocinó a las personas de talento, instruidas, independientes; intentó romper el círculo de la burocracia estalinizada; denunció en el XX Congreso el culto a la personalidad de Stalin; abrió las puertas de las prisiones y campos de concentración estalinistas. Durante su mandato se concedieron mayores derechos a las repúblicas federadas; se concibió una reforma económica, los habitantes urbanos se mudaron de los barracones a los edificios de reciente construcción. La dirección de Kruschev fue contradictoria, pues oprimió al campesinado, no permitiéndole tener ganado vacuno, obligándoles a sembrar maíz allí donde jamás se había dado antes; recurrió a la fuerza para reprimir disturbios; intentó enseñar con amenazas lo que debían hacer los escritores y artistas. La personalidad contradictoria de Kruschev se debió a que fue un producto del stalinismo; en el momento más recio de las purgas, cumpliendo órdenes de Stalin, defendió su posición diciendo: "Es preciso eliminar a estos canallas. Al eliminar a uno, dos, una docena, defendemos la causa de millones [...]" ; sin embargo, se afirma que en varias ocasiones objetó a Stalin poniendo en peligro su propia vida. En el plano internacional, KRUSCHEV, en declaración del 30 de octubre de 1956, anunció las nuevas relaciones con los países socialistas sobre la base de los principios de no injerencia y respeto a la soberanía, pero en ese mismo año las tropas soviéticas entraron en Budapest para aplastar la rebelión. Esto indica que KRUSCHEV no pudo vencer su stalinismo genético, pues estaba aplicando los mismos métodos de残酷 usados por Stalin, por ello, lo derrocaron en el pleno del Comité Central del 14 de octubre de 1964 y eligieron a Leonid BREZHNEV como primer secretario del Comité Central del Partido.

NIKITA KRUSCHEV es considerado el precursor de la perestroika, por haber defendido los métodos económicos de gestión, en cuya tarea se detuvo por causa de los dogmas de que la Unión Soviética tenía la misión de traer la felicidad al mundo, de que el país estaba listo para entrar a la sociedad comunista y solo faltaba el último esfuerzo, el dogma de que a alguien le asiste el derecho de dirigir el país desde arriba. Se dice que la juventud soviética califica a los años 50 a 60 como el periodo de toma de impulso sin salto. Resulta que la toma de impulso es KRUSCHEV y la inexistencia del salto es BREZHNEV, pero se ha conservado la energía de la toma de impulso y

ahora, en la Perestroika, marchan en primera fila las gentes promovidas en época de KRUSCHEF; si no hubiera existido KRUSCHEF, tampoco existiría Mijaíl GORBACHOV²⁹.

Se designa con el nombre de perestroika al proceso de reformas económicas, políticas, sociales y culturales iniciadas y conducidas por Mijaíl Gorbachov desde abril de 1985. Es una verdadera revolución social dentro del socialismo. La perestroika política es la expropiación del poder político por decisión de la misma cúspide del poder, para la implantación de la auténtica democracia socialista. Del 25 de mayo de 1989 al 9 de junio de 1989, después de 72 años de la Revolución de Octubre, sesionó el Primer Congreso de Diputados Populares de la URSS, nuevo órgano máximo del poder, fruto de la reforma política. En correspondencia con la nueva ley de elecciones promulgada en 1987, se eligieron 2249 diputados populares. La finalidad del Congreso fue elegir por vía democrática al máximo órgano de poder: el Soviet Supremo de la URSS y a su presidente; revalidar o rechazar las designaciones a máximos cargos del Estado y del gobierno; y discutir el programa de la próxima labor del gobierno. Mijaíl Gorbachov fue electo el primer jefe del Parlamento soviético. Se fijaron los cinco principios medulares de la política exterior soviética: la necesidad de consolidar el país recurriendo a medios políticos; la liquidación del arma nuclear; el no empleo de la fuerza para conseguir objetivos políticos, económicos o de otra índole; el diálogo y no la confrontación como método de resolver los problemas internacionales; la incorporación de la economía soviética a la mundial a partir de los principios justos y mutuamente provechosos³⁰. Sin duda que una política como esta contribuirá grandemente a alejar la guerra nuclear que puede acabar con la humanidad sin dejar rastros de su existencia.

La perestroika económica parte de la necesidad de elevar la eficacia de la economía, alcanzar el equilibrio y mejorar el suministro de bienes y servicios. Pero ¿cómo lograrlos? Esto fue materia de debates por economistas soviéticos. Algunos consideraron que el partido debe dedicarse únicamente a la ideología y la política, y que se dé carta blanca a los economistas para que resuelvan el problema económico. Es más, sostuvieron que la democratización es imposible mientras no se implante la gestión económica completa, el autofinanciamiento, etc. Propusieron inclusive "ajustes" rectilíneos: el burocratismo sería la superestructura adecuada a cualquier dirección planificada de la economía y la democracia, la superestructura propia de la economía de mercado, de descentralización. En fin, la idea es la siguiente: primero hay que hacer la perestroika económica, y luego en otros terrenos de la vida, incluido a la política³¹.

29 MIJAÍLOV, Piotr, "Kruschef vs. Kruschef", en *Panorama Internacional*, n.º 10, año XXI, Lima: octubre de 1989.

30 *Revista Panorama Internacional*, n.º 7, año XXI, Lima: julio de 1989.

31 RAKITSKI, Boris "Carácter revolucionario de la perestroika", en *Revista Ciencias Sociales*, n.º 4, Moscú: 1989, p. 68.

La XIX Conferencia Nacional del PCUS puso en primer plano la reforma cardinal del sistema político; precisamente esta reforma “debe abrir nuevos horizontes para profundizar la perestroika en todos los dominios de la vida social y garantizar su irreversibilidad”.

Otros vieron el cooperativismo como el futuro del socialismo. En el cooperativismo es posible hacer converger y armonizar el interés del individuo con el interés colectivo, este con el interés del Estado y el del Estado con el interés de la sociedad; se elimina el igualitarismo impuesto por Stalin, con que se mató la iniciativa privada; se logra la retribución según el trabajo realizado y se convierte a todos en copropietarios de los medios de producción. Afirma BURGANOV³² que con la aplicación de la idea leninista del cooperativismo se logra el principio socialista de la retribución según el trabajo. Asimismo, el autor señala lo siguiente:

[E]l bienestar económico de cada cual se basa en su parte igual de la riqueza nacional y en el trabajo, así como en la retribución igual por un trabajo igual. Este último, por cierto, siendo desigual debido a las capacidades y posibilidades desiguales de los hombres, servirá de base para la desigualdad a nivel de bienestar, pero esa norma responde plenamente al principio fundamental del socialismo. El mejorar el bienestar de cada uno estará en sus propias manos.

Se pensó crear más de un mercado: primero, el de producción, las empresas comerciarán entre sí; segundo, el de bienes de consumo, que casi no existe. La población tiene mucho dinero acumulado, pero el Estado dispone de pocas mercancías. El tercer mercado es el de valores, que ya empezó a crearse: algunas empresas han comenzado ya a emitir acciones, obligaciones, etc. Sin embargo, todavía no hay trasvase de capitales. Las nuevas estructuras surgen lentamente y con la misma lentitud, mueren las viejas³³.

Se difundió la idea de que los problemas pueden resolverse con la intensificación del interés material. Pero surgió el temor de que las innovaciones económicas desligadas de los problemas de democratización y humanización de la vida social puedan derivar en medios para manipular a los trabajadores a fin de solucionar los problemas de producción.

RAKITSKI menciona lo siguiente:

El humanismo ya bien es ajeno a la ideología pragmática, ya bien esta ideología es indiferente hacia el humanismo y la justicia social, considerando que todo eso es sentimentalismo, propaganda a secas, demagogia y, en el mejor de los casos, desvelo por

32 BURGANOV, Agdas, “¿Será el socialismo cooperativo nuestro futuro?”, en *Panorama Internacional*, año XXI, n.º 8, Lima: agosto de 1989, p. 11.

33 *Revista Panorama Internacional*, n.º 9, Lima: septiembre de 1989, p. 31.

un lejano futuro; por consiguiente, los problemas económicos no se podrán resolver de un modo plenamente satisfactorio basándose en la autogestión; aquí no se podrá prescindir de la democracia, es decir, de las formas públicas y de poder de protección y realización de los derechos, las libertades y las obligaciones³⁴.

La fuerza motriz de la perestroika fue la movilización general de las masas, ante todo política, no solamente de obreros y campesinos, sino también de toda la población, esto es, de la intelectualidad, del personal de profesionales y técnicos, de los dirigentes de las empresas. La perestroika fue una revolución social que rechazó el liberalismo individualista y cambió la “deformación de cuartel” del socialismo, operada por el estalinismo, que estancó la economía soviética marginándola de los progresos técnicos y científicos del mundo occidental; se retornó al cauce del desarrollo progresivo en la edificación del socialismo; la arbitrariedad se troca en la supremacía de la ley en la vida de relación. El marxismo-leninismo conquista la conciencia de las masas y desplaza al estalinismo que durante décadas reconoció a aquél, pero no lo practicó. Gorbachov ha dicho: “Nuestra consigna es “más socialismo”.

La perestroika estuvo acompañada desde un inicio por la *glasnot* (transparencia) que posibilitó a la sociedad soviética expresarse libremente, sin contratiempos sobre cualquier aspecto de su realidad. Esto permitió que la sociedad soviética descubriera que el proceso histórico de la URSS había sido deformado y mutilado por el estalinismo y el neoestalinismo brezhneviano que condujeron al país al totalitarismo y a un estancamiento generalizado de la sociedad, en donde la democracia, la legalidad, la convivencia humana y los valores universalmente reconocidos sucumbieron en las incontables fosas comunes.

Explicó GORBACHOV³⁵ que la perestroika iniciada en abril de 1985 surgió como movimiento de rectificación de algunas deformaciones del organismo social, pero paso a paso ha ido profundizando en la racionalización de lo construido y de lo que se pretende reconstruir en el socialismo llegándose, ahora, a hablar de la modificación total de todo el edificio social, desde la base económica hasta la superestructura.

Rechaza a los partidarios de la planificación rígida y la dirección autoritaria de la economía y la cultura, así como a los que sugieren la vuelta al capitalismo. Se plantea la tarea de restablecer la autoridad del pensamiento marxista como un método de análisis de la realidad. La perestroika es concebida como una prolongada etapa en la evolución histórica del socialismo, etapa en que debe liquidarse el sistema burocrático autoritario y se articule un organismo social basado en la democracia y el autogobierno que aliente la construcción de una sociedad humanista, libre y

³⁴ RAKITSKI, “Carácter revolucionario de la perestroika”, art. cit., p. 70.

³⁵ GORBACHOV, Muáiñ, “La idea socialista y la perestroika revolucionaria”, en *Revista Panorama International*, n.º 2, año XXI, febrero de 1990.

racional. MARX y ENGELS establecieron una línea divisoria entre este socialismo que es el producto lógico del progreso de la civilización y de la creatividad histórica de la clase trabajadora, y el comunismo de “cuartel” burdo y nivelador. En el centro de la idea socialista figura el hombre y su desarrollo moral, intelectual y material en una sociedad libre de explotación y de opresión.

Según GORBACHOV, MARX subestimó las posibilidades del capitalismo de desarrollarse por sí mismo, el cual ha asimilado los alcances de la revolución técnica y científica, ha formado estructuras socioeconómicas que garantizan su viabilidad y ha podido crear en los países capitalistas industrializados un grado de bienestar relativamente alto para la mayoría de la población, pero ello no elimina las profundas contradicciones internas.

Además, GORBACHOV decía:

[A]hora cobra importancia decisiva no el crecimiento cuantitativo de la producción, ni la cantidad de productos *per cápita*, sino el ahorro de recursos, el margen de la tecnología y el de la información. Debemos incorporarnos al proceso universal de desarrollo económico, para resolver nuestros problemas económicos junto con los demás. Tanto en el capitalismo como en el socialismo transcurren procesos similares por ser originados por el desarrollo de las fuerzas productivas contemporáneas y por el progreso científico-técnico. Sin copiar el modelo occidental, debemos aprovechar las ventajas que ofrecen los procesos integracionistas. El socialismo es comprendido hoy como la liberación de todo el género humano, de todo tipo de opresión y explotación; la libertad, basada en el raciocinio humano, en las ideas humanitarias sobre los derechos del individuo que vive entre otros seres humanos; de libertad unida a las ideas de comunidad y colectividad, pero no una colectividad de cuartel que nivela al individuo, sino aquella que MARX y ENGELS solían llamar *auténtica* colectividad en cuyas condiciones “los individuos obtienen la libertad en su asociación y por medio de la misma”, que no menosprecie la personalidad humana, ni obstaculice el desarrollo del individuo, so pretexto de la prioridad de lo general sobre lo individual.

Recalca GORBACHOV:

[N]o se debe reducir la socialización a la estatificación. No renunciamos a la idea de prioridad de la propiedad pública. El trabajo asociado y libre sigue siendo el rasgo esencial del socialismo, pero afirmamos la polivalencia de las formas de la propiedad capaces de hacer avanzar la economía socialista por el camino hacia el aumento de la eficacia. Los problemas de la eficacia y de la productividad del trabajo son inseparables del humanitarismo y de la justicia social, “si no se confunde el humanitarismo con la estimulación del parasitismo y la injusticia social con el igualitarismo total, con la falta de toda diferenciación”. El socialismo es portador y defensor de los ideales y valores democráticos y humanos. MARX afirmaba que la “lucha por la liberación de la clase obrera no significa una lucha por los privilegios ni los monopolios clasistas, sino por los derechos y deberes iguales y por la liquidación de todo dominio clasista”.

La perestroika traza la prioridad de la dimensión humana en todos los campos de la vida. En el campo económico se promueven las variadas formas de la propiedad socialista y la elaboración de nuevos mecanismos económicos capaces de organizar eficazmente y estimular la actividad de la gente. Esos mecanismos económicos surtirán efectos si el trabajador se convierte en sujeto real de la propiedad, el obrero en propietario de los medios de trabajo, el campesino en dueño de la tierra; y si en los mecanismos están representados de formas armoniosas, en los intereses sociales y los del trabajador.

El derecho fue el principal instrumento para realizar las transformaciones, para alcanzar un nuevo grado de democratización, de transparencia, de *glasnot* y de marcha por el camino de la perestroika. Desde los inicios de la perestroika, la legislación soviética fue fluida y constante. La XIX Conferencia del Partido (1988) adoptó la siguiente resolución sobre la reforma jurídica:

Hay que prestar atención primordial a la defensa legal de la persona, consolidar las garantías del ejercicio de las libertades y derechos políticos, económicos y sociales de los ciudadanos soviéticos, elevando al mismo tiempo la responsabilidad de los ciudadanos para con su colectivo laboral, el Estado y la sociedad en su conjunto.

El 22 de octubre de 1988 se difundió, para la discusión de todo el pueblo, el proyecto de ley de modificaciones de la Constitución de la Unión Soviética.

Luego de la aprobación por el Congreso de los diputados populares de las enmiendas constitucionales, propuestas por el presidente Gorbachov, que entraron en vigor el 26 de diciembre de 1990, la nueva estructura reforzada del Poder Ejecutivo fue como sigue:

- a) *Poder Ejecutivo*: integrado por el presidente, el vicepresidente, el Consejo de la Federación y el Gabinete de Ministros.
 - a.1) El vicepresidente, elegido, por esta única vez, por el Congreso de los diputados populares, a propuesta del presidente. En el futuro, el presidente y el vicepresidente serán elegidos por voto popular y secreto.

El 27 de diciembre de 1990, el Congreso de diputados del pueblo eligió como primer vicepresidente del país al abogado Gennady Yanayev, quien perteneció al *Komsomol*, o Liga de Jóvenes Comunistas, en Gorky.

- a.2) El Consejo de la Federación de la URSS será presidido por el presidente e integrado por el vicepresidente y los máximos dirigentes de las quince repúblicas, pudiendo participar, también, los máximos dirigentes de las comarcas y regiones autónomas cuando se trate de discutir asuntos relativos a sus territorios.

El Consejo de la Federación coordina la actividad de los máximos órganos de gobierno de la Unión y de las repúblicas y supervisa el cumplimiento del tratado de la Unión; así mismo, elabora las propuestas para regular los diferendos y situaciones conflictivas interétnicas.

- a.3) El Gabinete de Ministros, compuesto por un primer ministro, vice primeros ministros y ministros (en número no determinado). Podrán participar en el Gabinete de Ministros, los jefes de los gobiernos de las repúblicas federadas.

El gabinete es presidido por el presidente, quien nombra a los ministros con el acuerdo del Soviet Supremo y en consulta con el Consejo de la Federación.

Los acuerdos del Gabinete de Ministros que contradigan la Constitución y las leyes podrán ser revocados o anulados por el Soviet Supremo, de acuerdo con lo expuesto en el dictamen del Comité Constitucional.

- b) *El Consejo de Seguridad:* es presidido por el presidente de la URSS, quien designa a los demás miembros, teniendo en cuenta la opinión del Consejo de la Federación y con el acuerdo del Soviet Supremo de la URSS.

El Consejo de Seguridad elabora recomendaciones sobre política nacional, en el campo de la defensa y la seguridad estatal, económica y ecológica del país, así como para garantizar la legalidad y estabilidad en la sociedad.

- c) *Los órganos de control:* la Cámara de Control y el Tribunal Supremo de Arbitraje Estatal, instancia prejudicial para resolver los conflictos económicos entre instituciones, empresas y organizaciones.

El Soviet Supremo de la URSS definirá la competencia y funciones de los nuevos organismos que amplían los poderes del presidente y del Ejecutivo en general.

En 1991, la Unión Soviética se extingue y su bandera es retirada del Kremlin. Moscú vuelve a ser solamente la capital de Rusia; la cual, como las otras repúblicas federadas, está avocada a crear un Estado no socialista, por medio del progresivo desmantelamiento de la economía de Estado, surgido inicialmente por ley, sobre la base de una “pequeña Constitución” que diseña una forma de gobierno presidencial con un fuerte Parlamento. La Constitución rusa, como aquellas de las otras repúblicas, refleja una fase transitoria signada de fuertes conflictos y contraposiciones entre los poderes, que podrán no someter a discusión la forma de Estado y su nuevo fundamento económico, pero que mantienen una larga incertidumbre sobre la forma de gobierno, como demuestra la crisis institucional que tuvo lugar en Rusia en el otoño de 1993. Gracias a la perestroika, Rusia y las otras repúblicas federadas, ahora independientes, han

optado por el liberalismo, pero atraviesan por una grave crisis económica y un porvenir político incierto.

SECCIÓN V: EL DERECHO ISLÁMICO

226. Idea del derecho musulmán

El “Derecho musulmán”³⁶ (*fiqh*) tiene un origen divino. Los principios divinos revelados por intermedio del arcángel Gabriel al profeta Mahoma, en idioma árabe, fueron codificados en un texto sagrado: el Corán³⁷, que refleja la voluntad de Dios, que no puede ser innovada por el hombre. En La Meca (609-622) las revelaciones tuvieron contenido tan solo religioso y moral. En Medina (622-632), investido el Profeta de poderes religiosos, civiles y militares, las revelaciones se extendieron a otros campos, por ejemplo, el derecho de familia, hereditario, penal y patrimonial.

El Profeta, quien días antes era un fugitivo, abandona La Meca y entra triunfante en Medina. El Islam ya tiene ciudad. Es el comienzo de la era musulmana: el día 1 del año 1 de la hégira. El 12 del mes de Rabí al *awual*, que corresponde al 15 de junio del 622 d. C., se redactó la Constitución de Medina por inspiración del Profeta. Se establece una sola e idéntica Comunidad (Umma), para el Estado-ciudad de Medina. Sus 45 artículos, según Machordom³⁸, se pueden resumir en las siguientes líneas maestras:

- Declaración de “territorio independiente” a la ciudad de Medina.
- La estricta justicia. En caso de que alguna persona se considerase perjudicada, el art. 23 establece: “Cualquier cosa que os divida deberá volver a Dios o al enviado de Dios”.
- La valoración del individuo, con todos los derechos que le asisten.

³⁶ En este tema seguimos principalmente a: LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos*, ob. cit., FINZI, Conrado A., “Derecho musulmán”, en *Enciclopedia Jurídica Omega*, t. xvi, Buenos Aires: 1961. DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, ob. cit., MACHORDOM COMINS, Álvaro, *Conoce el Islam*, Madrid: Europublicaciones Center, 1995.

³⁷ Una noche, lunes, 17 del mes de Ramadán, a los 40 años lunares, seis meses y ocho días del nacimiento del Profeta, que corresponde al 6 de agosto del año 610 de J. C., en la oscura soledad de la caverna, en el Monte Hira, cercano a La Meca, cuando el Profeta del Islam dormitaba, una figura luminosa dice: “Lee, lo que hay escrito en esta tela”. Mahoma contesta: “No sé leer”. La imagen se identifica como el ángel Gabriel y le recita a Muhamad, a quien llama Profeta, el versículo conocido por “Al Calam”, con el que se inician las revelaciones: “En nombre de Dios, el Clemente, el Misericordioso. ¡Lee! en nombre de tu Señor; el que creó. Creó al hombre de un coágulo (Alak). ¡Lee! Tu Señor es el más generoso. Enseñó (a escribir) con el cálamo. Enseñó al hombre lo que ignora”. La última revelación se produce días antes de su muerte, el 11 de la hégira, correspondiente al 8 de junio del año 632 de J. C. (MACHORDOM COMINS, *Conoce el Islam*, ob. cit., p. 48).

³⁸ MACHORDOM COMINS, *Conoce el Islam*, ob. cit., pp. 37 y 38.

- La mutua defensa, para mantener sus creencias, su libertad e independencia.
- La igualdad entre los hombres, sin distingos por: color, raza, profesión o rango social.
- El respeto a la vida. El derecho a la herencia; a la propiedad privada.
- La prohibición de la esclavitud. La prohibición de la usura.
- La prohibición de alimentos y bebidas al ser humano, que le sean nocivos y perjudiciales (carne de cerdo; sangre, carroña, animales infectos, alcohol).
- La prohibición de los juegos de azar; de la prostitución.
- La defensa de los oprimidos, los huérfanos, las viudas y los ancianos.
- La tolerancia en materia religiosa y en costumbres, que no atenten contra la comunidad.
- La fraterna solidaridad, tantas veces recomendada por el Profeta.
- El sentido de la paz, como norma permanente y obligado saludo islámico.

El Corán es el cuerpo de normas de conducta en todas las cuestiones: dogmáticas, rituales y jurídicas. En el sistema islámico ya casi no se distingue lo espiritual de lo temporal; la vida política y religiosa son partes indisolubles de un todo único, la ley debe ser entendida como un deber religioso y un deber civil que los musulmanes deben cumplir independientemente del lugar en que se encuentren y del soberano de que dependan. El soberano y el Estado están provistos de amplísimos poderes, pero están casi desprovistos del poder de legislar, son meros ejecutores de la ley que es expresión de la voluntad de Dios.

El Derecho es una de las facetas de la religión del Islam. Esta se compone, por un lado, de una teología que establece los dogmas y fija las creencias del musulmán; se compone, además, del *char'* que prescribe a los creyentes lo que deben o no deben hacer. El *char'* o *char'ia*, es decir, “el camino por seguir”, constituye lo que se llama el Derecho musulmán. Este Derecho indica al musulmán cómo debe comportarse de acuerdo con la religión, sin distinguir sus obligaciones respecto de sus semejantes (obligaciones civiles, limosna) y sus obligaciones respecto de Dios (plegaria, ayuno, etc.). Se centra en la idea de las obligaciones que incumben a la persona, no en la de los derechos que le puedan corresponder³⁹.

Las fuentes primarias del Derecho islámico son: a) el *Corán* (“texto sagrado para ser recitado”) y b) la tradición sacra (*Sunnah* o *Hadiz*). A la muerte de Mahoma (632) terminaron las revelaciones y el Corán resultó ser un cuerpo de normas de conducta insuficiente, por lo cual se recurrió a las tradiciones sobre las cosas dichas, hechas o

39 DAVID, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, ob. cit., p. 355.

aprobadas tácitamente por el Profeta, que podían servir para llenar las lagunas que presentaba el *Corán*. Estas tradiciones fueron recopiladas a partir del siglo IX d. C.; c) la exégesis textual de los textos sagrados (*Corán y Sunnah*).

Como escribe MACHORDOM⁴⁰, el *Corán* (*Qurán*) y las hadices inspiran los siguientes consejos éticos:

- La unión familiar, firme, permanente, como símbolo fraternal y paterno.
- La relación amistosa, el amor correspondido, el intercambio de visitas.
- La mutua compasión, piedad y colaboración.
- La fidelidad, veracidad, sinceridad y la práctica del honor.
- La perseverancia en la verdad y en la paciencia.
- Las deliberaciones y consultas en asuntos de importancia.
- El máximo interés en la educación al modo coránico.
- El ejercicio del bien, venciendo las tentaciones del mal, la corrupción, la envidia, la maledicencia, la hipocresía y la adulación.
- El rechazo a las influencias extranjeras, que sean contrarias a la moral islámica, que solo imitan quienes olvidan su linaje, su estirpe y su condición musulmana.
- El cumplimiento del Islam.
- El testimonio de la unicidad de Dios y que Muhammad es un profeta de Dios.
- El sentimiento de perdonar y en especial a quienes ofenden a causa de la ignorancia, la ligereza o el ofuscamiento, pues de este modo Dios estará más propicio a concedernos su perdón y a abrirnos las puertas de su misericordia.

Son fuentes subsidiarias las teorías u opiniones adoptadas por consenso por la comunidad de juristas y teólogos (los *úlamá*, expertos en estudios teológicos y jurídicos, intérpretes legítimos de los textos sagrados y titulares del poder de legislar); también se recurrió para integrar y completar la palabra de Dios al razonamiento analógico (*quiyas*). La costumbre (*orf*) es una fuente no oficial de integración del Derecho islámico. El mismo fin tienen las decisiones judiciales (*amal*). Con la formación del Parlamento surge como última fuente el decreto del soberano (*canun*). La intervención del soberano en el Derecho se extiende considerablemente en los tiempos actuales.

El *Corán*, las tradiciones, la exégesis de los textos sagrados y la opinión de los doctores (juristas y teólogos) son las cuatro fuentes del Derecho sagrado, *el fiqh*.

La interpretación de las fuentes y la elaboración *del figh* se realizaron con diversidad de métodos y normas, dando lugar al surgimiento de controversias religiosas, que determinaron el nacimiento de un gran número de escuelas o sistemas, de entre las cuales superviven hasta la actualidad cuatro escuelas ortodoxas o *sunnies* (adeptos al *Sunnah*): la escuela *hanefí*, fundada por Abú Hanifah (700-707) que se extendió a todo el Imperio otomano y hoy es oficial para los musulmanes *sunnies* en Jordania, Líbano, Siria, Irak, Afganistán, Pakistán y limitadamente para el estatuto personal de los *sunnies* que viven en Egipto, Sudán, India, Yugoslavia, Rumania, Bulgaria, y conjuntamente con otras escuelas en Eeyaz, Eritrea, Marruecos, Argelia y Túnez. La escuela *malequí* fundada por Malik ibn Anas (713-795), seguida por los *sunnies* de África del Norte a Oeste de Egipto, Mauritania, Sudán central y occidental francés, Nigeria, noroeste de Eritrea. La escuela *Xafeí* fundada por Muhamad Ash Sháfi'i (767-820) seguida en las Indias neerlandesas, Etiopía meridional, Somalia, Kenya, Tanganika, El Cairo, entre otros. La escuela *hanbalí*, fundada por Ahmad ibn Hambal (780-855) profesada por la población de Arabia central, Nejed y territorios sobre el Golfo Pérsico. Además, todavía existen algunas escuelas heterodoxas: *giafari*, *zaidi*, *ibadi*. Es imposible establecer las diferencias de contenido de normas positivas de cada una de estas escuelas. El Derecho islámico no es unitario debido a que cada una de estas escuelas ha seguido una orientación diferente.

En Turquía, el Derecho musulmán fue suprimido en 1926 y en lo religioso se profesa el *hanefí*. En Rusia Soviética, el derecho musulmán fue abolido en los años 1926-1929.

Según nuestro sistema de derecho, las acciones humanas son calificadas de lícitas e ilícitas; en cambio, el derecho musulmán las clasifica en cinco categorías: obligatorias, recomendadas, permitidas, reprobadas y prohibidas.

En materia de derecho privado, goza de la plenitud de derechos el que profesa la religión musulmana, el varón, púber, probo, sano mental y físicamente. El concebido es sujeto de derecho. El menor de siete años es incapaz absoluto para contratar. Desde los siete años se pueden realizar ciertos actos jurídicos estrictamente personales con intervención del padre o tutor.

Según el dogma islámico, la vida es obra de Dios y a Él pertenece. Matar es un pecado y un crimen. El aborto solo es permitido cuando el embarazo signifique un peligro para la madre. El Corán dispone: "No mataréis a vuestros hijos por miedo a la penuria. Nosotros les proveeremos de sustento, así como a vos. Matadles es un pecado grave". Según SUNNAH, el feto adquiere vida y alma aproximadamente a los 120 días del embarazo: "Ciertamente, la creación de cada uno de vosotros se produce en el vientre de su madre: durante cuarenta días en forma de un germen; luego es un

coágulo por un tiempo igual; después un pedazo de carne por un periodo. Y luego se le envía un ángel que sopla el espíritu en él”.

La paz es un valor fundamental en el Derecho islámico. En el *Corán* se lee: “Combatid, en la senda de Dios a quienes os atacan; pero no seáis transgresores. Dios no ama a los transgresores”. Asimismo:

Si dos grupos creyentes se pelean, obligadles a la concordia. Si uno persiste en contra del otro, combatid al que persiste, hasta que se incline delante del mandato de Dios. Si se inclinase, imponed la concordia entre ellos, de acuerdo a la justicia y la equidad. Dios ama a los que obran imparcialmente.

MAHOMA dijo:

No combatáis sino después de haberles invitado con dos alternativas: Islam y Pacto. Si declinan vuestro ofrecimiento no les combatáis antes que ellos hayan tomado la iniciativa. Si la toman, esperad a que maten a uno de vuestros hombres. Entonces mostradles el cadáver diciendo: ¿no hay mejor medio que este?

En derecho de familia, el matrimonio es un contrato en el que la mujer no aparece como parte sino su tutor. La ley sagrada enuncia la superioridad del marido sobre la mujer. Se fija en cuatro el número de esposas y el número de concubinas es indeterminado. El hombre debe dar por cada esposa una suma (dote) al padre de ella; por tanto, el límite para la extensión de la familia musulmana es la riqueza del hombre. El contrato de matrimonio puede estar precedido de una promesa que no tiene valor vinculante. El consentimiento no es necesario si el padre obliga a una de las partes a casarse (*djebr*). Producido el matrimonio, cada uno de los cónyuges administra su propio patrimonio, no se forma ninguna comunidad de bienes. El marido debe ser musulmán; la mujer si no es musulmana, debe pertenecer a una religión revelada; la mujer musulmana no debe casarse con un no musulmán. La afinidad, el parentesco de leche, la inferior categoría del hombre respecto de la mujer, son impedimentos para el matrimonio. El marido está obligado al mantenimiento de cada mujer con habitación independiente, abstención de malos tratos y transcurrir sus noches alternativamente con cada una de ellas. El matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, por divorcio. El *Corán* establece: “Hay tres cosas cuya seguridad es seria: el matrimonio, la reconciliación y el divorcio [...]”, “si hay entre ambos desacuerdo, apelad a un mediador, de la familia de él y a otro, de la de ella. Si los cónyuges desean el arreglo, Dios les ayudará (pues) Dios es sapientísimo, está bien informado [...]”, “lo más detestable de lo lícito, ante Dios, es el divorcio”. Son causales de divorcio: el incumplimiento de los deberes matrimoniales, la abjuración del islamismo por uno de los cónyuges, los juramentos de abstinencia del

marido, el juramento imprecatorio con el cual el marido jura solemnemente que su esposa ha cometido adulterio y que sus hijos son ilegítimos; el Texto Sagrado dice al respecto (xxiv, 6-9):

Aquellos que acusan a sus esposas de infidelidad y que aducen como única prueba la propia, deben invocar a *Allah* cuatro veces en testimonio de que han dicho la verdad, y la quinta vez invocar sobre ellos mismos la maldición de *Allah* por si hubiera mentido. La esposa quedará exenta de pena si invoca a *Allah* cuatro veces en testimonio de que su marido ha mentido, y la quinta vez invocará sobre ella misma la ira de *Allah* por si su marido hubiera dicho la verdad.

Otra forma de disolución del matrimonio es el repudio (*atalca*) que aleja a la mujer del lecho conyugal. La mujer puede pedir el divorcio si el marido no cumple con sus obligaciones y por impotencia fisiológica del marido. Es pecado la relación sexual fuera del matrimonio y del concubinato; se ignora la legitimación, la adopción y el reconocimiento de hijos ilegítimos. En agosto de 1956, el gobierno de Túnez abolió la poligamia y el repudio.

Referente a la herencia, el *Corán* (IV, 12-15) dispone:

Dios os encarga que deis a vuestros hijos: a un hijo varón como a dos mujeres; si hay solo hijas mujeres —dos o más de dos—, recibirán ellas la tercera parte de la herencia; si hay una sola, la mitad. Los padres del difunto, una sexta parte cuando hay un hijo; si no hay hijos y heredan los padres, la madre recibirá la tercera parte, pero si hay hermanos del difunto, recibirá solamente la sexta parte. Vosotros los hombres, recibiréis la mitad de la herencia de vuestras mujeres en el caso de que no dejen hijos: de lo contrario, solo la cuarta parte. Ellas, las viudas, recibirán la cuarta parte de vuestra herencia en el caso de que no dejen hijos; de lo contrario, una octava parte. Si el testador muere sin dejar consanguíneos en línea recta y hay un hermano o hermana de él, estos recibirán la sexta parte cada uno; si son más, recibirán, conjuntamente, la tercera parte.

Las dificultades ocasionadas por esta última disposición fueron aclaradas por una nueva revelación (*Corán* IV, 175) que dice: "Si quien muere no deja hijos y hay una hermana, esta recibirá la mitad de la herencia; si hay dos, recibirán conjuntamente la tercera parte; pero si heredan juntamente con hermanos, el hermano recibirá como dos hermanas". El concebido y no nacido tiene capacidad de suceder. No se puede renunciar a la herencia, pero el heredero responde solamente por una cantidad igual a los bienes hereditarios.

En materia de derechos reales no hay correspondencia entre los conceptos de propiedad, posesión y otros derechos reales menores del Derecho occidental y del Derecho islámico. La propiedad de la tierra estaba poco difundida entre los nómadas de la época de Mahoma y la propiedad mobiliaria está sujeta a limitaciones en razón de una ética contraria a toda forma de azar e interés. La noción de propiedad

es restringida; en cambio, es amplia la noción de posesión orientada a regular más el intercambio que la compraventa, debido a que los negocios se producen en una sociedad carente de dinero líquido; el poseedor, incluso el de mala fe, tiene derecho a los frutos y a una indemnización por las mejoras. La forma más plena de propiedad es el *milc*; se adquiere por ocupación, accesión, venta, sucesión, etc., y además por formas que son propias de la economía árabe: quien cultiva una tierra baldía adquiere su propiedad plena; quien cultiva con simiente ajena, restituye la semilla, pero adquiere la propiedad de los frutos; el uso común del agua está sujeto a regulación precisa, lo mismo la perforación de pozos en la misma finca o en la finca vecina; en el uso del agua del río tienen preferencia las fincas al monte sobre las fincas al valle y las fértiles sobre las baldías. Para preservar la unidad del bien inmueble dentro de la familia, el Derecho sagrado prevé la institución de la *Shefaa*, configurada como una sucesión de dos ventas: la primera del condómino que cede su derecho a un tercero, y la segunda del tercero a los restantes condóminos (que es una venta forzosa); en el intervalo de tiempo entre las dos ventas, el tercero adquiere los frutos, puede arrendar, instituir servidumbre, etc., que los condóminos después deben respetar. La fundación piadosa (*waqf*) es una institución que consiste en hacer inalienable un bien, sobre el cual se constituye un usufructo generalmente perpetuo a favor de un ente social o religioso, o también con el propósito de sustituir a los sucesores por personas distintas o para evitar la confiscación del bien por el soberano. Si alguno tiene el usufructo de un bien y otro la propiedad, no hay dos derechos reales distintos (propiedad y usufructo) sobre una cosa única, sino dos derechos de propiedad sobre cosas distintas: uno es propietario de la cosa y el otro propietario de las ventajas que ella proporciona.

Los bienes muebles circulan mediante el contrato que se perfecciona con el simple consentimiento. La prohibición del cobro de intereses y de todo negocio aleatorio han bloqueado el desarrollo de instituciones capitalistas, como el contrato de mutuo y el de seguro; se consideran como inmorales los beneficios no conseguidos mediante el trabajo; la sociedad de capitales ha tenido poco éxito en el desarrollo de la economía del *Islam*, mientras se han desarrollado contratos asociativos ligados a exigencias de colaboración agrícola, basados más en el trabajo que en el capital. La usura (*ribá*) está prohibida y severamente castigada. Solo pueden ser objeto de derechos y negocios jurídicos las cosas que procuran al musulmán una ventaja deseable y lícita y que sean puras o purificables.

La escuela *hanefí* admitió algunas instituciones comerciales solo en parte conciliables con la ley sagrada, por ejemplo, la encomienda, que consistía en confiar una suma de dinero a un agente para que la usara y al término del contrato restituyera el capital y una cuota de beneficio, quedándose con el resto del beneficio. El jurista *hanefí* SARAKHSI⁴¹ considera que la encomienda es lícita porque la gente necesita este contrato. En efecto:

41 Citado por LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos*, ob. cit., p. 244.

[Q]uien tiene capital puede no tener la posibilidad de desarrollar una provechosa actividad comercial, mientras quien podría desarrollarla puede no tener capital. Y el beneficio no se puede obtener más que con ambos, es decir, con el capital y la actividad comercial. Al permitir este contrato se persigue el objetivo de ambas partes.

En el campo del Derecho público, la muerte prematura de Mahoma le impidió incluir en el *Corán* normas relativas a la organización del Estado, del que era su jefe religioso y político. Muerto Mahoma sus poderes son transferidos al *Califa*, que es el jefe de la Monarquía Islámica, esto es, de los países habitados por musulmanes e infieles tolerados, en contraposición a los países habitados y gobernados por infieles pertenecientes a religiones no reveladas que deben ser sometidos por la guerra santa. El califato es elegido por personas conocedoras de las exigencias de la comunidad. El *Califa* podía confiar el gobierno de algunas partes del imperio a príncipes con el título de *sultán*, rey o *emir*. Con la caída del califato abasida, en 1258, se adoptó la postura de acatamiento a cualquier persona que detenta el poder para evitar mayores males. El Derecho público musulmán sufrió un duro revés con el decreto sultánico del 3 de noviembre de 1839, que declaró la igualdad jurídica de todos los súbditos del Imperio otomano, sin distinciones de confesiones religiosas. Por decreto del 18 de febrero de 1856 se prohibió emplear en los actos públicos frases injuriosas contra los no musulmanes.

En el campo del Derecho tributario, la ley sagrada prevé que los fieles paguen anualmente el *azaque*, que es un diezmo o limosna que se paga sobre los rebaños, recolecciones, bienes comerciales, etc., para beneficio de los pobres, los participantes en la guerra, la liberación de los esclavos y deudores; según una regla de los derechos primitivos, el deudor que no puede devolver el capital se convierte en esclavo del acreedor, pero puede ser liberado mediante el *aza que*, que en tal caso funciona como un fondo de solidaridad. El mayor peso tributario recae sobre los infieles cristianos y judíos que pagan dos impuestos: una *capitación* por cada varón (*jizia*) y un tributo sobre las tierras (*jarach*), que es más elevado si la tierra fue ganada con la guerra y más moderado si fue adquirida pacíficamente.

Con el traslado de la capital imperial de Damasco a Bagdad, se independizan del califa las provincias mediterráneas y se forma la administración local influida por la organización justiniana en las provincias de Siria y Egipto. De los magistrados auxiliares en los que el gobernador Bizantino delegaba la administración de justicia nace el *Cadí*, juez monocrático religioso que no conoce de limitaciones jurisdiccionales ni jerárquicas, decide en causas civiles y penales; sus mandatos no son apelables. El Derecho islámico no conoce la cosa juzgada; el mismo caso puede ser decidido por otro juez o bien el mismo *cadí* puede dictar nuevas sentencias, dadas ciertas condiciones. El procedimiento es oral y contradictorio; la prueba testimonial prevalece sobre la escrita.

Como todo el Derecho islámico, el penal, que nace en el siglo XII de la *Hégira* (así se conoce la huida de Mahoma a La Meca en el año 622 d. C.) es de carácter religioso. No existe una clara distinción entre delito y pecado. Hay tres clases de delitos: a) delitos de sangre de estructura preislámica; para esta clase de delito el juez islámico no tiene en consideración la voluntad del acto, se limita a impedir la venganza privada aplicando la Ley del Talión o, si la parte ofendida acepta, el pago del precio de la sangre; b) los delitos contra Alá, como la apostasía, la blasfemia, el adulterio, que son castigados con la pena de muerte que es aplicada también al hurto y al bandolerismo; c) los comportamientos nocivos para la convivencia social para los que el juez aplica una pena discrecional (prisión, fustigación, confiscación de bienes, quitar el turbante al culpable de manera ignominiosa). Se ignoran las nociones de tentativa, reincidencia, acumulación de penas, circunstancias agravantes y atenuantes; tampoco se conoce el elemento subjetivo del delito (el dolo y la culpa); es suficiente el resultado material para la aplicación de la pena.

El Derecho islámico ha recibido la influencia del Derecho europeo, especialmente, por conducto de la expansión inglesa en la India en el siglo XVIII, la ocupación de vastos territorios musulmanes por la Rusia zarista en los siglos XVIII y XIX, la expansión francesa en África del Norte después de 1830; la victoria de los japoneses sobre los rusos (1904-1905) ejerció influencia sobre los fieles musulmanes, indios e indonesios. Después de la Segunda Guerra Mundial, los distintos Estados y colonias resultantes del desmembramiento del Imperio otomano se independizaron conservando en su Derecho las estructuras europeas que habían recibido durante la colonia. En algunos países como Turquía, Albania y la URSS, el Derecho islámico ha sido abolido. Instituciones como la obligación familiar para el matrimonio, la poligamia y el repudio tienden a desaparecer por su incompatibilidad con una estructura social moderna.

Contra la opinión de algunos que creen que el Derecho islámico tiende a desaparecer, la occidentalización tecnológica producida en los últimos tiempos en el mundo islámico se ha visto flanqueada por una revaloración de la religión y, por tanto, del Derecho islámico.

En vez de cancelar el Derecho islámico con los códigos y la legislación parlamentaria de tipo occidental, numerosos Estados musulmanes se disponen a introducir las disposiciones originarias en aquellos códigos y en aquellas leyes. La lapidación o la amputación de la mano del ladrón, tradicionalmente aplicada en la conservadora Arabia Saudita, han vuelto hoy al uso en Libia, en los Emiratos Árabes Unidos y en el Pakistán, y son objeto de proyectos de ley en Egipto. Aquí, en 1977, fueron presentadas cuatro propuestas legislativas para introducir penas severas contra la usura, la lapidación contra los adulteros, el corte de la mano para el ladrón y de la pierna para el ladrón reincidente y, en fin, la pena de muerte para el apóstata⁴².

42 LOSANO, *Los grandes sistemas jurídicos*, ob. cit., pp. 254 y 255.

Estas penas severas están establecidas en el *Corán*, que, como nos explica MACHORDOM⁴³, regula la aplicación de la Ley del Talión: “¡Creyentes! Se os ha prescrito la Ley del Talión; en casos de homicidio: libre por libre, esclavo por esclavo, hembra por hembra; pero si a alguien le rebaja su hermano (en religión) la pena, que la demanda sea de acuerdo al uso y a la indemnización apropiada [...].” “En la Ley del Talión tenéis vida (por efecto disuasivo que impone), ¡Oh hombres con inteligencia! Tal vez, de este modo, temáis a Dios [...]” “Quien mate a un creyente, premeditadamente, tendrá, eternamente, el infierno como retribución. Dios se enojará con él, le maldecirá y le otorgará un castigo terrible [...]”, “prescribimos en ella (Antiguo Testamento); “vida por vida, ojo por ojo, nariz por nariz, oreja por oreja, diente por diente, así como la Ley del Talión por las heridas [...]”.

XVI

CAPÍTULO

EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO TEORÍAS

A través de la historia se han desarrollado diversas teorías sobre la naturaleza del Derecho, cada una de ellas influída por las condiciones sociales, históricas, políticas e ideológicas imperantes en la época en que aparecieron.

La falta de difusión en nuestro medio de muchas de estas teorías ha determinado que se incurra en errores históricos en Derecho o que no se aprovechen sus virtudes. Los operadores del Derecho actúan siempre desde una perspectiva iusfilosófica adoptada conscientemente, unas veces, o inconscientemente, la mayor de las veces, basados apenas en sus estudios profesionales y en su experiencia diaria, pero sin un conocimiento y análisis profundo del fundamento de lo jurídico, por lo cual los resultados de su actividad no siempre son halagadores.

De ahí la necesidad de exponer los postulados de las diversas teorías sobre la naturaleza y fundamento del Derecho, a fin de colaborar con el lector para que, previa confrontación con nuestro contexto social e histórico, descubra la importancia práctica que ellas tienen en la creación, interpretación y aplicación del derecho.

227. El Derecho en la antigüedad

En las sociedades primitivas, por más rudimentarias que sean, hay conductas permitidas y conductas prohibidas. La violación de las prohibiciones es sancionada por el grupo entero, o por cualquiera de él, o por el propio agraviado; falta un aparato coercitivo organizado. Las reglas de conducta se aprenden por el hábito (realizado

un acto hay la tendencia a repetirlo) y la imitación (lo que uno hace es reproducido por otros).

El Derecho es la costumbre primitiva de carácter religioso o mítico e indiferenciada, por cuanto es a un mismo tiempo norma jurídica, religiosa y moral. La primera sanción, organizada por las sociedades primitivas, es la venganza de sangre. Más tarde el poder político se concentra en el rey, que tiene carácter sagrado, pues se presenta a la comunidad como un dios (ejemplo, el faraón egipcio, el emperador romano, el inca del Tahuantinsuyo). Un rezago del carácter sagrado del Derecho se encuentra en el juramento que se exige a los que van a declarar en un proceso judicial (CPC, art. 202), el juramento que deben prestar ciertos funcionarios públicos (presidente de la República, ministros de Estado, etc.) antes de asumir el cargo.

Con la Ley del Talión aparece una limitación a la venganza desmesurada. Esta es la forma más primitiva de una justicia racional. Aquí se encuentra la primera noción de la igualdad racional: "Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie" (Antiguo Testamento, *Exodo*, xxI, 12 y xxI, 24, cfr. *Deuteronomio*, xIx, 21).

En Grecia, la justicia es considerada como una virtud moral o política. El Derecho se convierte en objeto de reflexión con los pensadores griegos. Surgieron algunas obras de legislación como la de SOLÓN en Atenas, pero no conocieron la figura del jurista; las funciones jurídicas las realizaban los filósofos, políticos, retóricos, los miembros de las clases altas.

En Roma, el Derecho fue una forma de vida y un instrumento de organización social¹. Faltó vocación teórica², por ello, CELSO lo definió como *ars boni et aequi* (arte de lo justo y equitativo)³. En los primeros tiempos, las fuentes del Derecho fueron las *mores maiorum* (costumbres de los antepasados) que tienen origen inmemorial, posiblemente desde antes de la fundación de la ciudad en 753 a. C. Con la *Ley de las XII Tablas* surge otra fuente del Derecho: La ley. A estas fuentes se agregan las opi-

1 ARGUELLO, Luis Rodolfo, *Manual de derecho romano*, Buenos Aires: Astrea, 1979. VON SAVIGNY, *Sistema de derecho romano actual*; PASTORI, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, 2.^a ed., Milán: Cisalpino-Goliardica, 1988.

2 NÚÑEZ ENCABO, *Introducción al estudio del derecho*, t. I, Madrid: Alhambra, 1979, p. 53: el Derecho como realidad social existe en todas las sociedades, pero como saber teórico es el producto de una civilización avanzada que cuenta con capacidad de abstracción, conciencia metódica, espíritu problemático, rigor sistemático y cierta perfección conceptual.

3 Los romanos calificaron la actividad de los juristas de iurisprudentia: "La prudencia no es la Sophia, el conocimiento en sí y por sí, sino la frónesis, que consiste en la *rerum expetendarum figiendarum scientia*, es decir, el arte que nos lleva a alcanzar algunas cosas y a huir de otras", (J. Iglesias, citado por LATORRE, *Introducción al derecho*, Barcelona: Ariel, 1974, p. 110). Es famosa la definición de Ulpiano: *Iurisprudencia est divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Desde el siglo III d. C., el estudio sistemático de las normas de Derecho entró en profunda crisis hasta el siglo XI, en que resurge el análisis racional del Derecho en torno a la escuela de Bolonia.

niones de los jurisconsultos y los edictos del pretor urbano⁴ (367 a. C.) y del pretor peregrino (242 a. C.).

La jurisprudencia (ciencia del Derecho) romana llegó a su madurez en el último siglo de la República. CANNATA⁵ distingue los siguientes periodos: 1) jurisprudencia arcaica, que se desarrolla entre el siglo VIII y el final del siglo III a. C.; 2) la jurisprudencia preclásica, que antecede a la época del imperio; 3) la jurisprudencia clásica, que va desde el siglo I hasta mediados del siglo III d. C., y 4) la jurisprudencia posclásica, que se centra en la época de Justiniano.

En el periodo de la jurisprudencia arcaica aparece el primer texto romano escrito: la *Ley de las XI Tablas* (303, 304 a. C.). A partir de este momento, los juristas cuentan con un texto de estudio delimitado para interpretar y desarrollar.

Hasta el final del siglo IV a. C., la jurisprudencia romana fue pontifical, cultivada por sacerdotes y conectada con cuestiones religiosas. Desde esta fecha aparecen los juristas laicos. A fines del siglo III el *ius civile* estaba solamente en manos de juristas laicos; no sucedía lo mismo con el Derecho público y el sagrado. El *ius civile* consistía en los preceptos de las *XI Tablas*, las opiniones de los juristas que daban respuestas sobre la base de las leyes y las reglas jurídicas confeccionadas mediante la *interpretatio*.

A mediados del siglo II a. C., probablemente en el año 130 a. C., se dicta la *lex Aebutia*, que regula el procedimiento formulario que es una de las vías de que se vale el pretor (magistrado romano) para renovar el Derecho privado frente al primitivo *ius civile*, dando nacimiento a un nuevo Derecho: el *ius honorarium* (nombre que da al Derecho creado por el pretor mediante sus edictos). Como los edictos de los pretores eran contradictorios, el pretor Salvo Juliano redactó el *edicto perpetuo*, conservando las reglas vigentes y suprimiendo las que habían caído en desuso. A principios del siglo I a. C., Quinto Mucio Scaevola, el joven (año 10 a. C.), escribe el primer manual de Derecho civil, considerado como la primera obra escrita de la jurisprudencia romana. En este periodo, que comprende los últimos 150 años de la República, los juristas gozaron de enorme autoridad, gracias a su capacidad profesional. La jurisprudencia romana ha madurado.

La jurisprudencia clásica, considerada como la edad de oro, comprende desde el advenimiento de Augusto hasta la muerte de Alejandro Severo (235 d. C.). Se ca-

4 Pretor es el magistrado romano que ejercía jurisdicción. La pretura fue creada en el año 367 a. C. mediante la *lex Licinia de Consulato*; se dio a los pretores jurisdicción civil, hasta entonces ejercida por los cónsules. El cargo de pretor duraba un año. Al tomar posesión del cargo publicaba un edicto (programa de acción o de gobierno) donde establecía las reglas y principios que se aplicarían durante el desempeño de su cargo. Las decisiones del pretor integraban el llamado Derecho pretorio, llamado también Derecho honorario.

5 ATIENZA, *Introducción al derecho*, Barcelona: Barcanova, 1985, p. 187 y ss.

racteriza por el análisis casuístico llevado a cabo por los juristas, quienes elaboraban respuestas a los casos que les planteaban los particulares y que tenían fuerza vinculante para los jueces, en virtud de la autoridad que concedía el principio a los juristas más eminentes (*ius respondendi ex auctoritate principis*). No existieron escuelas de Derecho. La formación de los juristas tenía lugar a partir del contacto personal entre maestros y discípulos. Existió un método común que aseguraba la realización de una obra teórica y práctica homogénea. Se estableció la práctica de la *recitatio* enjuicio, por las partes y los abogados, de las obras de los juristas y de las constituciones imperiales que tenían carácter vinculante para los jueces y valían como precedentes para casos análogos.

La sistematización del Derecho apareció con las *instituciones* de Gayo (siglo II d. C.). Según el plan de GAYO, conocido como el *plan clásico*, toda regla de Derecho se refiere a uno de estos tres objetos: *personas, cosas y acciones*. Este es el plan seguido por el Código de Napoleón de 1804 (que sustituyó la materia relativa a las *acciones* por la de los *modos de adquirir la propiedad*) y por todos los códigos que en él se inspiraron, entre los que figura el peruano de 1852.

Desde mediados del siglo III hasta comienzos del IV, se desarrolla una primera jurisprudencia posclásica caracterizada por la decadencia de los estudios jurídicos como consecuencia de la desaparición de los grandes juristas; el último de ellos es Modestino, que murió a mediados del siglo III.

La excesiva extensión del Imperio dificultaba su administración y gobierno, y tornaba ardua la defensa de sus fronteras ante la presión de los pueblos bárbaros. Esto condujo a que en el año 395 se dividiera el Imperio en dos partes: el Imperio de Occidente con su capital Roma, y el Imperio de Oriente con su capital Constantinopla, luego Bizancio. El de Occidente sucumbió ante los bárbaros en el año 493 y el de Oriente sobrevivió diez siglos más.

En los siglos IV y V d. C., la jurisprudencia adquiere rasgos distintos en los dos imperios de Oriente y Occidente. El de Oriente aseguró la continuidad del conocimiento de la jurisprudencia clásica. El de Occidente vulgarizó el Derecho con la simplificación de los textos y de las técnicas jurisprudenciales; la *Ley de Citas* del año 426 d. C., ordenaba que se podía citar en juicio solo las obras de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino. En Oriente se podía citar a estos cinco juristas y, además, a otros, siempre que aparecieran mencionados en las obras de los cinco grandes. En este periodo posclásico se pasa de la concepción jurisprudencial a la legislativa por obra de Justiniano. La fuente principal del Derecho no son ya los juristas, sino las leyes.

A mediados del siglo VI, en el Imperio bizantino se llevó a cabo la gran obra compiladora de Justiniano (quien subió al trono en el año 527), realizada por una comisión integrada por Triboniano, Teófilo y Doroteo, presidida por el primero de ellos y auxiliada por muchos hombres célebres y elocuentes. La compilación de Jus-

tiniano está compuesta por el *Código*, que era una recopilación de las leyes vigentes; el *Digesto* o *Pandectas*, que recogía las obras de la jurisprudencia (opiniones de los jurisconsultos y edictos de los magistrados); las *Institutas*, obra didáctica escrita para facilitar el aprendizaje del Derecho; y las *Novelas*, obra en la que se recopilaron las leyes emanadas después del *Código*.

En la Edad Media temprana, que va desde el siglo VI al XI, no existieron aún escuelas jurídicas; los juristas se ocupaban, sobre todo, del estudio del lenguaje jurídico y de la retórica. La Iglesia se interesó en manejar técnicamente el Derecho romano para apoyar en él sus crecientes y cambiantes pretensiones. Esto condujo en la práctica a las *legum interpretationes, immo magis perversiones*. Las falsificaciones eclesiásticas son el único testimonio de la capacidad científica de esa época. Los demás trabajos presentan un carácter puramente mecánico o gramatical. Los nombres de *iuris periti* o *legis doctores*, que con frecuencia aparecen en los documentos de la época, son simples títulos retóricos con que se adornaban los jueces legos. El *Digesto* de Justiniano permaneció ignorado durante toda esta época. No fue citado entre los años 603 y 1076. El único ejemplar del *Digesto* que se conservó salió a la luz a finales del siglo XI, alrededor del año 1070, en algún lugar de Italia. “Fue un azar de significación histórico-universal que habría de trazar, para bien y para mal, los derroteros de la ciencia jurídica hasta nuestros días”⁶.

La revolución papal de Gregorio VII —afirma BERMAN⁷—, que liberó al clero del dominio de emperadores, reyes y señores, originó la idea occidental de crear unos sistemas jurídicos que se fueron desarrollando a lo largo de generaciones y siglos. Nicolás II, en 1059, en el sínodo de Roma, prohibió las investiduras y estableció un procedimiento para la elección de los papas por los cardenales, arrancando así al emperador la capacidad de nombrar al papa. En 1075, Gregorio VII declaró la supremacía política y legal del papado sobre toda la Iglesia, y la independencia del clero de todo el control secular. Los grandes cambios ocurridos en la vida de la Iglesia de occidente y en las relaciones entre las autoridades eclesiásticas y las seculares en la última parte del siglo XI y la primera del XII han sido llamadas la *Reforma de Hildebrando* (o Reforma gregoriana), del monje Hildebrando, quien fue un caudillo del partido papista en el periodo que comenzó en 1050 y reinó como papa Gregorio VII de 1073 a 1085. Gregorio VII, con sus *Dictados*, dio lugar a que entre 1075 y 1122 estallaran guerras entre los partidarios y adversarios de la autoridad papal y su programa. Con el tiempo llegaron a ciertos acuerdos, sin que ninguno de los dos bandos saliera totalmente victorioso. Este trastorno hizo nacer la tradición jurídica occidental. La Iglesia de

⁶ RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción por Wenceslao Roces, 2.^a ed., 1.^a reimp., Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 99.

⁷ BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, traducción por Mónica Utrilla de Neira, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 60 y ss.

occidente necesitaba un sistema de Derecho para mantener su nueva unidad jurídica corporativa bajo el papado. El nuevo *ius canonicum* también fue esencial para el mantenimiento de las relaciones de la Iglesia con las diversas autoridades seculares. Estas, a su vez, necesitaban sistemas de Derecho para legitimar y efectuar sus recién creados controles centrales y para mantenerse en la nueva competencia de las entidades políticas. Se consideró al Derecho como la esencia misma de la fe. “Dios mismo es la ley, y, por tanto, la ley es cara a Él”, escribió el autor de *Sachsenspiegel*, en el primer libro alemán de Derecho, hacia 1220. El Derecho fue un modo de realizar la misión de la cristiandad occidental, y del reino de Dios en la tierra.

228. Escuela de los glosadores

Desde finales del siglo XI hasta el XIII se desarrolló en Bolonia la escuela de los glosadores, llamados así por el método de la glosa. Una copia del *Digesto* llegó a manos de Guarnerio de Bolonia⁸ (más tarde llamado IRNERIO), quien estudió este códice cotejando su texto con el texto de un extracto del *Digesto* procedente, tal vez, de tiempos del propio JUSTINIANO y escribió, a base de ambos, de puño y letra, un nuevo texto, la llamada *Vulgata del Digesto*, que se mantuvo en vigor hasta el siglo XIX. De esta versión proceden todos los códices que se han conservado del *Digesto*. IRNERIO no se contentó con estudiar solamente el *Digesto*, pues en los más antiguos códices de este se encuentran, junto a cada pasaje, referencias a otros lugares paralelos de la misma obra y de otras que cuentan, literalmente, por millares y que proceden, evidentemente, en gran parte, del propio IRNERIO. Estas glosas demuestran que IRNERIO conocía ya casi todo el *Corpus Iuris*. Él fue también quien sustituyó un extracto de Las *novelas* de JUSTINIANO por el texto mismo de las *Novelas*; como fue también él, en unión de sus discípulos, quien completó el texto del *Código*, que hasta entonces solo

8 La copia de la compilación de Justiniano fue descubierta cerca de 1080. Los textos del Derecho romano empezaron a estudiarse en varias ciudades de Italia y de otros países a finales del siglo XI. Solían reunirse estudiantes y contratar a un maestro, para que les explicara durante un año. Irnerio comenzó a enseñar en Bolonia cerca de 1087. Se calcula que en los siglos XII y XIII la escuela de Bolonia llegó a tener entre 1000 y 10 000 estudiantes. La mayoría eran extranjeros. Estos se unieron en naciones sobre la base de su origen étnico y geográfico; franceses, picardos, provenzales, alemanes, anglos, españoles y otros. Luego se unieron en dos cuerpos corporativos o gremios, uno de los cuales comprendía a todos los estudiantes de los Alpes hacia el norte, y otro a todos los de allí hacia el sur; cada uno de esos grupos estaba organizado en forma de universitas. Los profesores no eran miembros de la universitas estudiantil. Bolonia fue arquetipo de la institución medieval de alta cultura, dominada por estudiantes, en contraste con la universidad, dominada por el cuerpo de docentes, que poco después se fundaría en París. A la postre el nombre de “universidad” acabó por darse a todas esas instituciones. Los profesores del gremio estudiantil formaron su propia asociación, el colegio de maestros, con derecho de examinar candidatos al doctorado. El grado de doctor era una admisión a la profesión docente (BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, ob. cit., traducción por Mónica Utrilla de Neira, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 133 y ss.).

se conocía por medio de extractos. Sobre este dominio completo del círculo entero de las fuentes sigue descansando todavía hoy, indirectamente, el dominio sistemático del Derecho romano⁹. ACURSIO (1182-1260) publicó una compilación de las glosas denominada *Glosa grande*.

El *Corpus Iuris Civilis* fue considerado texto sagrado, la *ratio scripta*. Los glosadores (Irnerio, Bulgarus, Ugo, Jacobo Martinus y otros) restituyeron los textos romanos y crearon una metodología de análisis y síntesis.

La obra de los glosadores fue formal, filológica, de corrección de libros antiguos sobre la base de otros, a fin de ordenar la vida presente. Revela los rasgos de la ciencia de aquella época: el *escolasticismo*. Los glosadores hicieron sutiles análisis y amplias clasificaciones que dieron lugar al surgimiento de obras en que se colecciónaban: distinciones (*distinctiones*), disputas (*dissensiones*), cuestiones jurídicas no destinadas a la enseñanza (*quaestiones*), hechos legales (*casus*), principios jurídicos (*brocardica*), contradicciones (*contrarietates*), además de glosas y comentarios en torno a las secciones de los libros jurídicos (*apparatus* y *summae*). El espíritu de los glosadores fue sutil; amaban las disputas y distingos inútiles, aplicaban esquemáticamente las formas mentales antes señaladas. Era “un espíritu que creía ciegamente en la autoridad: así como la medicina escolástica consistía en comentar las obras de los médicos antiguos y arábigos, sin cotejar para nada la realidad, la jurisprudencia escolástica limitábbase a interpretar las obras de Justiniano y de los juristas extractados por él, palabras escritas hacia ya más de mil años, esforzándose en aplicarlas a un presente totalmente cambiado”¹⁰.

229. Escuela de los posglosadores

A comienzos del siglo XIV, surge en Italia la escuela de los *posglosadores*, llamada también la *escuela de los prácticos*, comentadores o consultores. El fundador de la escuela fue Bartolo de Sassoferato (1314-1357) que profesó en Pisa, y fue seguido por Juan Andrés Baldo de Ubaldis y Nicolás de Tudeschi. Estos últimos comentaron también el Derecho canónico, que se había ido completando hasta formar a principios del siglo XVI el *Corpus iuris canonici*.

Apartándose de la glosa literal a los textos romanos, trataron de llegar, mediante sus comentarios, a formular principios jurídicos y a elaborar construcciones que superaran al Derecho antiguo. La actividad de consultores o dictaminadores les permitió ponerse en contacto con las nuevas concepciones jurídicas, las nuevas

9 RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, ob. cit., p. 101.

10 *Ibid.*, p. 102.

relaciones y necesidades, por lo cual se abocaron a la tarea de adaptar el Derecho romano a las concepciones, relaciones y necesidades de los tiempos nuevos. Hicieron del Derecho romano un nuevo Derecho aplicable a la realidad. No se limitaron a transformar las normas del Derecho romano bajo la inspiración del pensamiento jurídico germánico, canónico y neolatino, sino que, además, adentrándose en este tesoro del pensamiento jurídico, reestructuraron o crearon casi *ex novo* ramas como las del Derecho internacional privado, la teoría de las corporaciones, los rasgos fundamentales de la teoría del Estado, la teoría general del Derecho penal y del procedimiento criminal.

La influencia del movimiento naturalista que desde el siglo XIII se extiende por todos los pueblos y todos los campos de la cultura, atenuó en los posglosadores el método escolástico.

230. Escuela jurídica humanista

Desde fines del siglo XV, primero en Italia y luego con el Renacimiento en Francia y Alemania, el finalismo escolástico cede el puesto a la escuela jurídica humanista, que da paso, en el siglo XVII, a un finalismo racionalista, bajo el nombre de derecho natural o derecho de la razón.

En sus inicios, los humanistas¹¹ trataron de reconstruir el antiguo Derecho romano en sus formas puras. En los siglos XIV y XV los humanistas franceses trataron de construir una ciencia jurídica sistemática de base histórica y filosófica, mientras que los humanistas italianos continuaron con el método de los posglosadores, que era exegético y que configuraba a la jurisprudencia como una actividad analítica y fragmentaria. La Iglesia católica tomó posición a favor de los humanistas italianos. Los franceses se vincularon con el protestantismo y el calvinismo y en el siglo XVI dieron lugar a la escuela de los cultos.

El movimiento humanista del Derecho, cuyo precursor es el italiano Andrés ALCIATO (1492-1540), se preocupa por el conocimiento de los textos antiguos, pero no solo en su forma literal como los glosadores, sino que trata de investigar el sentido que tenían originalmente, recurriendo para ello a la historia, a la filología, etc.

11 Se denomina *humanistas* a los iniciadores y partidarios del movimiento renacentista, que a partir de mediados del siglo XV resucitó el interés por el conocimiento de la cultura clásica griega y romana. En materia de Derecho, los humanistas se especializaron en estudios de historia de las instituciones jurídicas y filosofía del Derecho. Se citan como precursores del humanismo jurídico a Petrarca y Boccaccio y se menciona como auténticos humanistas jurídicos a Andrés Alciato (1492-1550), profesor de la Universidad de Pavía y Bolonia, al francés Guillermo Budé (1467-1560), autor de unos comentarios de las *Pandectas* el alemán Juan Ulrico Zacio, profesor de Friburgo, al español Antonio de Nebrija (1444-1522) y al francés Cuyacío o Cujas (1522-1590).

La nueva concepción del ser humano y de la vida de la filosofía del Renacimiento influyó en la concepción de la corriente humanista francesa, representada por Jacobo JUCACIO (1522-1590) y por Hugo DONEAU (1527-1591), caracterizada por su sentido histórico y realista.

Debido a la persecución religiosa, en los siglos XVII y XVIII, los cultos se trasladaron a Holanda y prevalecieron en el iusnaturalismo, por conducto de GROCIOS y más adelante en SAVIGNY. Los cultos trataron de construir una ciencia del Derecho afianzada en criterios puramente racionales.

La recepción del Derecho romano en Alemania empezó desde el siglo XIII, pero es a finales del siglo XV cuando los juristas alemanes lo adoptaron como un Derecho común. Los alemanes no aportaron nada; eran hombres prácticos que no rehuían, cuando lo consideraban oportuno, uno que otro adorno humanístico o dialéctico-sistemático, pero, en general, permanecían fieles al *mos italicus*. Aceptaron el Derecho romano italiano modernizado por los posglosadores, con sumisión que llegaba al punto de que los pasajes no glosados de las fuentes no cobraban vigencia en Alemania. Fueron los juristas alemanes:

[Q]uienes, de este modo, gestaron aquel profundo resentimiento de despecho contra el Derecho romano, acumulado sordamente durante siglos, que explotó en la guerra de los campesinos y que habría de manifestarse de nuevo, siglos más tarde, al ponerse a la orden del día la creación del Código Civil alemán¹².

Durante los siglos XVII y XVIII se desarrolló una jurisprudencia alemana de gran altura, la del *usus modernus pandectarum*.

231. Escuela del Derecho natural

Frente al problema de la justificación del Derecho —dice ALZAMORA¹³— el espíritu humano ha adoptado tres actitudes teóricas: ha buscado un fundamento trascendente; se ha limitado al campo de los hechos sociales o históricos, o se ha apoyado en una legalidad puramente lógica. La primera actitud corresponde al *iusnaturalismo*; la segunda, al *positivismo* y al *historicismo*, y la tercera, al *formulismo*.

Para el *iusnaturalismo panteísta*¹⁴ (greco-latino), la ley natural es la ley eterna, anterior a cualquier ley humana, que rige el cosmos, *la polis* (o Estado) y el hombre.

12 RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, ob. cit., p. 108.

13 ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, 10.^a ed., Lima: Eddili, 1987, p. 320.

14 El panteísmo es un sistema que identifica a Dios con el universo; hay unidad entre la divinidad y el universo.

La violación de la ley natural produce desarmonía en el orden cósmico, en la *polis* o en el hombre, por lo cual requiere de una compensación. Por ejemplo, al excesivo calor hay que oponerle el frío; el que roba, por alterar la relación armoniosa entre los hombres, debe compensar su acto soportando la *vindicta*. La ley natural tiene su origen en el universo natural, es universal e inmutable y es conocida por medio de la razón humana. Su cumplimiento determina relaciones armónicas o justas y propende al bien en el cosmos. La conducta y las leyes producidas por los hombres deben ajustarse a la ley eterna; en caso contrario, habrá un mero ejercicio de la fuerza.

El *iustnaturalismo cristiano*. Para el cristianismo el universo es creado por un Dios único y trascendente al universo. Todo ser que no dependa de Dios es causado por él; nada hay que no dependa de Dios y, por lo mismo, Dios no halla nada fuera de sí y, por ende, saca de la nada todo lo que produce; o sea, es creador. El mundo procede de Dios; por consiguiente, el Derecho tiene su fundamento en Dios y es conocible por la razón. El hombre dotado de razón y de reflexión, puede conocer la senda que lo conduce a la perfección: la ley moral. Existe una íntima unión entre Derecho y moral; el Derecho no puede desvincularse de la justicia. Según Santo Tomás, Dios creó el universo de acuerdo con un plan: la *ley eterna* (fuera del tiempo). La *ley divina* guía al hombre a su fin último: la eternidad. La *ley natural* es una participación de la ley eterna y está destinada al hombre como ser terrenal, social, libre y racional. La *ley humana*, creada por el hombre para la solución de casos concretos, se deriva de la ley natural. Son características de la ley natural: la *unidad* (todos sus preceptos se orientan al bien común), la *universalidad*, la *inmutabilidad*, la *indelibilidad* (no es necesario que se traduzca a leyes escritas, por estar puestas en el corazón y en la mente de los hombres).

En contraposición al Derecho natural escolástico que considera que el Derecho tiene su origen en la voluntad de Dios, el *iustnaturalismo racional* considera que el Derecho tiene por fuente a la naturaleza humana (ser de naturaleza social) de la cual se deducen unos derechos o cualidades de carácter innato, inmutable, universal e inalienable, descubiertos por la fuerza de la razón, que permiten una ordenación de las relaciones sociales con justicia. El Derecho humano se justifica si materializa los principios del Derecho natural y es acatado no porque lo impone la fuerza del soberano, sino en cuanto se halla en armonía con los principios de justicia del Derecho natural.

Para el *positivismo* (Derecho puesto por el hombre), el Derecho es el conjunto de normas desprovistas de toda consideración sociológica, política, religiosa o ética, cada una de la cuales tiene su fundamento de validez en otra norma superior, y esta, a su vez, en otra más superior y así sucesivamente hasta que en último término todas se fundan en una “norma fundamental”: la Constitución, que por su parte recibe su

valor de una “norma originaria”, una especie de Constitución ideal aceptada por toda la comunidad: *norma hipotética fundamental*¹⁵.

Como expresa Ángel YAGÜEZ¹⁶, desde antiguo se ha preguntado el hombre por el fundamento del Derecho:

La clave de la cuestión ha sido siempre la de decidir si es preciso acatar las leyes humanas, tal y como de hecho son, por no existir otras por encima de ellas, o si por el contrario existen leyes superiores a las procedentes de la autoridad humana.

Muchas y variadas han sido las contestaciones, pero se pueden reducir a dos grandes corrientes: la que podemos llamar *idealista*, que agrupa a quienes entienden que existe un derecho superior y anterior a toda ley positiva humana, y la *positivista*, que afirma que el Derecho humano es un producto de la historia o del medio social, no existiendo otras leyes que no sean las vigentes en un lugar y en un momento dados. A continuación, veremos el desarrollo de la teoría del derecho natural; de la teoría positivista nos ocuparemos más adelante.

231.1. El iusnaturalismo grecoromano

La antigüedad del Derecho natural se identifica con la antigüedad de la filosofía.

La comunidad homérica (siglo VIII a. C.) fue agrícola y tribal. El rey de la tribu es juez de las disputas y jefe en la guerra. La vida se regula por la tradición y las costumbres encarnadas en tabúes. El derecho es mágico-religioso. Sobre los humanos reinan los dioses con Zeus a la cabeza, pero los dioses están también sometidos al destino. El poder cósmico domina a la naturaleza y a los seres humanos y se mantiene mediante el castigo. El universo no se gobierna por la ley causal, cuya idea no había nacido, sino por la ley del destino. El Sol no traspasaría “la medida de su sendero”, pero si lo hiciera, las diosas del destino, las *conellas* de la justicia, sabrían cómo encontrarlo. La decisión justa es la que da a cada uno lo suyo de acuerdo con la ley del destino. El rey recibe las revelaciones de Zeus (*themistes*) y hace de ellas el fundamento de sus

15 La idea de un *Derecho natural* proviene de la antigüedad, pero la noción de *Derecho positivo* se desarrolla en la Edad Media. Solo se tiene un ejemplo (en la antigüedad tardía) de la expresión justicia positiva, *iustitia positiva*. La expresión *legem ponere*, dictar una ley, de la que emerge el término *iuspositivum*, aparece en el siglo VI. Del *iuspositivum* se habla en una obra de Abelardo de 1140. Abelardo lo menciona como si se tratara de una expresión muy conocida. Es seguro que el término *iuspositivum* era de uso general en el siglo XIII. Abelardo define al Derecho positivo como aquel que ha sido instituido por el hombre por motivos de utilidad o de honor, o bien aquel que se basa únicamente en la costumbre o en la autoridad de los textos escritos (OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, Barcelona: Labor Universitaria, 1980, p. 15).

16 DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Una teoría del derecho (Introducción al estudio del derecho)*, 6.^a ed., Madrid: Civitas, 1993, p. 99.

decisiones (*dike*). La justicia es requisito para el bienestar y prosperidad de los pueblos. La insubordinación contra el orden cósmico es objeto de castigo por los dioses y el destino. Zeus es el guardián del Derecho y distribuye la prosperidad y la desdicha entre los justos y los injustos.

HESÍODO (siglo VII a. C.) describe los dorados frutos que aguardan al pueblo, cuyo rey observa el mandato de los dioses, y los desastres que caerán sobre el pueblo si su rey, cegado por la arrogancia, va contra la voluntad de aquellos. La violencia reina entre los animales, porque la ley que les dio Zeus es: “Devoraos los unos a los otros”, mientras que la ley de los hombres es la justicia. “Todo lo ve el ojo de Zeus y todo lo penetra y lo mira, y no se le escapa qué clase de justicia encierra una ciudad en sus muros... Y si alguno, conociéndolo, quisiera proclamar públicamente lo justo, a ese dará fortuna Zeus”.

En los pueblos primitivos, es tarea del rey obtener por ritos mágicos, cantos, danzas, sacrificios, que llueva, que la tierra dé frutos y que los animales se multipliquen. Si el hechizo no da resultado y la tribu es asolada por malas cosechas, inundaciones y otros desastres, se considera que el rey ha perdido poder y es condenado a muerte para ser reemplazado por un rey nuevo y mejor. En el mundo de Homero y Hesíodo, los actos mágicos por medio de los cuales se procura el bienestar de la tribu, no son ya simples ritos y sacrificios, sino actos de administración realizados por el rey en ejercicio de su poder jurisdiccional. No es tanto los encantamientos a los dioses, sino la obediencia a la voluntad revelada de estos y el cumplimiento de la ley cósmica por el rey lo que trae bendiciones para su pueblo. El rey debe juzgar de acuerdo con la moral y las costumbres tradicionales.

HERÁCLITO (¿540-480? a. C.), el filósofo del devenir y del cambio, atribuye al *logos* la calidad de ley divina inspiradora de las leyes humanas. En TALES empieza la filosofía como interpretación monística y dinamista del ser: lo múltiple es reconducido a la unidad y concebido como un desarrollo de su íntimo ritmo vital¹⁷. Todas las leyes humanas se nutren del uno divino y ese uno divino es el *logos* o el *cosmos*¹⁸. Todo está gobernado por una ley fundamental por un “logos divino común a todas las cosas”. El devenir de la naturaleza está regido por una razón universal a la cual el hombre debe sumisión en su actuar individual y social. “La virtud suprema y la ver-

17 FAGGIN, Giuseppe; Sofía VANNI-ROVIGHI; Giovanni SI NAPOLI y Carlo GIACON, *Historia de la filosofía*, t. 1, Madrid-Ciudad de México: Rialp, 1965, p. 26.

18 Heráclito dice: “Si se quiere hablar con entendimiento es necesario confiar en lo que es común a todos, así como la ciudad descansa en su ley, y aún más fuertemente; pues todas las leyes humanas son nutritidas por una única ley, la divina, cuyo poder se extiende según su deseo, basta para todo y a todos sobrepasa”. (LLANOS, Alfredo, *Los presocráticos y sus fragmentos*, Buenos Aires: Juárez, 1969, p. 117, en Russo, *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 34).

dadera sabiduría consisten en obedecer en las palabras y en los actos a la naturaleza, es decir, a este logos universal”; “todas las leyes se someten y deben someterse a esta ley divina que es común a todos”. El conocimiento sensible percibe lo diferente y el conocimiento racional reconoce la ley eterna. Toda cosa tiene su opuesto, el devenir nace de los contrastes, por lo cual puede afirmarse que la guerra es la madre de todas las cosas; pero el cambio está presidido por el *logos* (ley universal eterna) que armoniza los opuestos mediante síntesis superior de polaridades. De este *logos*, que es la ley divina, se nutren las leyes humanas¹⁹.

PITÁGORAS (¿580-500? a. C.) ve el universo como un todo ordenado y regido por principios de una justicia cósmica, que preside la generación y la disolución de los seres. Sensible al carácter de retorno periódico de la vida, de los cielos, de las estaciones, al ritmo ordenado de los sucesos naturales, a la armonía sensible e inteligible del universo, el pitagorismo definió al número como “esencia de las cosas”. La justicia es una relación aritmética, una ecuación o igualdad. La justicia es aquello que uno sufre por algo. Este concepto se aplica a la pena como a la prestación y contraprestación.

PARMÉNIDES (¿504-450? a. C.) atribuye a la justicia el sentido de ley universal que garantiza la inmutabilidad del ser.

La filosofía que se cultivaba en círculos cerrados con móviles desinteresados, con los sofistas se traslada a la vida pública. Los sofistas (procedentes de regiones periféricas del mundo helénico) intentaron destruir todo el sistema de valores sobre el que se asentaba la vida griega. Sobre la base de que “el hombre es la medida de todo”, negaron la existencia de normas fijas, la justicia como verdad universal, la *polis* como formación natural, la naturaleza social del hombre²⁰ y la verdad objetiva. Algunos sostienen que lo justo es aquello que place al más poderoso; si existiese una justicia por naturaleza todas las leyes serían iguales, lo cual no sucede en la realidad. No atribuyeron valor sagrado a la *polis*, ni la consideraron como depositaria de santas tradiciones; por el contrario, veían en ella un conjunto de instrumentos artificiales al servicio de los poderosos. Con sus críticas contra la sociedad y la oposición entre la ley y la naturaleza contribuyeron a hacer germinar la idea de los derechos del hombre²¹. Los sofistas trasladan la meditación a los problemas del hombre, con lo cual apareció la oposición entre lo justo según la naturaleza y lo justo según la ley, *pyhsis* y *nomos*.

19 LLAMBÍAS DE AZEVEDO, Juan, *El pensamiento del derecho y del Estado en la Antigüedad: desde Homero hasta Platón*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1956. TRUYOL Y SERRA, Antonio, *Historia de la filosofía del Derecho; de los orígenes a la Baja Edad Media*, Madrid: Revista de Occidente, 1954. RECASÉNS SICHES, Luis, *Iusnaturalismo*, t. xvi, Buenos Aires: Enciclopedia Jurídica Omeba, 1961, p. 986 y ss.

20 FAYT, Carlos S., *Historia del pensamiento político*, Buenos Aires: Plus Ultra, 1973, vol. I (Grecia), p. 21.

21 RECASÉNS SICHES, *Iusnaturalismo*, ob. cit., p. 973.

PROTÁGORAS DE ABDERA (n. hacia el 480 a. C.) compendia el espíritu de los nuevos tiempos: “El hombre es la medida de todas las cosas, de las cosas que son y de las que no son”. Cada individuo tiene una visión propia de la realidad. El pensamiento humano es incapaz de alcanzar la verdad única e infalible. El mundo no es el cosmos traslúcido, completamente abierto ante la mente para que esta lea en él los números de un orden profundo, sino que viene reducido a fenómeno en relación con el sujeto que piensa y siente²². De esto se deduce que la justicia no es absoluta sino relativa.

Para los sofistas Trasímaco, Calicles, Hippias y Alcidamas, existe un Derecho natural con el que no siempre coinciden las leyes de los pueblos, debido a que, según tales leyes, lo justo es “aquello que place al más poderoso” (Trasímaco) o son una barrera puesta por los débiles contra aquellos, es decir, el Derecho positivo es una cortapisa artificial de libertad natural, bajo cuyo imperio la fuerza aseguraría una auténtica y legitimada jerarquía, propugnando así el Derecho natural del más fuerte (Calicles). Alcidamas proclamó que la divinidad ha creado libres a todos los hombres y que la naturaleza no ha hecho a nadie esclavo. HIPPIAS afirma que todos los hombres son hermanos entre sí, por lo cual condena la distinción entre griegos y bárbaros.

Los sofistas —expresa RECASÉNS SICHES²³—, con independencia de los propósitos que los anima y de la frivolidad que inspiran muchas de sus actuaciones, lanzaron tres pensamientos importantes que en la historia de las ideas políticas y jurídicas tuvieron largo alcance:

- 1) La idea de que las leyes positivas vigentes servían a los intereses de las clases dominantes y representaban creaciones puramente artificiales.
- 2) La idea de la libertad y de la igualdad natural de todo ser con rostro humano, y, consiguientemente, la idea de los derechos del hombre en tanto que tal y de la *civitas* —la ciudad universal—, la idea de la humanidad que trasciende los confines de la *polis*.
- 3) La idea de que el Estado, la *polis*, es una realidad accidental que tiene su origen en un contrato libre, lo cual lleva a imaginar un supuesto estado de naturaleza previo a la organización política, estado de naturaleza en el cual regiría solamente una especie de Derecho natural.

Los pensadores de la Grecia clásica dividieron los fenómenos observados en “naturales” y “artificiales”. Los correspondientes términos, introducidos al parecer por los sofistas en el siglo v a. C., son: *physei* (“por naturaleza”), *nomo* (“por acuerdo”) y *thesei* (“por decisión deliberada”). Se contraponen los objetos con existencia independiente a los que son producto de la acción humana; y también los objetos que

22 FAGGIN et. al., *Historia de la filosofía*, ob. cit., p. 47.

23 RECASÉNS SICHES, *Jusnaturalismo*, ob. cit., p. 974.

son independientes del designio humano con los que de él proceden. El uso de dos vocablos de significado algo diferente para expresar los fenómenos artificiales, condujo a una confusión en la que cualquier autor podía argüir que cierto fenómeno es artificial por ser resultado de la acción humana, mientras que otro podía calificarlo de natural por ser resultado del humano designio. En el siglo II d. C., Aulio Gelio, gramático latino, tradujo los términos *physei* y *thesei* por *naturalis* y *positivus*, vocablos de los que se deriva el Derecho natural y el positivismo jurídico. Los escolásticos medievales advirtieron la existencia de una categoría intermedia de fenómenos que son “resultado de la actividad humana pero no del designio humano”. Para los escolásticos tardíos, los jesuitas españoles del siglo XVI, el vocablo *naturalis* se empleó para designar a aquellos fenómenos que no son producto de creación deliberada. Con el racionalismo constructivista de los siglos XVI y XVII cambió el sentido de la palabra “razón” y de la expresión “ley natural”. El término “razón” que hasta entonces significó la capacidad de la mente para distinguir entre el bien y el mal, es decir, entre lo que concordaba o no con las normas establecidas, vino a significar la facultad que permite al hombre deducir el contenido de las normas a partir de premisas explícitamente establecidas. El concepto de “ley natural” fue asimilado al de “ley racional”. Este nuevo Derecho natural de carácter racionalista, propugnado por Grocio y sus sucesores, compartía con sus detractores positivistas la idea de que toda ley es necesariamente producto de la razón o, por lo menos, que puede ser justificada en su totalidad mediante ella, con la única discrepancia de que, según la primera, la ley puede ser derivada en forma lógica de premisas establecidas *a priori*, mientras que para los positivistas la ley es siempre construcción deliberada basada en el conocimiento empírico de sus efectos en relación con determinados objetivos que los seres humanos desean conseguir²⁴.

SÓFOCLES, en su obra *Antígona*, relata la adhesión de la heroína Antígona a la idea de la preeminencia del Derecho natural sobre la ley humana o positiva:

Yo no he creído que tu decreto tuviese fuerza suficiente para dar a un ser mortal poder para despreciar las leyes divinas, no escritas, inmortales. Su existencia no es de hoy, ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe a qué tiempo remontar [...]

SÓCRATES (469-399 a. C), considerado por sus discípulos “el mejor de los hombres”, no dejó obra escrita, sus obras están expuestas principalmente en los diálogos de Platón. Su máxima dice: “Conócete a ti mismo”. Fue enemigo de los sofistas, pero coincidió con ellos en cuanto a considerar que los viejos dogmas estaban sepultados en el pasado y que la vía apropiada para llegar al conocimiento de la verdad es la razón, sin ataduras con la tradición ni con la religión. Creyó en la naturaleza social del hombre, en la *polis* como formación natural y necesaria, en la moral, en la justicia y

²⁴ HAYEK, *Derecho, legislación y libertad*, vol. I, p. 50 y ss.

en la ley como expresión de la razón, sin ataduras con la tradición ni con la *religión*²⁵. Distingue entre lo que es producto inseguro de los sentidos y lo que es producto de la razón, en la cual encontramos conocimientos necesariamente iguales y válidos para todos. Por encima del mundo empírico, que es objeto de opiniones contradictorias, existe la unidad del mundo inteligible que es objeto de la razón. Admite la existencia de leyes absolutas cuyo conocimiento lleva a la práctica del bien y de la justicia. La ciudad y las leyes positivas son realidades éticas que todo hombre debe respetar, aun cuando sean injustas, por ser indispensables y necesarias para la existencia humana. El hombre bueno debe obedecer aun las leyes malas, para no estimular al hombre malo a violar las buenas; pero ello no implica que no se pueda y aun se deba distinguir entre leyes justas e injustas. El cumplimiento de las leyes injustas y el acatamiento de los fallos, inclusive cuando estos son injustos, es preferible a la anarquía. El dio testimonio de esta creencia con el holocausto de su propia vida cuando, acusado de haber introducido nuevos dioses y de haber corrompido a la juventud, fue condenado a beber la cicuta, sufriendo serenamente la muerte, que tuvo a su alcance evitar, pues sus discípulos le proporcionaban la posibilidad eficaz de fugarse.

Consideró que hay entre la *polis* y los ciudadanos una especie de convenio tácito por el cual el ciudadano debe obediencia a cambio de la protección que recibe de la *polis*. El Estado es una realidad ética fundada en el orden divino de las cosas, que no puede quedar anulado por la injusticia accidental que él mismo pueda cometer.

PLATÓN (427-347 a. C.), en sus obras *La república*, *El político* y *Las leyes*, se refiere a la política. Mientras Sócrates creía que la verdad es un producto de la razón individual, Platón, por el contrario, sostiene que la verdad es un concepto abstracto accesible a los individuos que poseen facultades excepcionales. La doctrina de Sócrates conduce a la libertad e igualdad política, y la de Platón a la sujeción del individuo al gobierno de los mejores.

En el Estado existen tres clases: los *artesanos y labradores*, que tienen por virtud a la templanza y su fin en el Estado es satisfacer la necesidad de vivir; los *guerreros*, cuya virtud es el valor, tienen por misión la defensa del Estado; y los *magistrados*, que tienen por virtud a la prudencia y por misión gobernar.

La virtud fundamental del Estado es la justicia, que, al mantener a cada uno en su puesto, conserva el orden y la unidad del Estado.

El gobierno perfecto es el aristocrático (el gobierno de pocos, de los filósofos), pero este es sustituido por la timocracia (gobierno de los guerreros), y esta por la oligarquía (gobierno de los ricos), la que a su vez es reemplazada por la democracia, que es el gobierno de los que aman el placer, el cambio y la libertad, que quieren

25 FAYT, *Historia del pensamiento político*, ob. cit., p. 21.

establecer la igualdad entre cosas desiguales. La democracia perece por sus excesos en manos de algún hombre audaz, que se pone a la cabeza del pueblo para defender la democracia, y “del trono de estos protectores del pueblo nace el tirano”; el pueblo cambia su libertad por “la más dura y amarga servidumbre”. El tirano solo merece aversión y desprecio (*La república*). Si el gobierno se sujet a la ley, la mejor forma de gobierno es la monarquía, y en orden decreciente, la aristocracia, la democracia y la oligarquía. La peor forma de gobierno es la tiranía, gobierno de uno, no sujeto a la ley y, por lo tanto, opresivo y cruel. El gobierno del pueblo, si respeta la ley (democracia moderada), es conveniente, pero si se aparta de la ley (democracia extrema), se convierte en opresiva como la tiranía (*El político*). La monarquía se funda en el principio de autoridad, y la democracia en el principio de libertad. Esos principios deben restringirse a sus justos límites:

[L]a monarquía a la libertad y la democracia a la obediencia; “no se necesita ni demasiado poder ni demasiada libertad”. Platón, siguiendo el ejemplo de Solón, quiere reunir en una sola Constitución las ventajas de la monarquía y de la democracia (*Las leyes*).

La piedad, la valentía y la discreción son virtudes inseparables de la vida en comunidad. La ciencia del Estado y del gobierno, la que concierne a la discreción y a la justicia, es la más alta y más hermosa forma de pensamiento. Su meditación sobre la justicia, el Derecho y el Estado es motivada por la conciencia de la abominable monstruosidad de la que fue víctima su maestro Sócrates al ser condenado por los jueces de Atenas. Afirma que por encima de las leyes y de las sentencias humanas hay criterios mucho más altos de validez absoluta; desdeña hasta cierto punto las normas del Derecho positivo y se lanza a la búsqueda de un criterio absoluto, esto es, la idea de justicia. Contrapone la ley verdadera a la ley positiva. La primera es la idea de la ley y la segunda la imagen o sombra de aquella. La ley verdadera es la medida de la ley positiva y criterio de su rectitud; la justicia es la medida de las leyes positivas.

El gobernante debe buscar y contemplar la justicia ideal; por ello, los reyes deben ser filósofos, a fin de que en el mismo sujeto coincidan la sabiduría y el poder político, único modo de poner término a los males que afligen a los Estados, y, por extensión, al género humano. Todos los problemas prácticos o técnicos, políticos o jurídicos, quedarán resueltos cuando los gobernantes hayan llegado a percibirse de la idea de justicia y comprender sus consecuencias. El Estado está regulado por la justicia, lo cual significa la armonía de todas las partes; “no hay más leyes verdaderas que las que tienden al bienestar general del Estado; que las leyes, que solo tienen por objeto el provecho de algunos, son propias de las facciones y no de los gobiernos; y que lo que

en este caso se llama justicia, no es más que una vana palabra”²⁶. La justicia es idea de unidad y armonía, por la cual debe suprimirse en los estamentos superiores todo motivo de antagonismo y desavenencia. En el Estado ideal de Platón los gobernantes no legislan: educan, crean hábitos y costumbres. La política se identifica con la moral. El verdadero Derecho vive en el mundo de las ideas, y las leyes positivas no pueden pretender ser valiosas sino en la medida en que participen de la idea de la ley justa. El legislador debe contemplar el mundo de las ideas, en donde habita la esencia de la ley inmutable y eterna, e inspirarse en él para la organización de la vida.

Dios es el principio, el medio y el fin de todos los seres; la justicia le sigue, dispuesta siempre a castigar a los infractores de la ley divina. El que quiera ser dichoso debe abrazarse a ella, siguiendo humilde y moderadamente sus pasos²⁷. La justicia es pauta axiológica para el Derecho positivo y es el principio sobre el cual está fundado el Estado. La justicia es el deber universal según el cual cada individuo debe ejercer su función, únicamente aquella para la cual la naturaleza le concedió la mejor aptitud. La justicia es el origen y la conservación de todas las demás virtudes, es un valor total, la pauta que debe seguir el legislador, el magistrado y el ciudadano en general. El hombre justo es a la vez el hombre bueno, el hombre moral.

El Estado es el ser perfecto que se basta a sí mismo y todo lo domina. El fin del Estado es universal porque comprende en sus atribuciones la vida de todos los individuos. El Estado tiene por fin la felicidad de todos mediante la virtud de todos. Él rige la actividad humana en todas sus manifestaciones y promueve el bien en todas sus formas. El poder del Estado es ilimitado. Todo cae bajo su competencia. La educación del hombre en general, y sobre todo del gobernante, es un asunto público; por eso, las instituciones dedicadas a ese fin requieren de una reforma radical. El hombre justo solo se puede dar en el Estado justo. PLATÓN exalta el valor de la *polis* y la importancia del bien común. Se debe hacer el mejor Estado posible que realice la justicia, la ética y la felicidad del hombre.

Para Platón, la ley verdadera es la idea de la ley. La ley positiva es la sombra de aquella.

ARISTÓTELES (384-322 a. C.) nació en Estagira. Entre sus obras conocidas figuran su *Tratado de lógica u Organón*; *Metafísica*; *Ética a Nicómaco*; *La Política*; *Constitución de Atenas*; *Retórica*, etc. Su método de trabajo fue el inductivo, empírico, basado en la observación que le permite inferir conclusiones extraídas de la experiencia y no del puro razonamiento. Nunca se apartó de la experiencia como fuente de conocimiento: “Tengamos presente que no debe desestimarse la experiencia de los tiempos” (*La política*).

26 PLATÓN, *Las leyes*, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1967, p. 184.

27 PLATÓN, *Las leyes*, ob. cit., p. 185.

La polis es la comunidad perfecta y natural de convivencia política. “El Estado es un hecho natural; el hombre es por naturaleza un animal político destinado a vivir en sociedad, y el que no forme parte de ninguna *polis* es una bestia, o un dios”.

El mejor gobierno es el gobierno de la ley y no el gobierno de los hombres, encarnado en el gobernante sabio. La ley es la razón desprovista de pasión, que asegura la libertad e igualdad del gobernado frente al gobernante. El gobierno que se funda en la ley se orienta en interés del bien general y no en interés de una clase o individuo y no tiene como único soporte a la fuerza. Así como el hombre perfecto es el mejor de los animales, de parecida manera cuando se aleja de la ley y de la justicia, es el peor de todos.

La ley, por haber sido creada por la asamblea, tiene un caudal de experiencia que supera a la de cualquier legislador, por sabio que este sea. La ley debe ser suprema, preferible a la fuerza o al gobierno personal. Como no toda ley es buena, el estagirita considera al gobierno de la ley como el menos malo de los gobiernos posibles de un Estado.

La Constitución es una forma de vida y el orden de las magistraturas, y la ley regula la actividad de los magistrados. Influyen en la Constitución Política de un Estado las clases sociales y las asociaciones de agricultores, artesanos y mercaderes, así como la familia; por eso hay varias clases de gobierno que responden en cada caso concreto a condiciones especiales. La mejor forma de gobierno es la democracia moderada que tiene como base social a la clase media y como principios el equilibrio, la estabilidad y el orden. *La polis* es anterior a las otras comunidades que le dieron origen. Es una reunión de familias y aldeas para hacer posible la vida buena. Pero se distingue de las comunidades por la autarquía (reunión de todas las condiciones para la vida civilizada). Las familias y las aldeas son anteriores en el tiempo, pero *la polis* es anterior “por naturaleza”, entendiendo la expresión en cuanto a la plenitud de medios para la vida civilizada. Aristóteles es el representante del justo medio y su democracia moderada es el compromiso entre la élite y la masa²⁸.

Sostiene Aristóteles que la ley natural se origina en lo justo por naturaleza. El bien es la plena realización de la esencia de un ser. El sumo bien es la felicidad producida por la virtud. El Estado es una unión orgánica perfecta, que tiene por fin la virtud y la felicidad universal. El hombre realiza sus posibilidades naturales en la *polis*; es hombre en la medida que es animal político; fuera de la *polis* solo cabe imaginar un superhombre o un infrahombre. *La polis* es la comunidad de hombres libres; solamente en ella es posible la vida humana buena y con plenitud, lo cual corresponde a la esencia del hombre como animal racional. El Estado regula la vida de los ciudadanos (que no pertenecen a sí mismos sino al Estado) mediante leyes generales, excluyendo así la arbitrariedad y estableciendo el principio formal de igualdad.

La ley suprema de la moralidad realiza la esencia: la naturaleza. Lo justo por naturaleza varía en la medida en que cambian las realidades a que este criterio de justicia es referido. Para Aristóteles —como observa RECASÉNS SICHES²⁹—, lo natural no es expresión de una realidad fenoménica regida por leyes causales inmutables, sino que tiene un concepto ideológico, valorativo, finalista, aquello en lo cual la forma, en tanto principio finalista, triunfa sobre la resistencia de la materia. Una de las consecuencias de esa concepción teleológica de lo natural como forma es que, al irse realizando progresivamente en los fines, brotan nuevas exigencias de la justicia natural. Aristóteles aceptó la variedad y la mutabilidad no solo de lo justo por ley y por convención, sino también de lo justo por naturaleza. Lo justo por naturaleza responde a la naturaleza, a la esencia de las relaciones humanas, pero al especificarse tal naturaleza en una multiplicidad variada y cambiante de situaciones, entonces la exigencia de esa naturaleza esencial puede ser diferente en los diversos casos. En tales casos lo que puede ser cambiado es el Derecho positivo, que especifica las exigencias de la justicia natural en relación con cada situación. La diversidad y el cambio pertenecen al Derecho positivo, pero encuentran su fundamento en lo justo natural. El Derecho positivo debe ser la realización del Derecho natural, debe consistir en la aplicación de la idea universal de justicia a las circunstancias concretas. La idea inmutable del Derecho se diversifica en la ley positiva. El Derecho natural da al Derecho positivo su sentido, su fin, su base ética de obligatoriedad.

En realidad, para ARISTÓTELES, lo que es natural es a un mismo tiempo moral; la esencia es inmutable. Lo justo es por naturaleza o según la ley. La ley natural se origina en lo justo por naturaleza, es universal e inmutable. La ley positiva nace de la voluntad del legislador y debe ser la expresión de la ley natural. Esta es inmutable y tiene el mismo valor en todas partes, independientemente de la ley positiva que la expresa. La ley positiva, por el contrario, varía con los pueblos y el tiempo. Ella debe ser la expresión de la ley natural, ya que es la aplicación de la idea universal de justicia a las circunstancias concretas de la vida colectiva. Toda ley positiva es un ensayo más o menos feliz, de realización de la ley natural. Pero esta es la que da a la ley positiva su sentido, fundamento y finalidad. La noción de equidad, expresión de lo justo natural en relación con el caso concreto, se explica por la inadecuación entre la ley positiva y el Derecho ideal; con la equidad se corrige la ley positiva general para adecuarla al Derecho natural. Siendo expresión de la naturaleza humana, este es el mismo para todos los hombres, no habiendo uno propio de los atenienses civilizados y otro peculiar de los bárbaros. En suma, Aristóteles distinguió en el Derecho una parte mudadiza y otra constante; aquella parte que se deriva de la naturaleza sería común a todos los Estados, y aquella parte fundada sobre la oportunidad o condiciones accidentales de cada Estado, sería específica de este o aquel Estado.

29 RECASÉNS SICHES, *Iusnaturalismo*, ob. cit., p. 798.

Para ARISTÓTELES, la justicia es un principio de igualdad que se aplica de varias maneras. Por eso, la justicia es de varias clases: *justicia distributiva*, que se aplica al reparto de honores y bienes, según la cual cada asociado debe recibir en proporción adecuada a sus méritos, pues no es posible que se dé trato igual a méritos desiguales. La *justicia rectificadora* o igualadora o sinalagmática (los escolásticos la llamaron *comutativa*) de aplicación a las relaciones civiles y penales, consiste en que debe haber una cierta equivalencia entre las prestaciones contractuales, entre el daño y la ganancia, entre el delito y la pena.

231.2. El iusnaturalismo panteísta

La escuela estoica³⁰, fundada por Zenón de Citio (334-262), presenta tres etapas: la representada por Zenón de Citio, Cleantes y Crisipo (280-204); el estoicismo medio de Panecio y Posidonio (135-51); y el estoicismo romano de Cicerón, Séneca (4 a. C.-65 d. C.), Musonio Rufo, Epicteto y Marcó Aurelio (121-80). Para los estoicos la filosofía se divide en tres partes: *física, lógica y moral*. Superior a la ciencia por su visión sistemática y universal, la filosofía es el arte necesario para llegar a la sabiduría, que es la “ciencia de las cosas divinas y humanas”: la virtud es su fin supremo. Dios es el *logos*, espíritu que penetra toda cosa viviente; es como un germen que tiene en sí todas las razones de los seres que existen, existieron y existirán; por eso es providencia, necesidad, destino y tensión inmanente a los organismos vivientes; en los minerales es principio de cohesión, en las plantas es potencia vegetativa, sensibilidad en los animales, razón en el hombre. La multiplicidad de nombres que tiene Dios expresa los varios aspectos de su potencia. Dios es uno solo. El naturalismo panteísta de los estoicos mina las bases del politeísmo tradicional. El cosmos es divino; el mal no es menos providencial y necesario que el bien. El universo está regido por el *logos* inmanente divino y el hombre es el único entre los seres vivientes partícipe consciente de la racionalidad cósmica: tiene el deber de conformarse con ella. El sumo bien consiste en vivir conforme a la naturaleza. La virtud es la razón perfecta³¹.

Los estoicos griegos desarrollaron con mayor rigor la doctrina anterior de los llamados “cínicos” (Antistenes, Diógenes), para quienes la virtud consiste en el bien, la modestia, la continencia y el contentarse con poco. El hombre prudente y sabio tiene pocas necesidades, se preocupa por la ley de la virtud y no presta atención a las leyes humanas. El hombre virtuoso no es extranjero en ninguna parte. Para los estoicos griegos, la recta razón impone al hombre sabio vencer las pasiones y liberarse de las influencias externas, para obtener la libertad auténtica.

³⁰ FAGGIN et. al., *Historia de la filosofía*, ob. cit., p. 127 y ss. Russo, *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, ob. cit., p. 42 y ss.

³¹ *Ibid.*

La recta razón es la ley natural que rige el cosmos, que lo anima, estructura y desarrolla. Equiparan el universo a una gran ciudad (*civitas máxima*), reconocen la existencia de un alma del mundo que contiene las razones seminales (*logos spermatikoi*) que informan la realidad de la que participan todos los hombres, por lo cual estos son iguales. Para los estoicos el universo implica un orden; el orden es la expresión de una razón universal y eterna que rige el cosmos, razón que coincide con la ley eterna que rige el cosmos, la *polis* y el hombre. El primer deber de todo hombre es seguir a la naturaleza, porque esto equivale a vivir según razón y contribuye a mantener la armonía del universo. El orden en el universo se regula por una autocompensación de fuerzas, en la *polis* por el equilibrio entre las clases sociales, y en el hombre mediante el equilibrio entre el alma y el cuerpo³². Todos los hombres participan por igual del logos divino que dirige y anima el cosmos; todos los hombres son iguales; todos son ciudadanos del mundo, todos tienen alma y dignidad y están dotados de libertad original; porque los hombres forman una comunidad universal más allá de los límites de la organización política, hay un Derecho natural también universal.

La vindicta contra el que altera las relaciones entre los miembros de la *polis* es el medio para restituir el orden originario. La ley dispone una relación justa, armónica y buena, establece la forma de comportarse para estar en armonía consigo mismo, con los demás y con el universo, y dispone un sistema de compensación o restitución de la armonía mediante el castigo (vindicta) a quien la viole; al mal se castiga mediante la aplicación de otro mal.

La doctrina estoica —dice REALE³³— tiene importancia por la influencia que ejerció en los juristas romanos, por mediación de PANECIO y POSIDONIO, que propagaron el estoicismo en el mundo romano del s. I a. C. Los principios de ZENÓN y CRISIPO, acerca del deber que tiene todo ser humano de vivir en conformidad con la naturaleza y la razón, pasaron a informar la jurisprudencia en Roma. De acuerdo con su concepción panteísta, los estoicos no diferenciaban las leyes naturales de las que rigen la conducta humana; esto explica que UPLIANO conciba al *ius naturale* como aquel que la naturaleza enseña a todos los animales, *quod natura omnia animalia docuit*.

Marco TULIO CICERÓN (106-43 a. C.), jurista, político y orador, en sus libros *De república* y *De legibus* expone su pensamiento sobre la naturaleza del Estado, el Derecho, la ley y la justicia. Sostiene que la ciencia del Derecho no nace de la *Ley de las XI Tablas* ni de los edictos de los pretores, ni de la voluntad del pueblo en las asambleas, sino de la existencia en los hombres de una razón común; no ha sido constituida por convención, sino por naturaleza³⁴.

32 Russo, *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, ob. cit., p. 43.

33 REALE, *Introducción al derecho*, 6.^a ed., Madrid: Pirámide, 1984, p. 145.

34 “Es necesario obrar de tal manera de no contrariar en absoluto a la naturaleza universal, y, sin embargo, aun respetándola, seguir la nuestra, por la cual, aunque haya otra de mayor peso y mejores, podemos, sin embargo, medir nuestros esfuerzos con la regla de nuestra naturaleza, pues es necesario no contrariar a la

La filosofía —dice CICERÓN— descubre la ley natural, que tiene como fuente la razón misma y que es común a todos los hombres y a todas las épocas. La ley natural se llama también ley eterna. La ley natural para ser válida no necesita ser promulgada por el legislador. Ella confiere legitimidad a la ley positiva como *ratio summa insita in natura; non scripta, sed nata lex; vera lex, recta ratio, naturae congruens*. Definió al Derecho natural como “un Derecho universal que responde a la naturaleza racional y social del hombre”. La razón es la ley y la ley justa del Derecho. Este, como la razón, es universal, eterno e invariable. Lo justo reside en la verdad; y la verdad no es otra cosa que la naturaleza perfeccionada de la razón. La razón, el Derecho y la ley se encuentran por encima de los Estados. Los principios del Derecho natural de justicia y de razón son supremos y universales³⁵.

Lucio ANNEO SÉNECA (¿4?-65) es otro estoico que condenó la esclavitud porque *homo sacra res hominis* (el hombre es sagrado para el hombre). La naturaleza ha puesto en nosotros, que hemos nacido iguales de hombres iguales, un amor recíproco y ha hecho de nosotros compañeros; nos ha infundido las ideas de la justicia y la equidad.

Los juristas romanos reconocieron al Derecho natural como modelo y pauta del Derecho positivo. ULPIANO extendió el concepto de Derecho natural de los hombres a los animales y los demás seres vivientes, como aquel *prima naturalia* de los estoicos, que se traduce en el instinto de conservación. Expresaba el gran jurista romano: *Ius naturale est quod natura omnis animalia docuit*.

GAYO (siglo II), autor de *Institutas* que sirvieron de base a las de JUSTINIANO, identificó al Derecho natural con el Derecho de gentes reconocido por los romanos a todos los pueblos del mundo. PAULO definió al Derecho natural como aquel *quod semper bonum aequum est*. ULPIANO encuentra el fundamento del Derecho natural en la naturaleza física del hombre, que le inspira, como a todos los seres inferiores, el instinto de la propia conservación. GAYO encuentra la base del Derecho natural en el consentimiento de todos, y PAULO trató de darle una base metafísica e ideal.

231.3. El *iusnaturalismo* cristiano

La filosofía cristiana se inspiró en la filosofía griega y en la jurisprudencia romana para crear un sistema de Derecho natural teológico.

SAN AGUSTÍN (354-430 d. C.) fundamenta el orden del universo en la *ley eterna* que significa la razón suprema y voluntad de Dios que manda respetar el orden natural y prohíbe perturbarlo. La *ley eterna* es para la naturaleza inanimada “necesidad ciega”,

naturaleza ni perseguir ningún fin que sea inalcanzable [...] El derecho no se ha instituido por convención, sino por naturaleza” (CICERÓN, *De los oficios*, I. p. 10 y *De las leyes*, I, pp. 28-30).

³⁵ FAYT, Carlos S., *Historia del pensamiento político*, vol. II (Roma), Buenos Aires: Plus Ultra, 1980, p. 32.

y para el hombre, norma de conducta moral escrita en su conciencia. La *ley eterna* constituye el modelo de las leyes humanas temporales. El legislador debe basarse en ella, aunque adaptándola a las circunstancias que por naturaleza son variables. La *ley natural* es un sector de la ley eterna y se manifiesta en la conciencia de los hombres, permitiéndoles distinguir entre el bien y el mal. La *ley humana* positiva tiene por misión hacer volver a los hombres que se habían apartado de las prescripciones de la ley natural.

La verdad no hay que buscarla en el exterior, sino en la conciencia, por intuición del espíritu. Parte de la duda. “La fuerza de la vida, del recuerdo, del conocer, del querer, del pensar, del saber, del juzgar, ¿debe atribuirse al fuego, al cerebro, o a la sangre o a los átomos?”. De todo eso se duda; uno afirma una cosa y otro otra. Pero en medio del torrente de la duda hay algo que permanece cierto y exento de toda duda, y es la duda misma. E igualmente ciertos son una serie de hechos de conciencia: “La vida, el recordar, el conocer, el querer, el pensar, el saber, el juzgar”, porque quien duda vive, recuerda, quiere tener certeza, y “quien duda de algún modo no puede dudar de nada de esto, porque si nada de esto existiera, no podría dudar de nada”. Luego hay dos verdades fundamentales que escapan a toda duda: el conocimiento de la existencia del *yo*, y el conocimiento del dudar, del pensar, del vivir. Los sentidos solamente producen opiniones no verdades. Las cosas empíricas son imágenes de la verdad. Solo en el mundo inteligible habita la verdad. Tan solo en el pensamiento puro, exento de experiencia y libre de todo error concibe el espíritu las verdades eternas e inmutables, los principios de la lógica, de la matemática, de la ética y de la estética. El espíritu es variable y limitado, mientras las verdades que hallamos en el espíritu son eternas y absolutas. Nuestros ojos espirituales están iluminados por una luz incorpórea, invisible, inefable e inteligible, gracias a la cual intuimos las verdades eternas. Esa luz inteligible es Dios, en el cual, del cual y por el cual resurge lo inteligible; es la sabiduría de Dios, la razón eterna, el logos divino³⁶.

SAN PABLO, en la epístola a los romanos dice:

En efecto, cuando los gentiles, que no tienen ley, hacen por razón natural lo que manda la ley, estos tales, no teniendo ley, son para sí mismos ley, y ellos hacen ver que lo que la ley ordena está escrito en sus corazones, como se lo atestigua su propia conciencia y las diferentes reflexiones que allá en su interior ya lo acusan, ya los defienden, en aquel día en que Dios juzgará los secretos de los hombres por medio de Jesucristo, según el evangelio (2; 14-16).

SAN AGUSTÍN arranca de verdades eternas reflejadas en la conciencia y mediante el razonamiento llega a la realidad de Dios. Su concepto central es la ley eterna de la

cual parte para llegar al encuentro con Dios. Dicha ley es la razón misma de Dios, su voluntad que manda la conservación del orden por él creado, y prohíbe que sea destruido. Dios creó el mundo dotándolo de leyes adecuadas a cada una de sus partes. Este ordenamiento abarca también el espíritu humano, en donde recibe el nombre de *ley natural* que se halla expresada en el alma racional. Moral, y, jurídicamente, la ley natural dice no hacer a nadie aquello que no se desea para sí mismo. Esta ley es la fuente y la medida de toda ley humana.

SANTO TOMÁS DE AQUINO (1225-1274) es el máximo exponente del pensamiento filosófico cristiano. Este monje dominico nació en Nápoles, estudió en París y Colonia bajo la dirección de San Alberto Magno. Su doctrina, inspirada en Aristóteles, lleva el nombre de *tomismo*. El doctor Angélico o el aquinante, como se le llama, revivió el pensamiento filosófico de la antigüedad, especialmente el de Aristóteles. Su obra cumbre es *Summa theologica*, en la que estudia los problemas teológicos, metafísicos y morales. Su doctrina recoge, junto con aportaciones personales, los conceptos del Derecho romano, el pensamiento agustiniano y la filosofía aristotélica.

Distingue cuatro clases de leyes: *eterna, natural, divina y humana*. El universo es un conjunto ordenado en el cual cada ser ocupa el lugar que le corresponde y cumple la función asignada por el creador. El mundo está gobernado por Dios mediante leyes físicas y normas morales que constituyen la ley eterna. Esta es “la razón de la divina sabiduría, en cuanto es directiva de todos los actos y las emociones”. La ley eterna regula los movimientos de las cosas (leyes físicas y naturales) y de los seres (leyes biológicas, religiosas y morales). En cuanto a las cosas y a los seres irracionales, la ley eterna tiene carácter necesario, pues sus reglas se imponen fatalmente. La ley eterna no es conocida por los seres humanos, salvo por los “bienaventurados”.

La misma ley eterna dirigida a los seres racionales se llama *ley natural*. Esta es la participación del hombre en la ley eterna por medio de la razón que Dios le ha dado. La observación de la ley natural no tiene carácter necesario, sino contingente, porque depende del libre albedrío de los hombres. Pero estos se someten a ella porque coincide con las inclinaciones de la naturaleza humana, y porque se impone racionalmente, señalando el camino del bien apetecido y buscado por todos. El conocimiento de la ley natural es innato en el hombre, por su tendencia natural a conocer la verdad y los principios morales de la acción, que lo inclinan al bien.

Los animales son movidos por el instinto y por impulsos a los cuales no les es dado faltar. En cambio, el hombre, dotado de razón, conoce los fines y es capaz de elegir los medios adecuados para lograr cumplirlos. Esta luz natural que le muestra las normas racionales de su conducta está también dominada por la ley natural. El fin del hombre exige que sea dirigido en sus actos por la razón. La ley natural tiene por objeto la conducta del hombre. No todos los actos buenos están mandados por

esa ley; en cambio, se hallan prohibidos por ella todos los actos malos. Hay hechos para los cuales la ley natural deja en libertad al hombre para que escoja el medio preferible, por ejemplo, la propiedad privada, respecto a la cual la ley natural se ha mostrado neutra.

SANTO TOMÁS considera al Derecho como objeto de una virtud particular y especial: la justicia. La esencia del Derecho es ordenar la vida del hombre en relación con sus semejantes.

Es propio de la justicia ordenar al hombre en sus relaciones con los demás, puesto que implica cierta igualdad, como lo demuestra su mismo nombre, pues se dice vulgarmente que se ajustan las cosas, que se iguan y la igualdad es con otro.

SANTO TOMÁS define a la justicia, siguiendo a ULPIANO, como el *suum cuique tribuendi* (dar a cada uno lo suyo). Clasifica a la justicia en *legal* (proporción entre los actos y el bien común), *commutativa* (que se dé a cada cual lo suyo) y *distributiva* (proporción en el reparto de las cargas y beneficios).

Los principios éticos son absolutos y universales, pero sus conclusiones pueden perder universalidad por la mutabilidad y variedad de las circunstancias que regulan. Preceptos como “obrar siempre conforme a la razón” tienen carácter absoluto y excluyente de toda excepción. Valen para todos los casos habidos y por haber. En cambio, los preceptos relativos a materias concretas y contingentes, por ejemplo, “las cosas recibidas en depósito deben devolverse”, toleran excepciones, v. gr., no debe devolverse la espada al dueño que haya perdido la razón.

El contenido de la ley natural puede resumirse en un solo precepto: “Hay que hacer el bien y no hacer el mal”. Esta regla obliga al hombre a realizar su naturaleza racional; orienta las acciones humanas por el camino de todas las virtudes. Pero no todos los actos virtuosos son jurídicos. Por tanto, el Derecho natural es solo una parte de la ley natural. Su contenido deriva racionalmente de las tres tendencias naturales en el hombre: la conservación de la vida, la perpetuación de la especie y el deseo de conocer la verdad sobre Dios y de vivir en sociedad. La ley natural, por participar de la ley eterna, es universal e inmutable. Pero esto entendido en relación con los primeros principios y no con las aplicaciones particulares de ellos, que pueden variar según las circunstancias.

La ley natural tiene preceptos fundamentales absolutos e inmutables y preceptos particulares que pueden variar de acuerdo con las circunstancias:

La inmutabilidad acompaña siempre, absolutamente, a la ley natural por lo que se refiere a sus primeros principios. Respecto de los preceptos secundarios, que son como las conclusiones propias e inmediatas de esos primeros principios, la ley natural puede

sufrir variación, pero no en forma tal que deje de ser verdadero o recto en la generalidad de los casos (*ut in pluribus*) aquello que esa ley prescribe³⁷.

La ley divina es revelada por Dios por medio de las sagradas escrituras, y tiene por objeto completar la ley natural.

La ley humana o positiva se fundamenta en la ley natural. Es una ordenación de la razón para el bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad:

La ley es una regla y medida de los actos que induce al hombre a obrar o le retrae de ello, dada por la razón práctica para ordenar las acciones al bien común o bienestar de la colectividad, promulgada dicha regla por la multitud en su totalidad o por aquel que la representa.

El Derecho positivo no puede contradecir al Derecho natural. La ley injusta, por esa razón, no obliga en conciencia, pues “ya no será ley, sino corrupción de la ley”. Salvo que exista la necesidad de obedecerla, pero no por ella misma, sino por el precepto de Derecho natural que ordena someter el bien particular al bien general. El fin de la ley humana positiva es solo el bien común. La ley positiva únicamente puede prohibir actos externos que ponen en peligro la paz y el orden de la comunidad.

El único medio para asegurar y fomentar el bien común es la ley que puede ser elaborada por toda la comunidad o por la persona que en forma oficial ha sido delegada por esta. El uso de la coerción para hacer cumplir la ley es función exclusivamente pública. El poder del Estado encuentra su justificación en el fin específico de la comunidad política, o sea, en el bien común; la comunidad es titular del poder público.

SANTO TOMÁS propugna el Derecho de resistencia contra la autoridad injusta. Es lícito el derecho de resistencia activa por parte del pueblo contra el usurpador o invasor que se apodera del gobierno en forma violenta contra la voluntad de los ciudadanos, o del que por medio de la fuerza bruta les arranca un falso consentimiento (*quando alquis dominium sibi per violentiam surripit: nolenti bus subditis vel etiam ad consensum coactis*). Así como cada cual puede tomar aquello que contra Derecho le fue arrebatado, así también el pueblo o cualquiera de sus miembros puede moralmente reconquistar la libertad que le fue robada. Hasta está permitido matar al tirano cuando no se pudiera recurrir a otro medio. “Quien mata al tirano con el fin de libertar a la patria, es alabado y recompensado”. Tirano es aquel gobernante que, aunque de origen legítimo, busca su ventaja particular y no el bien del pueblo. La tiranía es un gran crimen, mucho mayor que el de los ladrones, que el de los traficantes de esclavos

y que el de los asesinos, ya que hace lo mismo que estos, pero en escala mayor. La resistencia activa puede ejercerse contra el usurpador y contra el gobernante de origen legítimo que se convierta en tirano³⁸.

SANTO TOMÁS establece una jerarquía de las leyes: la ley natural deriva de la eterna y la positiva o humana debe ajustarse a aquella. La ley natural es expresión de la voluntad divina, dada a conocer a los hombres por revelación o por la razón.

El sistema filosófico tomista fue adoptado oficialmente por la Iglesia católica. A partir del siglo XIII se difundió por toda Europa, predominando en las escuelas y universidades, en la formulación del Derecho y en la vida política. El predominio universal de la Iglesia católica gravitó sobre el Derecho positivo, que se ajustó a aquellas ideas fundamentales. Se reconoció la primacía del Derecho natural sobre el positivo. Se limitaron los poderes de los reyes para no vulnerar los derechos de los súbditos. La doctrina política consideraba al pueblo como depositario del poder, que era delegado a los reyes mediante un pacto de tácita sumisión. Pero esa delegación no comprendía las normas de Derecho divino y natural, con lo cual se limitaban notablemente las facultades de los gobernantes.

El pensamiento jurídico español de los siglos XVI y XVII siguió la tradición iusnaturalista cristiana. Sobresalen Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Fernando Vásquez de Menchaca y Francisco Suárez.

Francisco DE VITORIA (1492 o 1493-1569) profundizó el análisis del Derecho natural aplicado a los problemas internacionales y a los que se plantearon en España a raíz de la conquista de América, mereciendo el calificativo de fundador del Derecho internacional. El padre VITORIA sostiene que el fin del Derecho de gentes —y así lo creía SANTO TOMÁS— es el procurar la paz y la concordia entre los hombres y constituye un tránsito entre el derecho natural ínsito en la conciencia humana y que es necesario y justo, no dependiendo de ninguna voluntad, y el Derecho positivo, que depende de la voluntad y aquiescencia de los hombres. Es un Derecho que no es necesario por sí mismo y en esto se distingue del Derecho natural. Lo es sí para la observación del Derecho natural, el cual difícilmente podrá subsistir sin la cooperación del Derecho de gentes. Es de Derecho natural la paz y es de Derecho de gentes la inviolabilidad de los embajadores, que componen la paz³⁹.

Domingo DE SOTO (1495-1569) intervino en el Concilio de Trento y presidió las juntas de Valladolid que se ocuparon del problema de los indios; su libro *De Justitia*

38 RECASÉNS SICHES, *Iusnaturalismo*, ob. cit., p. 995.

39 VIERA, Manuel A., “Conversaciones con Fray Francisco de Vitoria”, Córdoba: Anales del Cincuentenario de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales, 1991, p. 267.

et jure es el primer tratado que se ocupa en forma independiente y sistemática de la filosofía jurídica.

Fernando VÁSQUEZ DE MENCHACA (1512-1569) expuso la teoría de la libertad de los mares y defendió en el Concilio de Trento los derechos españoles a la Conquista de América. Luis DE MOLINA (1535-1600), jesuita, escribió un importante tratado: *De iustitia et iure*.

Francisco SUÁREZ (1548-1617), jesuita, llamado *doctor Eximus*, al igual que SANTO TOMÁS, distingue entre ley eterna, ley natural y ley humana.

La ley natural —dice SUÁREZ— se compone de preceptos impuestos por Dios, que nuestra conciencia considera como obligatorios. Son preceptos que coinciden con los dictados de la razón humana. El Derecho natural reside en la conciencia de los hombres, abarca todo el orden ético y constituye un código único por su universalidad y por la armoniosa organización de sus preceptos. Cuando estos preceptos se refieren a la naturaleza, o esencia moral del hombre, son universales e inmutables. Por ejemplo, los que prohíben matar o hacer daño a otro, respetar a los padres, educar a los hijos. Pero hay otros preceptos que dependen, en su aplicación, de situaciones sociales, que son contingentes, por lo cual pueden variar con las circunstancias; a circunstancias diferentes corresponden preceptos también diferentes. Por ejemplo, las normas que ordenan cumplir los contratos o respetar la propiedad privada, suponen una cierta organización social y rigen solo en ella, de manera que serán ineficaces en un régimen de propiedad colectiva. Por tanto, los preceptos del Derecho natural son de dos clases: Derecho natural preceptivo con contenido independiente de la determinación humana; y Derecho natural dominativo, o sea, el que proviene de nuestra libre decisión. El Derecho natural es en sí inmutable, lo cual no impide que un sector de sus preceptos pueda experimentar modificaciones en sus contenidos, mas no porque los principios racionales varíen, sino porque, transformándose la materia social a que se aplican, cambia también el precepto, lo cual está previsto ya en el sentido del mismo.

El Derecho positivo puede optar a una de las posibilidades admitidas por la ley natural. “Por el Derecho humano o de gentes, o civil, puede hacerse tal mudanza en la materia de la ley natural, que por razón de ella varíe también la obligación del Derecho natural”⁴⁰.

SUÁREZ sostiene que existen tres órdenes de preceptos naturales: Unos son los universales, como no se ha de hacer el mal y se ha de hacer el bien; otros son las conclusiones inmediatas y totalmente unidas de modo intrínseco a tales principios, como los preceptos del Decálogo; en el tercer orden hay otros preceptos que están mucho

más separados de los principios. Los preceptos del Derecho natural son inmutables, lo cual no impide que algunos de ellos puedan experimentar modificaciones en su contenido por referirse a materia social mudable, contingente; por ejemplo, los preceptos relativos a la propiedad y a los contratos. En estos casos, así como la medicina da unos preceptos para los enfermos y otros para los sanos, y unos para los fuertes y otros para los débiles, y no obstante no varían por esto las reglas de la medicina, sino que se multiplican y unas sirven ahora y otras después, así el Derecho natural, permaneciendo el mismo manda una cosa en tal ocasión, y algo distinto en otra, y obliga ahora y no antes o después.

La materia de la ley natural es la honestidad, que equivale a la moralidad. Ella manda aquello que la razón exige de la naturaleza humana y prohíbe lo contrario. El Derecho positivo puede hacer añadidos lícitos al Derecho natural por exigirlo así el bien común. El Derecho positivo desempeña un papel específico, que no puede reducirse solo a la misión de reflejar los principios de la ley natural. No hay un dualismo entre Derecho natural y Derecho positivo, sino por el contrario, un sistema jurídico unitario que en su raíz parte de los primeros principios iusnaturalistas que envían su savia a todos los demás preceptos; y que en sus más concretas determinaciones es obra humana, no ajena empero totalmente a aquellos primeros principios. El Derecho positivo no puede ir contra el Derecho natural, pero no acoge todos sus preceptos, sino apenas los necesarios para la realización del bien común.

SUÁREZ, siguiendo la doctrina romana, divide al Derecho positivo en civil y de gentes. Ambos derivan sus principios del Derecho natural. El civil es propio de un reino o Estado, y el de gentes es “el Derecho común a todos los pueblos, constituido no solo por el instinto natural, sino también por el uso de aquellos”.

231.4. La escuela clásica del Derecho natural

La escuela clásica del Derecho natural constituye la representación del pensamiento jurídico del Iluminismo o Ilustración⁴¹. El advenimiento de la Reforma, movimiento religioso que, en la primera mitad del siglo XVI, sustrajo a la obediencia de los papas a una gran parte de Europa. La Reforma nació por causas religiosas, pero

41 La época en que la Ilustración, llegada a su madurez, domina el mundo europeo, es propiamente la que va de las guerras de secesión a la Revolución francesa. Pero se extiende diversamente hasta abarcar todo el siglo XVIII, que no sin razón se ha llamado el “Siglo de las Luces”. Con esta denominación se quiere indicar una mentalidad particular del todo confiada en el poder de la razón humana capaz de iluminar lo que antes se creyó ser noche de la ignorancia y de la superstición, ocasionada por el imperio de la tradición y de la autoridad. He aquí las dos líneas de desarrollo del Iluminismo: por una parte, destrucción de cuanto se fundamenta en autoridad y tradición; por otra, reconstrucción de todo lo susceptible de saber y de toda la vida sobre la base exclusiva de la razón abstracta (AMERIO, Franco; Armando CARLINI y Cornelio FABRO, *Historia de la filosofía*, t. II, Madrid-Ciudad de México: Rialp, 1965, p. 102).

las razones políticas y económicas no estuvieron ausentes en su propagación. Entre las circunstancias favorables a la Reforma figuran el Renacimiento, la invención de la imprenta, la abundancia de bienes del clero y las deficiencias religiosas o morales de algunos de sus elementos; en el campo político nacieron nuevos Estados, se reforzó la monarquía absoluta. En el campo religioso surgió la Reforma protestante, inspirada en la filosofía jurídica católica, pero alteró sus bases y sus tendencias, dando nacimiento a la escuela clásica protestante del Derecho natural que se desarrolló y dominó en Europa en los siglos XVII y XVIII.

En una primera etapa correspondiente al mercantilismo en lo económico, al absolutismo ilustrado en lo político y a la reforma protestante en lo religioso, el Derecho natural, representado por Grotius, Hobbes, Spinoza, Puffendorf y otros, es un dictado de la recta razón del gobernante.

La segunda etapa es la época del liberalismo político y filosófico y del capitalismo; la protección del Derecho natural, según Locke y Montesquieu, se entrega a los poderes del Estado.

En su tercera etapa, en la cual descuelga Juan Jacobo Rousseau, la protección del Derecho natural corresponde a la voluntad general del pueblo.

El holandés Hugo GROCIOS (1583-1645) es el iniciador de la escuela clásica del Derecho natural, con su obra: *De iure bellipacis* (1625). GROCIOS, llamado “padre del Derecho natural moderno”, por haberlo puesto al servicio de la práctica jurídica, dice que los fundamentos del Derecho natural residen en el instinto de sociabilidad de los seres humanos, reconocida por la recta razón. El Derecho destinado a hacer posible la convivencia, debe basarse en preceptos de Derecho natural, definido como “el dictado de la razón que indica que alguna acción, por su conformidad o disconformidad con esa misma naturaleza racional, tiene fealdad y necesidad moral y de consiguiente está mandada o prohibida por Dios, autor de la naturaleza”.

El Derecho está separado de la voluntad divina, reside solo en la razón humana y existiría “aunque no hubiera Dios, o no se ocupara de los asuntos humanos”. El Derecho natural es inmutable, “ni aún Dios lo puede cambiar, porque, así como Dios no puede hacer que dos y dos no sean cuatro, así tampoco que lo que es malo intrínsecamente no lo sea”. El *iusnaturale* es el conjunto de principios que la recta razón demuestra conforme a la naturaleza sociable de los hombres y subsistiría, aunque no existiese Dios.

El Derecho natural se conoce de dos maneras: la primera se obtiene *a priori*, al advertir que algo es conforme con la naturaleza racional y social del hombre; la segunda, *a posteriori*, al conocer que algo es considerado justo por todos los pueblos civilizados o, por lo menos, en los de mejores costumbres.

GROCIO acaba con la idea de que el Derecho proviene de la voluntad creadora de Dios y con la existencia de la ley eterna impresa en la conciencia humana. El Derecho natural es un producto intelectual emanado de la razón y desarrollado por ella. La inviolabilidad de los pactos es la expresión de la sociabilidad humana (*appetitus societatis*: tendencia de sociabilidad), de las que, mediante un contrato social, ha nacido el Estado. De la condición social del hombre deriva la legitimidad de los gobiernos constituidos por un pacto social inquebrantable y la obligatoriedad del Derecho internacional o de gentes.

Afirma GROCIO que los pueblos no son enemigos naturales y que sus relaciones están reguladas por el Derecho en tiempos de paz y en tiempos de guerra. De ahí que es considerado también como el fundador del Derecho internacional. Pero en esta materia aprovechó las enseñanzas de los escolásticos españoles y de otras nacionalidades. Recordemos que GROCIO viene después de Vásquez de Menchaca, defensor del principio de la libertad de los mares (*Mare liberum*, 1609).

Como se aprecia, a diferencia de la escuela tradicional católica, la escuela clásica protestante del Derecho natural se desenvuelve con independencia de todo dogma religioso o posición teológica, independencia que es conscientemente buscada por sus autores.

Thomas HOBBES (1588-1679), filósofo inglés, cree que el estado natural del hombre es un estado de guerra, porque todos los hombres tienen un derecho igual sobre todas las cosas. Describe al estado de naturaleza como una lucha de todos contra todos (*homo homini lupus*), lo cual obliga a la constitución de la sociedad civil mediante un pacto en que cada uno deponga todo su poder en una autoridad única. Surge así la doctrina absolutista (el poder absoluto de los gobernantes).

En su obra *Leviatán*⁴² sostiene: en filosofía el materialismo, en moral el utilitarismo y el despotismo en política. El hombre no es un ser sociable por naturaleza, sino egoísta y malvado. Sin embargo, por conveniencia, debe salir de tal situación y asociarse con los demás, mediante un contrato impuesto por la ley de conservación, que es el Derecho natural. De este pacto nació el Estado, cuya función es proteger a los individuos mediante una voluntad omnipotente que se expresa por mediación de

42 HOBBES, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, traducción por Manuel Sánchez Sarto, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1994. En nota puesta por el editor se lee: “El Leviatán —nombre tomado de la Biblia para designar a la República o Estado— es un monstruo de traza bíblica, integrado por seres humanos, dotado de una vida cuyo origen brota de la razón humana, pero que bajo la presión de las circunstancias y necesidades decae, por obra de las pasiones, en la guerra civil y en la desintegración, que es la muerte. Constituye el libro una penetrante crítica de la Iglesia y de su política: para acabar con el reino de las tinieblas y de la superstición, el nuevo Estado inglés debería excluir con firmeza todos los defectos orgánicos del antiguo, y ser netamente racionalista y laico, un verdadero reino de la luz y de la ciencia. Aparte de su alcance en la evolución científica, la importancia de hombres como HOBBES radica en que hablan un lenguaje universal, sin medida de tiempo ni espacio”.

la ley positiva. El Derecho natural es el dictado de la recta razón acerca de aquello que debe hacerse u omitirse, tanto cuanto fuere posible, para la conservación de la vida de cualquiera de los miembros. La guerra de todos contra todos no acabará mientras cada uno tenga derecho a todas las cosas; por ello, es necesario la entrega de estos derechos a la sociedad representada por un soberano, quien debe proteger a los hombres de la maldad de sus semejantes. Para esto el soberano necesita de poder absoluto, no está sometido a control, es irresponsable. Para él la ley natural es una mera norma legal, mientras que para los hombres adquiere valor jurídico mediante las leyes positivas dictadas por el soberano, que puede ser una persona o una asamblea.

Las leyes naturales y de los contratos de HOBBES son:

Primera ley fundamental de la naturaleza: “Cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar y utilizar todas las ayudas y ventajas de la guerra”.

Segunda ley de la naturaleza: “Que uno acceda, si los demás consienten también, y mientras se considere necesario para la paz y defensa de sí mismo, a renunciar este derecho a todas las cosas y a satisfacerse con la misma libertad, frente a los demás hombres, que les sea concedida a los demás con respecto a él mismo”.

Tercera ley de la naturaleza (justicia): “Que los hombres cumplan los pactos que han celebrado”.

Cuarta ley de la naturaleza (gratitud): “Que quien reciba un beneficio de otro por mera gracia, se esfuerce en lograr que quien lo hizo no tenga motivo razonable para arrepentirse voluntariamente de ello”.

Quinta ley de la naturaleza (complacencia): “Que cada uno se esfuerce por acomodarse a los demás”.

Sexta ley de la naturaleza (el perdón): “Que, dando garantía del tiempo futuro, deben ser perdonadas las ofensas pasadas de quienes, arrepintiéndose, deseen ser perdonados”.

Séptima ley de la naturaleza (devolución de mal por mal): “Que en las venganzas los hombres no consideren la magnitud del mal pasado, sino la grandeza del bien venidero”.

Octava ley de la naturaleza: “Ningún hombre, por medio de actos, palabras, continente o gesto manifieste odio o desprecio a otro”. El quebrantamiento de esta ley se denomina *contumelia*.

Novena ley de la naturaleza (contra el orgullo): “Que cada uno reconozca a los demás como iguales suyos por naturaleza”.

Décima (contra la arrogancia): “Que al iniciarse condiciones de paz, nadie exija reservarse algún derecho que él mismo no se avendría a ver reservado por cualquier otro”.

Undécima (equidad): “Si a un hombre se le encomienda juzgar entre otros dos, que proceda con equidad entre ellos”.

Duodécima (uso igual de cosas comunes): “Que aquellas cosas que no pueden ser divididas se disfruten en común, si pueden serlo; y si la cantidad de la cosa lo permite, sin límites; en otro caso, proporcionalmente al número de quienes tiene derecho a ello”.

Samuel PUFFENDORF (1632-1694), filósofo alemán, publicó su tratado *De iure naturae ac gentium* (1672). Analiza el estado de naturaleza, en el cual se encontraban los hombres antes de celebrar el contrato social. En esa situación ya existía el Derecho natural, mientras que el Derecho positivo es obra de la comunidad organizada. Sostiene que el hombre es un animal sociable y no social, que en su estado de naturaleza gozó de libertad e igualdad con los demás, pero que para garantía de la vida en común debió someterse a un soberano y fundar el Estado. Hay, por consiguiente, derechos innatos, propios del hombre en su estado de naturaleza, y derechos adquiridos que se obtienen en la vida social. El soberano debe cumplir el Derecho natural, que para él tiene valor jurídico y no meramente moral, procurando asegurar la paz y el bien de la comunidad.

Distingue el Derecho positivo que puede ser arbitrario y variable; el Derecho natural que es ordenado por la recta razón, es siempre justo y firme; y la teología emanada de las sagradas escrituras, la misma que no se refiere a la vida terrena, sino a la salvación del alma.

Christian THOMASIUS (1635-1728), filósofo alemán, publicó su libro *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705). Divide las normas en tres partes, con sus correspondientes ciencias: la ética, la política y la jurisprudencia. La ética se refiere exclusivamente a la conciencia del sujeto y tiene por principio a la honestidad. La jurisprudencia (Derecho) regula las relaciones del sujeto con los demás y tiene por principio a la justicia. La política tiene por principio el decoro.

Los deberes morales son propios del fuero interno del hombre y tienden a procurar la paz del espíritu, y los deberes jurídicos dirigen los actos exteriores de los hombres para asegurar la paz social. Solo los deberes jurídicos pueden ser impuestos coactivamente. La escisión de la conciencia humana y de los actos que de ella se derivan tienen el propósito de asegurar la libertad de conciencia y de creencia, evitando que sobre ella pudiera ejercerse el poder del Estado.

La fuente del Derecho natural es la “felicidad humana”, que solo puede lograrse con una vida honesta, digna y justa (*honestum, decorum, iustum*). El Estado ha nacido de un contrato inspirado en consideraciones utilitarias.

Christian WOLFF (1679-1774), autor de *Ius naturae methodo scientifica per tractatum*. Acentuó la tendencia racionalista imperante, pretendiendo demostrar mediante razonamientos lógicos no solo los principios fundamentales del Derecho, sino también sus aplicaciones concretas y aun los conocimientos que solo se adquieren por la experiencia.

John LOCKE (1632-1704), filósofo inglés, escribió: *Tratado sobre el gobierno civil*, *Ensayo sobre el entendimiento humano* (1690), *Ensayo sobre el gobierno civil*. Rechaza el principio innatista (que sostiene que en el hombre hay ideas innatas). La mente del hombre es *tamquam tabula rasa in qua nihil est scriptum*. Solo la experiencia va llenando de signos esa tabula rasa. Todo conocimiento se deriva de la experiencia y en la sensación ayudada por la razón. La verdad no es correspondencia de la mente a las cosas (empirismo), sino coherencia y acuerdo de las ideas entre sí. Por la exactitud con que se las puede constituir, existen solamente dos ciencias: la ética y la matemática.

El “estado de naturaleza” es solo una abstracción mental que constituye el fundamento y la razón de ser del Estado social que surge de un contrato. El hombre en el estado de naturaleza es bueno, en el estado de sociedad es mejor. Para eliminar las inconveniencias que se presentan en el estado de naturaleza, los hombres se unen en sociedad mediante un contrato. La sociedad tiene por finalidad reprimir los abusos que impiden el disfrute de los derechos naturales, como la libertad y la propiedad. Es decir, el Estado nace como Estado liberal: no puede violar los derechos naturales en cuya tutela está toda la razón de ser de su existencia. En ellos reside el fundamento y la legitimación del Estado y los límites de su autoridad. Si el Estado se excede de estos límites se deslegitima y, por lo tanto, le es lícita a los ciudadanos la rebelión (*Del gobierno civil*, lib. II).

El contrato defiende al individuo contra los excesos del Estado. Son derechos naturales: la defensa propia que se descubre en el estado de guerra; la esclavitud repugna al Derecho natural; la propiedad es común, pero los bienes para ser útiles deben ser objeto de apropiación; el hombre tiene propiedad natural sobre su persona, su trabajo y el producto de este; la patria potestad debe subsistir solamente hasta cierta edad.

El estado de naturaleza es de perfecta libertad, en el que cada uno ordena sus acciones y dispone de sus bienes y de su persona según sus aptitudes, dentro de los límites de la ley natural y sin pedir permiso a nadie. Cada hombre tiene derecho de castigar al que viola la ley natural. El que viola la ley natural declara él mismo vivir según otra regla, distinta a la de la razón y de la equidad común, lo cual obliga a cada hombre a tomar sus precauciones por su propia cuenta. El ofendido tiene el derecho

de apropiarse de los bienes o servicios del ofensor por derecho de propia conservación, para impedir que el crimen se cometiera nuevamente y para preservar a la humanidad. Así nace la ley de la naturaleza: "A aquel que derrama sangre humana, el hombre le derramará la suya". Y Caín estaba tan convencido de que cualquiera tenía derecho a eliminar un tan grande criminal, que después del asesinato de su hermano, se lamentaba diciendo: "Cualquiera que me encuentre me matará"; tan clara estaba escrita esta verdad en el corazón de todos los hombres⁴³. Como este sistema no garantiza la vida, la libertad y la propiedad, los hombres pactan una sociedad en la cual delegan solo el derecho de aplicar las normas del Derecho natural, pero estos derechos siguen inherentes a los hombres y significan un obstáculo a un poder excesivo.

El Estado se organiza mediante un pacto por el cual los hombres renuncian a una parte de sus derechos naturales y los transfieren a una autoridad encargada de protegerlos. Esta autoridad no puede abusar de su poder, porque si lo hace viola el pacto y el pueblo recupera automáticamente su soberanía originaria. LOCKE afirma varios principios doctrinarios que, en cierto sentido, formaban parte de la tradición inglesa: la soberanía del pueblo, las libertades individuales y la limitación del poder que solo debe actuar para el cumplimiento de los fines establecidos en el contrato social, en especial para proteger los derechos naturales de los ciudadanos. Con este fin sostiene que es necesario separar la potestad legislativa de la ejecutiva, idea que pocos años más tarde desarrolla Montesquieu.

Carlos de MONTESQUIEU (1689-1755) difunde la división de los poderes en su libro *El espíritu de las leyes*. Considera que la mejor salvaguarda del Derecho natural de la libertad es la separación de los poderes del Estado, con una estricta vigilancia recíproca⁴⁴. Las tres formas principales de gobierno son: la república, la monarquía y el despotismo. La separación y equilibrio de poderes garantiza los derechos y libertades individuales.

Montesquieu trata de mostrar que todo tipo de gobierno se concreta y se articula en un conjunto de leyes que se refieren a los más diversos aspectos de la actividad humana y constituyen la estructura del gobierno. Estas leyes se refieren a la educación, a la administración de la justicia, al lujo, al matrimonio y, en fin, a toda la vida civil.

El gobierno republicano es aquel en que el pueblo o una parte de él tiene el poder soberano. En el gobierno monárquico gobierna uno solo, pero con sujeción las fijas y prestablecidas. En el gobierno despótico el poder también está en uno solo, pero sin leyes; el soberano gobierna según su voluntad y caprichos.

⁴³ FAYT, Carlos S., *Historia del pensamiento político*, vol. viii (*El Estado liberal moderno*), Buenos Aires: Plus Ultra, 1973, p. 153 y ss.

⁴⁴ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, t. ii y xi, traducción por Juan López de Peñalver, Madrid: Imprenta Nacional, 1822.

231.5. Escuela racional o formal del Derecho

Con la escuela racional o formal del Derecho de ROUSSEAU y KANT, el elemento racional de la escuela clásica alcanzó su pleno desarrollo debido a los ingredientes empíricos y contingentes.

El ginebrino Jean Jacques ROUSSEAU (Juan Jacobo Rousseau) (1712-1778), con su teoría sobre el contrato social, no como un acontecimiento históricamente acaecido, sino como un principio rector de la razón, es el iniciador de la nueva escuela.

En su obra *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (1753) sostiene que los hombres son originalmente libres e iguales, buenos como todo lo que emerge de la naturaleza, y felices. Este estado de naturaleza se alteró con la institución de la propiedad privada, que al cerrar un campo y decir “esto es mío” dio origen al primer factor de la infelicidad humana; a esta institución se unió la dominación política. Desde entonces un régimen de desigualdad y dependencia caracteriza la condición social del hombre.

En *El contrato social* (1762) dice que un retorno al estado de naturaleza es imposible. La restitución de la felicidad del hombre se logra restituyéndole sus derechos naturales de libertad e igualdad sobre los cuales se debe edificar la Constitución Política.

La idea de un contrato social, tácito o expreso, fue una doctrina expuesta por muchos filósofos de la Edad Media, pero en ROUSSEAU tiene un nuevo sentido. Para sus predecesores es un hecho en verdad acaecido por el cual se constituyó el Estado; en cambio, para ROUSSEAU es un postulado de la razón, por cuya virtud todos los ciudadanos, originariamente libres e iguales, se despojan de sus derechos naturales en favor del Estado, el cual los devuelve de inmediato en derechos civiles.

Con *El contrato social*, ROUSSEAU no trata de explicar cómo se originó el Estado, sino cómo debe constituirse racionalmente el orden jurídico con el fin de conservar los derechos que el hombre ya tiene por naturaleza. No es un hecho histórico, sino un principio que “trata de encontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada uno de los asociados; pero de modo que cada uno de estos, uniéndose a todos, solo obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes”.

Todos enajenan sus derechos naturales en favor del común, pero como todos contribuyen a formar la voluntad general, por medio de esta el Estado le restituye a cada uno sus derechos con el carácter de civiles, esto es, garantizados por el cuerpo político. El pacto social dice: “Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y nosotros recibimos

corporalmente a cada miembro como parte indivisible del todo”⁴⁵. Esta sumisión permite salvaguardar la libertad y la igualdad que hicieron la felicidad de cada uno en el estado de naturaleza, porque siendo el Estado la síntesis de los derechos individuales, la obediencia a este significa la obediencia a todos en general y a ninguno en particular; es decir, todos son súbditos de la voluntad general que concurren a formar y nadie es súbdito de nadie, encontrándose todos, ante la voluntad general, en la misma situación, lo cual garantiza la libertad e igualdad de todos y cada uno. La soberanía reside en la voluntad general que todo el pueblo concurre a formar y que se expresa en la ley, siendo el único poder al que se deben someter los ciudadanos. Rousseau admite solamente la democracia directa y rechaza toda forma de democracia representativa.

Como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre los demás, igual el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos. Este poder, dirigido por la voluntad general, se llama *soberanía*. Pero la vida y la libertad de las personas privadas son independientes de la persona pública. Los servicios que el ciudadano debe al Estado, los debe tan luego como el soberano los pide; pero este no puede imponer a sus súbditos cargas inútiles a la comunidad, porque bajo la ley de la razón nada se hace sin causa, igual que bajo la ley natural. El soberano no tiene derecho de hacer que la carga de un súbdito sea mayor que la de otro.

Toda justicia viene de Dios; si supiéramos recibirla desde tan alto no tendríamos necesidad de gobierno ni de leyes. Existe una justicia universal emanada de la pura razón, la cual, para que sea admitida entre nosotros, debe ser recíproca. Las leyes naturales de la justicia, por ser faltas de sanción natural son vanas entre los hombres; por ello, son necesarias tanto las convenciones como las leyes para relacionar derechos y deberes. Solo la voluntad general es la que obliga a los particulares y, por eso, las leyes deben contar con el consentimiento del pueblo. Rousseau recuerda que los decenviros romanos nunca se arrogaron el derecho de que las leyes emanaran solo de ellos: “Nada de lo que os proponemos —decían al pueblo—, puede ser ley sin vuestro consentimiento. Romanos: sed vosotros mismos los autores de las leyes que deben hacernos felices”⁴⁶.

Immanuel KANT (1724-1804) es el más elevado exponente del Derecho natural racional⁴⁷. La razón es el atributo esencial de la naturaleza humana.

⁴⁵ ROUSSEAU, *Del contrato social o principio del derecho político*, traducción por Constancio Bernardo de Quirós, Ciudad de México y Buenos Aires: Cajica, 1957, p. 66.

⁴⁶ ROUSSEAU, *Del contrato social o principio del derecho político*, ob. cit., p. 97.

⁴⁷ A partir de su obra *Critica de la razón pura* (1781), se suceden una serie de publicaciones, entre las que sobresalen: *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir que haya de presentarse como ciencia* (1783); *Fundamentos para una metafísica de las costumbres* (1785); *Principios metafísicos de las ciencias físicas* (1786); *Critica de la razón práctica* (1788); *Critica del juicio* (1790); *La religión den-*

En tiempos de Kant el pensamiento filosófico se orientaba en dos direcciones: el racionalismo dogmático (DESCARTES, SPINOZA, LEIBNIZ) que extrae deductivamente todo conocimiento de la razón y la filosofía empirista y escéptica (David HUME) que considera al conocimiento como producto de la intuición sensible. Kant supera estas dos corrientes y diferencia entre filosofía y ciencia. Esta tiene su objeto propio; en cambio, el objeto de la filosofía es el conocimiento mismo, el análisis de la ciencia. Su actitud crítica (el criticismo) lo llevó a concluir que el conocimiento es el resultado de una síntesis de la sensibilidad y la razón o intelecto. La razón pura está presente en el hombre como facultad superior al mismo entendimiento, en cuanto que este es, en el conocer, limitado por el sentido. “No hay duda de que todos nuestros conocimientos comienzan con la experiencia”, pero está también fuera de toda duda que la validez de nuestro conocer “no deriva solo de la experiencia”, puesto que hay principios puros, trascendentales que son la razón de validez de la experiencia misma. “Ni conceptos sin que les corresponda en algún modo una intuición, ni intuición sin conceptos, pueden darnos un conocimiento”, pues aquellos serían formas vacías, y esta ni siquiera sería conocimiento (*Crítica de la razón pura*⁴⁸).

El conocimiento implica una relación entre un objeto y un sujeto. Los datos objetivos no son captados por la mente tal cual son (la cosa en sí⁴⁹), sino que son configurados por el modo con que la sensibilidad y el entendimiento del sujeto los aprehende. La cosa en sí, lo absoluto, el número, es incognoscible. Solo conocemos

tro de los límites de la razón (1793); *Principios metafísicos del derecho* y *Principios metafísicos de la virtud* (1797).

- 48 La primera edición fue de 1781 y la segunda de 1787, en la cual hizo pequeñas modificaciones a la precedente.
- 49 La cosa en sí es un concepto oscuro del criticismo que Kant no aclaró. Reinhold, con respecto a la oscilación kantiana entre cosa en sí y *noumeno*, dice que la primera es el objeto, en cuanto se le quiere considerar independiente de la facultad representativa (la conciencia); el *noumeno* remite, en cambio, a la “razón práctica”, o sea, a la idea del deber, a la exigencia de la moralidad en nuestras acciones. Schulze afirma que la cosa en sí es del todo desconocida; todo gira sobre el apotegma: “Debes, luego puedes” (imperativo kantiano), pero esto supone que es posible el cumplimiento de tal mandato, porque a lo imposible nadie está obligado; la posibilidad de tal cumplimiento, no simplemente en la idea, sino en la realidad, no se demuestra. Mainon, negando el dualismo kantiano de sentido y entendimiento, hace de la cosa en sí el límite negativo de la conciencia, allí donde la sensación se esfuma en el dato, que luego se define como “incognoscible”. Herbart dice que la metafísica como “ciencia de las cosas en sí” (Kant) es la base de toda ciencia en general. Los conceptos de la metafísica son de uso común, pero impensables en la realidad. ¿Cómo, v. gr., puede una cosa tener muchas propiedades, diversas unas de otras? La cosa es lo que es, una sola, mientras que la adherencia de muchas cualidades y propiedades hace de ella algo múltiple. ¿Cómo se concilia esta contradicción? Se concilia reflexionando que la cosa ha sido considerada en relaciones diversas, por la multiplicidad de puntos de vista propia de la experiencia fenoménica. Lo mismo pasa con el concepto de *causalidad* y *de mutación*, los cuales hacen prevalecer la multiplicidad sobre la unidad e identidad de la cosa en sí, que es de por sí simple e inmutable. Lo mismo ocurre con la relación de las cosas entre sí; que son siempre inesenciales, *accidentales*, aunque la ciencia pueda, en algunos casos, prever su acaecimiento, que queda, de todos modos, circunscrito al mundo fenoménico, de la apariencia, no del ser en sí de las cosas (AMERIO et. al., *Historia de la filosofía*, ob. cit., p. 189 y ss.).

el ser de las cosas en la medida en que se nos aparecen, esto es, en cuanto fenómeno (fenómeno = aparición).

Todo fenómeno, todo cuanto existe, inclusive el conocimiento, se integra por la forma y por la materia. Por ejemplo, en una pelota de fútbol hay una forma esférica que configura a la materia (jebe, plástico, etc.). La materia es sensible, empírica, contingente y *a posteriori*. La forma puede ser considerada independientemente de toda sensación (v. gr., la esfera que estudia la geometría), es necesaria y se encuentra preparada *a priori* en el espíritu para todos los objetos. Todo fenómeno nos aparece en cierta forma, llamada *forma sensible* o forma del objeto. Lo formal es *a priori* y lo material *a posteriori*.

El conocimiento es un objeto que se nos da dentro de ciertas formas cognoscientes, estructuras *a priori*, necesarias y universales de nuestra facultad de conocer. Las formas subjetivas del conocimiento son:

- a) Las formas de la *intuición sensible*: espacio y tiempo. La apreciación sensorial de los objetos que tenemos por delante en la experiencia (intuición).
- b) Las formas del *entendimiento* (intelecto) son las categorías o conceptos puros con los que se pueden mentar los objetos sin necesidad de captarlos de presente. El conocimiento requiere de la intuición y del pensar, o sea, proviene de los sentidos y del entendimiento. Los conceptos no están en la intuición sensible, sino en la intuición intelectual, se inteligen. Un concepto sin intuición es una forma vacía y una intuición sin concepto es ciega. Las formas valen solo en cuanto se refieren a una experiencia posible. “*Possible* es lo que concuerda con las condiciones formales de la experiencia; *real*, lo que concuerda con las condiciones materiales; *necesario*, lo que viene determinado según las condiciones universales”.

KANT distingue los conocimientos *a priori* de los conocimientos puros. Para que un conocimiento sea *a priori* basta que sea, como ocurre en matemática, independiente de esta o aquella experiencia; en cambio, para que un conocimiento sea puro es necesaria la independencia de cualquier experiencia, es decir, que tenga los caracteres de rigurosa necesidad y universalidad, como los principios (en especial la causalidad) que dan la posibilidad misma de todo conocimiento referente al mundo de la experiencia empírica.

Las formas de la razón son las *ideas*. La razón responde a la tendencia del espíritu humano de ultrapasar los límites de la experiencia; la razón es la facultad productora de ideas.

KANT distingue entre *concepto* e *idea*. El concepto nos dice qué es el objeto en su plenitud, su significación. El concepto se verifica totalmente en el objeto. En cambio, la idea no puede alcanzar su objeto, por cuanto este es trascendente, se encuentra

más allá de la experiencia. Las ideas sintetizan no los elementos del objeto, sino los distintos objetos para ordenarlos en síntesis totales. Los conceptos son constitutivos de conocimiento y las ideas son regulativas de este. El concepto se refiere al conocimiento y la idea al obrar. Existen las ideas de la razón teórica, o cognoscitivas; y las ideas de la razón práctica u obrar propiamente dicha. Las primeras se subdividen en empíricas y puras.

Dice KANT que no se debe confundir el opinar con el saber. Siempre hay la tentación de traspasar los límites de la razón, a pesar de todas las dificultades, la esperanza del futuro. Que mi pensamiento y mi voluntad muevan mi cuerpo, estoy bien seguro de ello, aunque no sepa cómo ocurre el hecho:

Para mí el hecho de que mi querer mueve mi brazo no es más inteligible que la afirmación, que alguien hiciera, de poder detener a la luna en su órbita; hay solo esta diferencia: que de aquel primer hecho tengo yo experiencia, mientras que el segundo no ha sido jamás percibido por mis sentidos (*Sueños de un visionario explicados por los sueños de la metafísica*, 1766).

Como hay cuestiones, como la inmortalidad del alma, el comienzo y fin del universo, la existencia de Dios, que no pueden ser resueltas en el plano científico, KANT concluye que el conocimiento científico es relativo, pues no existe un conocimiento de las cosas en sí (metafísica), sino solo de los fenómenos y únicamente a estos son aplicables las intuiciones y las categorías del intelecto. KANT distingue la posibilidad formal, lógica, de la real. La realidad determina la primera, porque si nada existe de hecho, tampoco sería concebible la posibilidad lógica, y si nada existiese en absoluto, cesaría toda posibilidad lógica y real. Ha de haber una existencia que al tiempo que funda la idea de su misma posibilidad, hace posible toda otra existencia: tal es la existencia de Dios. De todos los conocimientos, este es el más importante: que Dios existe. “Es absolutamente necesario persuadirse de la existencia de Dios, pero no es tan necesario que se demuestre” (*El único fundamento posible para una demostración de la existencia de Dios*, 1763).

KANT se ocupa de la moral, del Derecho y de la política, en sus obras sobre filosofía práctica: *Crítica de la razón práctica*, *Crítica del juicio*, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*⁵⁰. El hombre no tiene solo facultades cognoscitivas, sino que su personalidad se manifiesta también en el obrar en general, del cual el conocer es solo uno de sus aspectos. En la *Crítica de la razón pura* estudia al hombre como sujeto del conocer y en la *Crítica de la razón práctica* lo encara como sujeto de obrar.

50 KANT, Inmanuel, *Crítica de la razón práctica. Crítica del juicio, Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción por alemán de Manuel García Morente, Buenos Aires: El Ateneo, 1951.

La razón práctica, la conciencia moral, nos lleva al campo de las verdades metafísicas, inaccesibles a la razón teórica. Escribe en *Crítica a la razón práctica*: “Dos cosas me llenan siempre el alma de admiración y de estupor: el cielo estrellado sobre mí y la ley moral dentro de mí”. La existencia de la conciencia moral es un hecho indubitable. Kant murió el 22 de febrero de 1804. Sobre su tumba, en la catedral de Koenigsberg, se puso este epígrafe: “El cielo estrellado sobre mí, la ley moral en mí”.

Para KANT:

[L]os únicos objetos de una razón práctica son los del bien y del mal. Pues por el primero se entiende un objeto necesario de la facultad de desear; por el segundo, uno de la de aborrecer; ambos, empero, según un principio de la razón.

El bien no deriva de una ley práctica que le preceda, sino que sirve de fundamento a esta, es solo un concepto de algo cuya existencia promete placer, “y así determina la causalidad del sujeto para la producción de ese algo, es decir, la facultad de desear”:

El bien o el mal significa siempre una relación en la voluntad, en cuanto esta está determinada por la ley de la razón, a hacer algo de su objeto; pues la voluntad no se determina nunca inmediatamente por el objeto y su representación, sino que es una facultad de hacerse de una regla de la razón, la causa motora de una acción (por la cual un objeto puede ser realizado).

El sistema ético de KANT parte de la idea del deber. Cada ser humano tiene una luz que le indica lo que debe hacer y lo que debe evitar, un destello que ilumina su mente y le indica su deber. No es un producto racional ni de la experiencia, sino es la ley moral insita en nosotros, un imperativo categórico que aspira a tener validez absoluta: “Obra de tal manera que la norma de tu acción pueda servir de principio a una legislación universal”. El deber de cada uno se inspira solo en la conciencia del propio deber, cuyo cumplimiento se impone con absoluta certeza. De este modo, KANT refuta los sistemas morales fundados en la utilidad (*eudemonismo*), negando a la felicidad, la utilidad y el placer el carácter de reglas supremas para la conducta. La moral es superior a la utilidad; manda de modo absoluto. La moral no pretende que nuestros actos procuren obtener una utilidad, evitar penas o lograr recompensas, sino que se verifiquen por respeto al deber moral, expresado en el imperativo categórico. Para llegar al imperativo categórico de la moral, parte de la noción de buena voluntad. El calificativo *bueno* corresponde a la conducta y no al obrar. Por ejemplo, un homicidio involuntario es una gran desgracia, pero no permite calificar de malo al que lo comete, porque este calificativo no corresponde al obrar humano, sino a la voluntad que lo determina. Solo la voluntad se puede calificar de buena sin limitación. Solo la buena voluntad vale por sí misma y no por sus resultados. La utilidad y la inutilidad

nada quitan ni ponen a este valor. De esto deduce que una acción no debe ser solo conforme al deber, sino hecha por deber, y una acción moral vale por el principio que la determina, no por el fin que se propone.

En la *Crítica de la razón práctica*, KANT distingue dos principios, correspondientes a ellos dos clases de motivos que pueden determinar la voluntad: el principio del amor propio, que es principio de máximas válidas para la conducta solo en forma subjetiva (opiniones de la voluntad del individuo), y el propiamente moral, sobre el que se funda la ley práctica, válida objetivamente (imperativos), esto es, para la voluntad de todo ser racional. Solo si la máxima se ajusta a la ley adquiere valor moral. Pero como esta conformidad depende de la libre voluntad del sujeto, la ley se presenta como imperativo categórico, o sea, vale sin condiciones. Todas las leyes morales son imperativos categóricos.

Los filósofos anteriores a KANT consideran que el Derecho natural tiene su base en la naturaleza humana y que la razón descubre esos postulados innatos. En cambio, la escuela del Derecho racional, que encabeza KANT, considera que la razón no es la descubridora, sino la fuente generadora del Derecho natural.

De acuerdo con este concepto sobre el poder de la razón y del Derecho como norma de coexistencia entre hombres dotados de libertad, el Derecho natural es un conjunto de principios universales, absolutos, perfectos e inmutables, derivados de la propia razón humana, que rigen la conducta conforme al imperativo categórico: Obra de tal modo, que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, a un mismo tiempo, como principio de una legislación universal. Esta ley no es un hecho empírico, sino el único hecho de la razón pura, la cual se enuncia como originalmente legisladora: "La razón pura es por sí sola práctica y da (al hombre) una ley universal que nosotros denominamos la ley moral". Los imperativos válidos solo en ciertos supuestos son imperativos hipotéticos, v. gr., si quieres agradar a los hombres, has de cuidarte de la cortesía.

La libertad asume dos formas: libertad de arbitrio o "independencia de todo impulso sensible en cuanto a su determinación", que es la noción negativa de libertad y la libertad como "facultad de la razón pura de ser práctica a sí misma", que es la noción positiva, que solo es posible por la sumisión de las máximas de toda acción de poder servir de ley general.

Las leyes de la libertad se llaman morales, para distinguirlas de las leyes naturales o físicas. Cuando no se refieren más que a acciones externas y a su legitimidad, se las llama jurídicas. Pero, si, además, exigen que las leyes mismas sean los principios determinantes de la acción, entonces se llaman éticas en la acepción más propia de la palabra. Y entonces se dice que la simple conformidad de la acción externa con las leyes jurídicas constituye su legalidad.

La libertad que atañe a las leyes jurídicas “no puede ser más que la libertad en la práctica externa”.

KANT critica el mandamiento cristiano del amor de Dios y del prójimo diciendo que “el amor no puede ser mandado”, ni en relación con Dios, “porque Dios no es objeto de los sentidos”, ni con respecto al prójimo, porque “amar al prójimo querría decir poner en práctica con gusto todos los deberes respecto de él”, o sea, sin esfuerzo o sacrificio.

En la obra *Principios metafísicos del derecho*, la noción fundamental de la doctrina kantiana sobre el Derecho es la idea de libertad. La fórmula de Derecho natural de Kant reza: “Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal de libertad”⁵¹. El principio universal del Derecho dice:

Es justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales. Si, pues, mi acción, o en general mi estado, puede subsistir con la libertad de los demás, según una ley general, me hace una injusticia el que me perturba en este estado, porque el impedimento (la oposición) que me suscita no puede subsistir con la libertad de todos según leyes generales.

Sobre esta base, define al Derecho como: “El conjunto de condiciones por medio de las cuales el arbitrio (la voluntad) de cada uno puede coexistir con el de los demás, según una ley universal de libertad”.

A partir del imperativo categórico, KANT establece dos principios fundamentales para el Derecho: el de la humanidad, considerada como un fin en sí mismo, y el de la autonomía de la voluntad. La acción moral es conforme al deber, cuando es hecha por el deber, y solamente por el deber. El fin de nuestra acción está en la bondad misma de nuestro querer. De aquí otra fórmula del imperativo categórico: Obrar de tal modo de considerar siempre la humanidad, en nosotros y en los demás, como fin y nunca como medio⁵². El principio de la autonomía de la voluntad afirma que esta no está solamente sometida a la ley, sino que ella se da una ley a sí misma; es autolegalizadora.

La moral se refiere al fuero interno del hombre y el Derecho al aspecto externo de los actos. El Derecho es a la conformidad de la acción con la ley, prescindiendo de los motivos que determinan el acto. El Derecho es coercible, mientras que la moral

51 KANT, *Principios metafísicas del derecho*, Buenos Aires: Americalee, 1943, p. 47.

52 Kant atribuye validez *a priori* a un principio que no es meramente formal: la persona constituye “un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin a cuyo servicio tuviera que estar como mero medio, ya que sin esto no se encontraría nada de valor absoluto; si todo valor fuera condicionado, y, por tanto, causal, no podría encontrarse ningún principio práctico supremo para la razón” (ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 328).

es incoercible, porque sobre las intenciones no puede ejercerse violencia. El Derecho consiste no en la relación del deseo de uno con la voluntad de otro, sino en la relación de dos voluntades. Él se reduce a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia. La libertad es un derecho natural innato. Todos los derechos naturales se comprendían en el derecho de la libertad. Esta resume todos los demás derechos, cuyo respeto es la primera obligación tanto del Derecho como del Estado. La libertad deriva de la ley moral, puesto que supone la facultad de decidirse conforme a ella. Por eso, “a todo ser racional que tiene una voluntad debemos atribuirle necesariamente también la idea de la libertad, bajo la cual obra”; una voluntad no puede ser voluntad propia sino bajo la idea de la libertad. Esta coloca al hombre por sobre el mundo de los fenómenos.

La moral concierne solo al fuero interno; un acto es adecuado a la moral cuando tiende a cumplir el imperativo categórico que señala el propio deber, y con el único propósito de respetar ese deber:

La *autonomía* de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes conforme a ellas; toda *heteronomía*, del albedrio, en cambio, no solo no queda obligación alguna, sino que mas bien es contraria al principio de la misma de la moralidad de la voluntad [...] la ley moral no expresa nada más que la *autonomía* de la razón pura práctica⁵³.

En cambio, el Derecho se ocupa solo de la exterioridad del acto, sin verificar la intención o el motivo que ha impulsado a realizarlo.

Siguiendo las ideas de Grocio, KANT afirma que el Derecho natural es el conjunto de principios universales, absolutos, perfectos e inmutables, derivados de la propia razón humana, que rigen la conducta del hombre conforme al imperativo categórico. Ante el Derecho natural, el Derecho positivo tiene por finalidad regular las acciones externas y hacer posible la coexistencia, imponiéndose coactivamente en caso necesario.

Reaccionando contra la política empírica de MAQUIAVERO, que enseñaba que el fin justifica los medios, KANT afirma la necesidad de conciliar la política y la moral. La política dice: Sed prudentes como la serpiente, y la moral añade esta restricción: y sencillos como la paloma; ambas cualidades deben hallarse reunidas. Define al Estado como una multitud de hombres que viven de acuerdo con las leyes del Derecho. El Estado debe limitarse a ser el sostén del Derecho de tal modo que la libertad de cada uno sea compatible con la libertad de los demás y que dentro de este régimen cada individuo busque por sí mismo su propio bien. Acepta la doctrina de la división de los poderes; la Constitución debe ser republicana; niega el derecho

⁵³ KANT, Emmanuel, *Critica de la razón práctica. Crítica del juicio. Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Buenos Aires: El Ateneo, p. 37.

de resistencia al poder civil; la Constitución debe mejorarse mediante reforma y no mediante revolución.

Se aprecia de lo expuesto que en los siglos XVII y XVIII domina en Europa, especialmente en Alemania⁵⁴ e Italia, el *Iusnaturalismo racionalista*, que postula la existencia de un Derecho ideal, superior al positivo y anterior al Estado, emanado de la razón humana. Todas las proposiciones del Derecho son *a priori*, porque son leyes de la razón (*dictamina rationis*). El Derecho positivo, contingente y variable, deriva del Derecho natural racional, necesario y universal. El Estado debe garantizar los derechos de la naturaleza humana, demostrables por la razón y someterse él mismo al orden jurídico. La ciencia del Derecho debe descubrir las leyes naturales apelando a la razón. Se parte del modelo de las ciencias deductivas: la lógica y la matemática. El conocimiento deductivo consiste en descubrir principios inmutables y definitivos, y de allí se deducen reglas particulares y concretas. En el siglo XIX perduró el método formalista del iusnaturalismo racionalista y, por tanto, la concepción del Derecho como un sistema lógico y la separación los conceptos jurídicos de los morales. La concepción del derecho natural racional como ordenador de la conducta humana de manera segura y permanente, condujo al movimiento codificador de los siglos XVIII y XIX.

El Derecho natural defendió la libertad, minó el absolutismo y proclamó el *Estado de Derecho*. Originó el Derecho político, el internacional, y corrigió el penal al tipificar los delitos para combatir la arbitrariedad en la administración de justicia, a la par que eliminó las penas corporales de mutilación y los tormentos. Proclamó que las leyes pierden vigencia no solo por obra de la ley, sino también por la acción del Derecho consuetudinario, por el desuso y por actos revolucionarios.

La Revolución francesa vino a demostrar a los pueblos y a sus dirigentes cómo los postulados de la razón podían conducir, a la postre, al desencadenamiento de las furias. Las gentes comenzaron a cansarse de sus afanes de mejorar el mundo, para esforzarse por encontrar la razón, no en el futuro, sino en el pasado. Y así como la era filosófica del derecho natural había venido a sustituir en su día a la era estética del humanismo, cedió ahora el paso, a su vez, a un periodo histórico⁵⁵.

Gabriel FRANÇOIS D'OLIVER, en su obra *De la réforme des Loix civiles*, París, 1786, incluye el *Code civil de tous les peuples, ou Loix dictées par la Nature et par la*

⁵⁴ El neokantismo o criticismo tomó en Alemania dos direcciones: una *logicista*, que comprende la escuela de Marburgo (Stammler, etc.), y otra *eticista*, constituida por la escuela de Badén (Lask y Radbruch). La impronta kantiana aparece también en Kelsen, Giorgio del Vecchio, Husserl, Martín Heidegger y Carlos Cossío.

⁵⁵ RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, ob. cit., p. 114.

*raison*⁵⁶, considerado el primer Código Civil en la historia de codificación del Derecho privado. En el artículo preliminar de este Código, de inspiración natural racionalista, que cuenta con solo 87 artículos, se señala lo siguiente:

La naturaleza y la razón inspiran todos los deberes impuestos a cada individuo de la especie humana. Ese código no escrito está grabado en todos los corazones por la divinidad. ¡Ay del que desconozca sus leyes! Si escapa a la justicia humana, el Dios a quien ofende será el vengador al que debe temer. De ese código divino se ofrecen aquí por escrito solo las leyes que es indispensable seguir en los Estados civilizados a causa de la corrupción de las costumbres. Cada uno encontrará en su conciencia, en su propia inteligencia, el desarrollo del sentido de esas leyes en los casos no expresados.

DEL VECCHIO (1878-1970)⁵⁷, siguiendo a KANT, expresa que el Derecho natural se distingue por esencia del positivo, “en que se afirma como principio deontológico: indica lo que debe ser, aunque de hecho no sea. Solo existe en cuanto tiene una validez ideal, e idealmente está en vigor aunque de hecho haya sido violado. La violación se refiere al fenómeno, pero no destruye la norma ideal, la cual está supraordinada al fenómeno”.

Reconoce que el Derecho es por naturaleza condicionado y vario, mudable, sujeto a un cierto flujo y a determinadas vicisitudes, por lo cual no se puede valer de este elemento mudable para fijar la noción de Derecho. Pero advierte que existe en el Derecho una forma lógica universal, inherente a todo dato jurídico, que se encuentra uniformemente en todas las proposiciones jurídicas, que no nos dice lo que es justo o injusto, sino tan solo es el sentido de cualquier afirmación sobre lo justo o injusto; es el signo o carácter universal de la juridicidad.

Para aclarar su teoría, DEL VECCHIO recurre a las palabras de KANT: “Podemos decir que la forma lógica responde a la pregunta: *quid ius?* y no a la de *quid iuris?*”. KANT sostuvo que los elementos necesarios, *a priori*, no son aquellos que aparecen sicológicamente antes que los demás, sino aquellos que en el orden lógico tienen un valor universal y constituyen la condición y el límite de la experiencia posible. Aplicando este principio al Derecho, DEL VECCHIO afirma que la noción universal del Derecho es anterior (lógicamente) a la experiencia jurídica. La experiencia es una aplicación de aquella forma. La forma lógica del Derecho no se recaba de la experiencia jurídica. Esta no da jamás la forma, o sea, el concepto universal del Derecho, porque

56 El texto completo de este código está contenido en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 22, Ciudad de México, 1993, p. 123 y ss.

57 DEL VECCHIO, Giorgio y Luis RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 94 y ss.

la experiencia es particular por propia naturaleza. Una proposición jurídica no es tal, sino en cuanto participa de la forma lógica universal del Derecho.

Fuera de esta fórmula, que es indiferente a las variedades del contenido, no hay experiencia jurídica alguna posible, porque falta cabalmente la cualidad que permitiría adscribirla a tal especie (esto es, a la jurídica). La forma lógica del Derecho es un dato *a priori* (esto es, no empírico), y constituye precisamente la condición y el límite de la experiencia jurídica en general.

Rudolf STAMMLER⁵⁸ (1856-1938), también en la línea de KANT, desarrolló su teoría del Derecho natural de contenido variable; el contenido es variable, pero la forma es constante, representada por la coordinación armónica de libertades iguales, según una ley universal de libertad. Define al Derecho como “el querer entrelazante, inviolable y autárquico”. La norma jurídica es justa cuando armoniza los propósitos individuales con los sociales.

La finalidad del Derecho debe ser establecer una comunidad de hombres de voluntad libre, en el sentido de que puedan ejecutar aquellos actos que aprovechen efectivamente a la sociedad. Cada miembro de la comunidad debe ser considerado como un fin en sí mismo, no como un medio para realizar el querer arbitrario de otro.

Miguel REALE⁵⁹ advierte que los presupuestos constantes de la experiencia jurídica son los valores (por ejemplo, el valor originario de la persona humana). Sin estas constantes valorativas o axiológicas, la historia del Derecho carecería de sentido. La experiencia histórica demuestra que existen determinados valores que, después de haberse encarnado en la conciencia histórica, se revelan como constantes éticas inamovibles que, aun antes de ser percibidos por el intelecto, condicionaban ya y daban sentido a la *praxis* humana. De todos estos valores, el valor primordial es la persona humana, cuyo significado trasciende el proceso histórico por medio del cual la humanidad toma conciencia de su dignidad ética. De ahí que la persona es el valor fuente. Si bien, KANT —dice REALE— lo formuló a la luz de otros presupuestos, continúa siendo válido su imperativo que se extiende a toda la vida moral y jurídica: “Sé una persona y respeta a los demás como personas”. He ahí una exigencia axiológica que, lejos de constituir un “dictamen de la razón práctica”, como lo quería KANT, emerge trascendentalmente de la conciencia histórica.

Afirma REALE que los principios generales del Derecho comunes a todos los ordenamientos jurídicos se originan en las constantes axiológicas. De estos principios universales (inmediatos) se van derivando otros (mediatos) a medida que la ciencia

58 STAMMLER, Rodolfo, *Tratado de filosofía del derecho*, traducción por W. Roces, Madrid: Edit. Reus, 1930.

59 REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 144 y ss.

jurídica recorta de la realidad social e histórica distintas esferas de comportamiento y a las que corresponden distintos sistemas de normas. Los principios mediatos están subordinados a los inmediatos. Los principios mediados o derivados se van objetivando en los cuadros de la civilización en general o de la experiencia particular de cada nación.

231.6. Crítica al Derecho natural

Johann Jakob BACHOFEN⁶⁰ (1815-1887), nombrado en 1841 profesor de Derecho romano en la Universidad de Basilea, su ciudad natal; en su lección inaugural del 7 de mayo lanzó duras críticas contra el Derecho natural y elogió el Derecho histórico. Dijo que los *iusnaturalistas* se consideran a sí mismos como la única fuente de todo conocimiento, en todas sus creaciones apelan a la propia razón como el juez supremo y la única autoridad, crean y construyen todo desde sí mismos. Se figuran ser los defensores de la independencia y dignidad del espíritu humano y maestros de la verdadera filosofía. Sus ideales son como fantasías de grandes mentalidades, que dejan siempre en pos de sí una estela brillante de errores que llenan de asombro al espíritu. Tratan de extraer de las ideas insertas en ellos por Dios un sedicente Derecho natural absolutamente perfecto, válido por igual para todas las zonas y todos los tiempos. Con una sonrisa y un elegante desprecio contemplan todo lo que la historia ha creado; a los empíricos los consideran como a servidores, cuyo cometido es procurarles el material positivo que se compadece con sus teorías *a priori*, desecharlo el resto que no se adapta a ellas.

Para ellos, la filosofía es el centro del mundo y la humanidad debe someterse incondicionalmente a la soberanía del Derecho natural. Ante el tribunal de los racionalistas no es admitido nada que lleve en sí las más mínimas huellas de la realidad: lo único que reconoce son aquellas creaciones de la pura razón que no ha sido contaminada por la corrupción del mundo real.

Los empíricos —dice KANT— pueden saber lo que es Derecho en un caso concreto, pero no podrán saber que es Derecho en absoluto, si, durante algún tiempo, no abandonan sus principios empíricos y buscan en la razón pura la fuente de sus juicios.

Para los racionalistas —opina BACHOFEN— todo Derecho positivo es letra muerta, una cabeza de madera sin seso. Creaciones como las de PLATÓN, Tomás MORO y KANT, causarán siempre la admiración del mundo. Lástima que hayan sido creadas para Estados imaginarios, que tengan la utopía como escenario, y que se hallen separadas de nuestra tierra por una distancia infinita. Sus creaciones se asemejan a las

60 BACHOFEN, Johann Jakob, *El derecho natural y el derecho histórico*, traducción por Felipe Gonzales V., Madrid: Civitas, 1978.

estrellas que dan poca luz, porque están demasiado alejadas del mundo. Los sistemas racionalistas penden sobre el abismo de la nada, y se desvanecen como nubes de humo ante la luz de la historia.

Pregunta BACHOFEN:

¿Qué prueba poseéis vosotros, los defensores de esa primitiva perfección, de que el hombre, al entrar en el Estado, se despoja de la parte mejor de su ser anterior, sacrificando por sí mismo su libertad al orden de las formas políticas y jurídicas? Yo creo, al contrario, que cuanto más atrás se deja uno llevar por la historia hasta los primeros tiempos de la humanidad, tanto más íntima es la unión que se echa de ver entre Estado e individuo.

ARISTÓTELES dijo que el hombre es un ser político, y habrán de pasar otros dos mil años antes de que se exprese la misma idea. Un sedicente Derecho natural, que pretenda duración eterna, perfección absoluta y dominio ilimitado, es la especulación vacía de una cabeza ociosa, un fantasma que se desvanece entre las manos del que pretende apresarle.

Es un principio del mundo físico —agrega BACHOFEN— que el agua no puede subir a mayor altura de aquella de la que procede. Lo mismo ocurre con el mundo del espíritu. Todo hombre es un producto de su suelo, hijo de su tiempo y de los usos y costumbres de su patria. “Creemos —hace decir GOETHE a su *Egmont*— que dirigimos el inmenso movimiento del tiempo, y no nos percatamos de que somos nosotros los que vamos llevados por él”. “¡Y, no obstante, hay osados que formulan para todos los tiempos y todos los países un sistema de Derecho natural, ante el cual han de doblarse todas las rodillas!”. Lo que solo la revelación directa de Dios pudo dar al hombre en el terreno de la religión, no podrá nunca conseguirlo para el Derecho la flaca razón de los mortales. Dejemos de lado la divinización de la propia razón y la adoración de los ídolos creados por uno mismo. Sigamos el camino que la historia nos tiene designado. Como observa Lord BACON, tan rico en ideas, la luz de los siglos es la juventud del mundo. Evitemos el reproche que hace PLATÓN a los griegos por boca del sacerdote egipcio: “Vosotros helenos, sois unos niños eternos. No tenéis ni conocimiento de la antigüedad, ni antigüedad del conocimiento”. La investigación natural de lo que ha llegado a ser, la empiria histórica, es el principio sobre el que descansa el verdadero conocimiento, todo progreso. En la historia se encuentra un fundamento mucho más sólido y una sanción mucho más elevada de las instituciones humanas, que la que puede dar la inteligencia individual, aun la más perfecta, a los sistemas que ella misma se fabrica.

KELSEN (1881-1973) critica al Derecho natural en su ensayo *La idea del Derecho natural*⁶¹. Desde que el hombre reflexiona se ha preocupado por un ordenamiento justo de las relaciones humanas. De la comparación entre Derecho natural y Derecho positivo, resulta que la norma de Derecho natural vale en virtud de su contenido interno, porque es buena, acertada, justa; y la norma de Derecho positivo, porque ha sido elaborada de una cierta manera, porque ha sido establecida por un hombre que tiene la condición de “autoridad”.

Expresa KELSEN que la idea de justicia absoluta del derecho natural es imposible de alcanzar:

La justificación racional de un postulado que se basa en un juicio subjetivo de valor, esto es, en un deseo, en el que todos los hombres sean libres, por ejemplo, o en el de que sean tratados igualmente, es un autoengaño o, lo que equivale a lo mismo, una ideología.

El Derecho natural tiene validez material y el positivo, validez formal. El reproche de formalismo del Derecho positivo es un prejuicio de carácter iusnaturalista.

El Derecho natural —sigue diciendo KELSEN— procede de Dios o de la razón, no necesita de la coacción porque regula una relación vital, necesaria. El Derecho positivo por su esencia es coactivo, porque sus normas provienen del arbitrio de la autoridad humana, por lo cual hay que contar con la posibilidad de que los hombres se conduzcan de modo distinto del que prescriben las normas. Los que niegan el elemento coactivo al Derecho se dirigen a borrar la diferencia entre Derecho natural y positivo, se esfuerzan por hacer pasar al Derecho positivo como Derecho natural. La organización coactiva es el Estado; este es la forma perfecta del Derecho positivo.

Enfatiza KELSEN que tanto la norma de Derecho natural como la de Derecho positivo son juicios hipotéticos (dada una condición, debe ser un determinado efecto); pero la diferencia reside en que la norma positiva está respaldada por la fuerza coercitiva del Estado para el caso de incumplimiento; en cambio, la norma del Derecho natural se realiza “por sí misma”, pues el obligado no se encuentra ante ningún órgano encargado de ejercer la coacción. Las normas del Derecho natural son buenas y justas en sí mismas, por lo cual no precisan la coacción, porque estatuyen la conducta de una sola persona, el obligado. La forma del Derecho natural no es el Estado. “Si se entiende por anarquía, no la falta completa de una ordenación, sino solo la idea de una ordenación no estatal y libre de coacciones, puede designarse el Derecho natural como una ordenación anárquica”. Toda teoría anarquista no es otra cosa que una teoría del Derecho natural. Frente a él se encuentra la vinculación esencial del Derecho positivo

61 KELSEN, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, traducción por Francisco Ayala, Buenos Aires: Losada, 1946, pp. 15-52.

con el Estado. Desde el punto de vista coactivo existe identidad entre ambos. La idea dualista de Derecho y Estado es de origen iusnaturalista.

En la concepción de KELSEN, las características de bueno y justo solo son propias del Derecho natural. El Derecho positivo está ligado solo de manera hipotético-relativo a lo bueno y justo; es decir, solo es bueno y justo lo que debe ser según el Derecho positivo. El Derecho natural es de validez absoluta, y el positivo, de validez hipotético-relativa; sus normas solo valen si se adecúan a la norma hipotética fundamental. Los actos humanos no se regulan por un ordenamiento jurídico natural que esté más allá de toda posibilidad de intervención de la voluntad como creadora de normas. El Derecho natural es vago y general. De admitirse su existencia, si no todos los hombres tienen aptitud para intuir lo justo, ¿es concebible aceptar la existencia de un orden jurídico que regle relaciones entre hombres que lo ignoran?

Finalmente, para KELSEN, que el Derecho positivo tenga por contenido al Derecho natural y sea por ello Derecho “acertado” y “justo” es una afirmación indemostrada e indemostrable. Puede demostrarse fácilmente que se trata solo de un intento de legitimar como Derecho natural el Derecho positivo, justificar cualquier contenido de este con una autorización impartida por el Derecho natural a la autoridad que establece la norma, y estabilizar así una forma de gobierno autocrático-aristocrática; pero esto no es Derecho natural sino Derecho positivo, porque lo que se trata de fundar con ello es una forma de gobierno.

Ross⁶² critica al iusnaturalismo desde cuatro puntos de vista:

Desde una perspectiva *epistemológica* dice:

[L]as aserciones metafísicas no admiten ser refutadas, precisamente porque ellas se mueven en una esfera que está más allá del alcance de la verificación. Hay que aprender simplemente a pasárlas por alto como algo que no tiene función o lugar legítimo en el pensamiento científico. ¿Ha probado alguien que no es Zeus o las diosas del destino quienes guían el curso del Sol? Todo lo que podemos decir es que la astronomía moderna se las arregló sin esta presuposición. Asimismo el modo más efectivo de derrotar la metafísica en el Derecho es simplemente crear una teoría jurídica científica cuya autosuficiencia relegue a las especulaciones metafísicas al olvido, junto con otros mitos y leyendas de la infancia de la civilización.

Desde el punto de vista *sicológico* expresa:

[S]i hay una ley, independiente de nuestras elecciones y arbitrio, que nos ha sido dada como verdad eterna basada en la voluntad de Dios, o mediante una captación *a priori*

62 Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 251 y ss.

de la razón, y que nos dicta el curso de acción correcto, entonces, al obedecer esta ley universal, no somos más que dóciles piezas de un orden cósmico y quedamos liberados de toda responsabilidad.

Desde la perspectiva *política* sostiene:

[E]l Derecho natural puede ser conservador, evolucionista o revolucionario. Por supuesto, su orientación política no puede ser invocada como un argumento en favor o en contra de la plausibilidad teórica de la doctrina del Derecho natural, pero las opiniones políticas de una persona determinarán su simpatía o su oposición respecto de la doctrina. Aunque se dan los tres tipos, en el curso de la historia el Derecho natural ha cumplido en forma primordial la función conservadora de dar al poder existente un halo de validez. El Derecho natural es primera y principalmente una ideología creada por quienes se encuentran en el poder —los estadistas, los juristas, el clero— para legitimar y robustecer su autoridad. Un Derecho natural que en su origen fue revolucionario se transforma regularmente en conservador una vez que han prevalecido las clases sociales cuyos intereses sostiene.

Desde el punto de vista de la *teoría jurídica*, opina Ross:

[E]l racionalismo duplicó el sistema jurídico, porque concibió al Derecho natural como un conjunto de derechos naturales por encima o por detrás de los derechos subjetivos positivos. A diferencia de las meras especulaciones de la filosofía moral, esta duplicación del sistema jurídico se tradujo en una confusión de conceptos, y en el deterioro definitivo del análisis jurídico y del tratamiento de los problemas político-jurídicos.

Contra las críticas al iusnaturalismo, REALE⁶³ dice que la idea del Derecho natural constituye una de las constantes del pensamiento de occidente: Se alteran los sistemas, se cambian las doctrinas y los regímenes políticos, se llega a proclamar que ha muerto definitivamente y, sin embargo, resurge de sus cenizas con renovada vitalidad. Puede contestarse la existencia de un Derecho distinto del Derecho positivo, pero no se puede negar el papel que su idea —aunque se declare ilusoria—, ha ejercido y continúa ejerciendo en el desenvolvimiento de la experiencia jurídica, actuando unas veces como fuerza revolucionaria, otras como factor conservador, pues tal es la paradójica plurivalencia de su significado. Sirvió a HOBBES para legitimar la monarquía absoluta y a ROUSSEAU para concebir una democracia radical fundada en la doctrina optimista de la bondad natural de los hombres. Ha inspirado declaraciones solemnes de derechos de los individuos y de los pueblos⁶⁴. El Derecho natural refleja

63 REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 145.

64 Esta idea se refleja en la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789*: “El fin de toda asociación política es la conservación de todos los derechos naturales del hombre. Estos son la

las esperanzas y las exigencias de la especie humana, nunca conforme, a lo largo del dramático proceso de la historia, con las asperezas de la ley positiva.

232. Escuela histórica

La ciencia jurídica moderna tiene tres grandes centros de desarrollo: Alemania con la escuela histórica del Derecho; Francia con la escuela de la exégesis; Inglaterra con la jurisprudencia analítica. Las tres parten del Derecho positivo. La ciencia del Derecho no construye su objeto como sucedió con el derecho natural, sino que reflexiona sobre un objeto dado (el Derecho positivo).

La escuela histórica del derecho es de carácter nacional y popular, políticamente vinculada a la restauración. La historia no es progreso sino tradición; la función del análisis histórico es justificar el presente desde el pasado. Gustavo HUGO (1768-1834) sentó los primeros principios de esta escuela, pero su auténtico fundador es Federico Carlos VON SAVIGNY (1779-1861), además de Jorge Federico VON PUCHTA (1798-1846), EICHHORN, GRIMM, RANKE, BACHOFEN, STAHL, BESELER. SAVIGNY se inspiró en los grandes pensadores franceses e ingleses del siglo XVIII, MONTESQUIEU y VOLTAIRE, HUME y BURKE, y en parte en la filosofía alemana contemporánea, especialmente de SCHELLING.

Gustavo HUGO escribió: *Manual del derecho natural como una filosofía del derecho positivo* y ¿Son las leyes las únicas fuentes de reglas jurídicas? En la primera sostiene que el Derecho se ha formado fuera de la autoridad legislativa: en la costumbre y en el Derecho pretoriano en Roma y en el Common Law en Inglaterra. En la segunda sostiene que, así como el lenguaje no ha sido creado por Dios, ni por los hombres de mutuo acuerdo, sino que se ha transformado a través de siglos y siglos, así también la costumbre y el Derecho se han producido y desenvuelto gradualmente sin la intervención de Dios o pacto entre los hombres. Las necesidades y usos de los pueblos son las verdaderas causas del desarrollo del Derecho. Este es un producto de la historia.

MONTESQUIEU (1689-1755), en 1748, escribió: *El espíritu de las leyes*. Las leyes no son ordenaciones arbitrarias salidas de cabezas más o menos ingeniosas, sino que son *les rapports nécessaires, qui dérivent de la nature des choses*. Naturaleza que debe buscarse en las condiciones físicas de toda vida, en el clima y en la calidad de la tierra y en sus manifestaciones humanas, en el régimen económico, densidad de la población,

libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. La libertad consiste en el poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden venir establecidos más que por la ley”.

bienestar, régimen de gobierno, organización militar, religión, costumbres y espíritu del pueblo. A su vez, el Derecho repercute sobre todos estos factores.

Un anteproyecto (del año VIII de la República) del Código francés, en su art. 1 dice: "Existe un derecho universal e inmutable, fuente de todas las legislaciones positivas y que no es sino la razón natural en cuanto que esta gobierna a todos los hombres".

SAVIGNY (1779-1860), de todos estos factores señalados por MONTESQUIEU, adoptó solamente el *espíritu del pueblo*. Todo el Derecho emana de este espíritu, a la manera del Derecho consuetudinario. El desarrollo del Derecho es una sucesión constante de cambios exentos de finalidad y de sentido. Esto se debió, como señala RADBRUCH, a la ciega repudiación del Derecho natural, con el cual se rechazaba, a un mismo tiempo, a la filosofía del Derecho. Se cayó nuevamente en el formalismo.

SAVIGNY escribió su manifiesto: *Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia* (1814) como réplica a su compatriota THIBAUT, quien escribió un opúsculo sobre *La necesidad de un Código Civil para Alemania*, motivado por el iusnaturalismo racionalista. Para SAVIGNY, el Derecho no puede ser creado racionalmente, porque, como la lengua, las costumbres o el arte, es un fenómeno histórico, producto espontáneo del espíritu del pueblo (*Volksgeist*). El Derecho surge de una fuerza interior y no del arbitrio de un legislador. El conocimiento de la historia del Derecho de cada pueblo es condición indispensable para la construcción de una ciencia sistemática del Derecho. La primera fuente del Derecho es la costumbre; en segundo lugar, se encuentra la ley en cuanto expresión del derecho creado por el pueblo y no como Derecho creado por el individuo o por la organización estatal, y en tercer lugar está el Derecho de los juristas que SAVIGNY denomina *Derecho científico*.

En opinión de SAVIGNY, los juristas son parte del pueblo y representantes de este en el campo del conocimiento del Derecho, pues su labor consiste en poner de manifiesto normas implícitas en el Derecho popular. La escuela histórica es la negación del Derecho natural y la afirmación del positivismo jurídico al entender el Derecho como un producto histórico y social. El objeto de la ciencia del Derecho es el Derecho positivo realmente existente. El Derecho es una parte del organismo social, "no tiene existencia por sí, su ser es más bien la vida del ser humano, contemplada desde un lado especial"; por ello, solo puede comprenderse en relación con los demás elementos del organismo social.

Con SAVIGNY comienza una ciencia dogmática y sistemática del Derecho. El plan de Derecho civil de SAVIGNY comprende cuatro partes:

- Derechos reales;
- Derecho de obligaciones;

- Derecho de familia, y
- Derecho de sucesión *mortis causa*.

Estas cuatro partes están precedidas de una parte general sobre materias comunes a todo tipo de relaciones jurídicas civiles. Este plan fue seguido por el B. G. B. alemán de 1900 y por todos los códigos que lo adoptaron como modelo, entre ellos los códigos peruanos de 1936 (derogado) y de 1984 (vigente).

La escuela histórica se desdobló en dos corrientes: la de los romanistas y la de los germanistas. Los romanistas concentraron toda investigación en el *Corpus Iuris Civilis*; se esforzaron por restituir el Derecho romano a su fase antigua (purismo). Los germanistas, en el texto de las *leges barbarorum* y en el de los libros de Derecho consuetudinario, en la medida en que se hallaba ya formulado y era asequible al método filológico, se esforzaron por restituir el Derecho germánico a su fase medieval. “Tales fórmulas eran vistas ahora menos con ojos de juristas que con ojos de historiador, lo que era también otro de los frutos del Romanticismo, empeñado en concebir toda ciencia, cualquiera que ella fuese, como una ciencia histórica”. La actividad jurídica es considerada puramente cognoscitiva, con exclusión de todo lo que fuese valoración y voluntad y se rechaza por arbitraria toda ley que no se limitase a definir los derechos, sino que entrase a modificarlos.

233. Escuela exegética

La escuela exegética se caracteriza por el culto al texto legal, la identificación entre Derecho y ley, y lo justo con el Derecho positivo. El único poder que tiene la facultad de dar leyes es el legislativo; el juez es la boca de la ley, un mero aplicador de ella, no puede crear Derecho. BUGNET expresó: “No conozco el derecho civil; enseño solamente el *Code Napoleón*”; y LAURENT escribió:

Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; este no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos. Mas para que los códigos realicen esa ventaja, es preciso que los autores y los jueces acepten su nueva posición bajo el Código... Diría que deben resignarse a ella⁶⁵.

El *Code Napoleón* de 1804 se considera sagrado. Se creyó en la omnipresencia y omnicomprensión de la ley escrita. El Código era la expresión perfecta del Derecho natural. El Derecho escrito fue considerado como absoluto, universal y eterno. Solamente

65 RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 190.

existe el Derecho escrito, el cual ha previsto todos los casos posibles que se puedan presentar en la realidad y, por tanto, no se admite que pueda haber silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley⁶⁶. Las leyes naturales y morales constituyen normas jurídicas solo si han sido sancionadas por la ley escrita. El juez debe apoyar sus decisiones en la ley escrita, porque de fundamentar sus fallos en normas no escritas rebasaría los límites de sus facultades. Si el actor invocara en apoyo de su pretensión una regla de Derecho natural no sancionada por la ley, “el juez no debe concederle el beneficio de su fallo”⁶⁷. No solo se limitaron las facultades judiciales, sino también se prohibieron los comentarios de los textos legales⁶⁸. La investigación del Derecho empieza y se acaba en la norma estatal; la ciencia del derecho es autónoma de las otras ciencias sociales. La codificación decimonónica responde a la necesidad de crear un orden normativo racional, abstracto, atemporal. El ordenamiento jurídico es un todo cerrado que no presenta lagunas. Dentro de esta concepción, la ciencia jurídica no podía ser otra que la dogmática. El jurista no se interesa en la valoración que da vitalidad al Derecho, sino en aislar el hecho de forma que pueda ser subsumido en la literalidad de la ley; lo metajurídico, esto es, la realidad social, no tiene cabida en esta idea del Derecho.

234. Jurisprudencia analítica

La jurisprudencia analítica se desarrolló en Inglaterra, patria del empirismo, a comienzos del siglo XIX, por obra de John AUSTIN (1790-1859), que en 1827 inauguró la cátedra de Jurisprudencia o Teoría del Derecho en la Universidad de Londres, que poco después se tuvo que cerrar por falta de alumnos, por lo cual viajó a Alemania. Es autor de *Providence of Jurisprudence* (1832) y de *Lectures on Jurisprudence: or Philosophy of Positive Law* (obra póstuma publicada en 1832). Definió a las normas como mandatos respaldados por amenazas.

AUSTIN, basado en el utilitarismo de BENTHAM⁶⁹, sostiene que el Derecho es un conjunto de mandatos generales emitidos por un órgano supremo, dirigidos a los súbditos y respaldados por la coacción. Existe un nexo sicológico entre el deber y la

66 El *Code Napoléon* en su artículo cuarto dice: “El juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia”.

67 DEMOLOMBE, citado por de RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, ob. cit., p. 192.

68 Se dice que Napoléon, ante la aparición en 1805 del primer volumen del comentario de MALEVILLE al Código Civil, exclamó: “¡Mon Code esteperdu!” (“¡Mi Código está perdido!”). Por decreto se prohibió escribir comentarios y tener lecciones orales respecto al Código Penal de Babiera de 1813.

69 Jeremías BENTHAM (1748-1832), autor de *Deontología o ciencia de la moralidad*. No se debe ir más allá de los hechos; en el dominio moral no hay otro criterio que el del placer o del dolor. Hay que considerar ante todo la cantidad de placer o de dolor, después su calidad o intensidad, o duración o pureza, etc.; además, la felicidad no solo para uno mismo, sino también para los demás: el mayor número posible.

sanción. Es el miedo a convertirse en sujeto pasivo del acto coactivo lo que convierte a las órdenes en obligatorias y debidas. El ordenamiento jurídico tiene como finalidad principal la utilidad; además, es un instrumento para organizar la sociedad, y un factor de cambio social. El objeto de la jurisprudencia es el Derecho positivo, entendiéndolo como el Derecho establecido o *positum* en una comunidad política independiente por la voluntad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo.

A diferencia de BENTHAM, para quien el Derecho es un saber pragmático, AUSTIN consideró que es posible la construcción de una ciencia del Derecho. Parte de la distinción nítida entre Derecho y moral, entre lo que es y lo que debe ser el Derecho. De lo que es el Derecho se ocupa la jurisprudencia y de lo que debe ser, se ocupa la ciencia de la legislación que presupone la jurisprudencia. Este autor distingue el Derecho en cuanto singularidad histórica, o sea, de los diversos Derechos positivos, del Derecho pensado en abstracto, esto es, de los principios y nociones comunes a los diversos sistemas de Derecho (como los conceptos de deber, derecho, libertad, delito, pena, etc.).

El estudio del Derecho positivo corresponde a la jurisprudencia particular o nacional, que es una actividad práctica. El estudio de los conceptos comunes a diversos sistemas jurídicos que pueden extraerse de la inducción y del análisis, da lugar a una verdadera ciencia del Derecho que AUSTIN llama jurisprudencia general, filosofía del Derecho positivo, jurisprudencia teórica, jurisprudencia comparada, jurisprudencia analítica o, simplemente, jurisprudencia. La jurisprudencia general "se refiere a la ley como necesariamente es, más que a la ley como debe ser". En cambio, la ciencia de la legislación debía determinar el contenido del Derecho según reglas ideales, cuyo enunciado correspondía más al legislador y al filósofo que al jurisconsulto. Los conceptos de la jurisprudencia general se extraen de la confrontación de los diversos derechos históricos. Sin embargo, considera que tan solo merecen atención los escritos de los juristas romanos, las decisiones de los jueces ingleses, y los preceptos de los códigos franceses y prusianos en cuanto a la sistemática. La jurisprudencia analítica dio lugar a una ciencia formalista del Derecho, en el sentido de que su objeto de estudio no era el contenido de un Derecho concreto, sino el análisis formal de los conceptos jurídicos básicos.

AUSTIN y sus seguidores (POLLOCK, MARKBY, HOLLAND, etc.) sentaron las bases de una ciencia autónoma del Derecho, desvinculada de ingredientes filosóficos.

HART⁷⁰ ha renovado la jurisprudencia analítica valiéndose de procedimientos analíticos del lenguaje, considerando en cada caso la función que cumple una expresión en un contexto particular. HART plantea su teoría en su libro *El concepto de derecho*,

70 HART, Herbert, *Derecho y moral*, traducción por Genaro R. Carrió, Buenos Aires: Depalma, 1962. *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

publicado en 1960. Reprocha a AUSTIN por pretender reducir las normas a mandatos (*commands*) emanados del soberano respaldadas por una amenaza. Una norma así tiene una estructura idéntica a la orden de un asaltante de caminos que amenaza al caminante con la muerte si incumple con el imperativo de entregarle el dinero. La teoría del mandato necesita de algunas adiciones, a saber: 1) que el mandato sea general, 2) debe tener una cierta permanencia y 3) que el órgano estatal que lo dicta debe ser supremo e independiente. Para que exista sistema jurídico, sus normas válidas, según el criterio último del sistema, tienen que ser generalmente obedecidas y “las reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica y sus reglas de cambio y de adjudicación tienen que ser efectivamente aceptados por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial”.

En la norma (sea jurídica, moral, etc.) —dice HART— se dan dos elementos: 1) un comportamiento regular (elemento externo) y 2) la aceptación de dicho comportamiento (elemento interno). La aceptación puede deberse al temor, a razones éticas, etc. HART distingue entre el lenguaje de las normas y el lenguaje sobre las normas. En el lenguaje sobre las normas diferencia los enunciados emitidos desde un punto de vista interno (por alguien que forma parte del grupo y acepta tales normas) y enunciados emitidos desde un punto de vista externo (el observador desde fuera del ordenamiento). Existe ordenamiento si es aceptado (eficaz), siendo suficiente que sea aceptado por los funcionarios y obedecido por el resto de la población; inclusive, bastaría con que se acepten sus normas de reconocimiento.

HART critica a KELSEN por pretender reducir el Derecho a las normas que establecen una sanción. La coerción es una característica del Derecho como un todo, pero no de cada una de sus reglas. El ideal de la plena determinación de las reglas jurídicas es un ideal inalcanzable a causa de la textura abierta del lenguaje en que están expresadas las reglas. Existen áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales, pero razones ideológicas tratan de encubrir la función creadora de los jueces.

Si bien el Derecho se distingue de la moral —dice HART—, hay entre ellos una vinculación necesaria que se pone de manifiesto en las siguientes consideraciones:

- 1) El poder coercitivo del Derecho presupone su autoridad aceptada.
- 2) La estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de la concordancia con otros tipos de control social, como la moral o la religión.
- 3) La decisión judicial recurre con frecuencia a criterios suprapersonales de valoración.
- 4) La crítica del Derecho esclarece su bondad ética o su defecto en este aspecto.
- 5) Puede aceptarse que se realiza un mínimo de justicia dondequiera que la conducta es controlada por reglas generales que se hacen conocer en forma pú-

blica y son judicialmente aplicadas. En la mera noción de aplicar una regla se encuentra el germen de la justicia.

- 6) La crítica del Derecho puede conducir a la resistencia por motivos morales.

235. Dogmática jurídica. Jurisprudencia de conceptos

La dogmática jurídica tiene su antecedente remoto en la escuela de las glosas y su antecedente más próximo en la escuela histórica. Guarda un paralelismo con la escuela francesa de la exégesis. Para la escuela francesa, el Derecho es la ley, o más exacto, el conjunto de normas positivas, siendo la ley solamente una especie dentro de las normas.

La dogmática jurídica, en su acabada culminación, desemboca en la jurisprudencia de conceptos. Las normas son los conceptos expresados en sus palabras. La tarea de los juristas consiste en estudiar dichos conceptos o significaciones, por lo cual la ciencia jurídica resulta ser lógica.

También la escuela histórica, a mediados del siglo XIX, desemboca en un formalismo conceptual: la jurisprudencia de los conceptos que presta más atención a los preceptos jurídicos inscritos en la ley que a las estructuras sociales a las que aquellos conceptos se destinan; presupone una noción de verdad: una norma jurídica o un enunciado es válido si resulta lógicamente compatible con el resto del sistema. Los conceptos jurídicos permiten deducir toda posible consecuencia jurídica. Nos encontramos otra vez, como en el naturalismo, con una ciencia del Derecho que por medio de la lógica formal o deductiva cumple una función productiva. Aunque parezca contradictorio, el primero que lo propugnó fue SAVIGNY, quien comparó a la ciencia del Derecho con la geometría y aplicó esta metodología en su obra *Tratado de la posesión* (1803). El método fue desarrollado por Puchta, Ihering y Windscheid, quien veía en la labor del jurista científico una operación de cálculo en que los factores son los conceptos jurídicos, y fue consagrado legislativamente en el B. G. B. de 1900; del Derecho privado pasó al público a finales del siglo XIX, por conducto de autores como Gerver, Laband y Jellinek.

La dogmática jurídica, si bien no con la posición extrema de la jurisprudencia de los conceptos, constituye el denominador común de la ciencia jurídica actual en los países de Derecho escrito y tradición romanista, especialmente en Europa continental y Latinoamérica.

Como expresa AARNIO⁷¹, la dogmática jurídica se basa en las siguientes suposiciones:

- a) El objeto de investigación de la dogmática jurídica ha de ser el conjunto de normas jurídicas válidas en la sociedad en determinada época. La dogmática jurídica es una investigación sobre normas jurídicas válidas.
- b) La tarea de la dogmática es sistematizar para formar un sistema normativo e interpretar las normas válidas para esclarecer su contenido.
- c) El acto de interpretación ha sido denominado *argumentación*. Está construida sobre dos elementos: por una parte, el intérprete tiene a su disposición cierto material sobre el cual basa sus deducciones (fuentes del Derecho), y por la otra, él puede usar ciertas reglas de inferencia aceptadas en la comunidad jurídica.
- d) Los valores y las valoraciones también están envueltos en la interpretación.

236. Teoría general del Derecho

Cae también dentro del formalismo en el cual desembocó la escuela histórica, la teoría general del Derecho que se desarrolla a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Se inicia con MERKEL y lo continuaron autores como BERGBONHM, RUMELIN, WALLASCHEK, BIERLING. Parte del hecho de que la ciencia jurídica está dividida en una serie de ramas (Derecho civil, mercantil, penal, etc.), en las que a su vez se distingue una parte general y una especial. Su objetivo es, partiendo del Derecho positivo, elaborar, con base en un proceso inductivo, una teoría general del Derecho, cuyo objeto lo constituyen los elementos que son comunes a todas ellas.

La teoría del Derecho se ocupa del establecimiento del concepto de este, lo que supone tratar, a juicio de PESES-BARBA⁷², por lo menos los siguientes problemas: 1) crítica de la dogmática; 2) relaciones entre Derecho y poder: el fundamento último de la validez del derecho; 3) el contenido material del Derecho: la ordenación de la vida social humana; 4) el derecho como ordenamiento; 5) estructura y función del Derecho; 6) conceptos fundamentales del Derecho, y 7) distinción de otras materias afines.

71 AARNIO, Aulis, "Sobre el paradigma de la dogmática jurídica. Problemas del progreso científico en la investigación jurídica", traducción porl inglés por Marisela Párraga, en Anuario de filosofía jurídica y social, Asociación Argentina de derecho comparado. Teoría general, n.º 5, Buenos Aires: Abledo-Perrot, 1986, pp. 169 y 170.

72 PESES-BARBA, *Introducción a la filosofía del derecho*, 2.ª ed., Madrid: Debate, 1984, p. 265.

237. Escuela del método comparatista

A finales del siglo XIX y comienzos del XX surge el *método comparatista* del estudio del Derecho con autores como MAINE en Inglaterra, MORGAN en Estados Unidos, FUSTEL DE COULANGES en Francia y POST, BACHOFEN y KÖHLER en Centroeuropa⁷³.

Este método compara diversos sistemas jurídicos (sistema romano-germánico, sistema del *Common law*, etc.) o de ordenamientos jurídicos de diferentes países o bien de un mismo país. La comparación no solo es de normas, sino fundamentalmente del medio social donde rigen ellas (las estructuras políticas, económicas, las tradiciones, etc.). Se comparan derechos pertenecientes a un solo sistema o a diferentes sistemas, porque los tipos de sociedad pueden ser diferentes (sociedad occidental, musulmana, sociedad de economía liberal o de economía colectivizada, etc.), pero todas tienen cuestiones comunes que resolver, como son los problemas relativos al crimen, al comercio internacional, a la paz mundial, etc.

No se trata de comparar simplemente dos o más sistemas jurídicos, sino, sobre todo, de comparar las realidades sociales donde rigen esos sistemas.

238. Vuelta al formalismo jurídico. La jurisprudencia pragmática

En el siglo XIX se produce la *vuelta al formalismo jurídico*, basado en la organización lógica y sistemática de las normas jurídicas para facilitar su aplicación. Este es un proceso deductivo, donde los aspectos sociales, sicológicos, éticos, etc., no ejercen ningún papel.

La vuelta al formalismo se debe, entre otros factores, a que el Estado monopoliza la producción del Derecho, a la organización social burocrática, y a la función de previsión del Derecho.

A finales del siglo XIX se produce la denominada *revuelta contra el formalismo*. En Alemania, la revuelta contra el formalismo de la jurisprudencia conceptual se inicia con IHERING y GIERKE. IHERING sostuvo que el Derecho no es fruto de un desarrollo orgánico, sino obra humana consciente, medio para la consecución de fines. El Derecho no es un sistema de proposiciones abstractas, sino como una idea de fuerza. Es un orden coactivo y un fin, tiene un aspecto estructural y otro funcional. Para IHERING, el Derecho es “la forma de garantía del conjunto de las condiciones de vida de la sociedad aseguradas por el poder estatal por medio de la coacción externa”.

IHERING pasó por tres etapas. En la primera defendió a la *escuela histórica*; en la segunda propugnó la *escuela histórica nueva*, conocida como jurisprudencia de los conceptos, que concibe al Derecho como una disciplina creadora y práctica, pero coincidiendo con los historicistas, propende al medio para alcanzar este fin exclusivamente en la construcción de conceptos; en la tercera etapa combatió a la *escuela histórica nueva*, orientando su pensamiento hacia una *jurisprudencia pragmática*. Esta nueva concepción de IHERING se inicia con la primera de sus cartas de un “desconocido” “sobre la jurisprudencia actual”, publicada en 1861; sus cartas las publicó en 1884, junto con otros trabajos, entre los cuales figura la sátira: “En el cielo de los conceptos jurídicos”, bajo el título *La jurisprudencia en broma y en serio*. IHERING separa los elementos históricos y jurídico-conceptuales de los elementos realistas y finalistas, dando relevancia al factor “interés” en el derecho subjetivo y al factor “fin” en el Derecho objetivo. En el tomo IV del *Espíritu del derecho romano* (1864), IHERING afirma que “creer en la inmutabilidad de los conceptos jurídicos romanos es una idea totalmente inmadura, que es producida por un estudio totalmente acrítico de la Historia”, critica “el culto de lo lógico, que piensa elevar la jurisprudencia a una matemática del Derecho”, y sostiene que “la vida no existe a causa de los conceptos, sino que los conceptos existen a causa de la vida. No ha de suceder lo que la lógica postula, sino lo que postula la vida, el tráfico, el sentimiento jurídico, aunque sea lógicamente necesario o imposible”; “las últimas fuentes de los conceptos jurídicos romanos tienen que ser buscados en motivos sicológicos y prácticos, éticos e históricos”. En su obra *El fin en el derecho* expresa que el fin es el creador de todo el Derecho, no existe norma jurídica que no deba su origen a un fin, esto es, a un motivo práctico; “todas las normas jurídicas tienen como fin el aseguramiento de las condiciones de vida de la sociedad”, y la sociedad es el sujeto final de todas las normas jurídicas. El Derecho es la norma coactiva estatal al servicio de un fin social, por lo cual, para comprenderlo, no se necesita tanto de un análisis lógico o sicológico, sino de un análisis sociológico⁷⁴. El finalismo de IHERING fue desarrollado después por la escuela del derecho libre.

239. Jurisprudencia de intereses

La jurisprudencia pragmática se convirtió en el punto de partida de la *Jurisprudencia de intereses* fundada en Alemania por Phillip HECK, que en 1889 publica *La avería gruesa*. Este autor parte de la idea de que el juez tiene como fin último la satisfacción y equilibrio entre los diversos intereses.

74 LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel, 1994, p. 65 y ss.

Mientras que la jurisprudencia de conceptos limita al juez “a la subsunción lógica de la situación de hecho bajo los conceptos jurídicos”, la jurisprudencia de intereses opta por “un primado de la vida y de la valoración de la vida”. HECK manifiesta que la misión de la ciencia del Derecho es la de “facilitar al juez su oficio, preparando, por medio de la investigación de la ley y de las relaciones de la vida, la solución adecuada a la cosa”. La meta de la jurisprudencia de los tribunales y de la solución del caso es “la satisfacción de las necesidades de la vida, de las apetencias y tendencias apetitivas, tanto materiales como ideales, existentes en la comunidad jurídica”. Estas apetencias y tendencias son los denominados *intereses*, la jurisprudencia de intereses intenta “no perder de vista esta meta final, inclusive en cada operación particular, en cada formación del concepto”. Los preceptos legales delimitan intereses, y “ellos mismos son productos de intereses”; las leyes son “las resultantes de los intereses de orientación material, nacional, religiosa y ética, que se contraponen unos a otros y luchan por su reconocimiento”; de allí que el método fundamental es “conocer, con exactitud histórica, los intereses reales que han ocasionado la ley, y tener en cuenta los intereses conocidos para la resolución del caso. Los intereses son las causas del precepto legal; por tanto, la interpretación es la explicación de las causas. El juez —dice HECK— debe llenar las lagunas de la ley teniendo presente los intereses participantes, pero evaluándolos de acuerdo con los principios valorativos contenidos en la ley. La analogía se justifica a causa de ‘la igualdad de la situación de intereses, que exige la misma evaluación por los intereses de la comunidad jurídica’”. Cuando la subsunción de hechos bajo las representaciones del precepto no conduce a la meta, el juez ha de complementar los preceptos legales “según juicios de valor” del legislador, y a falta de estos, recurrirá a sus propios juicios de valor⁷⁵.

Para HECK, las instituciones jurídicas deben estudiarse en conexión con las circunstancias empíricas que las rodean. La ordenación conceptual y sistemática de las instituciones ha de seguir a una previa consideración de las ventajas e inconvenientes que en el mundo *fáctico* presentan tales instituciones. El juez debe llenar las lagunas del orden jurídico ocasionadas por situaciones nuevas no contempladas por el legislador. Si no hay lagunas, el juez no puede hacer sino desarrollar los criterios axiológicos contenidos en la ley. La valoración de los intereses en juego efectuada por el legislador prevalece sobre la opinión del juez.

Como dice TORRES⁷⁶, la jurisprudencia de intereses trata de descubrir el conflicto que se produce en la realidad social para contrastarlo con el que subyace en la valoración de la norma. El jurista se aparta de la tradicional contemplación formalista y abstracta de la norma para conceder mayor atención a los hechos reales que intervienen en la circunstancia jurídica. Se trata no ya de valorar las normas por la influencia que

75 LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 70 y ss.

76 TORRES LÓPEZ, *Análisis económico del derecho*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 14.

ejercen sobre la realidad económica y social, sino de contemplar el Derecho, tomando en consideración la incidencia sobre las normas de las elecciones jurídicas que en el transcurso de su actuación realizan los agentes sociales y económicos.

240. El pluralismo jurídico

A finales del siglo XIX, Otto VON GIERKE abrió el camino al *pluralismo jurídico*, al sostener que el Derecho no es un producto de la voluntad estatal, sino un fenómeno social que emana de la realidad concreta de los grupos humanos. El Estado es solo una asociación más entre las diversas asociaciones de que se compone la sociedad. El Derecho no se reduce al Derecho estatal. Los conceptos jurídicos no son eternos ni inmutables, sino relativos. El método de conocimiento del Derecho debe ser el histórico, que capta la forma y la sustancia interna de las nociones jurídicas. El Derecho es una realidad histórica, producto de una comunidad concreta, es un momento dependiente de una totalidad; de ahí que para su comprensión se necesite de las demás ciencias sociales.

241. Jurisprudencia sociológica norteamericana

A comienzos del siglo XX, algunos autores reducen el Derecho a un fenómeno social y empírico. Los norteamericanos distinguen entre *Law in action* y *Law in the books*. Con el primero se verifica una realidad y con el segundo se aprenden conceptos. A esta escuela se la conoce como *realismo conductista*.

Como expresa CUETO RÚA⁷⁷, a finales del siglo pasado y primeras décadas de este siglo, Oliverwendell HOLMES, jurista y juez, produjo un cambio de perspectiva en el estudio del derecho, con un breve ensayo de 20 páginas, *El sendero del derecho, The path of the law*. Para HOLMES, el estilo tradicional de aprender conceptos abstractos y difíciles, como “Derecho”, “facultades”, “poder”, “obligación”, para luego, por vía deductiva, procurar conclusiones, no corresponde a lo que se experimenta y se vive. ¿Qué trae un hombre al abogado? ¿Qué le preocupa? El abogado se ve a menudo ante una pregunta de esta índole: ¿qué me pasará si hago esto?, ¿qué consecuencias me traerá?, ¿qué tipo de sanción padeceré?, ¿qué perjuicio he de sufrir?, ¿qué privación experimentaré si adopto este tipo de conducta? El *bad man* desea evitar privaciones y castigos, por eso le dice a

77 CUETO RÚA, Julio C., “La jurisprudencia sociológica norteamericana”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n.º 1, Buenos Aires: 1982, p. 59 y ss.

Una vez, HOLMES dijo a un grupo de estudiantes de Derecho: “Vuestra labor como abogados será ver la relación entre vuestro hecho particular y todo el marco del universo” (BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, ob. cit., p. 9).

su abogado: "Contesteme, qué me va a pasar si yo hago esto". Con *esto* está refiriendo un cierto comportamiento que va a tener lugar en cierto sitio y momento y que va a determinar una actitud del órgano correspondiente de la comunidad que va a adoptar una actitud respecto de ese comportamiento. Esto lleva al abogado a preocuparse, no por la definición abstracta, no por el concepto, sino por lo que le va a pasar a este hombre en este sitio, en estas condiciones. Esto coloca al abogado en un contexto social, sicológico, económico e histórico muy definido. Cuando el abogado va a contestar estas preguntas no se preocupa por los conceptos, sino que tiene otro tipo de preocupaciones: ¿quién será el juez que intervendrá en este asunto?, ¿qué han estado haciendo los jueces de esta comunidad en asuntos de esta índole?, ¿cuál ha sido el efecto de este tipo de comportamiento en esta comunidad con los sentimientos que prevalecen en este medio, con las convicciones religiosas, con los intereses políticos, con las necesidades económicas? El abogado predice un comportamiento judicial, tomando todos los factores de hecho que gravitan sobre el ánimo del juez.

HOLMES dice que para predecir el comportamiento probable del juez hay que ir al tesoro de la sabiduría acumulada en los repertorios judiciales, pero no hay que concentrar el interés en el desarrollo lógico, porque este es una vestimenta que oculta la realidad. El juez se determina por factores de índole axiológica, por consideraciones políticas, por valoraciones de intereses. HOLMES propone que los abogados y los estudiantes no se atengan a lo que se dice mediante un discurso lógico, sino a lo que está subyacente como la verdadera motivación.

De este modo, HOLMES reaccionó contra el formalismo jurisprudencial y abrió el camino a la *jurisprudencia sociológica* (*sociological jurisprudence*) o *realismo jurídico norteamericano*. Define al Derecho como "las predicciones de lo que los jueces harán de hecho", identificando al Derecho con el comportamiento de los jueces. La vida del Derecho no es la lógica sino la experiencia judicial. El objeto de la jurisprudencia no es el conocimiento puro del Derecho, sino el desarrollo de este sobre una base empírica. La ciencia del Derecho es una ciencia sobre hechos, sobre comportamientos, análoga a las otras ciencias sociales. Cuando estudiamos Derecho no estudiamos un misterio, sino una profesión bien conocida: estudiamos lo que es preciso para ir ante los jueces o para aconsejar a la gente cómo ha de hacer para mantenerse alejada de los tribunales.

La jurisprudencia sociológica (o realismo jurídico norteamericano) de POUND, LLEWELLYN y CARDozo considera las normas, los hechos y los valores. El sentido común es un criterio de verdad en verdad.

Roscoe POUND⁷⁸ configuró a la *jurisprudencia sociológica* como una ingeniería social, o sea, como un saber de tipo práctico dirigido a lograr ciertos fines sociales:

78 Nathan Roscoe Pound nació en la ciudad de Lincoln, el 27 de octubre de 1870 y falleció en 1964. A los 13 años ingresó a la Universidad de Nebraska, obteniendo su licenciatura en botánica a los 17, la maestría

ordenar las relaciones sociales y armonizar la satisfacción de las necesidades. La jurisprudencia no es una ciencia, sino una técnica; el jurista debe servirse de investigaciones de tipo sociológico. POUND planteó las bases de la moderna sociología del Derecho en su libro *Philosophy of law* (1922). Al comienzo, el Derecho tuvo como finalidad proteger la seguridad personal, la paz, el orden y la libertad de los gobernados, mientras que el Derecho moderno traspasa los límites del excesivo individualismo y procura reconciliar los intereses sociales, asegurando la extensión de los derechos a todos los ciudadanos, sin excepción. Un Derecho inspirado en un humanismo integral, que trasciende lo estrictamente jurídico, contribuye a crear instituciones políticas y sociales eficientes, la promoción y protección de la persona y sus derechos y la mejora del orden económico y social.

Lo anterior lo apunta GARBER⁷⁹, en su discurso pronunciado en 1906 ante la Asociación Americana de Abogados, sobre las causas de insatisfacción popular con la administración de justicia. POUND agrupó las causas de disconformidad en cuatro acápite:

- 1) Las aplicables a cualquier sistema jurídico.
- 2) Las asociadas a las peculiaridades del sistema angloamericano.
- 3) Las relativas a la organización y al procedimiento judicial de los Estados Unidos.
- 4) Las vinculadas al entorno de la administración judicial norteamericana. Al tratarlas en detalle, incluyó:

Bajo el primer acápite: a) la operación necesariamente mecánica de las normas jurídicas, que es parte del costo de la uniformidad; b) el desfase entre el progreso del Derecho y el de la opinión pública; c) la errónea creencia popular de que la administración de justicia es una tarea fácil que cualquiera podría desempeñar, y d) falta de comprensión acerca de la necesidad de autocontención de la justicia.

a los 18. En 1889, por decisión de su padre, ingresó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, que poco antes había introducido en la enseñanza del Derecho el método socrático: *Case method*. La enfermedad de su padre lo obligó a abandonar sus estudios formales de Derecho. Nunca obtuvo su diploma de abogado. En EE.UU., la habilitación para el ejercicio de la abogacía depende de la suficiencia demostrada ante un jurado examinador estatal y no del título universitario que no es exigido en todos los casos. Recibió la tarea de actuar en procesos orales ventilados, con o sin jurados, ante los jueces de primera instancia. En 1901 fue designado miembro de una comisión creada para paliar la congestión de causas en la Corte Suprema de Nebraska; como tal cumplió funciones de juez de segundo grado por dos años. En 1903 fue designado decano de la Facultad de Derecho de Nebraska. En ese año pronunció una conferencia desafiando las opiniones prevalecientes por la fusión procesal de *Common law* y *la equity*, fusión que podría resultar tan antinatural como la de un tigre y una dama.

⁷⁹ GARBER, "La interpretación en el sociologismo jurídico norteamericano", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 9, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, pp. 78-80.

Bajo el segundo: a) el espíritu individualista del *Common law*, difícil de armonizar con una teoría colectivista; b) las exageraciones del procedimiento contencioso angloamericano, a veces más parecido a una contienda deportiva que a una actividad encaminada a establecer la verdad y dar a cada uno lo suyo; c) la tensión originada por la doctrina de la supremacía del Derecho que, en los hechos, es percibida como supremacía de los jueces que lo aplican, y cuyo poder ejerce no sobre determinados individuos sino sobre todo el pueblo; d) la ausencia de ideas generales y de todo tipo de filosofía del Derecho, y e) la incertidumbre, confusión y demás imperfecciones de un sistema normativo basado, fundamentalmente, en el precedente judicial, de imposible abordaje por el lego.

Bajo el tercero: a) multiplicidad de tribunales, resabio de una etapa arcaica del Derecho; b) superposición de competencias entre tribunales federales y locales, y c) dispendio de actividad jurisdiccional, por mala distribución de causas, por prestar excesiva atención a cuestiones puramente procesales y procedimientos, en desmedro del tiempo disponible para estudiar la sustancia de los pleitos, o por esterilizar esfuerzos con frecuentes anulaciones de lo actuado y repetición de procesos.

Bajo el cuarto: a) falta de interés popular en la justicia y consiguiente retraimiento en el desempeño de la función de jurado; b) la atención puesta en el Derecho, que, según lo veía POUND, debía cumplir también la función de la moral; c) el efecto de la transición hacia una etapa en la que el Derecho legislado cumpliría un papel de creciente importancia; d) la contaminación política de jueces; e) la deformación mercantilista de la profesión jurídica, que termina por convertir al abogado en empleado o dependiente de su cliente, y f) la ignorancia del público acerca del verdadero funcionamiento de los tribunales y del proceso judicial, a causa de los informes sensacionalistas y carentes de seriedad de la prensa amarilla.

POUND define al Derecho como norma, pero, además, como estilo con que los abogados y los jueces manejan las normas. También integra a la noción de Derecho las habilidades (*skills*), esto es, el modo práctico con que se enfrentan los problemas del Derecho. Al jurado integrado por farmacéuticos, médicos, amas de casa, carteros, etc., no se le persuade con exclusivas consideraciones teóricos. Dice POUND:

Yo no puedo entender el Derecho de los EE.UU., si solo pienso en las normas y en el modo en que las piensan los juristas y los abogados. También necesito conocer las habilidades, *skills*, con que se convence a la gente, las habilidades con que el abogado convence al jurado.

Pero no basta con dominar *skills*; hay que tener en cuenta que un litigio consiste en pretensiones antagónicas, intereses contrapuestos; el juez va a dirimir cuál de esos intereses será reconocido y cuál no. La noción de Derecho está integrada por

normas, métodos, habilidades, intereses, ciertas convicciones sociales, de entre las cuales descuella la aceptación social de la potestad de los jueces para dirimir disputas conforme a criterios tradicionales.

Benjamín CARDENAS, filósofo y juez, en su obra *La naturaleza de la función judicial*⁸⁰ dice que el juez, por su profesión de abogado, ha sido entrenado en la lógica. Pero acude a la lógica si ella le permite decidir el caso conforme a justicia, razonablemente. La lógica tiene límites, no avanza sin cesar. El juez no sigue a la lógica en forma indefinida, porque hay un momento en que ella da frutos lógicos, pero no da frutos justos. Cuando se para la lógica, entra a obrar la historia. Si se da la razón por la historia, no se acude a la lógica si esta suministra un sentido contrario al de la historia. La lógica falla cuando se encuentra con hechos de características que escapan a ella por el mismo carácter abstracto, genérico, rígido de la lógica ante las peculiaridades de la historia. Pero ante los factores de dinamismo e intensidad de los cambios sociales, la historia no da la respuesta; entonces se deben computar factores presentes, los datos de la realidad, los intereses y los valores sociales. Este es el método sociológico, considerado como el método de los métodos, el método que orienta en la selección de métodos. Diversos métodos pueden dar distintas respuestas, de modo que la elección de un método de algún modo significa la elección de un resultado. Respecto a la pregunta: ¿qué método debo elegir?, CARDENAS dice que la respuesta la da el método sociológico.

CARDENAS⁸¹ afirma: "Mi propia idea es que el juez tiene el deber de acatar los *standards* aceptados de la comunidad, los *mores* del tiempo". Están presentes lo axiológico (*standards, mores*), lo histórico (el tiempo) y lo sociológico (la comunidad). Sugiere el empleo de cuatro métodos en el proceso para dictar sentencias:

- 1) El método de la progresión o deducción lógica.
- 2) El de buscar inspiración en la línea de desenvolvimiento histórico de una institución jurídica.
- 3) El de atenerse a los datos de las costumbres y de las convicciones sociales vigentes (aquí es decisivo el sentido común).
- 4) El de inspirarse en consideraciones de justicia y bienestar social.

LLEWELLYN, también representante de esta corriente, es considerado el padre espiritual del Código de Comercio Uniforme de EE.UU. (*Uniform Commercial Code*), proyectado por un grupo de juristas y representantes de los diversos Estados de la Unión y aprobado por la mayoría de Estados.

80 CARDENAS, Benjamín, *La naturaleza de la función judicial*, traducción por E. Ponssa, Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1955.

81 Cita de VALENCIA RESTREPO, *Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*, Bogotá: Temis, 1993, p. 269.

242. Realismo escandinavo

El *realismo jurídico escandinavo* (llamado también *sociologismo escandinavo*) tiene su origen en la Universidad de Upsala (Suecia). Se considera a Axel HÄGERSTRÖM⁸², profesor de dicha universidad entre 1893 y 1933, como su fundador, para quien el Derecho es un complejo de fenómenos sicológicos; por eso a esta escuela se le denomina también “realismo sicológico”. Una norma es vigente si es aceptada por la conciencia jurídica popular. La determinación de la vigencia de la norma requiere de una investigación sicosociológica sobre la aceptación o rechazo de ciertas pautas de conducta por determinada comunidad.

OLIVECRONA⁸³, otro representante de esta escuela, considera al Derecho como un misticismo emparentado con el pensamiento mágico: “En la misma forma en que se sitúa a Dios tras las normas morales, se sitúa al Estado tras las normas jurídicas”; dice que los derechos, deberes y demás entidades que utilizan los juristas son de carácter metafísico. Las normas jurídicas son “ideas de acciones imaginarias a ser cumplidas por personas en situaciones imaginarias”, esto es, son “esquemas ejemplificativos de conducta” que se seguirán si es que existe una motivación para ello. No hay cosas como derechos y deberes; lo único que tiene existencia (empírica) son las ideas, las emociones sicológicas que tales expresiones suscitan en la gente y que influyen en su comportamiento. Una proposición es científica solo si se refiere a entes observables en forma directa, de manera que pueda ser verificada como verdadera o falsa; los derechos y los deberes no aluden a hechos observables. El discurso de las normas (por ejemplo, el propietario tiene la acción de reivindicación) y el discurso sobre las normas (v. gr., el Derecho positivo permite al propietario ejercer la acción reivindicatoria) no pueden pretender ser lenguaje científico, por no ser susceptibles de verificación. Si es científico el discurso sobre los hechos (por ejemplo, “cuando se dice el propietario tiene derecho a... La gente cree... Y esto influye en su comportamiento”). La ciencia jurídica es una combinación de sicología y sociología jurídicas.

82 HÄGERSTRÖM dice que el Derecho se inscribiría dentro del pensamiento mágico: “A partir de aquí somos conducidos inevitablemente a la concepción de que la noción de deber jurídico no puede ser definida con referencia a ningún hecho, sino que tiene una base mística, tal como ocurre con la del derecho subjetivo”. Expresa que el Derecho como realidad empírica no puede ser definido ni como una protección garantizada por el Estado, puesto que la garantía se materializa recién cuando el derecho es violado, ni como un mandato dispuesto por la autoridad, dado que la obligatoriedad de la norma no depende del conocimiento que tenga el súbdito, por lo que “esta insuperable dificultad para determinar los hechos que corresponden a nuestra idea de estos derechos nos llevan a suponer que no hay tales hechos y que las ideas de las que hablamos no tienen nada que ver con la realidad” (HÄGERSTRÖM, Axel, *Inquiries into the nature of law and moral*, Upsala, 1953, cita de Russo, *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, ob. cit., p. 151).

83 OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, ob. cit.

Para LUNDSTEDT⁸⁴, el juicio del deber ser jurídico es una combinación de palabras sin sentido, por cuanto la expresión de un sentimiento de deber ser carece de objetividad. Solo es objetivo aquello que se determina con independencia de nuestros sentimientos. La justicia es un juicio relacionado con el sentimiento del deber. La culpa es la violación del deber jurídico, o sea, de un deber objetivo. El Derecho se desentiende de la justicia; solo se preocupa de la uniformidad de las sentencias, para producir determinados efectos sociales.

Alf Ross⁸⁵, el representante más importante del *realismo escandinavo*, es autor de la obra *Sobre el derecho y la justicia*. Dice que KELSEN lo inició en la filosofía del Derecho y le enseñó la importancia del pensamiento coherente y que Axel HÄGERSTRÖM lo hizo ver la vacuidad de las especulaciones metafísicas en el campo del Derecho y la moral. Dice que existen dos discusiones filosóficas sobre el “Derecho vigente”: la primera se da entre “el idealismo metafísico y el realismo científico” y la segunda entre “el realismo sicológico y el realismo conductista”.

En cuanto a la primera discusión, afirma que el idealismo metafísico presenta dos variedades: el *idealismo material* de las escuelas del Derecho natural, y el *idealismo formal* de la teoría pura de KELSEN. Desarrolla los principios empíricos, en el campo del Derecho, hasta sus últimas consecuencias: “Como todas las ciencias sociales, la ciencia del Derecho tiene que ser, en último análisis, un estudio de fenómenos sociales, la vida de una comunidad humana; y la tarea de la filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la vigencia del Derecho en términos de efectividad social, esto es, de una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales”. Asegura “que la metafísica desaparecerá gradualmente del campo del Derecho, así como ha desaparecido casi del dominio de las ciencias naturales. No tanto por virtud de los argumentos lógicos que se formulan contra ella, sino más bien porque el interés en las construcciones metafísicas se va desvaneciendo a medida que se desarrolla una ciencia regular que demuestra su propio valor. ¿Quién puede pensar hoy en refutar la creencia en la piedra filosofal? Dejemos que los muertos entierren a los muertos”. Luego agrega que “es un principio científico elemental que un objeto debe ser definido de acuerdo con cualidades objetivas, y no de acuerdo con valoraciones. Es irrelevante, por ejemplo, que las leyes de Hitler contra los judíos o ciertas leyes extranjeras que autorizan la poligamia sean consideradas incompatibles con la idea del Derecho; queda aún por cumplir la tarea práctica inevitable de describir estas reglas, realmente efectivas, en conexión con el sistema en el que aparecen”. Considera que el idealismo jurídico está cediendo el paso al realismo jurídico.

84 LUNDSTEDT, Vilhelm, “El derecho y la justicia (Una crítica al empleo de la valoración de la justicia)”, en ss. vv., *El hecho del derecho*, traducción por Roberto Vernengo, Buenos Aires, traducción por Vernengo, Roberto J., *El hecho del derecho*, Buenos Aires: Losada, 1956.

85 Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, ob. cit., p. 66 y ss.

Para Ross, los estudios del Derecho siguen los patrones de observación y verificación que inspira a toda la ciencia empírica moderna. De allí la exigencia analítica de que las nociones jurídicas fundamentales sean interpretadas exclusivamente como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad.

En cuanto a la segunda discusión filosófica sobre el Derecho vigente, Ross trata de hacer una síntesis entre el *realismo sicológico* de la escuela escandinava y el *realismo conductista* norteamericano. Dice que “todas las teorías realistas están de acuerdo en interpretar la vigencia del Derecho en términos de efectividad social de las normas jurídicas”. “El *realismo sicológico* encuentra la realidad del Derecho en hechos sicológicos. Una norma es vigente si es aceptada por la conciencia popular. El hecho de que tal regla sea también aplicada por los tribunales es, de acuerdo con este punto de vista, derivado y secundario; es una consecuencia normal de la conciencia jurídica popular que determina también las reacciones del juez. El criterio efectivo no es la aplicación como tal, sino el factor determinante que está detrás de ella” (p. 69). “Puede ser que una ley no sea aceptada por la conciencia jurídica popular y que por ello no se transforme en Derecho vigente” (p. 70). La ley o el precedente judicial constituirán Derecho vigente si son aceptados por la conciencia jurídica popular. Expresa Ross que “la objeción principal al *realismo sicológico* es que la conciencia jurídica es un concepto que pertenece a la *sicología individual*”, lo cual significa hacer del Derecho un fenómeno individual que está en el mismo plano que la moral.

En cuanto al *realismo conductista*, dice Ross, “encuentra la realidad del Derecho en las acciones de los tribunales. Una norma es vigente si hay fundamentos suficientes para suponer que será aceptada por los tribunales como la base de sus decisiones” (p. 71). Mientras el *realismo sicológico* “define la vigencia del Derecho de tal manera que tenemos que decir que el *Derecho es aplicado porque es vigente*”, la teoría conductista define el concepto de tal manera que tenemos que decir que el *Derecho es vigente porque es aplicado*”. Observa Ross que “no es posible hacer una interpretación puramente conductista del concepto de vigencia, por cuanto no se puede predecir la conducta del juez mediante una pura observación externa de la costumbre” (p. 72).

Concluye Ross que “solo podremos alcanzar una interpretación sostenible de la vigencia del Derecho, si efectuamos una síntesis del *realismo sicológico* y el *realismo conductista*”.

Afirmó que su punto de vista es conductista en la medida en que busca hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada, del juez. Es sicológica, en la medida en que la aludida consistencia es de un todo coherente de significado y motivación, únicamente posible sobre la base de la hipótesis de que en la vida espiritual el juez se halla gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos.

El Derecho es a un mismo tiempo norma y fenómeno jurídico; su estudio corresponde, respectivamente, a la *ciencia del Derecho*, que dirige su atención al contenido abstracto de las normas tratando de descubrir el contenido ideal que funciona como esquema de interpretación para el Derecho en acción, y expone dicho contenido ideal o ideología como un todo integrado y la *sociología jurídica* que atiende al Derecho en acción.

Ross rechaza la idea de validez *a priori* que coloca al Derecho por encima del mundo de los hechos, y reinterpreta esta idea en términos de hechos sociales; no admite la idea de un principio *a priori* de justicia como guía para la legislación (política jurídica) y examina la política jurídica con espíritu relativista, esto es, en relación con valores hipotéticos aceptados por grupos influyentes en la sociedad. Descarta la idea de que el conocimiento jurídico sea un conocimiento normativo específico, expresado en proposiciones de *deber ser*, e interpreta el pensamiento jurídico en términos de la lógica, que da fundamento a las otras ciencias empíricas (proposiciones del *ser*).

En opinión de Ross, no hay principios definidos que determinen el dominio de la filosofía del Derecho; no hay criterios internos que señalen dónde concluye la ciencia y dónde comienza la filosofía jurídica. La tradición y las inclinaciones personales deciden en gran medida la cuestión. La filosofía jurídica no solo constituye una hermosa actividad mental *per se*, sino también un instrumento que puede beneficiar a todo jurista que quiera comprender mejor lo que hace y por qué lo hace.

Para Ross, el “Derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del Derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias” (p. 18). En el Derecho vigente hay dos aspectos: una realidad social: la aplicación del Derecho por los jueces (fenómeno jurídico o Derecho en acción), y una norma que opera en el espíritu del juez que la vive como socialmente obligatoria y que funciona como esquema para comprender las acciones del juez; esas normas constituyen Derecho vigente si los jueces se comportan de acuerdo con tales esquemas de conducta y lo hacen porque se sienten vinculados por tales ideas, por cuanto son una abstracción de la realidad social empírica; el concepto de norma vigente garantiza la conexión norma-realidad social sin necesidad de presuponer ninguna norma fundamental. “El Derecho también puede ser considerado como algo que consiste parcialmente en fenómenos jurídicos y parcialmente en normas jurídicas, en correlación mutua” (p. 17).

Ross admite que las normas jurídicas se dividen en normas de conducta y normas de competencia. Las primeras prescriben una cierta línea de acción. Las segundas crean una competencia. Ellas son directivas que disponen que las normas

que se crean de conformidad con un procedimiento establecido serán consideradas como normas de conducta.

En cuanto al Derecho subjetivo, Ross expresa que “podemos decir que el concepto de Derecho subjetivo se usa típicamente para indicar una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses. El concepto de Derecho subjetivo indica la autoafirmación autónoma del individuo” (p. 171). Son elementos del Derecho subjetivo: el sujeto de Derecho, el contenido del Derecho (facultades o potestades), el objeto del derecho subjetivo (el objeto físico de los derechos *in rem*), la protección del derecho subjetivo.

243. El solidarismo

El *solidarismo* (denominado también *teoría sociológica*) tiene como su representante más distinguido a León DUGUIT (1859-1928), cuyas obras, *El Estado*, *El derecho objetivo y la ley positiva* (1901) y *El derecho social*, alcanzaron gran repercusión.

León DUGUIT dice que el objeto de la ciencia jurídica debe encontrarse en alguna realidad empírica; solo puede estar constituido por hechos sociales. El hombre por naturaleza es social, no puede vivir aislado, tiene una serie de necesidades que satisface solo mediante la solidaridad. Esta requiere de unas normas sociales de conducta consistentes en no hacer nada que lleve a disminuir la solidaridad social y hacer todo lo que puede acrecentarla. Estas reglas de conducta no son racionales, sino el mismo hecho social expresado de una manera abstracta. Al lado de las reglas morales y económicas existen normas jurídicas. Una regla social, económica o moral, adquiere el carácter de norma jurídica cuando los individuos tienen la conciencia de que la sanción de esta regla puede ser asegurada de una manera permanente. El Derecho es un hecho social, fluido y variable, cuyo estudio corresponde a una ciencia social y empírica. Las normas sociales tienen su fundamento en la conciencia que poseen los individuos de la solidaridad que los une.

DUGUIT distingue entre reglas normativas que representan verdaderamente el Derecho (es decir, los hechos sociales) y reglas constructivas llamadas *normas positivas* (ley). La regla normativa postula que no hay que hacer nada que atente contra la solidaridad social. Niega la existencia de los derechos subjetivos, pues el único que existe es el Derecho objetivo; por tanto, los particulares no tendrían derechos sino obligaciones. No existen los “derechos subjetivos”; lo que existen son las “situaciones jurídicas subjetivas”. La norma jurídica, cuyo carácter es objetivo y social, al ser aplicada al individuo en sí se transforma en una norma particular, individual, naciendo de este modo la “situación jurídica subjetiva”, la cual supone la idea de solidaridad

social. Esas situaciones subjetivas no afirman poderes del hombre sobre el hombre, sino que solamente representan funciones sociales. Con estas ideas, el derecho de propiedad se transforma en “función social”.

Emilio DURKHEIM (continuador del positivismo de Augusto COMTE) sostiene que las relaciones interindividuales se basan en la solidaridad. Distingue dos clases de solidaridad: la *mecánica* y la *orgánica*. La *solidaridad mecánica*, propia de las sociedades más antiguas cohesionadas por sentimientos comunitarios irreductibles y caracterizada por la conciencia coactiva; el elemento principal de cohesión es la religión; este tipo de solidaridad corresponde al Derecho penal. La *solidaridad orgánica*, propia de las colectividades modernas que es una solidaridad pactual, cuyo componente de cohesión es la división del trabajo; corresponde a la esfera del Derecho civil.

La solidaridad social —dice Durkheim⁸⁶— es un fenómeno moral que, por sí mismo, no se presta a la observación exacta ni sobre todo a la medida. Para proceder tanto a esta clasificación como a esta comparación, es necesario, pues, sustituir el hecho interno que se nos escapa por un hecho exterior que lo simboliza y estudiar el primero a través del segundo. Este símbolo visible es el Derecho [...] en efecto, la vida social, en todo lugar donde existe en forma duradera, tiende inevitablemente a tomar una forma definida y a organizarse, y el Derecho es solo esta organización misma en lo que tiene de más estable y preciso.

Para DURKHEIM, la sociedad es un *hecho social* caracterizado por la exterioridad y la coacción: “Hecho social es toda manera de hacer, fijada o no, susceptible de ejercer sobre el individuo una coacción exterior; o bien: que es general en el conjunto de una sociedad, conservando una existencia propia, independiente de sus manifestaciones individuales”⁸⁷. El Derecho puede ser represivo, como el penal, que implica “un dolor o por lo menos en una disminución impuesta al agente, tiene el objeto de afectarlo en su fortuna o en su honor, o en su vida, o en su libertad, de privarlo de algo que disfruta”, o puede ser restitutivo como el Derecho civil, comercial, procesal, administrativo y constitucional, que consiste en “la colocación de las cosas en estado, en el restablecimiento de las relaciones perturbadas en su forma normal”⁸⁸. Según GURVITCH⁸⁹, DURKHEIM fue el primero que abandonó la idea de que el Derecho es un agregado de leyes, y explicó el Derecho como la expresión simbólica de los hechos sociales fundamentales.

86 DURKHEIM, Emilio, *De la división del trabajo social*, Buenos Aires: Schapire, 1974, p. 60

87 DURKHEIM, *De la división del trabajo social*, ob. cit., p. 65.

88 *Loc. cit.*

89 GURVITCH, Georges, *Traité de sociologie. Problèmes de sociologie du droit*, París: PUF, 1960, p. 280.

244. Movimiento del Derecho libre

El antecedente del movimiento del Derecho libre se encuentra en BULOW, que, en 1885, en su escrito *La ley y la función judicial*, fue el primero en afirmar “que la ley no puede crear Derecho, mientras que la sentencia judicial implica una acción jurídicamente creadora”. En el movimiento del Derecho libre se engloban las escuelas antidogmáticas. De ellas sobresalen tres: 1) la escuela científica francesa; 2) la escuela del Derecho libre, que florece en Alemania, y 3) la escuela sociológica norteamericana.

Escuela de la libre investigación científica. François GÉNY⁹⁰ (1861-1959) dice que la ley no es tanto la expresión de un principio lógico, sino más bien la manifestación de voluntad. La interpretación de la ley está orientada a esclarecer la voluntad del legislador. A falta de ley se aplica la costumbre, la autoridad y la tradición, tal como ha sido desarrollada por la jurisprudencia de los tribunales y por la doctrina, y la libre investigación científica. La libre investigación científica se basa: 1) en el principio de la autonomía de la voluntad; 2) el orden y el interés públicos, y 3) el equilibrio o armonización de los intereses privados opuestos.

Ante las lagunas de la ley, el jurista debe realizar la *libre investigación del Derecho* para descubrir la norma jurídica apropiada que concierne al caso concreto, mediante la observación de los hechos sociales, en cuyo seno se encuentra el esbozo de la solución jurídica que le es propia. En el Derecho hay dos elementos: *lo dado* y *lo construido*. Lo dado son los datos de la naturaleza y de la experiencia social: datos económicos, históricos, culturales, demográficos, raciales, axiológicos, físicos, biológicos, etc.; los principios racionales, como las normas de Derecho natural, la idea de justicia, el respeto de los derechos humanos, etc.; los datos ideales que en determinado momento le dan una dirección especial a las relaciones humanas. Estos datos condicionan la obra legislativa, que es una construcción lógica y artística que subordina los hechos a un orden de fines (*lo construido*). La investigación científica del hecho social tiene un límite: las leyes existentes. La fórmula es: *más allá del Código Civil, pero por medio del Código Civil*, lo cual significa que el trabajo de investigación completa e integra el sistema existente, elaborando normas compatibles con el ordenamiento jurídico, sin alterar su significado fundamental.

Para GÉNY, el Derecho subjetivo es una construcción artificial del espíritu humano, por tanto, es mutable e incluso puede desaparecer, siempre que aparezca otro concepto mejor para reemplazarlo.

90 Gény, Francois, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, París: Tenin, en cuatro volúmenes, 1914-1924. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2.^a ed., París: Libr. Générale de Droit & de Jurisprudence, 1932.

Escuela alemana del Derecho libre. El austriaco Eugen Ehrlich (1862-1922) inició el movimiento del Derecho libre con su obra *Freie Rechtsprechung und Freireschtswissenschaft* (1903), luego publicó *Fundación de la sociología jurídica* (1913) y *Lógica jurídica* (*Diejuristische logik*, 1918). Hermann Kantorowicz (1877-1940), publicó *La lucha por la ciencia del Derecho* (1906). Esta escuela afirma que el Derecho es un producto de la subjetividad del juez. Desplaza el análisis del Derecho desde el legislador (la ley) al juez (la sentencia). El juez es el legislador del caso concreto.

EHRLICH postula “el descubrimiento libre del Derecho” como el Derecho espontáneo, conforme a una comprensión sociológica de este, en oposición al Derecho legislado, que es un derecho artificial, incapaz de aprehender la realidad social del Derecho. Si los textos legales no ofrecen una solución adecuada y justa para un caso concreto, el juez está facultado para establecer libremente su propia solución sobre la base de estudios sociológicos. Afirma este autor que, con el fin de satisfacer las exigencias del absolutismo jurídico y la centralización en el Estado del monopolio jurídico, durante siglos se construyeron los dogmas de la vinculación del juez a la ley, la dependencia del Derecho al Estado, y la unidad del derecho. El Derecho estatal y el creado por los tribunales son solamente una parte ínfima del Derecho social, que por ser un derecho vivo es plenamente eficaz. El juez y el jurista deben descubrir el derecho penetrando en el estudio del Derecho vivo que produce la sociedad estando en permanente cambio.

En su obra *Sociología jurídica*, EHRLICH, distingue entre Derecho estatal y Derecho vivo. La jurisprudencia no es una ciencia, sino un saber práctico que parte de un conjunto de normas emanadas del Estado, revestidas de coacción, cuya tarea es proporcionar al juez la posibilidad de encontrar una decisión para el mayor número posible de casos. La verdadera ciencia del Derecho es la sociología del Derecho, que estudia a este en cuanto hecho social, observando la realidad mediante el método inductivo.

KANTOROWICZ⁹¹ afirma que la ley escrita (Derecho formal) no resuelve todos los problemas jurídicos; de ahí la necesidad de que los jueces creen libremente el Derecho inspirándose en la equidad, la justicia y las costumbres. El juez no solo crea el Derecho cuando hay lagunas en la ley, sino también cuando esta repugna a sus sentimientos. Para evitar la arbitrariedad de los jueces son suficientes los tribunales superiores compuestos por varios jueces.

El Derecho libre es conocido por todos, mientras que el estatal lo conoce la mayoría. El Derecho formal es estático; en cambio, el Derecho libre está en continua

91 KANTOROWICZ, “La lucha por la ciencia del derecho”, en *La ciencia del derecho*, traducción por Goldschmidt, Buenos Aires: Losada, 1949, p. 332 y ss.

transformación. Este se transforma en Derecho estatal (las leyes, las normas creadas por el juez por disposición de la ley) y en Derecho consuetudinario (usos, buena fe, la naturaleza de las cosas, la aplicación de la pena, etc.).

KANTOROWICZ conceptúa que la ciencia jurídica no puede limitarse a ser servidora del legislador, su altavoz, sino que debe cumplir una función creadora al lado del legislador. Ha llegado el momento de tomar en serio el lema de *la ciencia como fuente del Derecho*. Esta proporciona las definiciones de los conceptos dotándolos de las características que el Derecho libre le suministra y colma las lagunas mediante afirmaciones en la dirección que el Derecho libre le indica. Así, la ciencia deja de ser mero conocimiento de lo ya conocido. Su misión deviene mayor y menos modesta: la ciencia constituye el *descubrimiento del derecho libre* en cuanto halla y aplica el Derecho de la comunidad, y se eleva a creación de Derecho libre en cuanto produce e impone derecho individual. La ciencia es voluntad como el mismo Derecho⁹².

El pueblo conoce el Derecho libre y desconoce el Derecho estatal, a no ser que este coincida con aquél; los individuos viven con arreglo al Derecho libre, de acuerdo con lo que las opiniones de su círculo o su juicio individual les presenta como Derecho. Solo el Derecho libre, con la espontaneidad de sus decisiones y la plasticidad emotiva de su contenido frente al caso dado, puede colmar las lagunas de la ley. La razón no desempeña el único papel decisivo; muchos pecados se han cometido en su nombre; la lógica tiene razón siempre, pero no es menos verdad que aquella lógica jurídica de la hermenéutica tradicional que poco tiene de común con la *scientia scientiarum*. ¡Qué figuras no se presentan como hijos de la señora lógica! Por ejemplo, la analogía que es un procedimiento que por vías lógicas establece la aplicación de principios jurídicos a casos no iguales pero semejantes a aquellos a los cuales se refieren los principios. ¡Como si existiera algún caso que no tenga algo de común con otro cualquiera, al cual, por tanto, sería semejante, si bien en un grado ínfimo!; la interpretación extensiva se basa igualmente en la semejanza de los casos. ¡Qué bien funciona la interpretación extensiva! El intérprete avanza hasta el último borde del texto verbal y aún un poquito más allá. La interpretación analógica, extensiva, y textual o restrictiva, se basa en el

92 KANTOROWICZ dice: "La voluntad de lograr una resolución de antemano fijada, dirige en realidad la elección de los textos legales en los cuales aquella resolución estriba. Piénsese en el ejemplo clásico de Bartolo, el más famoso de todos los juristas, del que la historia relata que primeramente dictaba la resolución y que luego hacía buscar a su amigo Tigrinio los pasajes aplicables en el *Corpus Iuris*, "puesto que él tenía poca memoria". Bien es verdad que en todas partes se obscurece la relación entre la voluntad y la razón, porque la última tiene el vehemente afán de invertir los hechos con posterioridad, oscurecimiento que en el campo jurídico sube de punto, puesto que la voluntad jurídica llega afortunadamente con gran frecuencia al mismo resultado al que la razón interpretadora habría llegado aún sin aquella dirección voluntarista" (KANTOROWICZ, "La lucha por la ciencia del derecho", art. cit., p. 341 y ss.).

Derecho libre y en la voluntad, sea en la voluntad de conseguir el resultado deseado, sea en la de esquivar el indeseable.

En opinión de KANTOROWICZ, la deducción lógica no pasa de ser una mera apariencia; no está al servicio de la verdad sino del interés. Con la inclusión definitiva de la ciencia jurídica en el credo común de las ciencias culturales se derrumba la muralla de separación que se ha querido erigir entre ella y las demás. Los partidarios del dualismo metodológico dieron demasiada importancia a que las ciencias sociales exponen lo que *es*, mientras que las ciencias jurídicas esbozan lo que *debe ser*, puesto que no se debe echar en olvido que todo deber ser es un ser. Toda técnica jurídica está dominada por la voluntad y toda sentencia que en ella se base constituye, por ende, legislación: *lex specialis*. Para que la jurisprudencia pronuncie Derecho libre que vive en el pueblo, necesitamos a jueces familiarizados tanto con las concepciones jurídicas dominantes en el pueblo como con los resultados de las ciencias afines. Por ejemplo, un juez de sólida cultura económica y mercantil no se hallará indefenso ante un proceso en el que se discuten problemas bancarios. El lema debe ser: *especialista de los hechos, no mago de las disposiciones jurídicas*.

Dentro de este ámbito de la escuela libre del Derecho, el Código Civil suizo otorga facultades legislativas al juez. El párrafo segundo del artículo primero de este Código dice: “En todos los casos no previstos por la ley, el juez decidirá según la costumbre, y en defecto de esta, según reglas que establecería si tuviese que obrar como legislador. Se inspirará para ello en la doctrina y jurisprudencia más autorizada”.

245. La escuela sociológica alemana

En Alemania, durante la segunda mitad del siglo XIX y el primer decenio del XX, se cultivó la sociología en dos direcciones: en la *idealista*, que siguió la tradición del Romanticismo y del idealismo hegeliano, y en la *naturalista*, esto es como física o biología social. La sociología de nuestro tiempo en Alemania está ligada a los nombres de Simmel, Wiese, Vierkandt, Max Weber, Scheler, Litt, Freyer y Mannheim⁹³. Aquí nos vamos a referir solo a Max Weber (1864-1920), considerado el padre de la sociología contemporánea⁹⁴.

WEBER, en su obra *Economía y sociedad (Wirtschaft und Gesellschaft)*, obra póstuma publicada en 1922, capítulo VII, encabezado con el título “Sociología del derecho (Rechtssoziologie)”, aborda el tema de la separación entre norma y hecho, entre

93 DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 254.

94 En este estudio sobre Weber seguimos a FARIÑAS DULCE, *La sociología del derecho de Max Weber*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

“jurisprudencia” o ciencia del Derecho o dogmática jurídica, y sociología del Derecho, entre el método teológico normativo de la formación de conceptos jurídicos, propio de la jurisprudencia, y el método empírico causal propio de las disciplinas histórico-sociales, que hace referencia “a las causas y a los efectos de la existencia fáctica de un orden legal, de una institución legal concreta o de una relación jurídica”. A diferencia de Ehrlich y Kantorowicz, quienes, al no haber advertido el punto de vista sociológico y el punto de vista jurídico, consideraron a la ciencia sociológico-jurídica como la única ciencia del Derecho, Weber advierte que existen dos tipos de aproximación al Derecho: el *sociológico* y el *jurídico*, y, por tanto, dos métodos diferentes, pero ambos igualmente válidos desde un punto de vista científico. La aproximación científico-sociológica al Derecho utiliza un *método empírico causal*, puesto que trata de analizar las causas y efectos de la “existencia” fáctica de un orden jurídico; mientras que la aproximación científica dogmática utiliza un *método lógico-normativo* de carácter abstracto y formal, que trabaja con el contenido de sentido objetivo lógicamente correcto de proposiciones jurídicas. La tarea de la ciencia jurídica (dogmática jurídica o jurisprudencia) consiste en investigar el recto sentido de los preceptos, cuyo contenido se presenta como un orden determinante de la conducta de un círculo de hombres; el orden jurídico ideal de la teoría jurídica nada tiene que ver por sí misma con el cosmos del actuar real, porque ambas cosas yacen en planos distintos: una en la esfera ideal del *deber ser*, la otra en la de los acontecimientos reales. La sociología nada tiene en común con la dilucidación del contenido de sentido objetivo, lógicamente correcto, de preceptos jurídicos, sino con un actuar, respecto de cuyas determinantes resultantes revisten también importancia, entre otras, las representaciones que los hombres tengan acerca del sentido y del valor de determinados preceptos jurídicos. El jurista estudia el mundo normativo del *deber ser*, y el sociólogo lo que *es*, es decir, el mundo del *ser*. Desde un punto de vista dogmático, el orden jurídico es “un sistema de pensamientos y de conceptos, que utiliza el científico dogmático del Derecho”, y desde un punto de vista sociológico, el orden jurídico significa “un complejo de motivaciones efectivas del actuar humano real”, es decir, “un complejo de máximas que operan como precisas determinaciones en el pensamiento de los seres humanos”⁹⁵.

WEBER expresa que, cuando se habla de *Derecho, orden jurídico, preceptos jurídicos*, debe tenerse en cuenta, de un modo especial y riguroso, la distinción entre la consideración jurídica y la sociológica. La primera se pregunta lo que idealmente vale como Derecho. Esto es: qué significación o qué sentido normativo lógico y correcto debe corresponder a una formación verbal, que se presenta como norma jurídica. Por el contrario, la última se pregunta lo que de hecho ocurre en una comunidad cuando es probable que los hombres que participan en la actividad comunitaria, sobre todo

aquellos que pueden influir demasiado en esa actividad, consideren subjetivamente como válido un determinado orden y orienten por él su conducta práctica.

WEBER, fundado en las clasificaciones de Rickert y Windelband, distingue entre *ciencias de leyes* y *ciencias de la realidad*. Las *ciencias de leyes* se proponen ordenar la multiplicidad infinita de los fenómenos en un sistema de leyes y de conceptos que sean de validez universal; el instrumento lógico específico de estas ciencias lo proporciona el uso de conceptos de extensión cada vez mayor y de contenido cada vez menor. Sus productos son conceptos de relación de validez general (leyes), cuyo ámbito se localiza allí donde las características esenciales de los fenómenos coincidan con aquello que en ellos es conforme al género.

Las *ciencias de la realidad* tienen como objetivo el conocimiento de la realidad concreta en relación con sus cualidades invariablemente cualitativas y responsables de su peculiaridad y unicidad. Su específico instrumento lógico es dado por la formación de conceptos de relación cada vez más ricos en contenido y cada vez más limitados de extensión. Las ciencias histórico-sociales son ciencias de la realidad que se diferencian de las ciencias abstractas dogmáticas tales como la jurisprudencia, la lógica, la ética o la estética.

El objeto de la sociología del Derecho es el comportamiento humano, en cuanto se orienta en forma subjetiva por un ordenamiento jurídico considerado como válido. Es decir, las regularidades empíricas que han sido motivadas subjetivamente por la representación, que los individuos tienen de un orden jurídico válido. La sociología del Derecho —dice WEBER— no estudia el orden jurídico en cuanto conjunto de preceptos o proposiciones:

[S]ino en cuanto complejo de motivaciones del actuar humano real. La representación de la existencia de un orden legítimo, o sea, la representación que los individuos tienen de aquel, es el factor causal de la existencia de regularidades empíricas, que puedan ser calificadas como comportamientos jurídicos. El orden jurídico, en cuanto factor causal y determinante del actuar humano empírico, es considerado como “un complejo de máximas, que operan en el pensamiento de determinadas personas empíricas”, en el sentido de que algo debe ser. El factor causal no es el orden jurídico entendido desde un punto de vista dogmático-jurídico, esto es, en cuanto a su validez ideal-normativa, sino la representación real que los individuos tienen de ella.

Según WEBER, “orden” es un conjunto de máximas que pueden orientar subjetivamente la conducta real de los individuos. Partiendo de esta idea, el “orden jurídico” es caracterizado por WEBER como un orden legítimo, que “está garantizado externamente por la probabilidad de la coacción (física o síquica) ejercida por un cuadro de individuos instituidos con la misión de obligar a la observancia de ese orden o

de castigar su transgresión". De esta definición weberiana de Derecho aparecen dos elementos diferenciados: la *legitimidad* y la *coacción*.

La legitimidad y efectividad de un orden jurídico puede estar garantizada de dos formas: a) de forma *interna*, que puede ser afectiva (por entrega sentimental), racional con respecto a valores (por la creencia en su validez absoluta, en cuanto expresión de valores supremos y obligatorios de carácter moral, ético, estético, etc.) y religiosa (por la creencia de que la observancia de un ordenamiento se identifica con la existencia de un bien de salvación); b) de forma *externa*, es decir, por la expectativa de determinadas consecuencias externas, o sea, por una situación de intereses.

WEBER entiende por *Derecho objetivo garantizado* el caso en que las garantías consistan en la existencia de un aparato coactivo, que se compone de una o muchas personas dispuestas de modo permanente a imponer el orden por medio de medidas coactivas, especialmente previstas para ello (coacción jurídica).

Para WEBER, existe un paralelismo entre Derecho y Estado; paralelismo que denota la íntima relación entre la sociología del Derecho y la sociología del Estado o del poder. La nota esencial y característica de ambos conceptos es el aparato coactivo. Define al Estado como un "instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente". Y el Derecho es caracterizado como el orden legítimo, garantizado externamente por la existencia de un aparato coactivo. El elemento común a ambos conceptos es la existencia de un aparato que aplique la coacción física. Pero el aparato coactivo que garantiza el Derecho puede aplicar tanto la coacción física como la síquica. En la concepción weberiana, todo Estado es también un ordenamiento jurídico, pero no todo orden jurídico es también un Estado, porque puede haber ordenamientos jurídicos garantizados solo por la coacción síquica, por ejemplo, el Derecho canónico.

WEBER señala dos vías de *racionalización* del Derecho: a) la *generalización*, que significa "reducción de las razones determinantes de la solución de un caso concreto a uno o varios principios, esto es, a preceptos jurídicos"; b) la *sistematización*, desconocida en el Derecho primitivo, consistente en "relacionar de tal suerte los preceptos obtenidos mediante el análisis que formen un conjunto de reglas claro, coherente y desprovisto de lagunas, exigencia que necesariamente implica la de que todos los hechos posibles puedan ser subsumidos bajo algunas de las normas del mismo sistema". El Derecho primitivo es irracional, el moderno es racional. La racionalidad jurídica contempla el recurso a normas abstractas y generales en el proceso decisional. Un orden jurídico racional tiene un alto grado de *previsibilidad* y *calculabilidad*; el resultado de las decisiones jurídicas es previsible y controlable por los destinatarios y usuarios del Derecho. La *irrationalidad*, por el contrario, no tiene en cuenta reglas

abstractas y generales. La actuación de los operadores jurídicos en un sistema jurídico irracional es arbitraria, por cuanto sus decisiones no se basan en normas abstractas, sino en valores puramente emocionales, individuales, inherentes al caso particular, es decir, en decisiones personales. En la práctica, la aplicación de las categorías de la racionalidad y de la irracionalidad a un sistema jurídico determinado ha de ser gradual, ya que en el Derecho más racional pueden seguir subsistiendo —y de hecho subsisten— irracionalidades de todo tipo.

Según la concepción weberiana, un Derecho *es formal* cuando los procesos y criterios de decisión adoptados son los propios y específicamente jurídicos; y, por el contrario, un Derecho *es material* cuando sus criterios de decisión son ajenos al sistema jurídico, es decir, criterios extrajurídicos, por ejemplo, los criterios éticos, políticos, religiosos o criterios de justicia. No puede existir, y de hecho no existe, un sistema jurídico puramente formal, que desconozca las presiones externas de la sociedad; de igual manera, no puede existir un orden jurídico exclusivamente material, que dependa solo de criterios éticos, políticos, etc., es decir, de situaciones cambiantes⁹⁶.

246. La escuela neokantiana

Hasta aquí, los estudios han incidido unos en los aspectos formales del Derecho (ciencia formalista) y otros en los aspectos de contenido: sociales e históricos (ciencia sociologista).

Los *neokantianos*, unos configuran a la ciencia jurídica como una ciencia histórica cultural, y otros como una ciencia formal pura (escuela de Marburgo).

El *neocriticismo* de Rudolf STAMMLER⁹⁷ (1856-1938). Stammler escribió varias obras: *Sobre el método de la escuela histórica del derecho* (1888), *Theorie des Anarchismus* (1894), *Derecho y economía* (1897), *La doctrina del derecho justo* (1902), *Teoría de la ciencia jurídica* (1917) y *Tratado de filosofía del derecho* (1923). Este autor concibe a la ciencia jurídica como una *ciencia formal pura* que no depende de la experiencia. Las formas puras condicionan la ordenación del contenido caótico de la conciencia. Distingue dos modos de pensamiento: percibir y querer; el primero ordena los objetos conforme a la forma pura de causa y efecto, y el segundo los ordena de acuerdo con la forma pura de medio y fin. De estos modos de pensamiento se derivan dos ciencias diferentes: las ciencias naturales, en donde las categorías de causa a efecto ordenan las impresiones sensibles, y las ciencias finales o ideológicas, en donde las categorías de medio y fin ordenan los contenidos de la voluntad. El

96 FARIÑAS DULCE, *La sociología del derecho de Max Weber*, ob. cit., p. 214.

97 STAMMLER, Rodolfo, *Tratado de filosofía del derecho*, traducción por W. Roces, Madrid: Calpe, 1930. *Idem La génesis del derecho*, traducción por W. Roces, Madrid: Calpe, 1952.

Derecho pertenece al modo del querer, esto es, a las ciencias ideológicas, puesto que es una modalidad de la voluntad, que solo puede ser pensado por mediación de la forma pura de medio y fin.

La voluntad se presenta bajo dos modalidades: el *querer aislado*, que no supone otro querer para realizar su finalidad (en la cual se encuentra la moral) y el *querer entrelazante*, que supone la concurrencia de otra voluntad para la consecución de la finalidad de la otra, o sea, la voluntad de una persona es el único medio para que se logre la finalidad de la voluntad de otro individuo; dentro de este querer se encuentran el Derecho, los convencionalismos o usos sociales y la arbitrariedad. A diferencia de las reglas convencionales que son meras invitaciones del grupo social al individuo para que se conduzca de cierta manera, haciendo depender su validez de la aceptación por el sujeto y a diferencia de la arbitrariedad, que responde al capricho irregular y anárquico de quien la ejerce, el Derecho se impone autárquicamente en forma regular con sentido inviolable. Por consiguiente, define al Derecho como *querer entrelazante, autárquico e inviolable*.

Para STAMMLER, el Derecho es una “forma”, una categoría trascendental, absoluta, de materia empírica, relativa, variable, proporcionada por las relaciones económicas. Al contrario del materialismo económico de MARX, sostiene que la economía no condiciona la “forma ideal”, pero que la “forma jurídica” es la conducción lógica de toda actividad económica. No existen relaciones económicas que no tengan una “forma jurídica” que dé sentido a tales relaciones. La “forma jurídica” es el *a priori* lógico de la economía. Entre Derecho y economía hay una relación de condicionalidad lógica en que la “forma jurídica” tiene primacía. No hay relación económica que no esté condicionada por una estructura jurídica⁹⁸. En todo fenómeno económico-social hay que distinguir una “forma” (que es el Derecho, la regla jurídica, condición lógica de la cooperación) y una “materia” Constituida por unos hechos positivos, por factores reales, que son ordenados por aquella⁹⁹).

STAMMLER diferenció entre la idea de Derecho y su concepto:

La idea de rectitud o justificación de un querer, o sea, de una construcción teleológica, puede tomarse en dos sentidos: a) hipotéticamente, o sea, en relación con una particularidad o fin concreto, subjetivo, y b) categóricamente, o sea, de un modo fundamental y absoluto, sin consideración alguna a objeto concreto. En este segundo sentido, absoluto, puede consistir solo en una forma, es decir, en un *método que represente una armonía incondicionada y absoluta de todos los elementos regulables habidos y por haber*: la representación de una armonía tal es una idea en sentido kantiano. La idea de la rectitud aplicada a la vida interior suministra el criterio de

98 PACHECO, *Teoría del derecho*, 4.^a ed., Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1990, p. 746.

99 RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 233.

moralidad: proyectada sobre la textura social, el criterio de justicia, que puede también expresarse bajo la fórmula de *una comunidad pura*, esto es, comunidad de hombres libres, o mejor dicho librevalentes; es decir, cuya regulación se orienta hacia la armonía objetiva, exenta de motivaciones meramente subjetivas, individuales y concretas¹⁰⁰.

La realización de la comunidad pura es el fin de la justicia. Identifica la idea del Derecho con la justicia. Esta idea, según STAMMLER, trae a consideración un cierto número de principios, que pueden ser considerados en dos categorías: los principios de respeto y los de solidaridad:

La idea del Derecho, o idea de la justicia, representa, para Stammmer, el Derecho justo, que es aquel que realizado aun parcialmente posibilitaría una comunidad de personas libres, en la que los hombres sean considerados como fines, y no como instrumento de la arbitrariedad de otro sujeto.

De esta manera procuró proteger a la persona humana no solo contra la explotación del hombre por el hombre, sino también contra la explotación del hombre por el Estado. Pero al establecer estos principios formales del Derecho justo, cuyo contenido varía en función de las transformaciones de las situaciones económicas, elaboró un individualismo de otro sujeto¹⁰¹.

El objeto de la ciencia del Derecho —expresa STAMMLER— no está constituido por fenómenos jurídicos que se presentan a la experiencia, sino por las condiciones *a priori* que hacen posible esta experiencia. La ciencia del Derecho parte de las formas puras mediante las cuales pensamos jurídicamente. Si pensamos jurídicamente, presuponemos un concepto de Derecho que no puede haber derivado de la propia materia jurídica, sino que debe ser un concepto puro, apriorístico. El ordenamiento jurídico es un medio para el logro de los fines; solo puede ser comprendido mediante una referencia a los fines y a los medios adecuados. Los hombres están vinculados por la persecución en común de los fines, por lo que el Derecho es “un tipo formal de obrar en común”. De esta noción de Derecho se deducen conceptos fundamentales puros *a priori*: sujeto, objeto, causa, relación jurídica, supraordinación y subordinación jurídica, legalidad e ilegalidad. Son conceptos que se presuponen siempre que pensamos cualquier contenido jurídico especial. Existen también varios conceptos jurídicos condicionados, materiales, construidos de un modo abstracto mediante un proceso inductivo, pero con la guía de los conceptos puros.

La escuela neokantiana de Badén. Está representada por Windelband y Rickert y se proyectó en la obra de Emil Lask y Gustav Radbruch, entre otros.

100 *Ibid.*, p. 235.

101 DOURADO DE GUSMAO, Paulo, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, pp. 19-24, cita de PACHECO, *Teoría del derecho*, ob. cit., p. 747.

LASK publicó en 1907 una breve *Filosofía del derecho*, en la cual intentó compatibilizar la individualidad histórica con la sistematización general. La dualidad de método del Derecho se debe a que puede ser examinado como un suceso de la vida social (teoría social del Derecho) o como un complejo normativo (ciencia dogmática del Derecho). El Derecho en parte es creador, debido a que no encuentra siempre dado su objeto (el derecho vigente), sino que parte de la búsqueda de la ley, del Derecho consuetudinario y de las decisiones judiciales. Se atribuye a LASK el mérito de haber sido el primero en ver en el Derecho un objeto perteneciente al orbe de la cultura.

RADBRUCH¹⁰² (1878-1949) desarrolló una *teoría relativista del Derecho*. Explica que entre el mundo de la naturaleza y el mundo de los valores se halla el reino de la cultura en donde se ubica el Derecho. El concepto de este es a la idea de él mismo lo que el ser al deber ser. El Derecho es un hecho que pertenece al mundo del ser; sin embargo, no es posible derivar el concepto de derecho inductivo, empíricamente, de los fenómenos jurídicos, pues para ello sería necesario que estos fenómenos jurídicos empezasen por ser conocidos como tales, como fenómenos “de Derecho”. Por tanto, el concepto del Derecho es un concepto *a priori*, que solo puede ser obtenido por la vía deductiva¹⁰³.

RADBRUCH señala que el Derecho es un fenómeno cultural; el concepto de este es un concepto cultural. Los conceptos culturales no son ni conceptos axiológicos ni puros conceptos ontológicos. Son conceptos “que se refieren al valor”. Así, la ciencia como concepto cultural no es idéntica al concepto de valor “verdad”, pues no abarca solamente las verdades conocidas, sino también los errores científicos de una época. El Derecho es la suma de los hechos críticos, cuyo sentido se cifra en realizar la justicia, ya la realicen o no; el Derecho es aquello que tiene como sentido poner en práctica la idea del Derecho. Su concepto se orienta por la idea del Derecho, lo cual significa que la segunda precede lógicamente al primero¹⁰⁴. Del concepto del Derecho se desprenden cuatro exigencias:

- 1) Que el Derecho debe tener una realidad, presentar, por ejemplo, la forma empírica de una ley o una costumbre; dicho, en otros términos, que debe ser *positivo*.
- 2) Que, en cuanto materialización de la idea del Derecho, debe elevarse valorativa e imperativamente sobre el resto de la realidad; es decir, debe ser *normativo*.
- 3) Que, por proponerse la realización de la justicia, debe regular la convivencia humana; debe tener, por tanto, carácter *social*.

¹⁰² RADBRUCH, Gustav, *Filosofía del derecho*, 3.^a ed., traducción por José Medina Echevarría, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1952.

¹⁰³ RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, ob. cit., p. 46.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 46 y 47.

- 4) Que, por virtud de la justicia a que aspira, debe establecer la igualdad para todos a cuanto afecte: debe tener, por consiguiente, carácter *general*.

El Derecho puede, pues, definirse como el *conjunto de normas generales y positivas que regulan la vida social*¹⁰⁵.

El Derecho, como ciencia de la cultura, es individual en contraposición a las ciencias naturales que son generalizantes. Tres son las características de la ciencia jurídica:

- a) Es interpretativa, a diferencia de la ciencia natural que es explicativa.
- b) Es individualizante porque su objeto no es el estudio de la norma común a todos los ordenamientos jurídicos, sino el estudio de cada ordenamiento jurídico individual; en cambio, la ciencia natural es generalizante.
- c) En la esencia del pensamiento científico-natural está el comportamiento ciego del valor; en cambio, en la ciencia del Derecho la actitud del científico está referida al valor.

La idea del Derecho es la justicia, que es un valor absoluto, lo mismo que el bien para la moral. Pero “la justicia solo puede determinar la forma de la ley: el que esta sea igual para todos los considerados como iguales y revista, por tanto, la forma de la generalidad. No puede decirnos nada, en cambio, en cuanto al contenido de tales leyes generales, valederas por igual para todos los equiparados como iguales”.

La igualdad es siempre abstracción de la desigualdad existente entre las cosas y los hombres. Si dos autores de un mismo hecho criminoso deben sufrir la misma pena o ser tratados de diferente modo, atendiendo a sus antecedentes o grados de peligrosidad, esta cuestión de igualdad o desigualdad debe ser resuelta con arreglo a consideraciones teleológicas previas, antes de que la justicia emita su fallo. No es posible derivar de la justicia el tipo de pena que debe aplicar; lo único que la justicia puede hacer es determinar, dentro de una escala concreta de penas, el punto que corresponde al grado de culpabilidad o peligrosidad del sujeto.

Hay tres clases de valores, de acuerdo con sus soportes, que pueden ser:

- 1) La personalidad individual.
- 2) La personalidad colectiva.
- 3) La obra cultural.

A estos tres tipos de valores corresponden tres formas de convivencia: sociedad, colectividad y comunidad, y tres tipos de ideales: libertad, poder y cultura. La ciencia tiene que limitarse a presentar ante el hombre estos tres grupos de valores, para que él tome una decisión: Y contribuye a esta decisión de tres maneras:

- 1) Desarrollando de un modo sistemático y completo las posibles valoraciones.
- 2) Exponiendo los medios para su realización e, indirectamente, las consecuencias a que conducen.
- 3) Poniendo al descubierto las particulares concepciones del mundo que sirven de base a toda actitud valoradora.

Este *relativismo* enseña al individuo, por tres caminos, si no a conocer lo que debe hacer, sí a saber lo que realmente quiere, es decir, lo que consecuentemente debe querer, siempre y cuando que se someta a la ley de la consecuencia en sus actos¹⁰⁶.

La justicia, para poder derivar de ella las normas jurídicas, tiene que complementarse con otro factor: finalidad o adecuación a un fin. Por fin no debe entenderse un fin empíricamente perseguido, sino la *idea de fin*, de lo que debe ser. La idea de fin tiene que tomarla el Derecho de la ética. El fin del Derecho hace referencia tanto a los bienes como a los deberes morales.

El problema del fin del Derecho, planteado por relación con los bienes éticos, desemboca en el relativismo. Y en la imposibilidad de definir el Derecho justo, por esa razón, hay que conformarse, por lo menos, con *estatuirlo*, por medio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para *imponer* lo estatuido. No es otra la justificación del Derecho positivo, pues la exigencia de la seguridad jurídica solo puede ser cumplida mediante la positividad del Derecho. Surge así, como tercer elemento de la idea del Derecho, un nuevo factor: la *seguridad jurídica*¹⁰⁷.

Por seguridad jurídica, RADBRUCH entiende la seguridad del Derecho mismo, que exige cuatro condiciones: 1) que sea positivo; 2) que sea estatuido sobre la base de hechos y que no se remita a los juicios de valor del juez en torno al caso concreto; 3) que los hechos en que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean practicables, y 4) que no esté expuesto a cambios demasiado frecuentes.

Estas tres ideas de valor, (justicia, adecuación al fin y seguridad) se complementan y a la vez se contradicen.

A la caída del nazismo alemán, RADBRUCH consideró el conflicto entre justicia y seguridad como un conflicto de la justicia consigo misma, en el cual el Derecho positivo injusto debe ceder el paso a la justicia, “por donde vemos cómo, a la vuelta de un siglo de positivismo jurídico, resucita aquella idea de un Derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el cual medir las mismas leyes positivas y considerarlas

106 *Ibid.*, p. 38.

107 *Ibid.*, pp. 39 y 40.

como actos contrarios a Derecho, como desafueros bajo forma legal”¹⁰⁸. Ese Derecho superior es el Derecho natural.

247. El positivismo jurídico

El positivismo es un sistema filosófico que admite únicamente el método experimental y rechaza toda noción *a priori* y todo concepto universal y absoluto. La sociología es una disciplina científica autónoma, creada por Augusto COMTE (1798-1857), fundador del *positivismo*, por el cual se propone explicar las relaciones humanas mediante leyes sociales que se expresan en la conexión causal propia de los fenómenos de la naturaleza. Para el positivismo solo es legítimo y firme un conocimiento que transcriba en fórmulas racionales los datos de la experiencia sensible. La realidad solamente es captada por medio de los fenómenos y sus relaciones. La comprobación en ellas de regularidades permite establecer sus leyes y principios de validez universal.

COMTE ve en el positivismo la etapa final de la evolución del espíritu humano. Afirma que la inteligencia humana, al buscar solución al enigma del universo, ha pasado por tres estados lógicamente encadenados, que una vez que ha llegado al tercero le es imposible regresar al primero o al segundo. En su *Plan de los trabajos científicos necesarios para reorganizar la sociedad* (1822) sostiene: Por la naturaleza misma del espíritu humano, cada rama de nuestros conocimientos está por fuerza sujeta en su marcha a pasar sucesivamente por tres estados teóricos diferentes: el *estado teleológico o ficticio*, el *estado metafísico o abstracto*, y por último, el *estado científico o positivo*.

En su *Curso de filosofía positiva* (1830-1842), COMTE define estos tres estados: En el *estado teleológico* el espíritu humano, dirigiendo esencialmente sus investigaciones hacia la naturaleza íntima de los seres, las causas primeras y finales de todos los efectos que le impresionan, se presentan los fenómenos como si fuesen producidos por la acción directa y continua de agentes sobrenaturales más o menos numerosos, cuya intervención arbitraria explica todas las anomalías aparentes de la naturaleza [...] En el *estado metafísico*, que en el fondo no es sino una modificación general del primero, los agentes sobrenaturales son reemplazados por fuerzas abstractas, verdaderas entidades (abstracciones personificadas), inherentes a los diversos seres del mundo, y concebidas como si fueran capaces de engendrar por sí mismas todos los fenómenos observados, cuya explicación consiste en asignar a cada uno la entidad correspondiente [...] En el *estado positivo*, el espíritu humano, reconociendo la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renuncia a buscar el origen y el destino del universo y a conocer las causas íntimas de los fenómenos para dedicarse únicamente a descubrir, con el empleo bien combinado de la razón y la experiencia, sus leyes efectivas, vale decir, sus relaciones

108 RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, ob. cit., p. 180.

invariables de sucesión y de similitud. La explicación de los hechos, reducida entonces a sus límites reales, no es ya en adelante sino la trabazón establecida entre los diversos fenómenos particulares y algunos hechos generales, cuyo número tiende cada vez más a disminuir por el progreso de la ciencia.

Ademas, señala:

[E]n el estado positivo, el espíritu humano, reconociendo la imposibilidad de obtener nocições absolutas, renuncia a buscar el origen y el destino del universo, y a conocer las causas íntimas de los fenómenos para atenerse únicamente a descubrir, por el uso bien combinado del razonamiento y de la observación, sus leyes efectivas, es decir, sus relaciones invariables de sucesión y de similitud. La explicación de los hechos reducida entonces a sus términos reales, no es ya más que la vinculación establecida entre los diversos fenómenos particulares y algunos hechos generales, cuyo número tiende a disminuir cada vez más los progresos de la ciencia [...] Todos los buenos espíritus repiten después de BACON que no hay otros conocimientos reales que los basados sobre hechos observados [...] Pero remitiéndonos a la formación de nuestros conocimientos, no es menos cierto que el espíritu humano, en su estado primitivo, no puede ni debe pensar así. Pues si de una parte toda teoría positiva debe estar fundada necesariamente sobre observaciones, es también visible por otra parte que para entregarse a la observación nuestro espíritu necesita una teoría cualquiera. Si al contemplar los fenómenos no los unimos a algunos principios, no solo nos será imposible combinar esas observaciones aisladas y, por consiguiente, sacar de ellas algún provecho, sino que seríamos incluso incapaces por completo de retenerlas; y con la mayor frecuencia los hechos pasarán desapercibidos [sic] bajo nuestros ojos.

COMTE advierte la dualidad en cuanto a los métodos del pensamiento, pues mientras para unos fenómenos se emplea la explicación causal (fenómenos mecánicos, astronómicos, físicos, químicos, biológicos, cuyas leyes se investigan y utilizan) para otros (que tienen su campo en el interior de la conciencia del hombre o en su actuación histórica y social) se emplea la especulación libre que parte de concepciones metafísicas. Estas actitudes mentales son incompatibles desde un punto de vista lógico: el conocimiento reclama una perfecta coherencia metódica. Su coexistencia en la realidad, y el hecho de que el primer método aparezca ganando terreno y desplazando al segundo, lo condujo a descubrir la célebre *ley de los tres estados*¹⁰⁹.

BONNECASE observa que es conveniente cuidarse de confundir el positivismo con lo que se llama en la actualidad *ciencia positiva*. Así, citando a LAHR, expresa:

La *ciencia positiva* es el estudio experimental de los hechos y de las leyes que pueden ser experimentalmente comprobados. El positivismo declara, por su parte, que más allá de estos hechos y de estas leyes, nada hay para investigar ni aun para saber. En el sentido

109 AYALA, *Historia de la sociología*, t. I, Buenos Aires: Losada, 1947, p. 55.

concreto de la palabra, *ciencia positiva* es el conjunto de conocimientos verificables por la experiencia y cálculo, mientras que *positivismo* es, en realidad, la negación de todo lo que excede a la naturaleza visible y sensible¹¹⁰.

El origen del positivismo jurídico radical lo encontramos en HOBBES¹¹¹ que en su obra el *Leviatán*, nombre con el que designa al Estado: considera que solamente es Derecho el estatuido por el soberano premunido de poderes absolutos, puesto que los hombres, para salir del estado de naturaleza al estado civil, confirieron al soberano todos sus derechos, incluyendo el derecho de decidir sobre lo que es justo o injusto. El Derecho estatuido por el soberano es válido, solo por el hecho de haber sido estatuido y si es estatuido por el soberano, es justo. En el estado de naturaleza no hay Derecho ni justicia; estos nacen con la sociedad civil.

Dentro de la corriente positivista, existe el positivismo analítico (AUSTIN, KELSEN) y el positivismo sociológico o realista (por ejemplo, HOLMES). El primero concibe al Derecho como mandato de la autoridad (el soberano) competente del Estado; las normas jurídicas son órdenes respaldadas por la amenaza de una sanción; son jurídicas con independencia de la valoración ética. El segundo trata de hallar en el Derecho los factores sociales que lo integran; el Derecho es un fenómeno social que debe ser descrito objetivamente sin consideraciones valorativas.

RUSSO¹¹² indica que en el positivismo jurídico podemos distinguir dos sentidos. Por un lado, el positivismo científico, regido por un método de investigación riguroso, sistemático y verificable, sin dogmas ni apelaciones sobrenaturales. En este sentido, tanto KELSEN (positivismo jurídico) como HOLMES (realismo jurídico) son positivistas. De otro lado, en palabras de BOBBIO, se entiende por positivismo jurídico “aquella concepción particular del Derecho que vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción: el Estado”. En este segundo sentido, solo el trabajo de KELSEN es positivista, no así el de los realistas. El primer sentido se enmarca en el estado positivo comitiano empírico y relativo, que presupone la invariabilidad y el poder predictivo de las leyes de la naturaleza. El segundo sentido es una acepción restringida que eleva a la ley sobre las otras fuentes del Derecho y conceptúa al ordenamiento jurídico como un todo pleno y coherente.

El positivismo jurídico es la teoría opuesta del iusnaturalismo. En este tiene valor de orden (ordenamiento) solo lo que es justo; la norma no es válida si no es justa; en cambio, para el positivismo es justo solo lo que es ordenado, y la norma es justa solo si es válida. Para el iusnaturalismo, la justicia es la consagración de la validez; para

110 BONNECASE, *Introducción al estudio del derecho*, traducción por Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1991, p. 288.

111 HOBBES, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, ob. cit.

112 RUSSO, *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, ob. cit., p. 70.

el positivismo, la validez es la consagración de la justicia. BOBBIO argumenta que el positivismo jurídico tiene su origen en Thomas HOBBS, para quien no existe otro criterio de lo justo y de lo injusto que el de la ley positiva.

En el estado de naturaleza no existe lo justo ni lo injusto, porque no existen convenciones válidas. En el estado civil lo justo y lo injusto descansan en el acuerdo común de los individuos de atribuir al soberano el poder de decidir sobre lo justo y lo injusto¹¹³.

La aparición del *imperium* de los príncipes, magistrados y funcionarios (entendido como “poder del cargo” o “competencia” para dictar leyes) y del “otorgamiento” del Derecho por los poderes públicos, como fuente de producción jurídica, supuso el inicio del proceso de “estatización” o “positivización”, que se corresponde con lo que WEBER denomina la *progresiva racionalización del Derecho*¹¹⁴.

El positivismo jurídico —afirma ALZAMORA¹¹⁵— surgió como una reacción contra las abstracciones y vaguedades del iusnaturalismo, contra las incoherencias de la filosofía poskantiana, y como fruto de una necesidad de certeza de los juristas que procuraron un apoyo en el método de las ciencias naturales como el único *capaz* de garantizar un auténtico saber.

El positivismo jurídico reduce el objeto de la investigación jurídica exclusivamente al Derecho positivo vigente, sin considerar aspectos éticos. Tiende a eliminar de la teoría del Derecho la especulación metafísica y filosófica y a limitar el campo de la investigación científica y filosófica al mundo empírico. Considera al Derecho como una ciencia de objetos reales. SAVIGNY decía que el objeto del Derecho está en la experiencia, es algo real, que se da en la historia y en el espacio, nace espontáneamente del *espíritu del pueblo* (*volksgeist*). El Derecho es ciencia de experiencia, de realidad.

Caracterizan al positivismo jurídico: a) la prohibición del juez de crear Derecho; b) la prohibición del juez de negarse a fallar, y c) la unidad completa y cerrada del orden jurídico. La prohibición del juez de crear Derecho y de negarse a fallar se basa en la idea de que la ley es clara, completa, sin lagunas ni contradicciones; por consiguiente, el juez no puede negarse a fallar alegando que la ley no ha resuelto el problema planteado. Esta doctrina está consagrada en el art. 4 del *Code Napoleón*: “El juez que se niegue a emitir fallo, pretextando que la ley no resuelve el caso o es oscura o insuficiente, podrá ser acusado por denegación de justicia”.

113 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, traducción por Jorge Guerrero, Bogotá: Temis, 1992, p. 30 y ss.

114 FARIÑAS DULCE, *La sociología del derecho de Max Weber*, ob. cit., p. 212.

115 ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 333.

Según la separación de poderes de MONTESQUIEU, la misión de crear Derecho está reservada a la representación popular (al Poder Legislativo). La misión del Poder Judicial no es creadora sino reproductiva del Derecho. El juez debe limitarse a expresar la sanción establecida por la ley para cada acto concreto. La sentencia no puede contener más que el texto exacto de la ley. El juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley, sin atenuar su vigencia ni su rigor.

JELLINEK¹¹⁶ criticó al positivismo diciendo que si el Derecho es una pura creación del Estado y el jurista se debe limitar al estudio de las normas, sin entrar a consideraciones éticas o políticas, ¿cómo se concilia esta opinión con el principio fundamental del Estado de Derecho, según el cual el Estado ha de estar sometido al Derecho? ¿En qué basar esa sumisión, si el Derecho es libre creación suya? Según JELLINEK, el Estado crea el derecho, pero al crearlo queda él mismo limitado por las normas que produce y subordinado a ellas.

Hans KELSEN¹¹⁷ es el representante genuino del positivismo jurídico. De origen judío, nació en Praga el 11 de octubre de 1881. En 1917 fue nombrado profesor de la Universidad de Viena, donde, con otros investigadores, originó la Escuela Legal de Viena. En 1934 publica la *Teoría pura del derecho*. En 1940 se radica en Estados Unidos de América, enseñando en las universidades de Harvard y California. En 1944 sale a la publicidad su obra *Teoría general del derecho y del Estado*, versión actualizada de la *Teoría pura*. Fallece en Berkeley, el 19 de abril de 1973. Sus trabajos inéditos se publicaron como obra póstuma con el título de *Teoría general de las normas*.

KELSEN, considerado el jurista más importante del siglo XX, parte de presupuestos neokantianos para construir su *Teoría pura del derecho*. Trató de llevar a cabo en el campo del Derecho, lo que KANT realizó en el terreno de la razón pura, es decir, se propuso construir una auténtica ciencia del Derecho, elevándolo al rango de saber científico riguroso, depurando su objeto de estudio de todos los elementos que le son extraños: éticos, morales, axiológicos, políticos, ideológicos, etc., propios de la moral, la religión, la sociología, la política; elimina los fines del Derecho y tampoco se ocupa de su gestación y desarrollo. En sentido kantiano, la ciencia crea, epistemológicamente hablando, su propio objeto. Para ello es preciso separar las normas de los hechos y, por tanto, la ciencia jurídica, como ciencia normativa, de las ciencias de hechos, de las ciencias empíricas y de la moral. El Derecho es ciencia de normas. Lo definió como “conjunto de normas coactivas”. Estas constituyen su objeto. Su méto-

116 JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires: Albatros, 1970, p. 37.

117 Sus principales obras son: *La teoría pura del derecho*; *Teoría general del Estado*; *Compendio de teoría general del Estado*; *Esencia y valor de la democracia. Forma de Estado y filosofía*; *Derecho y paz en las relaciones internacionales*; *El contrato y el tratado*; *Sociedad y naturaleza*; *La idea del derecho natural y otros ensayos*; *La paz por medio del derecho*.

do es el positivista; usa tan solo conceptos de la lógica normativa. KELSEN se ocupa de modo exclusivo y con todo rigor de una teoría lógica pura del Derecho positivo. Por su carácter normativo, el Derecho es orden de la conducta o reino del *deber ser* o normatividad, no del reino del *ser* o naturaleza. La norma es un juicio lógico del *deber ser*. El Derecho es siempre positivo (Derecho puesto por la autoridad), es tarea de la ciencia jurídica presentar el Derecho de una comunidad.

KANT aclara que la noción de *deber ser* excluye la de la razón pura. El *deber* expresa una especie de necesidad y de enlace con los principios. No se presenta en la naturaleza, “el entendimiento no puede conocer más que lo que es, lo que ha sido y lo que será”; la razón pura solo conoce el *ser* (necesidad); corresponde a la razón práctica la comprensión del *deber ser*. KELSEN, a diferencia de KANT, piensa al *deber ser* como una categoría propia de la razón pura, como una nueva instancia de la lógica trascendental. “Cuando hablamos de lógica trascendental, la palabra ‘lógica’ adquiere un sentido diferente del que tiene en otros contextos. Mientras que la lógica formal es una herramienta para presentar los conocimientos y manipularlos, o, en otras palabras, una sintaxis más rigurosa que la de los lenguajes naturales, la lógica trascendental constituye una teoría del conocimiento fundante de cualquier saber posible. No es estrictamente lógica sino *gnoseológica*”. Las categorías de *causalidad* y de *imputación* están separadas, por lo cual para KELSEN “existen dos mundos tan reales el uno como el otro: el de la naturaleza y el de las normas”¹¹⁸. Con la lógica del *deber ser* se conoce y explica el mundo normativo, que es el mundo de lo posible, no de lo necesario (*ser*).

Para KELSEN, la ciencia jurídica es puramente descriptiva, axiológicamente neutral, se ocupa tan solo de *normas válidas*, con independencia de que cumplan o no alguna función socialmente relevante. Lo que constituye al Derecho como tal es la validez. La norma es válida si ha sido creada en las condiciones establecidas en la norma superior, “en última instancia por la norma fundamental presupuesta”. El problema de la justicia es un problema ético muy diferente del problema jurídico de la validez. El ordenamiento jurídico es válido si goza de un mínimo de eficacia, no siendo necesaria la eficacia puntual de cada una de las normas que lo integran. Derecho y Estado no son conceptos diversos, sino una única y misma noción; la norma no se fundamenta en el poder del Estado, por no existir el Estado como entidad distinta del Derecho. Advierte que el jurista “precisa representarse el Estado como un ente distinto del Derecho para justificar la creación de este y la sumisión a él del Estado”. Las normas jurídicas se estructuran en forma unitaria conforme al criterio dinámico de la producción escalonada y jerarquizada de ellas, desde la Constitución, pasando por las leyes, reglamentos, decretos, etc., hasta

118 Russo, *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, ob. cit., p. 79.

los contratos, resoluciones administrativas, fallos judiciales; es decir, el sistema jurídico forma una pirámide, en cuyo vértice existe una norma fundamental que es la Constitución del Estado, en donde se apoyan o fundamentan todas las demás normas inferiores; a su vez, la Constitución se apoya en una “norma hipotética fundamental”.

Concluye KELSEN que la ciencia jurídica se caracteriza por ser:

- 1) *Normativa*, en el doble sentido de que a) describe normas, y b) lo hace normativamente, mediante juicios imputativos de “deber ser”.
- 2) *Axiológicamente neutral*, objetiva, porque se limita a explicar el Derecho positivo válido, sin calificarlo de bueno o de malo. La calificación de Derecho justo o injusto no es tarea de la ciencia, sino de la filosofía.
- 3) *Autónoma*, esto es, separada de las ciencias naturales y de las causal-sociales (la sociología) y de la ética.

Antes de KELSEN la ciencia jurídica trabajaba con la lógica del *ser* (*sein*), y a partir de KELSEN, con la lógica del *deber ser* (*sollen*). Las fórmulas por las cuales la ciencia del Derecho describe a este, son *juicios hipotéticos* análogos a los juicios hipotéticos por medio de los cuales la ciencia de la naturaleza describe a la naturaleza. El juicio hipotético tiene dos elementos: el primero (antecedente) es condicionante del segundo (consecuente). En la ley natural la conexión entre el antecedente y el consecuente es causal; por ejemplo, “si un cuerpo metálico es expuesto al calor se dilata” (“Si es A, entonces es B”); mientras que en la norma jurídica la conexión es imputativa, v. gr., “El que mata a otro debe ir a la cárcel” (“Si es A, entonces debe ser B”).

La conexión entre causa y efecto es independiente del acto de un ser humano o suprahumano. En cambio, la conexión entre un ilícito y la sanción jurídica es establecida por un acto, o por actos humanos, por un acto que produce Derecho, esto es, por un acto cuyo significado es una norma.

En la ley natural se enlazan causalmente dos hechos (*relación causal*), mientras que en la norma jurídica la unión es imputativa (*relación imputativa*):

Si la ley natural dice: si A es, tiene que ser B; dice la ley jurídica: si A es, debe ser B, sin que con eso se enuncie alguna cosa sobre el valor, es decir, sobre el valor moral o político de esta conexión” (teoría pura).

En la ley jurídica, a la conducta A (acto ilícito o delito) se le imputa la acción B (sanción). El precepto jurídico se estructura como un juicio hipotético sobre la conducta coercitiva del Estado: bajo la condición de que un hombre se comporte de

determinada manera, otro hombre —órgano del Estado— debe ejecutar contra el primero un acto de coerción, por ejemplo, la ejecución forzosa, la pena.

En la relación causal, a la causa (condición) A sigue necesariamente el efecto B; si, por ejemplo, al exponerse al fuego el cuerpo metálico no se dilatara, esto supone que la ley de que se trata es falsa o bien que el cuerpo no es metal. En la relación imputativa, la sanción B puede o no seguir a la condición A, pues B no es un efecto de A, sino una consecuencia jurídica: la proposición jurídica sigue siendo válida, aunque se pueda comprobar que X y Z han cometido delito de homicidio, pero no han sufrido ninguna sanción porque escaparon a esta. El delito no es causa de la sanción, y la sanción no es el efecto del delito. La consecuencia jurídica, esto es, el acto coercitivo, es imputado a la condición jurídica.

En la relación de causalidad, la relación entre la condición y la consecuencia es independiente del acto humano. En cambio, en la relación de imputación, la relación entre la condición y la consecuencia se establece por la aplicación de una norma, y esto significa que se efectúa por un acto volitivo humano. La imputación es un nexo normativo, no causal. Las leyes naturales describen hechos que son independientes de la intervención humana, mientras que la ciencia jurídica se refiere a normas hechas por los seres humanos. Con la ley natural se describe el mundo y sus fenómenos. Si decimos “dado A entonces será B” y luego B no ocurre, entonces el juicio es falso o en caso contrario es verdadero, porque A no puede ser sin B ni B sin A. En cambio, si decimos “dado A debe ser B”, este juicio no se convierte en falso si B no ocurre o en verdadero en el caso contrario, porque A está dado sin B, es decir, A puede ser sin B.

La ciencia jurídica no describe su objeto, como las ciencias naturales describen el suyo, por enunciados de *ser*, sino por enunciados de *deber ser*. Si una persona comete homicidio no es que es o será castigado, sino que deberá ser castigado porque siempre habrá casos en los que no es posible aplicarle el castigo.

En su *Teoría general del derecho y del Estado*, KELSEN trata de distinguir entre las *proposiciones de la ciencia jurídica* (*Rechtssätze*) y las que llama *proposiciones descriptivas*, de las *normas jurídicas* (*Rechtsnormen*)¹¹⁹, promulgadas por las autoridades que producen derecho, normas que son *prescriptivas*, expresan *prescripciones*,

¹¹⁹ La división entre normas y proposiciones jurídicas le permite a KELSEN poner las bases para una ciencia puramente descriptiva del Derecho que no formula prescripciones, ni expresa valoración alguna del objeto descrito, que es el Derecho positivo. Una ciencia de tales características presupone: 1) que el Derecho positivo se origina en fuentes sociales; 2) que no existe conexión necesaria entre Derecho y moral; 3) que es posible determinar la existencia y el contenido del Derecho positivo sin recurrir a ningún argumento moral, y 4) que las proposiciones descriptivas del Derecho no expresan valoración alguna. De este modo el jurista, que mediante tales proposiciones descriptivas describe el Derecho positivo, no está comprometido a su aceptación, ni a su rechazo, y puede describir en términos igualmente neutros del Derecho democrático y el autoritario, el comunista y el nazi, el capitalista y el socialista, es decir, con total prescindencia de la ideología política que anime tal Derecho.

órdenes, imperativos, así como permisos y habilitaciones. BOBBIO¹²⁰ opina que la teoría de KELSEN, según la cual la norma jurídica se resuelve en un juicio hipotético, no es contraria a la tesis de la norma jurídica como prescripción, porque el juicio en el cual se expresa la norma es siempre un juicio hipotético prescriptivo y no descriptivo, esto es, un juicio que en su segunda parte contiene una prescripción (“... debe ser B”).

Las proposiciones normativas formuladas por la ciencia del Derecho solo describen el Derecho, no obligan nada a nadie, pueden ser verdaderas o falsas; en cambio, las normas jurídicas obligan a los sujetos de Derecho, no pueden ser verdaderas o falsas, sino válidas o inválidas. El fundamento último de validez del Derecho es la norma fundamental. La norma jurídica es *descrita* mediante la *proposición jurídica*, que es un juicio hipotético libre de elementos axiológicos, sicológicos, históricos o sociológicos. Aunque la ciencia del Derecho tenga por objeto normas jurídicas y, consecuentemente, los valores jurídicos puestos por ellas, sus *proposiciones* son, a la vez —igual que las leyes naturales de las ciencias de la naturaleza—, una descripción de su objeto, *libre de toda apreciación de valor*. Así como la ley natural es una proposición que *describe* a la naturaleza, no confundiéndose con el objeto que ella describe, de la misma forma la ley jurídica, o sea, la proposición que describe el Derecho, la *proposición formulada por la ciencia del Derecho*, tampoco es el objeto que ella describe, vale decir, no es el Derecho, no es la *norma jurídica*.

Dice KELSEN que lo que separa al Derecho de la moral es la nota de la coactividad, que solo puede proclamarse de las normas jurídicas.

Una regla es una regla jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra regla que dispone una sanción; una regla es una regla jurídica porque dispone una sanción. El problema de la coerción no es el de asegurar la eficacia de la regla, sino el problema del contenido de las reglas.

La norma moral requiere de la adhesión íntima del sujeto; y, al contrario, la norma jurídica contiene, para el caso de que sea incumplida, unos actos de fuerza para ejecutarse sobre quien no la obedeció.

Para el positivismo de KELSEN, la ciencia jurídica versa sobre normas y no sobre hechos. Las normas pertenecen a la categoría del “deber ser”. El Derecho es una ciencia normativa, su objeto está constituido por normas. No trata de hechos o fenómenos, no explica realidades, razón por la cual propugna que se excluya del Derecho todo ingrediente perteneciente al reino del ser, como son las consideraciones sicológicas y sociológicas. La teoría jurídica debe elaborarse conforme al método nomológico, esto es, utilizando solo conceptos pertenecientes a la lógica de las normas, excluyendo todo contacto con observaciones sociológicas o sicoló-

gicas. Por razones de generalidad y universalidad, la teoría jurídica ha de limitarse a conceptos formales, eliminándose las consideraciones de los fines que por su carácter valorativo y político perturban la construcción de conceptos jurídicos puros. El fin al que encaminen los hombres un ordenamiento jurídico está más allá de la estructura lógica del Derecho. La teoría pura esclarece apenas la esencia formal de lo jurídico, sus estructuras posibles y las conexiones necesarias entre estas¹²¹. La ciencia del Derecho es axiológicamente neutral, *objetiva*, porque se limita a explicar el Derecho positivo, sin calificarlo de bueno o malo, de justo o de injusto, porque de ello se encarga la filosofía del Derecho. La ciencia jurídica es autónoma de las ciencias naturales, de la sociología y la ética:

Por tanto, la labor de la teoría pura del Derecho puede ser comparada a la de la geometría respecto de los cuerpos; pues así como esta ni explica los materiales de que se hallen formados los cuerpos, ni su origen, ni el arte de hacerlos, ni su finalidad, ni su adecuación o fracaso, del mismo modo la teoría jurídica pura no puede ocuparse de los contenidos sociales, ni de las vicisitudes históricas, ni del arte de elaborar normas conducentes a fines determinados, ni del logro o del fracaso en cuanto a estos; antes bien, estudiar exclusivamente las formas jurídicas, pues es la forma lo que de jurídico tiene cualquier fenómeno inscrito en el ámbito del derecho¹²².

KELSEN ha contribuido a la consolidación del Estado moderno y a una mejor comprensión del Derecho desde su perspectiva formal. Pero el Derecho no está compuesto tan solo de la forma; lo está también de la materia: el sistema jurídico de KELSEN es formalista y no real. El Derecho no es apenas norrnatividad, sino también relación social; en la realidad social tiene su fuente principal y está orientado a su realización práctica. Un Derecho desprovisto de valor puede convertir al jurista en un instrumento del poder, en un servidor de la tiranía, en un defensor de leyes injustas. En suma, el Derecho es norma, realidad social (económica, cultural, política, etc.), valor (está orientado especialmente a la realización de la justicia), espacio (rige en un lugar determinado), tiempo (rige en un tiempo determinado) y mentalidad humana.

El Derecho positivo es la norma coercitiva creada por la autoridad competente y el Derecho natural es el criterio de valoración del Derecho positivo, pues permite atenuar la rigidez y la injusticia que pudiera contener la norma. Un derecho positivo sin justicia no puede ser; es decir, un Derecho positivo sin un Derecho natural sería un remedio de Derecho, una monstruosidad. En el ordenamiento jurídico hay correspondencia entre el Derecho positivo y el natural. Por ejemplo, el juez no puede dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley; en tales casos, aplicará los

121 DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 239 y ss.

122 *Ibid.*, p. 240.

principios generales del Derecho (C. C., art. VIII del tít. preliminar); la comunidad y el Estado reconocen a la familia y al matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (Constitución Política, art. 4); no hay responsabilidad penal del que obra en legítima defensa, o sea, es lícito oponer la fuerza para defenderse de una agresión ilegítima (C. P., art. 203): nadie debe enriquecerse indebidamente en perjuicio ajeno (art. 1954); la persona humana tiene Derecho a la vida, etc. (Constitución Política, art. 2). En unos casos el derecho natural está explícitamente incorporado al Derecho positivo, en otros funciona como fuente subsidiaria, o sea, como medio para integrar este sistema y colmar sus inevitables lagunas.

Ante la discordancia entre el Derecho natural y el positivo, el intérprete tiene que optar por este último, como garantía de certeza y de seguridad, atenuando en todo caso la intrínseca justicia que pudiera contener, valiéndose para ello del Derecho natural; pero no podrá optar por puros principios ideales desdeñando el Derecho positivo, porque con ello se destruye la seguridad jurídica, desaparece el Estado de Derecho, el juez se convierte en legislador y entra a regir la arbitrariedad total.

248. El escepticismo jurídico

VON KIRCHMANN, procurador del rey en el Estado de Prusia, niega la científicidad de la jurisprudencia porque considera que pertenece a un saber nacido de las potencias irracionales del hombre, es irreductible a la razón y reside “en las obscuras regiones del sentimiento y del tacto natural”.

En una célebre conferencia titulada: “El carácter acientífico de la llamada ciencia del Derecho” (*Die wertlosigkeit der Jurisprudenz als wissenschaft*)¹²³ publicada en 1847, en Berlín, afirma que la jurisprudencia carece de valor como ciencia teórica, que no constituye una ciencia con arreglo al auténtico concepto de ella.

Según KIRCHMANN:

Un pueblo puede vivir muy bien sin ciencia jurídica, pero nunca sin Derecho. Es más: el Derecho debe haber alcanzado ya un desenvolvimiento bastante alto, para que sea posible pensar en una ciencia jurídica e iniciarla [...]. En Grecia había progresado ya la vida pública y familiar de modo importante, y, no obstante, la ciencia jurídica había apenas comenzado a actuar. Encontramos análoga situación en Roma hasta la caída de la República, y entre los pueblos germánicos y románicos, en la Edad Media hasta la época de los glosadores [...]. Un pueblo tiene un saber de su Derecho, inclusive

123 VON KIRCHMANN, Julius Hermann, “El carácter acientífico de la llamada ciencia del derecho”, traducción por Werner Goldschmidt, en VON SAVIGNY *et. al.*, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires: Losada, 1949, p. 251 y ss.

sin ciencia jurídica. Pero tal saber no es ciencia, sino que descansa en las regiones oscuras del sentimiento y del tacto natural [...]. Es cierto que también posee principios abstractos en los adagios jurídicos; pero no lo es menos que tales brocados, lejos de revestir sentido científico, algunas veces se aplican y otras no se aplican. Lo decisivo es la particularidad del caso dado y no aquel refrán [...]. La misión de la jurisprudencia es, por ende, la misma que la de todas las demás ciencias. Debe comprender su objeto, hallar sus leyes, desarrollar a este fin los conceptos, darse cuenta del parentesco y de la conexión de las diversas instituciones y, por fin, exponer sus conocimientos en un sistema sencillo [...] ¿Cómo ha resuelto la jurisprudencia su tarea? ¿Cómo lo ha hecho en comparación con las demás ciencias? ¿Les lleva la jurisprudencia ventaja o se queda atrás? [...] Ahora se acepta por todas las ciencias el principio de la observación, del sometimiento de la especulación a la experiencia, al que en el fondo también la jurisprudencia de los clásicos romanos debe su excelencia. Los resultados de este nuevo método rayaban pronto en lo milagroso. Descubrimientos seguían a descubrimientos. Si antes cada siglo derribaba lo que el anterior estimaba comprobado por especulaciones fantásticas por otras de no mejor clase, ahora se había conquistado terreno firme: los trabajos y descubrimientos de un siglo quedaban también en los siguientes en la base firme, sobre la que se construía el edificio, que ahora ha alcanzado alturas tan asombrosas. La jurisprudencia, en cambio, no ha hecho progresos, al menos desde los tiempos de Bacon. Sus reglas y sus conceptos no han mejorado desde entonces, adquiriendo más nítidos contornos. Las controversias no han disminuido, sino que han aumentado; inclusive, donde la investigación más laboriosa creía haber logrado un resultado seguro e inquebrantable, vuelve la lucha a empezar apenas que haya transcurrido una década [...]. Supuesto, por tanto, que la jurisprudencia fuese realmente a la zaga de las demás ciencias, la causa debe radicar en su mismo objeto, en fuerzas impeditivas secretas inherentes al objeto, que obstaculicen en esta región los esfuerzos del espíritu humano [...]. La primera particularidad que destaca, es la mutabilidad del Derecho natural como objeto de la jurisprudencia. El sol, la luna y las estrellas brillan hoy como desde hace millares de años. La rosa florece aún hoy día igual que en el paraíso. Pero el Derecho ha cambiado. El matrimonio, la familia, el Estado y la propiedad han atravesado las formas más múltiples.

[...] Todas las ciencias poseen leyes y estas leyes constituyen su suprema meta. Todas las ciencias tienen en todos los tiempos, al lado de las leyes verdaderas, también leyes falsas. Pero la inexactitud de las últimas no tiene repercusiones sobre el objeto científico. La tierra gira sin cesar en torno del sol, aunque Ptolomeo estableció una ley que afirmaba lo contrario [...]. Las leyes positivas del Derecho nos enseñan una situación diferente. Provistas de poder y de sanciones se imponen a su objeto, no importa si fuese verdadero o falso. El derecho natural debe entregar su verdad y capitular ante ellas. Mientras que en todas las demás regiones del saber deja incólume al ser y lleno de respeto cede ante este, se consigue por la fuerza en la esfera del Derecho lo contrario por medio de la ley positiva. El saber, inclusive el saber equivocado y defectuoso, vence al ser [...]. La ley positiva es, por último, el arma inerte y siempre dispuesta, tanto para la sabiduría del legislador como para la pasión del tirano. Si bien el Derecho natural sufre gravemente por la ley positiva, más aún padece la ciencia. De una sacerdotisa de la verdad se convierte en una sirvienta del azar, del error, de la pasión y de la impremeditación. Su objeto ya no es lo eterno y lo absoluto, sino lo fortuito, lo defectuoso [...] el éter celeste desciende al fango de la tierra.

Agrega KIRCHMANN que los juristas:

[T]ratan de las lagunas, ambigüedades, contradicciones, de lo falso, anticuado y arbitrario de las leyes positivas. Su objeto lo es la ignorancia, el descuido y la pasión del legislador [...]. Por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que solo viven de madera podrida. Abandonando la madera sana, anidan y tejen en la carcomida. La ciencia, al hacer del azar su objeto, se convierte ella misma en azar: tres palabras rectificadoras del legislador, y bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles [...] solo los errores y defectos de todas clases constituye el objeto del que la jurisprudencia casi exclusivamente se ocupa y desgraciadamente ha de ocuparse. He aquí un asunto tan repugnante que causa asombro a cuantas personas están aún dispuestas a dedicarse a él. Puede ser que dicha tarea sea necesaria, pero no es por ello un objeto digno de la ciencia [...]. Únicamente la ciencia jurídica sufre la deshonra de servir al error durante siglos enteros y de rendir homenaje y pleitesía a la impremeditación [...] El Derecho no puede existir sin las características del saber y del sentir. Un pueblo debe saber lo que el Derecho requiere en el caso dado; y debe consagrarse con amor a este su derecho. Si se despoja al Derecho de estas características, continúa siendo una gran obra de arte y, desde luego, ningún Derecho [...]. Naciones enteras han vivido y se han engrandecido sin juristas eruditos, sin aquel edificio artificial de leyes positivas, sobre todo en el Derecho privado.

El carácter científico del Derecho siempre está en discusión. Se aduce la carencia de presupuestos generales y comunes a los que se subordinan y en los que se coordinan las distintas disciplinas jurídicas; la carencia de unidad de objeto y de método; la falta de rigor en el lenguaje jurídico; su condicionamiento a factores territoriales y demográficos, a instrumentaciones políticas, a empirismos rudimentarios, a la aceptación de conceptos sin previa crítica; su subordinación a la filosofía que introduce en el campo jurídico ideales y valores que pueden confundir la verdadera misión científica del Derecho para perderse en las grandes metas.

Como sucede con KIRCHMANN, los que niegan la científicidad del Derecho toman como modelo de ciencia a las ciencias formales y a las ciencias naturales; consideran que todo saber científico es saber de lo general y saber por causas.

Sin embargo, en la misma época en que escribía KIRCHMANN, los pandectistas alemanes elaboraron conceptos jurídicos como los de herencia, propiedad, contrato, etc., que si bien extraídos en un primer momento del Derecho positivo, por el esfuerzo intelectual de los juristas adquirieron un valor general independientemente del Derecho al cual estaban adscritos y, por consiguiente, de aplicación a cualquier sistema jurídico.

Los neokantianos (Rickert, Dilthey, Max Weber, Stammler) vislumbran ciertas notas de generalización que aproximan el Derecho a las ciencias naturales. Pero, ante la bonita pieza literaria de Kirchmann y frente a los que tienden a convertir al Derecho en una ciencia exacta o en una ciencia similar a las ciencias naturales, tenemos que afirmar que el Derecho jamás puede ser comparado con las ciencias naturales

ni con las formales. El Derecho es una ciencia cultural. Además, ninguna nación se puede engrandecer sin Derecho; la seguridad jurídica es el presupuesto necesario del desarrollo, especialmente del económico. Preguntémonos: ¿qué sucedería el día de mañana si hoy día de un plumazo se deroga el “edificio artificial de la ley positiva” de que nos habla Kirchmann? No cabe ninguna duda de que reinaría el caos total, todos tendríamos derecho a todo, es decir, terminaría la civilización y regresaríamos al estado de naturaleza. En Derecho es peligroso hablar y actuar guiados solamente por los sentimientos.

249. El pensamiento de Luis Recaséns Siches

RECASÉNS SICHES¹²⁴ (n. 1903) explica que el universo se nos presenta como una superposición abigarrada de cosas diversas. Todos esos elementos *son*, pero no todos son en el mismo sentido, no todos tienen la misma razón de ser. Esto da lugar a grandes fragmentaciones dentro del ámbito del ser: *ser real objetivo* (montañas, ríos, etc.), *ser real subjetivo* (sueños, deseos, etc.), *ser ideal* (los seres ideales “son esencias espirituales, fuera del tiempo y el espacio, no enlazadas causalmente, que la mente descubre, teniendo, no existencia real, sino validez ideal”) y *ser cultural*, designado como *vida humana objetivada*.

El Derecho no es un fenómeno físico ni síquico. El Derecho tiene algo que ver con el mundo de los seres ideales, en particular con la categoría de los valores. No se puede hablar de lo jurídico sin referirlo a determinados valores: la dignidad de la persona humana, la libertad, la seguridad, la justicia, el bienestar general, etc. Pero el Derecho no consiste en ideas puras de valor; él es, ante todo, algo constituido por un conjunto de actividades y obras de los hombres, en cuanto agentes de realización de esos valores. Él es algo que los hombres fabrican en su vida, bajo el estímulo de ciertas necesidades, en un intento de interpretar las exigencias de unos valores concretos. El Derecho se localiza en la realidad de la vida o existencia humana.

La vida humana, dice José ORTEGA Y GASSET, no es solo “coexistencia”, “mudanza”, “situación”, o “circunstancia”, sino también “reflexión” y “conciencia”, y, además, “facticidad”, “decisión” y “actuación” o actividad. A esta concepción, RECASÉNS SICHES acopla el carácter radicalmente valorativo de la vida humana:

Para decidirse por una de las varias posibilidades que se ofrecen, es preciso elegir; y para elegir es necesario preferir, es necesario un acto de preferencia a favor de esta posibilidad, sobre todas las demás. Pero una preferencia solo es posible en virtud de una estimación, es decir, en virtud de que se valore esta posibilidad y de que se la estime

más que todas las otras. En suma, para *decidir* es preciso *elegir*, para elegir es necesario *preferir* y para preferir es ineludible que sepamos *estimar* o *valorar*¹²⁵.

Si suprimimos la capacidad de estimar, desaparece la vida humana; esta no sería posible, ni pensable. Vivir es realizar un proyecto de existencia.

La persona es una unidad que posee inteligencia y libertad. El hombre es albedrío (libertad). El albedrío no es una cosa, no es una energía, no es una facultad; es sencillamente la expresión del tipo de inserción del hombre en el mundo que lo rodea. Vivir es hallarse siempre en el cruce de caminos, teniendo que elegir entre ellos. El hombre elige por su cuenta porque es albedrío. El hombre es ciudadano del mundo de la naturaleza y del mundo de los valores y fines.

La cultura es la vida humana misma, por cuanto es proyectada hacia valores. Es un conjunto de creaciones humanas. Las creaciones culturales constituyen vida humana objetivada que se forma a cada paso por la acción del sujeto. Es espíritu objetivado en las obras humanas. Los productos culturales son obras derivadas de ciertas necesidades y exigencias.

Al igual que los demás productos culturales, el Derecho posee un sentido y una significación. RECASÉNS SICHES comparte con REALE que el Derecho contiene tres aspectos íntima y recíprocamente unidos de modo inseparable: valor, norma y una clase especial de hechos sociales (teoría tridimensional).

En cuanto a la diferencia entre moral y Derecho, RECASÉNS SICHES se hace receptor del criterio que se basa en la materia regulada. El punto de partida de la regulación moral es el ámbito de la conciencia, la raíz íntima del obrar, mientras que el momento de arranque y el centro de gravitación del Derecho está en la dimensión exterior de la conducta. En la moral no existe un sujeto titular de una pretensión ante la conducta del obligado. En la moral hay deberes, pura y simplemente; en el Derecho, en cambio, los deberes jurídicos tienen siempre el carácter esencial de una deuda a otra persona.

Las reglas de trato social se detienen ante el albedrío del sujeto, que es quien decide sobre su cumplimiento o inobservancia. La norma jurídica, en virtud de su inexorabilidad, no se detiene ante el albedrío del sujeto, sino que trata de anularlo por todos los medios, inclusive físicamente, en caso de que intente sustraerse al precepto. El incumplimiento de la regla de trato desencadena una sanción de reprobación social o exclusión de determinado círculo, pero jamás es la imposición forzada de la observancia de la norma, como sucede con la norma jurídica.

125 MENDIZÁBAL y MARTÍN, Luis, *Tratado de derecho natural*, vol. I, Madrid: Imprenta Julio Cosano, 1920, p. 77.

Afirma RECASÉNS SICHES que el Derecho positivo, como todo reino de la vida humana, debe ser tratado mediante una lógica distinta de la lógica formal, una lógica específica de lo jurídico, que es la *lógica de lo razonable* que debe ser el único método de interpretación jurídica.

En opinión de RECASÉNS SICHES, las funciones del Derecho en la vida social son:

- a) Función de certeza y seguridad, y función de cambio progresivo.
- b) Función de resolver los conflictos de intereses (función primaria del Derecho).
- c) Función de organización, legitimación y limitación del poder político.

Resulta disparatado —dice RECASÉNS SICHES¹²⁶— el querer aplicar a unos objetos los métodos de conocimiento propios de otra clase totalmente heterogénea de objetos, que es lo que pretendían los ensayos de una ciencia naturalista del Derecho, al modo de física o biología de lo jurídico, como si el Derecho fuese naturaleza y no vida humana con sentido o *logos*. Adviértase que el carácter científico o no científico de un conocimiento es algo que se pregunta de ese conocimiento mismo, y no de su objeto. Hay conocimiento científico si el objeto es asequible al conocimiento, si le es dado en algún modo, y el conocimiento logra apoderarse de él *objetivamente* (tal como es) con *seguridad o certeza, plenamente* (no fragmentario) y de modo *justificado*, o sea, explicado, evidente. Que el objeto sea de una u otra índole no determina la afirmación o la negación de carácter científico para su conocimiento; será científico siempre y cuando logre apoderarse de su objeto en la forma indicada, cualquiera que fuere la naturaleza de este. La diversidad radical en la índole de las varias categorías de objetos determinará, como es natural, una diversidad en los métodos o procedimientos para aprehenderlos. Ahora bien, si se encuentra un procedimiento para apoderarnos, mediante el intelecto, de un objeto, esto es, un método adecuado a él, entonces tenemos conocimiento científico, tan científico como el conocimiento de otro objeto dispar logrado por otro método congruente con este. Por consiguiente, la ciencia del Derecho positivo no se parece a la física, ni es lo mismo que la teoría iusnaturalista; es una ciencia de la cultura; versa sobre las normas positivas, sobre el sentido autónomo y objetivo de ellas; no es ciencia de los hechos jurídicos, de la realidad vital generadora del Derecho, sino ciencia del sentido o contenido objetivo de la ordenación positiva; se propone entender el sentido objetivamente válido del precepto jurídico, entenderlo mejor que como lo entendieron sus creadores; referirlo a situaciones vitales del momento, tal vez no previstas por el legislador; además, trata de construir el orden jurídico vigente como un sistema unitario, coherente y total.

250. Estructuralismo y funcionalismo de Bobbio

En la multiforme experiencia jurídica —dice BOBBIO¹²⁷— se integran útilmente entre sí tres teorías, en la que cada una de ellas pone de relieve un aspecto: “La teoría de la relación, el aspecto de la intersubjetividad; la de la institución, el aspecto de la organización social; la normativa, el aspecto de la regulación”. En efecto, la experiencia jurídica nos coloca frente a un mundo de relaciones entre sujetos humanos *organizados* establemente en sociedad mediante el uso de *reglas* de conducta. Como fundamento de los tres aspectos complementarios, queda el aspecto normativo. La intersubjetividad y la organización son condiciones necesarias para la formación de un orden jurídico; el aspecto normativo es la condición *necesaria y suficiente*.

BOBBIO afirma que, “si es exacto decir que en el Derecho común la validez va siempre acompañada de la eficacia, no es igualmente exacta la proposición inversa, esto es, que la eficacia vaya siempre acompañada de la validez”. “Decir que una costumbre se vuelve válida por causa de su eficacia, equivaldría a sostener que un comportamiento se vuelve jurídico por el solo hecho de ser constantemente repetido”. Para que la costumbre sea válida es necesario que reciba una *forma jurídica* atribuida por la ley, que sea acogida por un sistema jurídico como un comportamiento obligatorio, cuyo incumplimiento implica una violación.

El Derecho viviente (hechos o aspiraciones jurídicas que se van formando en la sociedad) no es aún Derecho, no es norma o conjunto de normas, sino únicamente cuando es eficaz, y es eficaz cuando el juez le atribuye fuerza coactiva. “Si el Derecho viviente puede ser considerado como fuente de conocimiento jurídico, solo el juez (y con más razón el legislador) puede ser considerado como fuente de calificación”.

Desde el punto de vista formal, la norma jurídica es una proposición prescriptiva, cuya ejecución está garantizada por una sanción externa e institucionalizada.

Según BOBBIO, la ciencia jurídica es a un mismo tiempo histórica, cultural o humana y ciencia natural. Su objeto está constituido por las acciones humanas y por un complejo de reglas de comportamiento que son estudiadas no por el método de la observación, sino por el de la interpretación. En cuanto al fin, como ciencia generalizante no se diferencia de las ciencias naturales. En el Estado social contemporáneo, el Derecho ya no solo tiene la función negativa de proteger los derechos de los ciudadanos y de reprimir sus violaciones, sino que ha asumido también la de impulsar las actividades socialmente útiles, recurriendo a sanciones positivas (premios e incentivos).

127 BOBBIO, *Teoría general del derecho*, ob. cit., p. 19. Entre sus libros más renombrados figuran: *Teoría de la ciencia jurídica* (1950); *La teoría de la norma jurídica* (1958); *La teoría del orden jurídico* (1960); *El positivismo jurídico* (1961); *Estudios sobre la teoría general del derecho* (1955); *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (1967); *Estudios para una teoría general del derecho* (1970); *De la estructura a la función. Nuevos estudios de teoría del derecho* (1977).

“El derecho es el conjunto de normas que se hacen valer por medio de la fuerza, es decir, que es un ordenamiento normativo con eficacia reforzada”. BOBBIO reconoce que el ordenamiento jurídico no es autosuficiente, sino que se debe poner el acento sobre las relaciones del sistema jurídico con el sistema económico, político y social.

Sostiene BOBBIO que la teoría funcionalista del Derecho no ha reemplazado a la estructuralista, sino que se trata de dos puntos de vista compatibles, que se integran mutuamente y de manera siempre útil. El conocimiento del derecho debe ser global y no sectorial. El análisis estructural evidencia elementos que son distintos de aquellos que patentiza el análisis funcional. BOBBIO postula la hipótesis de la existencia de dos modelos de ciencia jurídica:

- a) El primer modelo corresponde a un *sistema jurídico cerrado* (las normas son dadas *a priori*), autónomo, autosuficiente, el mismo que se da en una sociedad estable. El objeto de la ciencia jurídica son las normas previamente dadas y la función del jurista teórico consistirá en indicar cuáles son las válidas (determinación del objeto) y en interpretarlas (entendida la interpretación como una función cognoscitiva, no creativa).
- b) El segundo modelo corresponde a un *sistema jurídico abierto*, no autónomo, sino dependiente del sistema social global, propio de una sociedad en transformación, con una creciente importancia de las fuentes extraestatales. El objeto de la ciencia jurídica no se encuentra en las normas, sino en los hechos sociales, como relaciones sociales, intereses, hechos culturales; las normas son las valoraciones de estos hechos. La actividad del jurista no es tanto de interpretación, sino de búsqueda del Derecho.

El análisis estructural satisface a la pregunta “de qué se compone el Derecho”, prescindiendo de toda preocupación ideológica, mientras que el análisis funcional trata de contestar a la pregunta “para qué sirve el Derecho”. Para la teoría funcional, la realidad jurídica se muestra inescindiblemente contaminada con lo político, lo económico, lo axiológico, etc. La concepción tradicional reconocía al Derecho una función protectora o una función represiva, por medio de técnicas de desalentamiento. El uso cada vez más frecuente de técnicas de alentamiento pone en crisis a la imagen del Derecho como protector-represivo. Esto hace que surja una nueva imagen del Derecho como un ordenamiento con labor promocional mediante la provocación de la realización de los actos socialmente deseados. El Derecho cumple también la tarea indicadora de cuándo, cómo, cuánto y quién ejerce el poder coactivo. En cuanto a integrar la sociedad por el Derecho, este tiene la función modeladora autosuficiente o función debilitada, puesto que en las sociedades desarrolladas se comprueba una reducción de la tarea específica del Derecho como instrumento de control social; en otros términos, se verifica en las sociedades contemporáneas una toma de conciencia de que el Derecho ya no desempeña en exclusividad y con eficacia ilimitada la función

de establecer la sociedad querida, sino que junto a él han aparecido otros instrumentos eficaces persuasivos y no coactivos que cumplen aquella labor. Acerca de la oportunidad en que actúa el ordenamiento jurídico, el Derecho cumple una función *represiva* y una función *preventiva*. En lo tocante al cumplimiento de los fines previstos, el Derecho cumple funciones *positivas* (v. gr., la inamovilidad de los jueces los preserva de la lucha política partidaria), funciones negativas, cuando ocurre lo contrario a lo esperado y buscado por el Derecho (por ejemplo, la cárcel como escuela del delito y no como reeducadora), y disfunciones, cuando se alcanzan deficientemente los fines propuestos (v. gr., los inconvenientes del funcionamiento en el sistema judicial). En lo relativo a los fines particulares y comunitarios, el Derecho tiene función privatista y función comunitaria. Y tiene, además, una función aseguradora y una distributiva.

251. Pluralidad de ciencias jurídicas

ATIENZA¹²⁸ manifiesta que no hay una sola ciencia, sino una pluralidad de saberes jurídicos que tienen como objeto de reflexión el Derecho: Dogmática jurídica, Teoría general del Derecho, Derecho comparado, Sociología del Derecho, Filosofía del Derecho, entre otros.

La dogmática jurídica o jurisprudencia —dice ATIENZA— estudia el Derecho vigente en cierto ámbito espacial; es un saber normativo, valorativo y práctico. No es una ciencia porque su objetivo no es el de conocer por conocer, sino el de conocer para actuar, para permitir la realización y evolución del Derecho positivo. La jurisprudencia es una técnica; por ello, los argumentos de Kirchmann se vuelven impertinentes: la movilidad del objeto no es un inconveniente, sino una característica estructural de la investigación técnica; la afirmación de KIRCHMANN de que “tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”, se encuentra en el campo de técnicas tan prestigiosas como la informática, que con la introducción de nueva generación de ordenadores convierte a las máquinas de generaciones anteriores, junto con los manuales que facilitan su utilización, las técnicas concretas diseñadas para su máximo aprovechamiento, etc., en material obsoleto. El progreso técnico es distinto del científico; la investigación técnica no trata de explicar un acontecimiento, sino de estudiar cómo se puede producir determinado resultado, dadas ciertas condiciones; su fin no es solo conocer, sino también obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos. Una regla técnica, por ejemplo, la interpretación dogmática de cierto artículo, será más progresiva que otra si logra obtener más y mejores resultados. La dogmática jurídica cumple una función social útil, lo cual no impide negar que una buena cantidad de discusiones son estériles. Sin embargo, un sistema que careciera de

128 ATIENZA, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 274 y ss.

elaboración dogmática sería capaz de resolver muchos menos problemas que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada. La jurisprudencia es una actividad dogmática porque no parte de hechos experimentales, sino de proposiciones dadas e intocables.

Según ATIENZA, la dogmática jurídica, el Derecho comparado y la teoría general del Derecho se diferencian entre sí por la perspectiva más o menos abstracta que adoptan en relación con el Derecho positivo. De estas disciplinas se ocupan exclusivamente los juristas; no pueden reconducirse al campo de ninguna otra especialidad no jurídica. Por el contrario, la historia del Derecho, como la sociología jurídica, la antropología jurídica o la sicología jurídica, caen dentro del campo de alguna ciencia humana, lo cual les asegura su científicidad al poder utilizar métodos y configurarse como ramas de disciplinas cuyo carácter científico no se discute en general.

HERNÁNDEZ GIL afirma que el saber por el saber sin delimitación de su cometido y fines no es posible por completo en el Derecho. Para comprender su alcance conviene distinguir tres clases de actividades: a) la del técnico consagrado a la tarea de la aplicación de las normas; b) la del cultivador de la ciencia o de las ciencias particulares elaboradas en torno a las diversas ramas del Derecho (civil, penal, administrativo, etc.) con vista a la aplicación, y c) la del teórico de la ciencia del Derecho (o metateoría de la ciencia), de la filosofía y de la sociología del Derecho.

ALZAMORA¹²⁹ señala que las disciplinas jurídicas se integran dentro del conjunto de las ciencias del espíritu y de la cultura. Y que “hay que reconocer que en el Derecho, conjuntamente con factores particulares y cambiantes, existen otros esenciales y permanentes que constituyen, como su verdadero fundamento, el objeto de ciencia en el sentido clásico de este concepto”. Mientras las ciencias naturales pretenden la formulación de conceptos universales, que excluyen lo individual porque es inesencial, y su método es generalizador, las ciencias de la cultura, según la acertada denominación de RICKERT, se ocupan de la “totalidad de objetos reales en que residen valores universalmente conocidos y que por esos mismos valores son cultivados”.

252. Teoría tridimensional y teoría trialista del Derecho

252.1. Surgimiento

A principios del siglo XIX, el movimiento codificador acentuó la importancia del Derecho como norma; a mediados de siglo surgió la nueva ciencia de la sociología y a finales del mismo siglo nació la ciencia de los valores. Esto generó el surgimiento de la visión trimembre de la estructura jurídica, concibiéndola como norma, como hecho y

¹²⁹ ALZAMORA VALDEZ, *Introducción a la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 47.

como valor, según que la perspectiva y métodos de estudios sean estrictamente jurídicos, sociológicos o filosóficos. Se mencionan como pioneros de esta corriente al alemán Emilio LASK¹³⁰, quien se refirió a lo normativo, lo fáctico y lo justo; al italiano Icilio VANNI¹³¹, que señaló una temática tridimensional, pero solo referida a la filosofía del derecho; en 1925, Hermann KANTOROWICZ distinguió entre realidad, sentido y valor, y acuñó el término *trialisino*. Estos estudios iniciales no significaron una coordinación y complementación de estas tres dimensiones. Ya en la década del cuarenta del siglo pasado surge un estudio sistemático e integrador de las tres perspectivas jurídicas gracias a los trabajos de Wilhelm Sauer¹³², Jerome Hall¹³³, pero fundamentalmente por las investigaciones de Recaséns Siches, Miguel Reale¹³⁴, Fernández Sessarego¹³⁵ y Werner Goldschmidt¹³⁶.

252.2. Visión trilateral del derecho

El *tridimensionalismo* (de Reale, Fernández Sessarego y otros) o *trialismo* (de Goldschmidt) es una visión filosófica del Derecho que advierte en el mundo jurídico tres elementos o dimensiones diferentes aunque estrechamente vinculados: la sociológica *ofáctica* (hecho), la normológica (norma) y la axiológica o dikelógica (valor).

252.3. Teoría tridimensional

REALE¹³⁷, nacido en São Bento do Sapucaí, Brasil, el 6 de noviembre de 1910, es el más grande pionero de la concepción tridimensional; parte de la afirmación de

130 LASK, Emilio, *Filosofía jurídica*, trad. Roberto Goldschmidt, Buenos Aires: Depalma, 1946.

131 VANNI, Icilio, *Filosofía del derecho*, Madrid: Beltrán, 1941.

132 SAUER, Wilhelm, *Le droit vivant*, París: 1930.

133 HALL, Jerome, “Teoría jurídica integralista”, en HUNTINGTON, Cairns, et al., *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires: Losada, 1951.

134 REALE, *Filosofia do Direito*, Sao Paulo: Empresa Gráfica de la Revista dos Tribunais, 1940.

135 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, tesis de bachillerato presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima: 1950.

136 GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al derecho. Estructura del mundo jurídico*, Buenos Aires: Aguilar, 1962.

137 Miguel REALE publicó su primera obra: *O estado moderno*, Sao Paulo: Olympio, 1935. *Fundamentos do direito*, Empresa Gráfica de la Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1940. “Es en el propio orden jurídico positivo que podemos encontrar la integración entre hecho-valor-norma, a la cual corresponde esta otra: eficacia social, validez ética, validez técnico-jurídica” (p. 315). En este mismo año publica: *De teoria do direito e do Estado*, Martins, Sao Paulo, 1940. Donde afirma: “No se pasa directamente del hecho a la norma, sino que es de la integración del hecho de un valor que surge de la norma” (p. 26). En carta dirigida por REALE a Domingo GARCÍA BELAUNDE, publicada en *Normas Legales*, t. 275, abril de 1999, p. A. 605, REALE dice que la expresión *tridimensional* la viene usando desde 1944. Fue en su obra *Filosofía do direito* donde plasmó con rigor lógico su teoría tridimensional. Entre otras de sus obras figuraron: *O*

que el hombre es un ser social e histórico por excelencia, que vive en una realidad concreta, histórico-cultural, de la que dimana la llamada “experiencia social”, siendo una de sus manifestaciones la “experiencia jurídica”, “cuyo concepto implica la efectividad de comportamientos sociales en función de un sistema de reglas que también designamos con el vocablo *Derecho*”. En este existe una bilateralidad atributiva, esto es, presencia de dos o más personas, de donde surgen mutuas obligaciones para las partes, obligaciones que pueden tener el carácter de impositivo. El Derecho es la ordenación bilateral atributiva de las relaciones sociales en la medida exigida por el bien común. En la experiencia jurídica hay tres aspectos o elementos complementarios básicos, discernibles en cualquier momento de la vida jurídica: un aspecto *normativo* (el Derecho como *ordenamiento* y su respectiva ciencia); un aspecto *fáctico* (el Derecho como *hecho*, o en su efectividad social e histórica), y un aspecto *axiológico* (el Derecho como *valor* de justicia).

Para la teoría *tridimensional* de REALE¹³⁸, la ciencia del Derecho es una forma de conocimiento *positivo* de la realidad social según normas o reglas objetivadas en el transcurso del proceso histórico. La ciencia del Derecho tiene por objeto al fenómeno jurídico tal como se haya realizado históricamente; tal como toma cuerpo en el espacio y en el tiempo. Dicha ciencia es siempre ciencia de un *Derecho positivo*, es decir, positivizado o concretado en el espacio y en el tiempo, como experiencia efectiva, pasada o actual. De esta suerte, el Derecho de los antiguos griegos puede ser objeto de *ciencia*, lo mismo que el de la Grecia de nuestros días. No hay ciencia del Derecho en abstracto, porque no es posible un conocimiento científico-jurídico sin referencia directa a un campo de experiencia social. Lo cual no significa que las leyes vigentes y eficaces de diversos países no se funden en principios generales comunes.

Donde quiera que haya un fenómeno jurídico —expresa REALE— hay siempre, de modo necesario, un *hecho* subyacente (hecho económico, geográfico, demográfico, de carácter técnico, etc.); un *valor* que confiere significación concreta a ese hecho, inclinando o determinando la acción de los hombres a fin de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo; y, por último, una *regla o norma* que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor. Tales elementos o factores (*hecho, valor y norma*) no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta. Más aún, no solo se exigen recíprocamente, sino que también actúan como los elementos de un proceso (el Derecho es una realidad histórico cultural), de tal modo que la vida resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran.

direito como experiência; Lições preliminares do direito; Teoria tridimensional do direito; Experiencia e cultura.

138 REALE, *Introducción al derecho*, ob. cit., p. 32.

La bilateralidad del Derecho se desenvuelve dentro de un supuesto de triple dimensión: hecho, valor y norma. *Hecho*, por cuanto el hombre, como ser social, está inmerso en una realidad de hombres, relaciones y cosas; *valor*, porque todas las acciones humanas y el hombre mismo tienen aspiraciones que se consideran valiosas; y *normas*, porque los hechos y los valores deben estar condicionados por reglas de carácter imperativo-atributivo. Así, la norma deja de ser un juicio lógico y pasa a ser un momento de la integración fáctica-axiológica. La triple dimensión: fáctico-axiológico-normativo constituye una realidad única e indesligable que no permite analizar uno de sus elementos, prescindiendo de los otros, porque ello implicaría una mutilación de la experiencia jurídica. Para REALE, no solo la experiencia jurídica es tripartita, sino que también lo es la norma misma. En toda norma existe un supuesto de hecho; ella misma es una norma que encausa conductas, y, además, encierra determinados valores impuestos por el legislador¹³⁹.

Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO¹⁴⁰ presentó en 1950 su tesis titulada *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, para graduarse de bachiller en Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, trabajo en el cual delineó una concepción tridimensional del Derecho. FERNÁNDEZ SESSAREGO señala:

La ciencia jurídica o ciencia del Derecho —o simplemente Derecho— se constituye por la integración de tres elementos: *norma* —pensamiento—, *conducta humana* —objeto— y *valor* —finalidad—. Tres elementos que pertenecen al ámbito del Derecho, que se exigen mutuamente, y al aparecer vinculados esencialmente constituyen la ciencia jurídica. Ninguno de los tres está fuera del Derecho, mas ninguno, de por sí, es derecho. Ni el pensamiento del Derecho es Derecho, ni la conducta humana es Derecho, ni el valor jurídico es Derecho. El Derecho es la integración forzosa, ineludible, de aquellos tres elementos.

Podemos apreciar aisladamente la conducta como libertad, las normas como pensamientos y los valores como seres ideales objetivos con validez propia, más para captar lo “jurídico” en su integridad debemos considerar aquellas categorías en su inescindible unidad. *Conducta, norma y valor* son los elementos ontológico, lógico y estimativo, sin los cuales no hay Derecho. Estos tres elementos constituyen planos distintos que, al integrarse, exigiéndose mutuamente, hacen posible el Derecho. Los planos lógico, ontológico y estimativo no deben confundirse.

¹³⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Tridimensionalismo jurídico. Balance y perspectiva”, en *Libro homenaje a José León Barandiarán*, Lima: Cultural Cuzco, 1985, p. 259.

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, ob. cit. Fue publicada con el título *El derecho como libertad*, Lima: Studium, 1987.

En la ontología jurídica lo dado son las acciones humanas en cuanto libertad actuante y su tema es la descripción esencial de la experiencia jurídica; en la estimativa lo dado son los valores como objetividades en la vida humana, debiendo determinar cuáles son los valores jurídicos, establecer su jerarquía y conexiones, su cumplimiento e incumplimiento; en la lógica jurídica lo dado es el pensamiento normativo, ya sea como pensamiento en sí, en su estructura formal, o como conocimiento aproximándose al máximo al objeto mentado. En el primer caso tendremos la lógica formal y en el segundo la lógica trascendental.

252.4. Apreciación crítica de la teoría tridimensional

Que en Derecho lo normativo, fáctico y axiológico no son elementos yuxtapuestos, sino que están estrechamente vinculados, es cierto; pero de allí a llegar a sostener que estos elementos constituyen una realidad única e indesligable a riesgo de mutilar la “experiencia jurídica” y que, por consiguiente, las tres dimensiones tienen que ser estudiadas e investigadas por una sola ciencia, está muy lejos de la verdad, porque el objeto, fines y métodos de estudio de la sociología jurídica, historia del Derecho, antropología jurídica, sicología jurídica que estudian los hechos, son distintos de los de la filosofía del Derecho, que estudia sus valores y los de la dogmática jurídica, que se ocupa en el estudio de la norma jurídica, sin que ello implique convertir a ese objeto, fines y métodos, en algo rígido e inflexible, sino como algo dinámico, flexible, que procura una solución justa para cada problema que presenta la vida.

La filosofía puede discutir sus cuestiones por decenas o centenias de años; en cambio, la dogmática y el ordenamiento jurídico no pueden esperar mucho tiempo, sino que tienen que dar soluciones inmediatas y definitivas a los diversos problemas que presenta la vida de relación de las personas. Ni los propios tridimensionalistas han realizado o realizan investigaciones que sinteticen en una sola unidad las tres dimensiones; por el contrario, como es natural en toda investigación científica, centran sus análisis con preferencia en una de ellas; así, por ejemplo, Miguel REALE en su obra *Filosofía del derecho*, hace filosofía; Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO hace fundamentalmente filosofía; incursiona muy poco en la dogmática y en la sociología jurídica.

Es importante que el tridimensionalismo haya manifestado que la realidad social, los valores a que aspira toda sociedad y todo individuo, y la norma jurídica, son tres elementos de toda experiencia jurídica que es a su vez una expresión de la experiencia social; pero de allí a considerar que esos tres elementos constituyen una unidad indisoluble, es como volver a tiempos pasados en que no era posible distinguir entre normas jurídicas, morales y religiosas; es retroceder en la historia a concepciones como la de ARISTÓTELES, para quien la palabra *filosofía* comprende dentro de su seno y designa la totalidad de los acontecimientos humanos, cuyas partes eran la lógica, la física y la ética, que luego, en la Edad Media, se dividió en dos campos: la filosofía y la teología;

posteriormente, en el siglo XVII, se desprenden de la filosofía las matemáticas, física, química, astronomía, etc. Así, el Derecho existe apenas como ciencia autónoma desde el momento en que fue posible distinguir entre normas jurídicas, religiosas y morales; el Derecho surgió también como una ciencia unitaria comprensiva tanto del Derecho privado como público, cuya disgregación en las diferentes ramas que hoy conocemos es el producto de un progreso histórico, científico y social.

Las normas jurídicas, coordinadas de manera sistemática, son preceptivas o prohibitivas de conductas humanas; nacen insertas en una realidad social en la cual se aplican, e intentan realizar determinados valores. Los tres aspectos están presentes en cualquier momento de la realidad jurídica y, según se insista en uno de ellos, se hará dogmática o ciencia jurídica (Derecho como norma), o sociología jurídica (Derecho como hecho social), o filosofía jurídica (Derecho como valor). Norma, hecho y valor son tres planos o perspectivas desde los cuales se contempla el Derecho que no se confunden, pero tampoco suponen una desvinculación total entre ellos.

Absolutizar la estructura tridimensional de la realidad jurídica es rechazar *a priori* cualquier otro aspecto que en ella se pueda descubrir; y, viceversa, separar totalmente esos tres aspectos significa hacer mutilaciones esenciales en lo jurídico.

Como dice Elías DÍAZ¹⁴¹:

No se entiende plenamente el mundo jurídico si el sistema normativo (ciencia del Derecho) se aísla y se separa de la realidad social en que nace y a la cual se aplica (sociología del Derecho) y del sistema de la legitimidad que impera en aquel sistema que debe siempre posibilitar y favorecer su propia crítica racional (filosofía del Derecho). Una comprensión totalizadora de la realidad jurídica exige la complementariedad, o mejor, la reciproca y mutua interdependencia e interacción de esas tres perspectivas o dimensiones que cabe diferenciar al hablar del Derecho: perspectiva científico-normativa, sociológica y filosófica.

Reducir el Derecho a un mero hecho social es desconocer su carácter preceptivo e imperativo; considerarlo apenas como norma es despojarlo de su contenido social y valorativo; y concebirlo solo como realizador de valores o ideales es separarlo de la realidad social y del carácter imperativo de la norma jurídica. Es una realidad que el Derecho presenta tres aspectos jurídicos que no pueden confundirse, pero que se coordinan y complementan entre sí; tan cierto es esto como que es verdad que “el Derecho es una realidad universal”, por utilizar una expresión de Miguel REALE. Sin embargo, no podemos excluir *a priori* otros elementos existentes en el Derecho; de allí que no nos parezca acertado afirmar que él es tridimensional, sino que es pluridimensional (hecho, norma valor, espacio, tiempo, sentimiento, mentalidad humana e historia).

141 NÚÑEZ ENCABO, *Introducción al estudio del derecho*, ob. cit., p. 25.

252.5. Teoría trialista

Werner GOLDSCHMIDT¹⁴², nacido en Berlín el 9 de febrero de 1910, radicado en Argentina, elabora su teoría trialista a partir de la primera edición de su obra *Introducción al Derecho*, publicada en 1960 por la Editorial Aguilar en Buenos Aires. Afirma este autor que el Derecho como objeto contiene tres aspectos o dimensiones: 1) comportamiento que ordena, impera, manda, autoriza, permite, prohíbe, etc., llamado “ordenanza”; 2) carácter valioso o disvalioso de la ordenanza, y 3) descripción de la ordenanza mediante una proposición de deber ser (“norma” en este sentido) formulada por un tercero, es decir, por alguien que guarda actitud mental respecto al objeto de la descripción.

GOLDSCHMIDT, en vez de nombrar al objeto de la ciencia jurídica Derecho, lo llama “mundo jurídico”, que significa algo complejo que puede abarcar hechos de todo tipo, conductas, normas, valoraciones. Además, *mundo jurídico* no solo concierne a lo legal o justo, sino igualmente al entuerto.

Entre el tridimensionalismo de REALE y el trialismo de GOLDSCHMIDT se advierte una diferencia casi esencial en lo tocante al fenómeno jurídico. El tridimensionalismo realiano es de corte específico concreto, de modo que ve en el Derecho una permanente dialéctica entre hechos, normas y valores, en donde no puede formularse un análisis abstracto por separado respecto a cada una de las tres dimensiones. El trialismo goldschmidtiano, en cambio, de estructura netamente abstracta o genérica, permite una clara disección de cada dimensión¹⁴³.

142 GOLDSCHMIDT, *Introducción al derecho. Estructura del mundo jurídico*, ob. cit., p. 197 y ss.: “La norma contiene la descripción de las ordenanzas, tanto de los mandamientos como de las órdenes. Los mandamientos se captan en las normas generales y las órdenes en normas individuales. La captación lógica se lleva a cabo por una persona que se considera tercero en la situación, aunque realmente no lo fuere”. Para GOLDSCHMIDT, el vocablo *imperativo* tiene un significado diferente de ordenanza y la norma tiene, además de la función descriptora, la función integradora.

GOLDSCHMIDT, en un artículo titulado “Trialismo. Su semblanza”, publicado en *Encyclopédia jurídica Omeba*, apéndice, t. v, 1961, p. 786, dice acerca de la estructura del mundo jurídico: “Según el trialismo, conforme lo enuncia esta palabra, la estructura del mundo jurídico es triple. Cada una de sus tres dimensiones a su vez está dividida en dos secciones. La ciencia jurídica social (jurística sociológica) trata de las adjudicaciones de potencia y de impotencia, tanto de las que producen los hombres como de aquellas otras procedentes de la naturaleza. Estas adjudicaciones se observan cada una separadamente. Pero también son contempladas en su conjunto.

“La ciencia jurídica normológica (jurística normológica) capta e integra las adjudicaciones de potencia y de impotencia mediante normas e imperativas. La conceptualización de las adjudicaciones aisladas da lugar a la exposición de normas e imperativas aisladas, mientras que la contemplación del orden de adjudicaciones es origen del ordenamiento normativo”.

143 Véase CHIAPPINI, Julio, “Trialismo”, en *Encyclopédia jurídica Omeba*, apéndice, t. iv, Buenos Aires: Driskill, 1961, p. 574.

GOLDSCHMIDT¹⁴⁴ critica el tridimensionalismo de REALE, pues afirma que es solo una variedad dentro del historicismo. Así, señala lo siguiente:

El método dialéctico, en Miguel REALE, se basa en la polaridad ética entre ser y deber ser. A través de la dialéctica de la polaridad, cree REALE que será posible restablecer la coimplicación entre experiencia gnoseológica y experiencia ética reclamada por la unidad fundamental del espíritu. El mundo jurídico contiene una tensión entre hecho y valor que plasma en la objetividad de la norma. REALE hasta ahora no ha sabido dar el paso que conduce de la concepción a la teoría. El método dialéctico que proclama no es hasta hoy sino simple programa. No obstante, conforme al carácter del programa que enfoca la unidad del Derecho como un proceso esencialmente dialéctico e histórico, el crítico puede ya anticipar que habrá de repudiar la necesaria relatividad de los valores a la que REALE forzosamente tiene que llegar, si toma en serio la correlación fundamental entre valor y tiempo, axiología e historia.
[...]

La ciencia jurídica de la justicia (jurística dikelógica) se compone de una parte general, que trata de la justicia como valor, así como de una parte especial que aborda la forma de la justicia (dikelogía axiológica) y su contenido (dikelogía axiosófica). El análisis del contenido de la justicia se divide, a su vez, porque urge investigar la justicia de las adjudicaciones aisladamente consideradas y la del orden de las adjudicaciones...

Se afirma que el movimiento triádico (tanto el trialista como el tridimensional) supera las posiciones unilaterales y bidimensionales que han dominado el pensamiento jurídico hasta mediados del siglo XX, señalándose como a sus exponentes más radicales a KELSEN, GROCIO, HOBES, LOCKE, etc. Sin embargo, es de advertir que desde mediados del siglo XIX muchos son los autores que analizan el derecho desde un punto de vista integral en contraposición a los pandectistas y exégetas de exagerado corte normológico (dogma exegético de los códigos). Así, Rudolf VON IHERING (1818-1892) con sus tres obras capitales: *El espíritu del derecho romano* (dimensión normológica), *El fin en el derecho* (dimensión sociológica), y *La lucha por el derecho* (dimensión axiológica); los franceses: François GÉNY (1861-1959) —*Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif* y *Science et technique en droit privé*— pone de relieve por un lado los hechos, la realidad social, y por otro, las normas jurídicas y, además, la justicia, y Paul ROUBIER descompone al Derecho en tres dominios de investigación: *política del derecho*, que indica los fines; *sociología jurídica*, que aborda los comportamientos efectivos y su relación con esos fines; y *ciencia del Derecho*, que se interesa por las formas de la experiencia jurídica.

Analizando con un poco de detenimiento al iusfilósofo vienes KELSEN, considerado como un representante radical de la visión unilateral del Derecho, encontramos que no merece tal calificativo, pues él es quien con mayor lucidez que otros que le precedieron

144 GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires: Depalma, 1976, citado por CHIAPPINI, "Trialismo", p. 570.

distinguió en toda norma jurídica: dos elementos: “Uno de ellos... sensorialmente perceptible, que tiene lugar en el tiempo y en el espacio” (hecho); y “el otro es un sentido así como inmanente o adherente” al primero, “una significación jurídica” (valor); la significación es imputada al acto o suceso exterior por la norma, ¿acaso no es esta también una visión global del Derecho? KELSEN distingue entre conocimiento jurídico normativo y sociología del Derecho, y entre Derecho y justicia, y propone una teoría pura del Derecho tal cual es, sin legitimarlo por justo o descalificarlo por injusto, y sin ponerlo al servicio de intereses políticos; esto es, postula una tendencia antiideológica del Derecho, según la cual, debe ser concebido con arreglo a su esencia y comprendido por un análisis de su estructura, que no es otra cosa que el análisis del hecho y su significación imputada normativamente (hecho y valor vinculados por la norma).

253. Teoría egológica del Derecho

253.1. Origen

La teoría egológica del derecho fue fundada por el profesor argentino Carlos COSSIO¹⁴⁵ (n. 1903).

Para la *teoría egológica* de Cossio, el Derecho es conducta y, por tanto, es una ciencia de experiencia humana. La persona se manifiesta como persona comportándose. Cuando el Derecho trata de la conducta, se refiere a la persona y de lo que esta es. Por eso, el Derecho es ciencia de realidades, porque es ciencia de conducta humana¹⁴⁶; el Derecho es, como objeto, esa conducta humana viviente que es cumplida por el ego, es decir: el Derecho es un objeto egológico. La egología no es solo una ciencia

145 Cossio ha escrito las siguientes obras: *El concepto puro de revolución* (1936); *La plenitud del ordenamiento jurídico* (1939); *La valoración jurídica y la ciencia del derecho* (1941); *La teoría egológica* (1944); *El derecho en el derecho judicial* (1945); *Norma, derecho y filosofía* (1945); *Teoría de la verdad jurídica* (1954); Cossio, *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, Buenos Aires: Depalma, (1987).

146 Cossio, *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, ob. cit., p. 60, da el siguiente ejemplo: “Supongamos una norma que impusiera el pago de un tributo al Estado por parte de los ciudadanos. El fenómeno jurídico no es la norma, donde no están ni los ciudadanos ni el Estado, ni la obligación de los primeros respecto del segundo más que mentados, conceptualizados. El fenómeno jurídico aparece de modo objetal, plena y palmariamente, cuando, en efecto, los ciudadanos pagan el tributo, o no lo pagan. Ambas son conductas valiosas, negativa o positivamente valiosas. Así es que la ciencia del Derecho es ciencia de experiencia”. Pagar o no un impuesto no es obedecer o desobedecer una norma. Que implique obediencia o desobediencia a una norma es un hecho trascendente a la conducta desarrollada. Cuando el ciudadano evade el impuesto no lo hace para violar la ley; lo hace porque valora su situación existencial y advierte que, de todas las posibilidades, la mejor para él es no pagar porque no tiene dinero o porque ha destinado el dinero a otro fin o porque se considera un anarquista, etc. Cuando un criminal mata a una persona que teme lo puede delatar, el criminal no dice “voy a violar el artículo tal de tal código”, sino que valora la muerte de su posible delator conforme a un valor personal de “seguridad”. Un matrimonio desavenido no se separa para hacer uso de la ley del divorcio, sino que acude a la ley cuando un fenómeno previo de conducta ha sido llevado acabo ya. La conducta es la base misma de la experiencia jurídica.

del Derecho, sino también una filosofía pura en el sentido de la filosofía general; en este aspecto, es la admitida continuidad filosófica de la línea del criticismo de KANT, la fenomenología de HUSSERL¹⁴⁷ y el existencialismo de HEIDEGGER. Carlos Cossío se apoya, especialmente, en la fenomenología de HUSSERL y la filosofía existencialista de HEIDEGGER de la cual toma el concepto de libertad metafísica como carácter fundamental del hombre; y desarrolla la teoría de KELSEN hasta llegar a transformarla.

La teoría egológica desarrolla una nueva sistemática de la filosofía que hizo dar un giro fundamental al modo de filosofar sobre el Derecho. En la filosofía se realiza: a) una reflexión esencial sobre el objeto de la ciencia del jurista, para mostrar la *ciencia eidética* en la que toda ciencia empírica se fundamenta; b) luego, una investigación sobre el *estilo de pensamiento* que ejercen los juristas: una lógica jurídica formal; c) en seguida, advertido qué es aquello que el jurista conoce, cabe investigar *cuándo lo conoce* a partir de la lógica jurídica trascendental; d) y por último, puesto que el dato fundamental que ofrece la ciencia del Derecho es la experiencia jurídica, y esta no es sino experiencia humana, la cual consiste en conducta de individuos y nada más que en conducta, cabe advertir cuál es la estructura de esa conducta. Investigación que conduce a que toda conducta humana, por el solo hecho de *ser*, se desarrolla valorando; su existencia es un *ser estimativo*; si es, elige; si elige, prefiere; y para preferir, valora. Era imprescindible entonces una teoría del valor: axiología jurídica.

253.2. Terminología

Dice Cossío que “fenomenología” es una voz compuesta de “fenómeno” y “logos”, conocimiento de los fenómenos. HEGEL invirtió la prelación de las voces componentes y la utilizó para significar la fenomenalización del logos, siendo este logos en su sistema el espíritu absoluto. HUSSERL mantuvo la inversión hegeliana de la significación, con la salvedad de que el logos, para él, es el ser de los entes. Para HUSSERL, la fenomenología significa la fenomenalización del ser de los entes. En forma similar egología, en la teoría egológica del Derecho, está significando la egologización del logos jurídico, es decir, la egologización del ser jurídico (dada la equivalencia fenomenológica entre el logos y el ser). Y como el *ego* de que allí se habla es el ego trascendental de la acción, el “yo actúo” de toda acción en vez del “yo pienso” de todo juicio, el “yo actúo” de la conducta en vez del “yo pienso” del intelecto, con el término *egología* se quiere significar la *fenomenalización* como conducta del ser jurídico.

147 HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a una fenomenología pura y a una filosofía fenomenológica*, 2.^a ed., Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1962. La fenomenología pura o trascendental no es una ciencia de hechos, sino una ciencia de esencias (ciencia eidética). “La esencia (*eidos*) es un objeto de nueva índole. Así como lo dado en la intuición individual o empírica es un objeto individual, lo dado en la intuición esencial es una esencia pura” (p. 21).

Se recurre al vocablo egológico para resaltar que en el Derecho algo es lo que es solo cuando se conoce qué es lo que es. Por ejemplo, nadie es ladrón mientras el juez no lo indique como tal y no lo condene por ello. Esto significa: a) que exista este pronunciamiento judicial y b) que el propio pronunciamiento no contenga error inexcusable como conocimiento del protagonista.

Los vocablos *egología* y *egológico*, dentro de la concepción de Cossío, van más allá de su sentido etimológico (“conocimiento del yo”), pues con ello se alude a la autoría de los actos integrantes de la experiencia jurídica. Esta experiencia estriba en un autor; pero para el conocimiento del autor no basta explorar la autoría, sino también su egología: uno es su conocimiento óntico y otro su conocimiento ontológico. El autor como objeto es un sujeto, y precisamente por esto es un objeto con autoría y con egología.

Como el objeto del conocimiento jurídico es también el sujeto, dicho objeto recibe el nombre de *egológico*, considerando siempre que el prefijo *ego* se relaciona con el *yo* de la actuación jurídica.

253.3. El Derecho es conducta

El Derecho es un objeto cultural¹⁴⁸ (todo lo que hace el hombre según valoraciones), integrado por la “conducta del hombre en su interferencia intersubjetiva” o conducía compartida y la significación valiosa, positiva o negativamente, de tal conducta. Por eso el Derecho es un objeto egológico, esto es, la *vida humana viviente* que es cumplida por el *ego* y no *vida humana objetivada*; en otras palabras, la conducta misma es el Derecho: objeto que el jurista quiere conocer.

El Derecho como objeto es conducta humana viviente, es decir, la vida humana en su libertad, esa libertad con la que unos pueden interferir la libertad de los otros.

El deber ser no es mental, sino existencial, puesto que el hacer del ser humano es siempre un proyecto que ha anticipado su futuro. El Derecho está en los hombres, en sus actos; estos son el Derecho. De ahí la denominación de teoría “egológica” que hace referencia a un “yo-actuante”, que se conduce y tiene, además de su realidad biológica, una realidad biográfica. El hombre hace su propia historia porque es sujeto

148 Dentro de la estructura común a los objetos mundanales (substrato y sentido), cabe distinguir dos especies primarias: aquellos objetos cuyo substrato es un poco de naturaleza (objetos mundanales) y aquellos cuyo substrato es la propia acción o conducta humana (objetos egológicos). En estos últimos no ha de tomarse como substrato el desnudo organismo biológico, que también es naturaleza, sino la acción o conducta en cuanto que vida como vida biográfica. Es así como la amputación de las piernas mutila seriamente el organismo biológico, sin que quepa decir que ha sufrido mutilación el substrato del objeto egológico, por cuanto antes y después la persona mutilada sigue teniendo conducta en plenitud (Cossío, *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, ob. cit., p. 95).

de preferencias, de elecciones y decisiones; escoge los valores positivos o negativos que guiarán su vida. Toda conducta humana es susceptible de valoración y, por ende, también el Derecho. No hay conducta neutra. “Toda conducta humana, por el solo hecho de ser, se desarrolla valorando; su existencia es un ser-estimativo; si es, elige; si elige, prefiere; y para preferir, valora”. El obrar es lícito o ilícito, justo o injusto, legal o ilegal, conforme al “axioma ontológico de la libertad” que se conceptualiza como que “todo lo que no está jurídicamente prohibido, está permitido” (o es prohibido —ilícito— o es permitido —lícito—). Una conducta sin valor ontológicamente no puede ser. La conducta jurídica es justificable.

El Derecho es conducta humana viviente. Él está en la conducta porque es conducta él mismo, así como el perro está en el campo del mamífero porque es mamífero él mismo. La norma solo es un concepto apto para mentar la conducta como conducta, mientras que esta es el objeto del conocimiento jurídico y que este concepto integra la propia conducta de la que él mismo hace mención. El conocimiento científico del Derecho no es un conocimiento de espectador, sino de protagonista.

El *hombre-está-siendo-en-el-mundo* —enuncia HEIDEGGER—; o sea, el hombre es solo en una circunstancia mundanal y solo en ella. Adquiere dos dimensiones: es un hombre situado y un hombre situacionado. Situado, porque es en una situación y siempre en una situación existencial determinada, no en el vacío.

Situacionado, porque a su vez esa situación en la cual el hombre es, lo determina y lo limita en algún grado, ofreciéndole ciertas posibilidades de vida y solo esas, determinadas por la situación que vive.

El hombre que está *siendo* en el mundo no tiene otra posibilidad que desarrollar una conducta. Como vivir es convivir, su conducta debe compatibilizarse con la conducta de los demás. Esto significa que las conductas se interfieren; como la interferencia es entre dos o más sujetos, la conducta implica una interferencia subjetiva.

Desarrollar una conducta significa valorar, considerar axiológicamente. La conducta es lo valioso o desvalioso. Un asesinato puede ser valorado negativamente, pero lo que es desvalioso es la conducta. Norma y juicio de valor son inseparables, como en el ejemplo de HUSSERL: “Un guerrero debe ser valiente”, va entendido que “un guerrero valiente es un buen guerrero”. Igual si decimos que “un contribuyente debe pagar las cargas fiscales”, se entiende que “un contribuyente que paga las cargas fiscales es un buen contribuyente”. Pero no es cierto que “los contribuyentes pagan las cargas fiscales”; lo cierto es que “los contribuyentes deben pagar las cargas fiscales”. Hay contribuyentes que pagan y otros que no; electores que sufragan y otros que no lo hacen; en suma, lo que trata de conceptualizarse en la norma egológica es la misma realidad mundanal, porque es en esa realidad existencial donde está el derecho. Lo primero es la conducta; lo segundo es la norma. Antes que el primerísimo código de Hammurabi ya había hombres y mujeres que convivían y que, por tanto, desarro-

llaban conductas valiosas y desvaliosas, según sus criterios; es decir, había derecho, pero no había normas escritas. Como el jurista, el juez y el abogado tienen que ver con conductas intrínsecamente valiosas, deben ir a la realidad misma y no buscar en ninguna pirámide lo que se presenta en el empíreo más objetal.

253.4. El Derecho es ciencia de experiencia humana

La persona en cuanto tal no tiene otra manera de manifestarse como persona sino comportándose. De aquí que la conducta sea la expresión fenoménica de la persona: lo que la muestra tal cual ella es en la realidad viviente. Por eso, cuando la egología habla de la conducta, se refiere a la persona y de lo que esta es. El valor de la egología como jusfilosofía se suma así a su valor como investigación sobre la subjetividad (sobre el ego, y de aquí su nombre “egología”).

Por el camino de objetalidad fenomenológica la teoría egológica llega a la experiencia jurídica, que es, justamente, el ámbito del verdadero consistir del Derecho. Como este es conducta, por tanto, es una ciencia de experiencia humana. Por ejemplo, si una norma impone a los ciudadanos el pago de un tributo al Estado, el fenómeno jurídico no es la norma, donde no están ni los ciudadanos ni el Estado, ni la obligación de los primeros respecto del segundo, más que mentados, conceptualizados. El fenómeno jurídico aparece de modo objetal, plena y en forma palmaria, cuando, en efecto, los ciudadanos pagan el tributo o no lo pagan. Ambas son conductas, positiva o negativamente valiosas. Así, pues, la ciencia del Derecho es ciencia de experiencia.

Una conducta sin valor ontológicamente no puede ser. El sentido de los valores de autonomía es asumido por la persona que desarrolla la conducta valiosa o desvaliosa, y por nadie más; residen en la existencia individual, que es la existencia sustantiva. El sentido de los valores de heteronomía los asume toda la comunidad; valen no solo para un *yo*, sino que valen siempre para un *nosotros*. La conducta que se desarrolla valorando es conducta jurídica porque hay interferencia intersubjetiva. Y, por tanto, hay Derecho; los valores han de ser valores de conducta bilateral o valores de alteridad. Todos los valores de conducta bilateral son valores jurídicos.

La experiencia jurídica se constituye con tres diversos momentos: 1) *el normativo*, es decir, una estructura de pensamiento, que consiste no en la lógica del ser (como en la experiencia natural: dado *A*, es *B*), sino en la lógica del deber ser, a partir de la fórmula imputativa “dado *A*, debe ser *B*”; 2) *el empírico*, o sea, un contenido dogmático recogido por aquella estructura, consistente en elementos empíricos con soporte sensorial; por ejemplo, los 18 años que se requieren para la plena capacidad civil y que pudieron ser 17 o 19 para una capacidad no plena, sino escalonada, etc.; en una palabra, todo lo que se lee en el texto de una norma y 3) *el axiológico*, esto es, una valoración jurídica de justicia o injusticia. En otros términos, se trata de la conducta

humana en sus momentos lógico, empírico y axiológico. Estos tres momentos están mutuamente implicados y esencialmente unidos.

El conocimiento jurídico como conocimiento dogmático es un conocimiento normativo, lo cual no implica *a priori* la existencia de una ciencia jurídica ya constituida. Mientras dicha ciencia no exista como un ente organizado y coherente, cabe fenomenológicamente apoyarse en la idea de ciencia jurídica aprehendida como esencia de la *epoje*¹⁴⁹ husseliana.

Para los expositores del Derecho de la antigüedad clásica la ciencia jurídica es normativa porque suministra normas. Para los juristas del siglo XIX, que consideran al Estado como única fuente jurídica (positivismo de la ley), la ciencia jurídica es normativa porque conoce normas. Para la teoría egológica, aquella es normativa “porque conoce la conducta mediante las normas”.

253.5. La nueva sistemática iusfilosófica

La ciencia precede a la filosofía. Esta es supracientífica y trabaja siempre sobre la ciencia que es su objeto esencial. No cabe ninguna filosofía del Derecho antes de concretarse la ciencia dogmática del Derecho. La filosofía del Derecho no puede prescindir de la ciencia dogmática de este. No hay una filosofía del Derecho a secas, desvinculada de la ciencia jurídica.

La teoría egológica divide la problemática iusfilosófica en cuatro temas: 1) ontología jurídica o estudio de la esencia, del ser, del Derecho; 2) lógica jurídica formal o investigación del pensamiento jurídico en cuanto tal; 3) lógica jurídica trascendental o estudio del pensamiento jurídico en cuanto conocimiento de su objeto propio, y 4) axiología jurídica pura o investigación sobre los valores jurídicos puros a los que necesariamente se refiere el Derecho.

149 Cossío, *Radiografía de la teoría egológica del derecho*, ob. cit., pp. 35 y 36: “La tesis natural implica un yo que cree que el mundo es. Esta tesis corre tres posibilidades. La primera posibilidad consiste en afirmar la tesis, en aceptar que el mundo es, que los objetos tienen existencia. La segunda consiste en negarla. La tercera consiste en que el *yo se abstenga del juicio*. Si la tesis ‘pone’ al mundo como existente, el yo no afirma esta posición ni la niega: *se exime de ejecutarla*: coloca así a la ‘posición’ de la tesis entre paréntesis, según dice HUSSERL, procedimiento conocido con el nombre de ‘epoje’. Inmovilizada entre paréntesis, la ‘posición’ de la tesis (la existencia de los objetos) allí está frente al yo, y el yo no la ejecuta. Es así como pierde el interés, por lo cual la tesis ‘pone’ como existente y deriva su atención al *acto que la tesis ejecuta cuando ‘pone’ al mundo como existente*. De este modo, el yo queda solo contemplando al acto télico, el acto de la tesis. La intencionalidad del acto es poner el mundo como existente. Pero el yo se queda solo con la intencionalidad y pone al mundo entre paréntesis. Así, el mundo es para el yo el *intentum de la intencionalidad del acto télico*. Habiéndose arrebatado su existencia, el mundo se convierte en un fenómeno subjetivo. Deja así de ser un supuesto existente técticamente, para ser un problema como fenómeno subjetivo. Y el problema ha de resolverlo la subjetividad trascendental; trascendental porque hace que lo trascendente sea posible”.

1. *Ontología jurídica.* En primer lugar, está la reflexión esencial sobre el objeto que el jurista quiere conocer, para mostrar, aquí, cuál es la ciencia eidética que toda ciencia empírica o de hechos tiene en su base (*ontología jurídica* o *ciencia eidética —de eidos, esencia—*), el ser del Derecho. La ontología jurídica describe la esencia de aquello que constituye su objeto de conocimiento jurídico: el Derecho positivo.

Todo objeto cultural se compone de un sustrato y un sentido. Hay dos especies primarias de objetos culturales: aquellos cuyo sustrato es un trozo de la naturaleza, por ejemplo, una estatua cuyo sustrato es un pedazo de mármol (objetos mundanales) y aquellos cuyo sustrato es la propia acción o conducta humana (objeto, egológicos).

El Derecho positivo, como un objeto de cultura, es un objeto egológico. El objeto egológico es la acción humana. Pero ¿cómo distinguir lo específico del Derecho frente a otros objetos egológicos, como, por ejemplo, la moral? Cossío recuerda que DEL VECCHIO advirtió que la acción humana puede ser considerada de dos maneras. La primera, que es objeto de estudio de la moral, considera a la acción humana en interferencia con otra acción posible del mismo sujeto. Este opta por una de entre varias acciones, de modo que la ejecución de una de estas acciones es en contraposición a la omisión simultánea de las otras acciones que pudo ejecutar el mismo sujeto. Por estructura, aquí *el hacer* se integra con *el omitir* concomitante, única forma de poder comprender la acción como libertad; no hay acción como libertad si estamos solamente ante un hacer.

En cambio, la segunda manera que es objeto del Derecho considera a la acción humana en interferencia con la acción posible de otro sujeto, puesto que la existencia humana es coexistencia. La ejecución de una acción queda contrapuesta al impedimento que a ella le opone o no la acción que realiza otro sujeto. Por estructura, aquí el *hacer* se integra con el *impedir*, de modo que la comprensión de una acción como libertad se alcanza ahora, por cuanto es o no impedimento de la acción de otro sujeto actuante. La interferencia subjetiva de acciones posibles es la bilateralidad o alteridad que define al Derecho, lo cual significa que este implica dos sujetos desarrollando una conducta compartida. No se trata de que un sujeto sea un simple destinatario de la acción del otro, como ocurre con la caridad, donde, por tal razón, no hay deberes y derechos en articulación recíproca repartidos entre ambos sujetos. En Derecho lo compartido es el hacer mismo, de modo que lo que un sujeto hace se integra con lo que le toca hacer al otro. De ahí que habrá derechos para uno ante los deberes del otro, en perfecta correspondencia.

La conducta humana en interferencia subjetiva es el sustrato del objeto cultural egológico: Derecho. Y el sentido, como en todo objeto cultural, reside en la referencia a los valores.

2. *Lógica jurídica formal.* En segundo lugar, como el contrapolo de lo precedente, está el examen del estilo de pensar que practica el jurista cuando está en su tarea (*lógica jurídica formal*). La tarea de la lógica jurídica formal es analizar la estructura de esa unidad de pensamiento jurídico que es la norma, mostrando las diversas partes que la integran necesariamente. La tarea analítica de la norma (de la parte) se complementa con la analítica del ordenamiento jurídico (del todo), pues para que el pensamiento jurídico sea válido es necesario que sean compatibles no solo las diversas partes de la estructura unitaria que es la norma, sino también que sean compatibles las diversas normas entre sí. De acuerdo con esto, la lógica jurídica formal estudia la validez del derecho, esto es, que las diversas partes del pensamiento que son las normas sean compatibles entre sí.

En materia de lógica jurídica formal, la teoría egológica acepta las investigaciones de Kelsen y sin ninguna alteración de su contenido transforma profundamente el alcance y el papel de la teoría pura.

Para Kelsen, la norma aislada tiene la estructura de un juicio hipotético según la fórmula “dado *H*, debe ser *P*”. Frente a esto, la teoría egológica presenta a la norma como un juicio disyuntivo: “Dado *H* debe ser *P*, o dado no *P* debe ser *S*”.

Según la teoría pura del Derecho de KELSEN, el *deber ser* es neutro a toda valoración y consiste en la mera imputación de un antecedente a un consecuente. La teoría egológica reconoce tres clases de *deber ser*, cuya articulación sistemática le permite zanjar las dificultades de la teoría jurídica: 1) el *deber ser axiológico*, o sea, el intrínseco valor de algo por cuya virtud ese algo merece ser Derecho (esto está ya advertido en KANT); 2) el *deber ser existencial*, que es la libertad del ser humano en su presencia bruta o mero existir, la cual no es un desnudo “poder ser”, y 3) el *deber ser lógico*, que es una simple cónyunción proporcional que nos permite pensar con normas.

Según KELSEN, es ilusorio el seudoproblema de las lagunas del Derecho porque “se es libre de hacer u omitir aquello a que no se está obligado”. Aquí la teoría egológica hace ver que el ordenamiento jurídico presupone el principio de que “todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido”; este axioma ontológico del Derecho está impuesto ónticamente por la libertad en la cual la conducta consiste y es un juicio sintético *a priori* y no un mero juicio analítico como podría parecerlo. Esto se pone de relieve si se lo compara con un juicio analítico que diga “todo lo que no es ilícito es lícito”, juicio con el que se designa sencillamente, de acuerdo con el principio lógico del tercero excluido, que la conducta puede ser conforme a lo preceptuado en la norma secundaria o no serlo; de aquí que este juicio analítico pueda convertirse en su contrario, “todo lo que no es lícito es ilícito” sin pérdida de sentido. En cambio, no se puede sostener con validez la conversión del axioma ontológico y decir, por ejemplo,

“todo lo que no está permitido está prohibido”, porque con esta enunciación no se desentraña lo que el axioma enseña, que la libertad es el *prius* en el Derecho. Con este enunciado se paralizaría la vida en que consiste el Derecho.

3. *Lógica jurídica trascendental.* En tercer lugar, está el ligamen de las dos instancias anteriores: es decir, no lo que el jurista conoce, ni cómo piensa, sino cuándo conoce (*lógica jurídica trascendental*). No basta que el pensamiento jurídico sea válido, sino que es necesario que sea verdadero. El pensamiento jurídico alcanzará la plenitud de la verdad en su referencia a los datos empíricos que constituyen su objeto. Corresponde a la lógica jurídica trascendental indagar las estructuras del pensamiento, no como puro pensamiento, sino como conocimiento de su objeto propio, y descartar aquellas formas de pensamiento que no convienen al objeto en estudio.

¿Qué relación hay entre la norma y la conducta? La teoría egológica dice: si la norma es un concepto, entonces entre norma y conducta existe sencillamente una relación de concepto a objeto. La importancia del enunciado verbal *deber ser*, como simple cópula lógica, cobra un alcance insospechado:

La libertad que define al ser humano, pensada con el verbo *ser*, es una libertad petrificada o cosificada; es la libertad muerta de la historia o de la sociología. El verbo *ser*, verbo del ente inmóvil de la identidad, no es apto para conceptualizar la libertad, porque la libertad no es algo que esté hecho, sino que está haciéndose: es creación, huidiza presencia, milagroso tránsfuga que saca de su entraña todo cuanto el hombre ama y comprende. Otra cosa ocurre con el verbo *deber ser*; mediante él es posible conceptualizar la conducta en su viviente libertad, es decir, referirnos a la conducta como conducta mediante conceptos. Esto significa la posibilidad de una ciencia acerca de la conducta misma; y por eso la teoría egológica presenta la ciencia del Derecho como una ciencia de la plenaria vida humana. Y puesto que la conducta es hecho efectivo, presencia tangible, positivo, realidad, vigente deber ser existencial, la teoría ecológica tematiza, sobre el propio dato, al lado del problema de la validez del derecho, el problema de su positividad. Tematización de la validez como lógica jurídica formal y tematización de la positividad como lógica jurídica trascendental.

La teoría egológica no olvida la norma ni la conducta; por eso sostiene que no se interpreta la ley, sino la conducta humana mediante la ley. La ley es una expresión conceptual; e interpretar es un modo de conocer, siendo aquí la conducta el objeto mentado por aquella expresión; y el objeto es lo que ha de ser conocido. Así, HUSSERL enseña que cuando alguien nos relata, con palabras conocidas, lo que ha hecho un amigo, no juzgamos de sus palabras, sino del comportamiento del amigo, que es lo que se nos hace conocer mediante las palabras.

4. *Axiología jurídica pura.* Por último, ya que el dato empírico de las ciencias dogmáticas es axiológico, viene el examen del sentido puro, como puro sentido

do del Derecho, de esta referencia empírica a lo que debe ser (*axiología jurídica pura*). A la axiología jurídica positiva corresponde el estudio de los valores reales incorporados en la conducta, dotándola de su sentido (ideales reales dados en una comunidad, en un lugar y en un tiempo determinados). Y a la *axiología jurídica pura* corresponde el estudio del valor puro o ideal verdadero (desgajado de su concreción en una institución, lugar y tiempo), en pura referencia al Derecho en general. La axiología jurídica positiva forma parte de la ciencia jurídica y la axiología jurídica pura forma parte de la filosofía del Derecho.

Los valores puros que indaga la axiología jurídica pura son: la justicia a la cual acompañan seis valores que se dan apareados de dos en dos: seguridad y orden, paz y poder, y solidaridad y cooperación.

La ciencia empírica del Derecho ocupa el centro de la preocupación de la teoría egológica y da unidad sistemática a los cuatro temas de la filosofía jurídica: la ontología jurídica, la lógica jurídica formal, la lógica jurídica trascendental y la axiología jurídica pura.

253.6. Crítica de Carlos Cossio¹⁵⁰ a la teoría tridimensional de Miguel Reale

El iusfilósofo argentino dirige acerbas críticas contra el tridimensionalismo de REALE. Sostiene Cossio que el tridimensionalismo es un arcaísmo que significa un retroceso dentro de la ciencia y filosofía jurídicas; no nos dice qué es el Derecho con afirmar que este es a la vez hecho, norma y valor. Aquí el verbo *ser* habla de atributos, pero no de esencia, pues tampoco sabemos qué es el alfabeto si solo se nos dice que tiene veintiocho letras, ni sabemos qué es el espacio cuando solo se nos advierte que tiene tres dimensiones: anchura, altura y profundidad. Cossio equipara egología con ontología y tridimensionalismo con ideología, o a lo sumo con unidad gnoseológica, y “en la medida en que la dialéctica sobrevive en la filosofía actual como marxismo y no como hegelianismo, el tridimensionalismo se ha colocado de por sí en la vía muerta de una ideología burguesa”; la visión tridimensional deja a un lado la consideración de la conducta humana:

No es defendible ninguna dialéctica de la realidad racionalmente preconstituida como estructura, que torne mecánica la relación entre hecho, norma y valor, como pretende la teoría tridimensional, sin legitimarse con alguna confirmación intuitiva... Pero ninguna evidencia acompaña a esta pretendida tensión entre un hecho y un valor por fuera de la vida humana.

Para la teoría egológica —concluye Cossio—, el movimiento que hubiere en el Derecho es vida, aunque se lo llame *dialéctica*; para la teoría tridimensional, por el contrario,

el movimiento es, en primer término, una dialéctica a la cual la vida queda sometida. La teoría egológica es, fenómenológicamente, una descripción, en tanto que la teoría tridimensional es una construcción. La descripción egológica puede ser acertada o desacertada; pero por ser descripción, su proyección siempre es la ontología. En cambio, por perfecta que sea la construcción tridimensional, su proyección, por ser construcción, solo puede ser la ideología.

254. Teoría de la argumentación jurídica

Desarrollan esta teoría Vichweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Robert Alexy¹⁵¹ y Manuel Atienza¹⁵². *Argumento* significa razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega. Raciocinio que se tiene por decisivo para demostrar justificadamente una tesis. *Argumentar* —expresa LARENZ¹⁵³— quiere decir indicar las razones que permiten que una afirmación aparezca justificada, acertada o, a lo menos, discutible. Las razones para alcanzar esta meta tienen que ser propuestas de tal modo, que convengan al presunto participante en la discusión, que sean capaces de que supere, por ejemplo, las razones opuestas por él alegadas.

Se argumenta en el ámbito de los diversos conocimientos (lógicos, filosóficos, lingüísticos, sicológicos, etc.) y en el de la vida cotidiana, pero aquí nos referiremos a la actividad de argumentar de los profesionales del Derecho, pues este ofrece el campo más importante para la argumentación. La argumentación jurídica es la que se hace sobre hechos y una argumentación de tipo normativo. La argumentación sobre normas da cuenta de los razonamientos que se producen tanto en la etapa de creación del Derecho como en la de su interpretación y aplicación. La práctica del Derecho, en cada una de sus etapas, se realiza mediante argumentaciones en favor o en contra de una tesis determinada.

Son ámbitos de la argumentación jurídica:

- 1) El de la *producción o establecimiento de normas jurídicas*, el mismo que se subdivide en la *fase prelegislativa y la fase legislativa*. La primera de ellas se efectúa por aparecer un problema social que se piensa puede resolverse mediante el Derecho, por ejemplo, ante la creciente ola de delincuencia se debate en las universidades, colegios profesionales, medios de comunicación social, etc., esgrimiendo razones a favor y en contra de la dación de una legislación que

¹⁵¹ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

¹⁵² ATIENZA, Manuel, *Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

¹⁵³ LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, ob. cit., p. 507.

incremente las penas. La fase legislativa se caracteriza por las argumentaciones de carácter técnico-jurídico que se producen en el Parlamento u otros órganos encargados de crear Derecho, por ejemplo, las argumentaciones de unos estarán orientadas a convencer a los demás de que la pena de muerte disminuye o desaparece la criminalidad, mientras que los otros darán las razones que demuestren lo contrario; y habrá otros que expongan las razones morales que demuestren que la pena de muerte es inaceptable, no obstante, que con ella se disminuya la criminalidad.

- 2) Las argumentaciones en el campo de la *aplicación de las normas jurídicas a la solución de casos* por los jueces, órganos administrativos, árbitros o por los particulares. La argumentación judicial puede versar sobre los hechos o sobre el Derecho. La que versa sobre el Derecho es un problema de interpretación. Toda decisión judicial debe estar motivada, es decir, debe expresar las razones que justifican la decisión.
- 3) El tercer ámbito de la argumentación jurídica es el de la *dogmática jurídica*. En esta se distinguen tres funciones: a) suministrar criterios para la producción del Derecho; b) suministrar criterios para la aplicación de este, y c) sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. Los procesos de argumentación en cumplimiento de la segunda función suministran criterios para facilitar a los órganos aplicadores del Derecho la toma de una decisión jurídica consistente en la aplicación de una norma a un caso concreto. El dogmático se ocupa de casos *abstractos*, por ejemplo, cuáles son los límites entre el Derecho a la libertad de contratar y el derecho de protección del consumidor; mas para ello puede apoyarse en casos concretos, y el magistrado trata de *casos concretos*, pero con la pretensión de que la *razón decidendi* de su fallo sirva de base para solucionar casos futuros semejantes. El aplicador del Derecho necesita recurrir a criterios suministrados por la dogmática, sobre todo cuando se enfrenta a casos difíciles, al tiempo que la dogmática se apoya también en casos concretos (ATIENZA).

Para distinguir las perspectivas del análisis de las argumentaciones, se debe distinguir con antelación entre el *contexto de descubrimiento* o de explicación y el *contexto de justificación*. Veamos un ejemplo: Juan mata de un balazo a Pedro; Juan dice que “la razón por la que mató a Pedro es que lo odiaba” y su interlocutor contesta que “odiár a una persona no es razón suficiente para matarla”. En el primer caso la palabra *razón* está utilizada para aludir al motivo que determinó a Pedro para matar a Juan; se trata de una *razón explicativa* (de ser). En el segundo caso la palabra *razón* es empleada en su sentido justificativo (de deber ser); la acción del homicida Pedro carece de justificación. Una cosa son las razones sicológicas, ideológicas, religiosas, morales, económicas, etc., que determinan a una persona a actuar de cierta manera, y otras las razones tendientes a justificar o validar ese comportamiento. En la argumentación judicial se parte del contexto de descubrimiento (mediante las pruebas y presunciones

legales) para luego pasar al contexto de justificación; se describen y explican los hechos y luego se valora la acción del autor de ellos. El juez debe justificar sus decisiones como un mandato imperativo. El art. 139, inciso 5, de la Constitución dispone que es principio de la función jurisdiccional “la motivación de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

La argumentación jurídica está limitada por el respeto al ordenamiento jurídico, a los principios y valores que le sirven de fundamento, así como a la verdad de los hechos. Para argumentar rectamente hay que conocer y para conocer hay que investigar, indagar por la verdad de los hechos y por el sentido y alcance del Derecho respecto a estos. No puede argumentar rectamente quien desconoce el Derecho o ignora los hechos.

La lógica formal o deductiva es un componente necesario de la argumentación jurídica, pero no suficiente como para justificar todos los casos, porque solo suministra criterios de corrección formales, pero se desentiende de las cuestiones materiales o de contenido que tienen relevancia en ciencias no formales, como el Derecho. Un buen argumento debe serlo tanto desde el punto de vista formal como del material. No se puede afirmar que, en la argumentación judicial, y en general en la argumentación jurídica, no se puede aplicar la lógica formal, porque en realidad, cuando se argumentó sobre los hechos se proclamó su verdad o falsedad (pensemos a modo de ejemplo en la votación de las cuestiones de hecho en un proceso penal). Pero no tiene sentido pregonar verdad o falsedad acerca de normas, sino de su validez o invalidez. La lógica deductiva, es decir, de carácter de necesidad que tiene el paso de las premisas a la conclusión, es suficiente en los casos fáciles, pero no en los difíciles. En los casos fáciles —que no son pocos— es suficiente el silogismo, porque en el hecho de la realidad se dan todos los elementos del supuesto normativo.

Un caso es difícil cuando existen: a) dudas sobre cuál sea la norma aplicable al caso concreto; b) problemas de interpretación, o sea, hay dudas sobre cómo debe entenderse la norma, ya por insuficiencia de información o por información excesiva y contradictoria; c) problemas en materia de prueba (existen dudas sobre si un hecho ha tenido o no lugar), y d) problemas relativos a la calificación de los hechos (hay dudas sobre si un hecho específico se encuadra o no en el supuesto de hecho de cierta norma). Si no existen estas dificultades, estamos ante casos fáciles. Sea el caso fácil, o sea, difícil, en la esencia de lo jurídico está la valoración, pero, como dice ALEXY¹⁵⁴:

[L]a tesis de que la jurisprudencia no puede prescindir de valoraciones no significa que no haya casos en los cuales no existe ninguna duda sobre cómo se debe decidir,

sea por razón de las normas vigentes presupuestadas, sea por referencia a enunciados de la dogmática o a precedentes. Puede incluso suponerse que estos casos son considerablemente más numerosos que los dudosos.

En la praxis jurídica, esta afirmación de ALEXY es una gran verdad, pues los casos claros que no ofrecen problemas son mayoritarios. Para ellos, el ordenamiento jurídico tiene una sola respuesta correcta que no es discutida válidamente. Por ejemplo, en un caso de desalojo por falta de pago de la renta de tres meses consecutivos, en el cual está acreditada la existencia del contrato de arrendamiento y el demandado no ha probado el pago de la renta por los meses cuya mora se le imputa, la decisión judicial debe ordenar la desocupación del bien, en aplicación del art. 1697.1 del Código Civil; todos los argumentos en contra de esta decisión son malos por estar fuera de los límites señalados por el ordenamiento jurídico y de toda consideración ético-social que debe orientar la aplicación del Derecho. El caso se subsume fácilmente en el inc. 1 del art. 1697 del Código Civil, que dice que el contrato de arrendamiento puede resolverse “si el arrendatario no ha pagado la renta del mes anterior y se vence otro mes, y, además, quince días”. Sin embargo, en nuestro medio, jueces incompetentes convierten a estos casos fáciles en sumamente difíciles, creando una tremenda inseguridad jurídica y alentando las conductas tendientes a incumplir los contratos que se deben ejecutar tal cual han sido convenidos, si es que las circunstancias que rodearon a su celebración, al momento de su ejecución, no han variado considerablemente.

Otras veces no es la incompetencia, sino la falta de independencia de los jueces la que oscurece los casos claros y muy fáciles. Para el juez sin independencia, la potestad de administrar justicia emana del dictador y no del pueblo, conforme lo dispone la Constitución (art. 138), con lo cual desaparece el Estado de Derecho que no puede existir sin un poder judicial independiente, con las consecuencias funestas para la sociedad civil.

Que un caso judicial sea fácil o difícil depende también de que el operador conozca o no el Derecho; quien no conoce el Derecho no puede razonar y argumentar como jurista. Así, en la práctica judicial son frecuentes los casos en que un mismo inmueble es reclamado por dos o más acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo. Por ejemplo, *A* ha vendido una casa a *B* mediante documento privado; la misma casa la ha vendido a *C* por escritura pública, y, finalmente, la ha vendido a *D*, inscribiendo la venta en el registro predial. *B*, *C* y *D*, los tres, son compradores, pues conforme al art. 2529 del Código Civil, “por la compraventa, el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero” (contrato consensual). Los tres son propietarios en exclusividad, en virtud del art. 949, que dispone que “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”; para el ejemplo propuesto no hay disposición legal diferente ni pacto en contrario.

Los tres compradores reclaman judicialmente el bien, proceso en el cual *D* acredita su derecho con el certificado de propiedad expedido por el registro de la propiedad inmueble, documento público del cual consta, con caracteres pronunciados puestos en la parte superior, que el propietario es *D*. Los demandantes *B* y *C* no acreditan que su derecho esté inscrito, y tampoco alegan y prueban que la inscripción del derecho de *D* sea de mala fe. Se mire por donde se mire, aquí no hay otra solución que la que prefiere al acreedor *D* en aplicación de los arts. 1135, el cual dispone:

Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

Para el juez que conoce el Derecho, el caso del ejemplo propuesto es extraordinariamente fácil; para el juez que desconoce el Derecho, lo que por desgracia constituye la regla, este es un caso extraordinariamente difícil. Como no conoce el Derecho, los problemas en materia de prueba se complican; ahí están por montones, formando dos, tres o más voluminosos cuadernos, las pruebas testimoniales, los documentos privados o públicos, las pericias, las inspecciones judiciales, los reconocimientos de documentos, etc., como si con ellas se fuera a desvirtuar el derecho del demandante de buena fe cuyo título está inscrito en el Registro predial. Para desgracia de nuestro país, los jueces probos, honestos e independientes, constituyen la excepción; los otros son la regla. Esto nos hace recordar lo que un viejo maestro sanmarquino nos decía en su clase inaugural: “Estudien desde ahora, prepárense bien porque la profesión de abogado es de competencia; solamente tiene éxito el abogado que está bien preparado”, y luego agregaba: “¡Ah, pero no pierdan de vista al último de la clase, porque él llegará a ser presidente de la Corte Suprema de la República!”.

Para los casos difíciles no es suficiente la lógica formal; se requiere de la lógica de lo razonable o lógica deontica. En primer lugar, hay que identificar el problema que se debe resolver. En segundo lugar, si, por ejemplo, se trata de un problema de interpretación por insuficiencia o por exceso de información, hay que argumentar para poder llegar a la conclusión deseada. En tercer lugar, se debe construir la hipótesis de solución para el problema, esto es, construir nuevas premisas que contengan la información necesaria; por ejemplo, si se trata de un problema de interpretación por insuficiencia de información, es decir, la norma no cubre el caso en discusión, habrá que reformular la norma de tal manera que abarque el caso: si el problema es por exceso de información, se deberá optar por una de las interpretaciones posibles, descartando todas las demás. En cuarto lugar, se pasará a justificar la hipótesis de solución formulada, es decir, presentar argumentos en favor de la interpretación

propuesta. Si el problema es por insuficiencia de información, se puede recurrir a la argumentación analógica. Un caso difícil es, por ejemplo, el hecho de que los reclusos de una cárcel se hayan declarado en huelga de hambre. Como solución a este caso se proponen las siguientes: a) la administración debe alimentarlos por la fuerza cuando exista grave riesgo para su salud; b) la administración solo puede alimentarlos cuando los presos hayan perdido la conciencia (pues entonces ya no se fuerza su voluntad); c) la administración no puede alimentarlos por la fuerza ni siquiera en el anterior supuesto. Para los casos difíciles hay más de una respuesta correcta, todas enmarcadas dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico.

Cuando nos encontramos ante el dilema de optar entre el Derecho y la justicia, la argumentación debe orientarse a optar por la justicia. Por ejemplo, el art. 402 del Código Civil enumera los casos en que judicialmente se puede declarar la filiación extramatrimonial, pero entre ellas no figura “la relación sexual extramatrimonial en época contemporánea a la concepción”; a pesar de ello, la resolución judicial que a continuación transcribimos sí lo considera, esgrimiendo para ello argumentos, a nuestro entender, convincentes de hecho y de derecho:

“En el proceso judicial sobre filiación, forman convicción sobre las relaciones extramatrimoniales entre demandante y demandado la confluencia de los siguientes hechos: a) el ingreso de la demandante y el demandado juntos a una casa de hospedaje, retirándose al día siguiente también juntos; si bien no obra registrada su firma, tampoco lo están las de los demás usuarios, habiéndose suplido tal omisión con la anotación del número de su libreta electoral que lo identifica; b) el resultado del análisis citogenético que establece la identidad de los cromosomas del demandado con los de la menor, cromosomas marcadores que según lo indican los peritos en genética humana de la Facultad de Ciencias Biológicas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, son poco frecuentes en la generalidad de la población. Esta es una prueba de validez científica admisible en esta clase de procesos, de acuerdo con la parte *infine* del primer párrafo del art. 413 del Código Civil. El reconocimiento expreso efectuado en el acto del comparendo en el sentido de haber ayudado a la demandante durante su embarazo comprándole medicinas con su dinero. Si bien el art. 402 del Código Civil no ha considerado el hecho demostrado de la relación extramatrimonial en época contemporánea a la concepción dentro de los casos en los que judicialmente se puede declarar la filiación, la omisión o deficiencia de esta norma legal, no puede dejar sin protección jurídica a una menor “cuya situación es la de un gran sector de la población infantil”, porque ello importaría atentar contra su Derecho de llevar el nombre patronímico que le corresponde, de ser reconocida como hija de quien la engendró (C. C., arts. 19 y 386), así como desconocer el principio general del Derecho, de que “todos somos iguales ante la ley” y, por tanto, gozamos de las mismas oportunidades; de ahí la obligación impuesta al juzgador en el art. viii del título preliminar del Código Civil, aplicable al caso por imperio del art. vii del mismo título (Exp. 271-92-Lima, dictamen del fiscal supremo. La Sala Civil de la Corte Suprema, en conformidad con esta opinión, declaró no haber nulidad en la sentencia de vista)”.

En el siglo XX, la filosofía de la ciencia se ha desarrollado en el contexto de la *filosofía analítica*. La filosofía de la ciencia analítica, según MAGUERZA¹⁵⁵, se caracteriza por:

- 1) La reducción de la ciencia al lenguaje y la tarea del filósofo analítico, al análisis lógico del lenguaje
- 2) Posibilidad de distinguir en la ciencia entre el lenguaje teórico y el observacional, junto con unas reglas de correspondencia que permitan acoplar los enunciados teóricos con los observacionales. La independencia entre teoría y observación permite la verificación y el progreso científico: con referencia a unos mismos hechos van apareciendo teorías que ofrecen explicaciones de ellos cada vez más completas y exactas.
- 3) Separación entre contexto de descubrimiento (la ciencia como proceso; la ciencia tal y como es) y contexto de justificación (la ciencia como resultado; cómo debe ser la ciencia).

La anterior concepción es criticada —explica ATIENZA¹⁵⁶— por las siguientes razones: 1) la ciencia no solo implica aspectos lingüísticos, sino también otros aspectos y planos que no son puramente lingüísticos, como es la comunidad de científicos o aspectos materiales como son los aparatos científicos; 2) no se puede establecer una diferencia clara entre lenguaje teórico y observacional, entre teorías y hechos, porque no hay hechos puros, sino hechos interpretados, dependientes de alguna teoría; 3) se cuestiona la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, porque el conflicto entre teorías, que tradicionalmente se había tratado en el contexto de justificación, no puede dirimirse *de iure*, por lo cual cabe plantear la cuestión de hecho: cómo y por qué los científicos prefieren una de las teorías alternativas, es un problema que deben resolver la sociología y la historia de la ciencia.

255. Conclusiones

1. El *Derecho natural* reduce la validez del Derecho a la justicia. La ley, para que sea tal, debe ser conforme a la justicia. Una ley no conforme con la justicia, *non est lex sed corruptio legis*. El Derecho injusto no debe ser obedecido. El natural es universalmente válido, anterior y superior a cualquier Derecho positivo, y deducible por la razón. Él inspira el contenido del Derecho positivo y es guía para su interpretación y aplicación.

155 ATIENZA, *Teorías de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 223.

156 *Ibid.*, p. 224.

Se replica a esta teoría diciendo que cuando queremos saber qué es el Derecho, nos preguntamos qué es en realidad el Derecho, y no qué debería ser o qué quisiéramos que fuese. La justicia no es una verdad matemática; no hay un acuerdo universal sobre lo justo y lo injusto. Para los iusnaturalistas modernos, la libertad es natural; para ARISTÓTELES lo fue la esclavitud; para unos la propiedad es lo natural, y para otros, lo es la comunidad de bienes. Reducir la validez del Derecho a la justicia puede conducir a sacrificar los valores de la certeza y la seguridad. ¿Quién establece lo que es justo y lo que es injusto? Si se afirma que es el gobernante, se va al extremo contrario, o sea, al positivismo radical, puesto que se está reconociendo que lo justo es lo ordenado por el que tiene el poder. Si se sostiene que lo establecen todos los miembros de la comunidad, como en estos no puede haber unanimidad, la autoridad no puede hacer nada contra el que desobedece el Derecho por injusto, con lo cual queda destruida la convivencia civilizada. Justicia y validez del Derecho son dos cosas distintas. Los ciudadanos deben obedecer el Derecho, aun cuando lo consideren injusto.

2. La teoría opuesta al *iusnaturalismo* es el *positivismo jurídico radical* (HOBBS), para el cual, el Derecho es apenas el establecido por el soberano, quien decide lo que es justo y lo que es injusto. La ley positiva es el criterio de lo justo y de lo injusto. Lo ordenado por el soberano es justo por el solo hecho de estar ordenado. No existe lo justo por naturaleza, sino solamente lo justo de manera convencional, porque en el estado civil son los individuos los que de común acuerdo han atribuido al soberano el poder de decidir sobre lo justo y lo injusto. Donde no hay Derecho positivo no hay justicia (estado de naturaleza). Con el nacimiento del Estado nace el Derecho positivo y con él la justicia. El Derecho positivo, a diferencia del *natural*, es *artificial* y como tal no es necesariamente justo, sino también injusto. Lo que hace al Derecho que sea derecho es la validez. Los ideales de justicia son subjetivos e irracionales. La justicia es un problema ético distinto del problema de la validez del derecho.

Se replica a esta teoría diciendo que, si el criterio de lo justo o de lo injusto es la voluntad del soberano premunido de poder absoluto, la justicia se reduce a la fuerza, puesto que el soberano, si no es el más justo, sí es el más fuerte de todos los ciudadanos. Despojar del Derecho a la justicia es reducirlo a un simple mandato imperativo que también se da en el orden impuesto por una banda de criminales. También en los vegetales y en los animales impera la ley del más fuerte.

3. Contra las concepciones ideal (*iusnaturalismo*) y formal (*positivismo*) del Derecho, en el curso del siglo pasado surgió una serie de corrientes a las que se las denominó *realistas* o *sociológicas*, que encuentran que lo jurídico surge en la realidad social en donde el ser humano con su actuación forma y transforma el Derecho. Lo que caracteriza al Derecho es su eficacia, antes que la justicia o

validez. El Derecho no es un *debe ser* sino lo que efectivamente es, vale decir, un conjunto de normas efectivamente aplicadas en determinada sociedad.

Para la escuela histórica (SAVIGNY y PUCHTA), el Derecho es un fenómeno histórico-social que nace espontáneamente del *espíritu del pueblo*. Hay tantos derechos cuantos pueblos existen con distintas características. La fuente primaria del Derecho es la costumbre.

La teoría del Derecho libre defiende la libre creación normativa por parte del juez (KANTOROWICZ).

Para la teoría de la libre investigación científica de GÉNY, corresponde a la ciencia jurídica, tomando en cuenta los datos históricos, ideales, racionales y reales, las nuevas reglas jurídicas.

Eugenio EHRLICH se pronuncia por la libre investigación del Derecho por parte del juez y del jurista, quienes deben procurar la solución a los conflictos, no en la voluntad estatal, sino penetrando en el Derecho vivo que la sociedad produce estando en permanente movimiento.

Contra la jurisprudencia de los conceptos reaccionó la jurisprudencia de los intereses (Felipe HECK), la cual es una jurisprudencia realista que juzga sobre la base de la valoración de los intereses en conflicto.

El realismo norteamericano introduce la interpretación evolutiva del Derecho conforme a los cambios de la conciencia social (HOLMES). La jurisprudencia sociológica defiende la figura del jurista que interpreta y aplica el Derecho teniendo en cuenta los hechos sociales de los cuales se deriva el Derecho y a los cuales va dirigida su regulación (POUND). La escuela realista impulsada por FRANK considera que el Derecho es una permanente creación del juez; no hay Derecho derivado de los hechos u ofrecido por la costumbre, la ley o la jurisprudencia; la *certeza* es un mito que hay que acabar para edificar el Derecho como creación permanente (extremo inaceptable).

Las corrientes sociológicas norteamericanas han impedido que se conciba a la ciencia jurídica como dogmática sin fuerza renovadora, pero se ha ido al otro extremo del positivismo ortodoxo al negar la realidad de las normas jurídicas respaldadas por la fuerza que monopoliza el Estado. Ambos extremos son inaceptables.

Para las corrientes realistas, en el Derecho consuetudinario coinciden validez y eficacia. No se concibe una costumbre que siendo válida no sea eficaz. Sin embargo, conviene advertir que el Derecho consuetudinario válido es también eficaz, pero no al contrario; es decir, la eficacia del comportamiento social no siempre va acompañada de la validez. Un comportamiento no se vuelve jurídico por el solo hecho de su repetición, sino que requiere además de la *opinio iuris* (convicción de que el comportamiento es obligatorio), para cuya formación es necesario que una norma válida del ordenamiento, o el juez que

decide conforme a la costumbre, o el convenio de las partes, invoquen que un comportamiento es obligatorio, cuya violación implica una sanción.

Las reglas que se descubren con la observación de la realidad social (derecho viviente o en formación) solo llegan a ser jurídicas cuando los tribunales o el legislador las consideran como fuentes formales de Derecho. Mientras tanto el “derecho viviente” no es todavía derecho.

No se puede negar que el contenido material del Derecho es la vida humana social, pero tampoco se puede negar que entre realidad social y Derecho existe una recíproca interfluencia. De ahí que no sea posible aceptar la posición extrema del realismo jurídico que pretende negar la realidad de las normas y disolver el Derecho en la vida social humana, porque ello significaría la negación del influjo del Derecho en la realidad social, su disolución en la vida social. El realismo jurídico surge como una reacción contra el formalismo de las normas que no describen la realidad del comportamiento de los ciudadanos, de los jueces y otros operadores jurídicos. Pero el realismo, como dice LAWRENCE FRIDMANN, llevado a sus últimas consecuencias, conduce a que las normas no signifiquen nada. Estaríamos en el otro extremo del formalismo que desconoce la realidad social, y el Derecho perdería su valor como pauta de organización de la convivencia, con los elementos de inseguridad que eso comporta. Dominaría el arbitrio, o la arbitrariedad judicial y habríamos retrocedido a la situación del pluralismo medieval, donde el Estado y su poder, como forma moderna del monopolio del uso legítimo de la fuerza, se desconocería. Las normas tienen realidad, apoyadas en el poder, y organizando el uso de la fuerza y desde ellas se condiciona y dibuja la vida social humana.

4. De lo antes expuesto se concluye que las diversas teorías sobre el Derecho son parciales, no abarcan su totalidad. Pero ellas no son excluyentes en su integridad, sino que tienen aspectos complementarios y compatibles y otros incompatibles. Todas cuentan con aciertos extraordinarios y también con extremismos inaceptables. Para entender el Derecho hay que integrar los elementos o características compatibles de todas ellas, eliminando los extremismos.

El Derecho es tanto normas jurídicas, sin las cuales no puede existir seguridad, orientadas a la realización de la justicia y los otros valores jurídicos (morales, económicos, etc.), como realidad social en la cual germinan y a la cual se dirigen las normas, además de creación jurisprudencial y científica, sentimientos, etc.

XVII

CAPÍTULO

EL ESTADO

256. Concepto de Estado

El Estado es la organización jurídico-política de una sociedad asentada en un territorio, dotado de un poder soberano, originario, que emana del pueblo y es ejercido por un conjunto de órganos con las limitaciones y responsabilidades establecidas por la Constitución y las leyes¹.

Estado y Derecho no pueden concebirse separadamente. No hay Derecho sin Estado ni Estado sin Derecho. De un lado, el Derecho es creado por el Estado directamente (leyes, decretos, etc.) o indirectamente mediante el reconocimiento de normas originadas por otras entidades (costumbres, contratos, etc.). Y, del otro, el Estado es creación del Derecho; solamente es legítimo el poder estatal sometido al Derecho. Ergo, el Estado crea al Derecho y el Derecho crea al Estado.

Como advierte RECSENS SICHES², la equiparación entre Estado y Derecho (el Estado es el Derecho entendido como actividad normante; el Derecho es el Estado considerado como situación normada) no puede desconocer los fenómenos de producción de Derecho mediante las costumbres o los entes colectivos de vida autónoma, ni que por encima de la positividad no existan elementos sociales y criterios

1 Constitución: Art. 45. El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

2 DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 475 y ss.

valoradores o ideales políticos para la crítica de las leyes existentes y la reelaboración y reforma ulterior.

En todo Estado existe una *población* (conformada por una o varias naciones como el caso peruano) asentada en un *territorio* determinado, grande o pequeño, políticamente organizada mediante un ordenamiento jurídico que puede ser impuesto, si es necesario, mediante la fuerza coactiva e institucionalizada, a todos los habitantes, nacionales o extranjeros. Para el ejercicio del *poder*, el Estado se organiza con un conjunto de órganos entre los cuales se distribuye las funciones estatales, como las de gobernar, legislar, administrar justicia, brindar seguridad interna y externa, emitir moneda, recaudar impuestos, controlar la inmigración y emigración de personas, prestar servicios de educación, salud, entre otras funciones públicas. Luego, los elementos característicos del Estado son: el pueblo (conformado por una o más nacionalidades), el territorio y el poder.

En el Estado no hay un órgano, sino órganos encargados de ejercer el poder soberano en representación del pueblo, dentro de los límites de sus respectivas competencias fijadas por el Derecho, todos ellos autónomos e independientes, pero que deben controlarse recíprocamente y coordinar sus actividades a fin de que se realice el bien común. La concentración del poder soberano en un solo órgano origina un Estado absolutista o despótico, en el cual la voluntad del déspota desplaza a la ley sin posibilidad de sanción³.

Los Estados son construcciones históricas de cada sociedad; no todos tienen el mismo origen ni la misma evolución. Han nacido en lugares y momentos diversos como formas de organización exigidas por sociedades más complejas y conflictivas que las primitivas comunidades de cazadores, como consecuencia de la práctica generalizada de la agricultura y de las primeras organizaciones sociales en clases⁴. Sin embargo, todos cuentan con una población con conciencia de pertinencia a un país al que honran y protegen; todos están dotados de un poder de imperio (*imperium*) y son reconocidos por otros Estados; monopolizan el uso de la fuerza coercitiva para asegurar el orden interno y externo, contando para ello con fuerzas policiales y militares; todos han creado órganos encargados del ejercicio del poder público; cada Estado tiene su propia identidad y para diferenciarse de otros Estados ha creado símbolos que lo identifican y diferencian, por ejemplo, una bandera, un himno, un escudo.

3 Como dijo MONTESQUIEU: "La experiencia eterna enseña, sin embargo, que todo hombre que tiene poder se ve impulsado a abusar de él", *El espíritu de las leyes*, libro xi, cap. 4.

4 Manuel Atienza, *Introducción al derecho*, Barcelona: Barcanova, 1985, p. 33.

257. Definición de Estado

No existe una definición que determine con rigurosidad los perfiles del Estado, no obstante que, como dice RECASENS SICHES⁵:

[E]ncontramos al Estado formando parte de nuestra vida y nos encontramos nosotros formando parte del Estado. Prácticamente nos referimos a él; lo sentimos gravitar sobre nosotros imponiéndonos exigencias; nos enrolamos a veces a su servicio con entusiasmo; otras, lo sentimos como obstáculo para nuestros deseos; sabemos que sin él la vida nos sería imposible o por lo menos muy difícil, pero también en ocasiones llega hasta exigirnos el sacrificio de la vida; en la medida en que hacemos política, nos afanamos para conseguir que sea de un determinado modo; nos hallamos como ingredientes de él; lo consideramos como una magnitud transindividual; no lo hemos percibido en su auténtico y total ser, pero lo vemos actuando en manifestaciones varias, como actividad legislativa, como Administración, como ejército, como policía, etc.; nos aparece simbolizado en un escudo, en una bandera, en un himno; nos dirigimos a él pidiéndole que haga determinadas cosas; y también nos enfrentamos con él en demanda de que no haga, de que se abstenga, de que nos deje en libertad de realizar nuestros quehaceres propios e individuales, que no quisiéramos ver violados por su intervención.

Citemos a continuación algunas definiciones de Estado.

En opinión de IHERING⁶, el Estado es la sociedad convertida en detentadora de la regulada y disciplinada fuerza de la coacción. El *Estado es la sociedad usando su poder coercitivo*; para ejercer este poder toma la forma de Estado. El Estado es la forma de ejercicio regulado y asegurado de la fuerza de coacción; brevemente dicho: es la *organización de la coacción social*.

Para KANT, el Estado es *la reunión de una multitud de hombres, que viven bajo leyes jurídicas*. Esta definición es insuficiente, puede aplicarse tanto a los habitantes de un municipio, una provincia o una cárcel.

HEGEL define vagamente al Estado como *la actuación de la idea ética*, o bien *la substancia ética consciente de sí misma*.

DUGUIT, desde una perspectiva materialista, define al Estado como *una agrupación humana, fijada sobre un territorio determinado, donde los más fuertes imponen su voluntad a los más débiles*.

LENIN⁷ sostiene:

El Estado es el producto y manifestación del carácter irreconciliable de las contradicciones de clase. El Estado surge en el sitio, en el momento y en el grado en que las

5. RECASENS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 439.

6. VON IHERING, Rudolf, *El fin en el derecho*, Buenos Aires: Atalaya, 1946, pp. 152 y 153.

7. LENIN, *Obras escogidas*, Moscú: Progreso, 1918, p. 275.

contradicciones de clase no pueden, objetivamente, conciliarse. Y viceversa la existencia del Estado demuestra que las contradicciones de clases son irreconciliables.

De acuerdo con esta última concepción, el Estado es el resultado de la lucha de clases sociales existentes en una sociedad, por tanto, es un aparato que está al servicio del grupo que se encuentra en el poder.

DEL VECCHIO⁸, acentuando el carácter de la personalidad del Estado, dice: "El Estado es el sujeto de la voluntad que establece un orden jurídico; o bien el Estado es el sujeto del orden jurídico en el cual se verifica la comunidad de vida de un pueblo". El Estado es el sujeto de Derecho por excelencia. Todos los demás sujetos, sean personas singulares, corporaciones o fundaciones, necesitan del reconocimiento del Estado para manifestarse como tales. El Estado, en cambio, tiene un cierto carácter absoluto; no precisa de reconocimiento; desde que existe tiene el reconocimiento en sí mismo; no depende de ningún otro poder, porque el mismo es el supremo poder.

JELLINEK reconocen en el Estado dos facetas, una sociológica y otra jurídica. Desde el punto de vista sociológico, "el Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación o mando, y formada por hombres asentados en un territorio"⁹. Como concepto de Derecho:

[E]l Estado es la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o para aplicar un término muy en uso, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario¹⁰.

JELLINEK concibe al Estado como una función de la comunidad humana como lo es el lenguaje, el Derecho o la economía. El Estado consiste en relaciones de voluntad de una variedad de hombres. Forman el substrato del Estado hombres que mandan y hombres que obedecen en un territorio. La comunidad política es el Estado; político quiere decir estatista, porque en el concepto de lo político se encuentra ya comprendido el Estado. Toda comunidad que en algún sentido sea independiente y que disfrute de un poder de dominación no derivado es Estado. Todo poder de dominación ejercido dentro de un Estado solamente de él puede provenir. Desde su aspecto jurídico, el Estado está autolimitado por el Derecho; al someterse al Derecho se convierte en sujeto de derechos y obligaciones. Advertimos que no se puede separar radicalmente entre la dimensión social y la jurídica de una misma realidad; lo normativo siempre

⁸ DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, y RECASENS SICHES, Luís, *Estudios de filosofía del derecho*, t. I, Ciudad de México: Uteha, 1946, p. 403.

⁹ JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. por Fernando de los Ríos, B de F Ltda.: Buenos Aires, 2005, p. 255.

¹⁰ JELLINEK, *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 258.

tiene una realidad fáctica; además de estas dos dimensiones existen otras como las valorativas, las históricas, etc.

KELSEN¹¹ identifica al Estado con el Derecho. *El Estado es un orden jurídico.* Aclara:

[N]o todo orden jurídico es ya designado como Estado; lo es solo en caso de que el orden jurídico constituye, para la producción y ejecución de las normas que lo integran, órganos que funcionan según el principio de la división del trabajo. Llámase Estado al orden jurídico cuando ha alcanzado cierto grado de centralización.

El Estado es el *ordenamiento jurídico de una comunidad, cuando ese ordenamiento ha alcanzado cierto grado de centralización en el proceso funcional de producción y ejecución de las normas jurídicas.* Explica, el jurista vienes, que el “Estado de Derecho” es el Estado que “tiene” un orden jurídico, porque no puede haber un Estado que no tenga un orden jurídico, o que no lo tenga todavía, siendo así que todo Estado es solo un orden jurídico. Todos los problemas de la teoría general del Estado se refieren a la validez o vigencia y a la producción del orden jurídico. El estudio jurídico del Estado versa sobre dos extremos: sobre los conceptos formales del orden estatal y sobre sus contenidos. La teoría general del Estado solo trabaja con los contenidos posibles. El territorio y la población son solo las esferas espacial y personal de la vigencia del orden jurídico. El poder del Estado no es más que la vigencia del Derecho. La soberanía es una cualidad del ordenamiento jurídico. Designar a un orden jurídico como soberano significa que se le quiere hacer valer como un orden total. La centralización y descentralización son problemas acerca de la articulación espacial de la vigencia del Derecho. Los órganos del Estado son situaciones en la producción del Derecho.

WEBER¹² define al Estado como un “instituto político de actividad continua- da, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente”. El Estado solo puede definirse por referencia a un medio específico que posee: el monopolio de la fuerza física. Como decía TROTSKY: “Todo Estado se basa en la fuerza”. Sin la violencia como medio habría desaparecido el concepto de Estado y se habría instaurado la anarquía. La continuidad es otro elemento del Estado, “téngase en cuenta la celebre definición de soberanía de BODIN: “Por soberanía se entiende el poder absoluto y perpetuo que es propio del Estado”, “No basta que el poder soberano sea absoluto, también debe ser perpetuo”. Un grupo de asaltantes

11 KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, trad. por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires: Losada, 1946, p. 157 y ss.

12 FARIÑAS DULCE, María José, *La sociología del Derecho de Max Weber*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 175.

de un poblado tiene el poder absoluto, pero no perpetuo. Soberano no solo es el que tiene poder independiente, sino también el que se encuentra en la situación de que sus disposiciones son “habitualmente obedecidas”¹³.

HELLER¹⁴ dice que el Estado no es un orden normativo; tampoco es una comunidad humana en sentido estricto; no está formado por hombres, sino por actividades humanas; no puede ser identificado con sus órganos ni con el poder que estos ejercen. El Estado es “una unidad de dominación, independiente en lo exterior e interior, que actúa de modo continuo, con medios de poder propios, y claramente delimitado en lo personal y territorial; una unidad organizada de decisión y acción” que existe en la multiplicidad de centros reales que estructuran el todo social. El Estado se diferencia de los otros centros de acción por su carácter de unidad soberana, pues está por encima de todas las demás unidades de poder que existen en su territorio, en razón de que sus órganos pueden aplicar, en forma exclusiva, el poder físico coercitivo en la ejecución de sus decisiones. El Estado es una conexión social de quehaceres y el poder del Estado una unidad de acción organizada. Señala este autor que no hay Estado en la Edad Antigua; que el Estado es una construcción propia de las monarquías absolutas del siglo xv (Edad Moderna).

SMITH¹⁵ caracteriza al Estado “como la organización jurídico-potestativa de una comunidad humana, tendiente a concretar en modo sistemático y efectivo la ordenación de la vida social en las condiciones y dentro del ámbito territorial determinados por factores históricos”. Esta definición reconoce los siguientes elementos del Estado: 1) un elemento ideal: la organización estructurada en un sistema de órganos y procedimientos productores y ejecutores de normas jurídicas; 2) el pueblo; 3) el territorio, y 4) el poder o *imperium*.

AMATO¹⁶ sostiene que el Estado “es el ordenamiento territorial al cual es reconocido, dentro y fuera de sus confines, el poder, no dependiente de otros (y por tanto soberano), de dictar unilateralmente las reglas para su territorio, para la población establecida (que es el conjunto de sus ciudadanos) y para todos aquellos que en él se encuentran para trabajar”.

ZAFRA¹⁷ define al Estado de la siguiente manera:

Grupo territorial duradero, radicalmente comunitario, estrictamente delimitado, moderadamente soberano frente a otros, que se manifiesta como máximamente comprensivo

13 FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José, *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 98.

14 HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 210 y ss.

15 SMITH, Juan Carlos, *Estado*, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. x, Buenos Aires, 1982, p. 857.

16 AMATO, Giuliano, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna: Il Mulino, 2006, p. 29.

17 ZAFRA VALVERDE, José, *Teoría fundamental del Estado*, Pamplona: Universidad de Navarra, 1990, p. 74.

en el plano temporal y en cuyo seno, sobre una población, con creciente homogeneidad y sentido de autopertenencia, una organización institucional eminentemente burocrática, coherente y jerarquizada, desarrolla una compleja gobernación guiada conjuntamente por las ideas de seguridad y prosperidad.

258. El nombre del Estado

Para los griegos, el Estado era la *ciudad*; a lo que denominamos Estado, ellos llamaban *polis*. La comunidad de ciudadanos se identifica con el Estado; la situación de un individuo está condicionada por formar parte de una comunidad de ciudadanos, o por una relación de protección respecto a éstos. *El elemento esencial de la polis son los ciudadanos*¹⁸.

Para los romanos el Estado es la *civitas*¹⁹; la comunidad de individuos. Más tarde se usó la expresión *res publica*, cosa común, para indicar el conjunto de funciones y de bienes pertenecientes a los ciudadanos. Después usaron esta denominación para referirse a la comunidad política misma. Producida la expansión territorial de Roma, se usaron las expresiones *res publica* primero e *imperio* después, para designar al poder de mando. Paralelamente usaron las palabras *populus* y *gens* para denominar al pueblo o conjunto de familias de un pueblo. Ulpiano y Aurelio Víctor emplearon respectivamente los términos *status reipublicae* y *status romanus* para referirse al Estado romano como entidad jurídico política.

Italia y las provincias eran países aliados y dependientes de la gran ciudad. El *civis romanus* es únicamente el ciudadano de la ciudad de Roma. Sobre la ciudad de Roma se levantó el más poderoso Estado territorial de la antigüedad. Se identificó el *poder de*

18 En esta materia seguimos principalmente a: JELLINEK, *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 197 y ss, y a SMITH, ob. cit., p. 816 y ss.

19 La evolución política de Roma sigue las fases que atravesaron las ciudades-Estados griegas. En su origen fue una confederación de tribus, asentadas en las siete colinas, con una organización patriarcal, semejante a los pueblos arios que habitaron Grecia en tiempos de Homero. Es la etapa de la "ciudad antigua", con un rey patriarcal, asistido por un Consejo de ancianos jefes de las familias patricias fundadoras y una asamblea (*comitia curiata*) integrada por hombres libres. Su tránsito a la "ciudad-Estado" es consecuencia de su crecimiento interno y de las luchas por asegurar su predominio en Italia. Esto hizo necesario un mayor grado de centralización, la afirmación del poder real, el Consejo se convirtió en Senado, se creó los *comitia centuriata*, asamblea en los que intervenían conjuntamente patricios y plebeyos. A la Monarquía siguió la República (500 a.C.), se transfiere el poder militar y civil a los cónsules; y por último el Imperio, con un gobierno unipersonal. De este modo, la organización política pasó por tres etapas: 1. Ciudad Antigua; 2. Ciudad Estado, y 3. Ciudad Imperio. La forma de gobierno pasó por tres períodos: 1. la Monarquía; 2. la República; y 3. el Imperio. Su historia se resume en la conquista del mundo por una ciudad. Dominó toda la península itálica luego de sus victorias sobre los latinos, los etruscos, los volcios y samnitas y luego de aniquilar Cartago domina todo el mundo civilizado, su enemigo histórico. (FAYT, Carlos S., *Historia del pensamiento político*, vol. II, Roma, Buenos Aires: Plus Ultra, 1980, p. 11).

mando, propio del gobierno, con el Estado romano; la *res publica* se convierte en *res imperantis*. El poder de mando del gobierno pasa a ser el elemento esencial del Estado.

En el mundo germano, la palabra *reich* corresponde a la latina *regnum*, de la que provienen *régne*, *regno*, *reign*, y significa dominación, y dominación de un príncipe. Lo mismo sucede con las expresiones que provienen de la palabra latina *imperium*, o sea, *imperio* y *empire*. No hay expresiones generales para denominar a las monarquías o a las repúblicas. Estas palabras solo se aplican a los Estados muy extensos.

En oposición a la antigua concepción del Estado y a la manera de designarlo, en la Edad Media, a partir de la consolidación del poder feudal en Europa, se le denomina *land*, *terra*, *térreae* y *burg*. Lo fundamental del Estado es su elemento material: el territorio. Se hacía derivar el poder político de la propiedad del suelo. En Alemania se usa la expresión *Landesgesetzen* y en la ciencia se emplea la de *Landesstaatsrecht* para expresar el Derecho de cada Estado en particular. Con la palabra *Landtag* se designa a las cámaras. *El elemento esencial del Estado es el territorio*.

En Italia, a principios del s. XVI, se emplea la palabra *Stato* para designar a la organización de la ciudad como entidad jurídico-política y su gobierno constituido; aparecen así las denominaciones de *Stato de firenze*, *Stato de Genova*, etc. La expresión *lo stato* se generalizó para designar a toda organización jurídico-política y a su forma de gobierno, a todo Estado, grande o pequeño, monarquía o república, Estados ciudades o Estados territoriales. La palabra *Stato* (del latín *Status*) se advierte por primera vez en la obra *Il principe* de Maquiavelo.

En los siglos XVI y XVII penetra esta palabra en el lenguaje francés y alemán. Sin embargo, BODIN, en Francia, a fines del s. XVI, usó la voz *république* para referirse al Estado, en tanto que llama *Estat* a una forma determinada de Estado (Estado aristocrático o Estado popular).

A comienzos del s. XVII, Loyseau, en Francia, y Shakespeare, en Inglaterra, usan, respectivamente, los vocablos *état* y *state* en el sentido técnico de la palabra propugnado por Maquiavelo²⁰.

En Alemania, a comienzos del s. XVII se habla de *status rei publicae* para indicar todo el *status*, en oposición a la Corte, al Ejército, a las Cámaras de los Estados, queriendo indicar con aquel, el estado total de los asuntos generales del país. Más tarde

20 MAQUIAVERO fue el que introdujo la palabra *Estado* en su famosa obra *El Príncipe*, usando el término de la lengua italiana *Status*. Dice este autor que “en los Estados hereditarios y ligados a la sangre del príncipe son menores las dificultades que surgen para su conservación que en los nuevos, ya que basta tan solo no pretender cambiar las órdenes de los antepasados, y después, saber contemporizar con los acontecimientos: de modo que, si el príncipe es normal en cuanto a capacidad, siempre se mantendrá en su Estado, si no surge una extraordinaria oposición que le prive de él; y, en caso de que lo sea, le será fácil reconquistarlo”. (MAQUIAVERO, Nicolás, *El príncipe*, Barcelona-Bogotá: Bedout, 1986, p. 8).

se habla de *status publicus*. A partir de los últimos decenios del s. XVIII se consolida la expresión Estado, designándose con esta voz a la totalidad de la comunidad política, lo que llevó a convertir a los territorios en Estados.

Como expresa SMITH²¹, las acepciones más generales que actualmente tiene el término son:

- a) Desde una perspectiva sociologista, con el vocablo Estado se designa al conjunto de fenómenos sociales que se dan en una determinada comunidad humana. Se identifica "Estado" y "Sociedad".
- b) Con un sentido historicista se identifica "Estado" con "el acontecer histórico de la vida de un determinado pueblo".
- c) Desde el punto de vista de las ciencias del espíritu (Dilthey), el término alude a un sistema de vivencias y creaciones humanas incorporadas al mundo de los sentidos valiosos.
- d) Dentro de la teoría general del Estado, esta voz se usa para designar tanto un objeto real como un objeto ideal. En el primer sentido alude a una comunidad política jurídicamente organizada, ya una corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originaria (JELLINEK); ya a una agrupación humana fijada en un territorio donde los fuertes imponen su voluntad a los débiles (DUGUIT); ya al conjunto de las acciones sociales consideradas en su unidad y ordenación (HELLER). En el segundo sentido, la voz Estado significa, bien la idea ética en su desarrollo y actuación (HEGEL), bien un conjunto de relaciones jurídicas (BIERLING, HAENEL, etc.), bien el ordenamiento jurídico mismo (KELSEN).
- e) Se usa el término Estado identificándolo con los conceptos jurídicos de territorio, de pueblo, de poder.
- f) Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la palabra Estado se emplea para expresar tanto a uno de los elementos vinculados por una relación de Derecho público como al objeto de la relación misma. Se le considera tanto como sujeto que como objeto de una función.

21 SMITH, ob. cit., p. 818.

259. Evolución del Estado

Para la comprensión de las instituciones jurídicas estatales es importante revisar su evolución histórica para comprender las situaciones en las cuales se han originado y se han acrisolado²².

259.1. El Estado en Grecia

Los antiguos reinos orientales (Egipto, Babilonia, Asiria y Persia) no pasaron de la etapa tribal y de la organización teocrática²³. Poder y normas emanan de la divinidad.

En Grecia surge la organización de la comunidad política con la formación de la ciudad-Estado (*polis*), como una unidad política y religiosa, con una extensión y población reducidas. El antecedente de la ciudad-Estado es la “ciudad antigua” que era una organización que agrupaba a las tribus que formaban el pueblo. La ciudad antigua fundada sobre la base de la religión ejerció un poder absoluto sobre sus miembros, al extremo de decidir si los hombres podían o no cortarse la barba. En la antigua Grecia no se conoció la libertad en su sentido de libertad individual, religiosa, de educación, etc.; todo lo decidía la patria o Estado que tenía un carácter sagrado y religioso. Nada había en el hombre que fuera independiente. Su cuerpo pertenecía al Estado y estaba consagrado a su defensa.

Como nota fundamental del Estado griego habría de señalarse su omnipotencia, el desvalimiento del individuo frente al Estado. Aquél se disuelve dentro de este y no es

22 Los conceptos de paz, libertad y justicia son conceptos que reciben su contenido y vida de situaciones concretas de guerra civil, de terror y de injusticias. El desarrollo del Estado constitucional democrático ha sido la respuesta a esas situaciones. “La guerra civil religiosa del siglo XVI despertó el anhelo de la paz interna. Solo el Estado moderno apoyado en el principio de soberanía pudo acabar con la guerra civil. Pero en su variante absoluta trajo, al mismo tiempo, el peligro del terror religioso y espiritual y despertó así el anhelo de la libertad que solo pudo ser satisfecho con la limitación del Estado constitucional. Sin embargo, el Estado constitucional resultó en su forma originaria compatible con la esclavitud, la división en clases y la miseria social. El anhelo de mayor justicia solo pudo ser satisfecho mediante el desarrollo progresivo hacia el Estado constitucional democrático y social” (KRIELE, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, traducción por Eugenio Buygin, Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 3).

23 La teocracia significa una relación entre el soberano del Estado y el poder divino. Se distinguen dos tipos: o bien el soberano es representante del poder divino, y su voluntad es semejante a la de la divinidad, o bien está limitado por el poder de esta, que expresa su voluntad superior al Estado mediante otros órganos. El primer tipo apenas reconoce el derecho del individuo, el Estado mismo está sometido a un poder extraño y superior al propio Estado; el Estado ha menester un complemento trascendente y suprahumano, gracias al cual adquiere capacidad para vivir. El segundo tipo plantea un dualismo dentro de la vida del Estado, formado por dos poderes: uno humano y otro de origen suprahumano ejercitado por los sacerdotes. El caso más importante de este segundo tipo es el israelita, en el que la realeza era concebida desde antiguo como un poder limitado por la ley de Jehová, la cual habría de realizar (JELLINEK, *Teoría general del Estado*, ob. cit., pp. 380 y 381)

tal sino por el Estado. La libertad antigua consistía exclusivamente en que el individuo tenía capacidad para participar en la formación de las leyes soberanas; pero estas dominaban al individuo totalmente sin dejarle esfera alguna de libertad en el sentido más importante que tiene este concepto de libertad para el hombre moderno²⁴.

En la época de la grandeza de Atenas, PERICLES dijo: "La libertad que disfrutamos en nuestro gobierno se extiende también a la vida ordinaria, donde, lejos de ejercer celosa vigilancia sobre todos y cada uno, no sentimos cólera porque nuestro vecino haga lo que deseé". ZENÓN definió a la libertad como "el poder para la acción independiente, mientras que la esclavitud implica su carencia". La palabra *isonomía*, cuyo origen se remonta al s. v a. C., describía el Estado que Solón había establecido en Atenas al otorgar al pueblo "leyes iguales para los altos y los bajos" y "ningún control de la vida pública que no fuese la certeza de ser gobernados legalmente y de acuerdo con normas preestablecidas". Se atribuye al término *isonomía* el significado de "la igualdad de las leyes para toda clase de personas"; parece ser un término más viejo que el de *democracia*. Para HERODOTO, la *isonomía* es "el más bello de todos los nombres del orden político". ARISTÓTELES no usa este término, pero en su *Política* que "es más propio que la ley gobierne que el que lo haga cualquier ciudadano"; que los que tienen el supremo poder "deben ser mostrados solo como guardianes y sirvientes de la ley", y que, "quien sitúa el supremo poder en la mente lo hacen en Dios y en las leyes". ARISTÓTELES condena la clase de gobierno donde "el pueblo impera y no la ley", así como aquel donde "todo viene determinado por el voto de la mayoría y no por la ley", "pues cuando el gobierno está fuera de las leyes no existe Estado libre habida cuenta que la ley debe ser suprema con respecto a todas las cosas". Un gobierno que "centra todo su poder en los votos del pueblo no puede, hablando con propiedad, llamarse democracia, pues sus decretos no pueden ser generales en cuanto a su extensión". En un pasaje de la *Retórica*, expresa:

Es de máxima importancia que leyes bien inspiradas definan todos los puntos que puedan, dejando lo menos posible a la resolución de los jueces, pues la decisión del legislador no es particular, sino general y previsora, mientras que los miembros de la Asamblea y del jurado su deber es solucionar adecuadamente los casos determinados que se les plantean.

En *Ética a Nicómaco* afirma que el juez debiera llenar el vacío de la ley "legislando como lo haría el propio legislador si estuviese presente y como hubiese dispuesto mediante ley si hubiera previsto que se presentaría el caso". DEMÓSTENES en uno de sus discursos (*Contra Aristócrates*, cap. XXIII) afirma que como cada ciudadano tiene participación en los derechos civiles, así todos debían tener una participación igual en

las leyes y propuso “que no fuese legítimo promulgar una ley que afectase a ningún individuo, a menos que la misma se aplicase a todos los atenienses”²⁵.

El paso de la “ciudad antigua” a la ciudad Estado es el resultado de un proceso de centralización que puso fin a la confederación tribal y aseguró el predominio de un poder en una ciudad plenamente establecida.

En Atenas existieron tres estratos sociales: los ciudadanos (nacidos en la *polis*, tenían capacidad para intervenir en la Asamblea General y actuar como jurados), los extranjeros o *metecos* y los esclavos. La distribución de los derechos políticos, en época de Dracón, se hizo basándose en las hectáreas de tierras poseídas; Solón (594 a.C.) tomó como base el grano producido, lo que permitió que los hombres libres voten en las asambleas y elijan funcionarios en su jurisdicción; Clístenes (508 a.C.) tomó como base una contribución en dinero, con lo que liquidó a la nobleza y estableció la democracia; Pericles (457 a.C.) extendió la ciudadanía a todos los hombres libres de la *polis*, consagrando el valor de la personalidad con independencia de la riqueza. Este proceso permitió el establecimiento de la democracia directa; el control popular de los acontecimientos; que la asamblea se reuniera cuatro veces al mes; que los funcionarios se eligieran solo por un año; que los funcionarios fueran responsables ante la asamblea al término de su mandato; que la jurisdicción esté a cargo de un jurado; la división del gobierno en departamentos, y que la competencia de los funcionarios fuera limitada.

La ciudad es el centro de la vida; es una vida en común. La ciudadanía es un bien supremo; la vida ciudadana es el tipo ideal de vida. El ciudadano participa en las ceremonias del culto, en las deliberaciones de la asamblea, en el ejercicio de la magistratura y el servicio militar.

PLATÓN (427-347 a.C.), discípulo de Sócrates (470-399 a. C.), en *La república*, que el Estado tiene su origen en las necesidades y deseos humanos y en la cooperación para satisfacerlos. Concibe un Estado ideal como una individualidad con existencia propia y más real que los individuos que lo componen, que guarda analogía con la naturaleza humana, pues se funda en tres facultades: razón, valor y deseo que determinan la existencia de tres clases sociales: los magistrados (corresponden a la razón), cuya misión es la de gobernar; los guerreros, cuya virtud es el valor, se encargan de la defensa del Estado; y los artesanos y labradores, animados por el deseo y amigos de la ganancia, satisfacen la necesidad de subsistencia. Como cada Estado se compone de dos pueblos enemigos, los ricos y los pobres, la unidad se logra dando a cada clase su función propia y suprimiendo las causas de la división: la propiedad, que origina la división de los intereses, y la familia, que crea la división de los sentimientos y afectos.

25 VON HAYEK Friedrich, “La evolución del Estado de Derecho”, en *Los fundamentos de la libertad*. CHANAMÉ ORBE, Raúl (comp.), *Introducción al derecho*, Lima: Grijley, 1996, p. 313 y ss.

En una república bien ordenada todo debe ser común, las mujeres, los hijos, la educación, y de la misma manera comunes también los ejercicios propios de la paz y de la guerra; y que es necesario, además, que sus reyes sean hombres consumados en la filosofía y en la ciencia militar.

Así el individuo no buscará el bien propio y el de su familia, sino que tendrá al bien público como propio. El fin del Estado es la Justicia como armonía de todos los ciudadanos. Su función más elevada es la educación de los ciudadanos para el desempeño de su función, cultivando su cuerpo y espíritu. El Estado ideal de PLATÓN es un fin en sí mismo. El bienestar de la sociedad está por encima del individuo.

El gobierno perfecto es el gobierno *aristocrático* (gobierno de los filósofos), a este le sucede la *timocracia* (gobierno de los guerreros), la *oligarquía* (gobierno de los ricos), la *democracia* (gobierno del que ama el placer, el cambio y la libertad) y la *tiranía* (gobierno de uno sin sujeción a la ley).

En su obra *El político*, PLATÓN hace una nueva clasificación del gobierno según que los gobernantes se sujeten o no a la ley y al número de sus componentes que puede ser uno, pocos o muchos. Si el gobernante se sujet a la ley, la mejor forma de gobierno es la monarquía y en orden decreciente, la aristocracia (gobierno de pocos que respeta la ley), la democracia (gobierno del pueblo) y la oligarquía (gobierno de pocos que no respeta a la ley). La peor forma de gobierno es la tiranía, gobierno de uno no sujeto a la ley, y, por tanto, opresivo y cruel. La democracia puede ser *moderada* si el gobierno del pueblo respeta a la ley o *extrema* cuando el gobierno se aparta de la ley y se convierte en opresiva como la tiranía.

En sus obras *La república* y *El político*, PLATÓN señala que, en el Estado ideal con un gobierno perfecto, los gobernantes no legislan, educan; las costumbres adquiridas por los individuos a través de la educación hacen innecesarias las leyes. Pero como en la realidad solo existen gobiernos imperfectos, estos se ven obligados a añadir leyes a la educación.

En *Las leyes* afirma que como la monarquía está fundada en el principio de autoridad y la democracia en el principio de la libertad, esos principios deben restringirse a sus justos límites, la monarquía a la libertad y la democracia a la obediencia, pues no se necesita ni demasiado poder ni demasiada libertad. Es decir, trata de reunir en una constitución las ventajas de la monarquía y de la democracia. Los magistrados deben ser elegidos por el pueblo. En *Las leyes*, PLATÓN se aparta de sus primeras ideas. La organización política necesita de una ordenación legal en razón de la imperfección humana. La base de la autoridad ya no es solamente la inteligencia, sino también la propiedad territorial, abandonando el criterio de la abolición de la propiedad privada y la vida familiar. En la administración se combinan elementos aristocráticos y demo-

cráticos; admite la participación de los ciudadanos en el gobierno, si bien tomando como base la riqueza.

ARISTÓTELES (384-322), en *La política*, dice que la *polis* es una comunidad natural. El Estado es un hecho natural; el hombre es por naturaleza un animal político destinado a vivir en sociedad y el que no forma parte de ninguna *polis* es una bestia o un dios. El Estado es una comunidad de iguales que aspira a la mejor vida posible. El Estado (*la polis*) es, por naturaleza, la comunidad más perfecta que las otras comunidades: la familia y las aldeas. Estas son anteriores en el tiempo, pero *la polis* es anterior por naturaleza, entendida como la plenitud de medios para la vida civilizada. *La polis* es, en efecto, una reunión de aldeas y familias cuya finalidad es hacer posible la vida buena.

El Estado no es más que una asociación, en la que las familias reunidas en barrios deben encontrar todo el desenvolvimiento y todas las comodidades de la existencia, es decir, una vida virtuosa y feliz. Y así la asociación política tiene ciertamente por fin la virtud y la felicidad de los individuos, y no solo la vida común.

Es obra de la necesidad la aproximación de dos seres que no pueden nada el uno sin el otro. La naturaleza, teniendo en cuenta la necesidad de la conservación, ha creado a unos seres para mandar y a otros para obedecer, de suerte que el interés del señor y el del esclavo se confunden. La asociación del señor y del esclavo, la del esposo y la mujer, son la base de la familia. La primera asociación de muchas familias es el pueblo, que puede llamarse colonia natural de la familia.

Si los primeros Estados se han visto sometidos a reyes, y si las grandes naciones lo están aún hoy, es porque tales Estados se formaron con elementos habituales a la autoridad real, puesto que, en la familia, el de más edad es el verdadero rey, y las colonias de la familia han seguido fielmente el ejemplo que se le había dado.

La asociación de muchos pueblos forma un Estado completo, que llega a abastecerse absolutamente a sí mismo, teniendo por origen las necesidades de la vida, y debiendo subsistencia al hecho de ser estas satisfechas.

Así el Estado procede siempre de la naturaleza, lo mismo que las mismas asociaciones, cuyo fin último es aquél; porque la naturaleza de una cosa es precisamente su fin, y lo que es cada uno de los seres cuando ha alcanzado su completo desenvolvimiento, se dice que es su naturaleza propia, ya se trate de un hombre, de un caballo o de una familia. Puede añadirse que este destino y este fin de los seres es para los mismos el primero de los bienes, y bastarse a sí mismo es a la vez un fin y una felicidad. De donde se concluye evidentemente que el Estado es un hecho natural, que el hombre es un ser naturalmente sociable, y que el que vive fuera de la sociedad por organización y no por efecto del zar, es ciertamente, o un ser degradado, o un ser superior a la especie humana.

El Estado está naturalmente sobre la familia y sobre cada individuo, porque el todo es necesariamente superior a la parte, puesto que una vez destruido el todo ya no hay partes. La naturaleza arrastra instintivamente a todos los hombres a la asociación política. El Derecho es la regla de la vida para la asociación política, y la decisión de lo justo es lo que constituye el Derecho.

La finalidad del Estado es la mejor vida posible, fin que lo hace un ente autárquico, o sea, que posee todas las condiciones necesarias para cumplir con esa finalidad ética. La educación obligatoria es el medio para modelar la conducta humana, de este modo, la naturaleza, los hábitos y la razón contribuyen a mejorar a los seres humanos.

Se plantea, ARISTÓTELES, el problema de cuál gobierno es el preferible, si el de la ley o el de los hombres. Dice que la ley, que es la razón desprovista de pasión, asegura la libertad e igualdad del gobernado con el gobernante, lo que hace que la obediencia sea voluntaria, fundada en el consentimiento. La ley debe ser suprema, preferible a la fuerza o al gobierno personal. Fundado en la ley, el gobernante se orienta en el interés general y no en el interés de una clase o de un individuo. Así como el hombre perfecto es el mejor de los animales, de parecida manera cuando se aleja de la ley y de la justicia, es el peor de todos.

Distingue tres formas puras de gobierno: la monarquía, la aristocracia y la democracia; y tres impuras: la tiranía, la oligarquía (poder en manos de una clase relativamente pequeña) y la demagogia, según que esté a cargo de uno, pocos o muchos, y que el bien perseguido sea el general o el de una clase o individuo.

A la monarquía o gobierno que tiene por objeto el interés general se le llama reinado. Al gobierno de la minoría, con tal que no esté limitada a un solo individuo, se le llama aristocracia, ya porque el poder está en manos de los hombres de bien o ya porque el poder no tiene otro fin que el mayor bien del Estado y de los soldados. “Cuando la mayoría gobierna en bien del interés general, el gobierno recibe como denominación especial la genérica de todos los gobiernos, y se le llama república”. “Las desviaciones de estos gobiernos son: la tiranía, que lo es del reinado; la oligarquía, que lo es de la aristocracia; la demagogia, que lo es de la república. La tiranía es una monarquía que solo tiene por fin el interés personal del monarca; la oligarquía tiene en cuenta tan solo el interés particular de los ricos; la demagogia, el de los pobres. Ninguno de estos gobiernos piensa en el interés general”.

Como el Estado no es ni una sociedad de comerciantes ni un contrato, la riqueza carece de título moral para ejercer el gobierno. Como no toda ley es necesariamente buena, ARISTÓTELES se limita a señalar que el gobierno de la ley es el menos malo de los gobiernos posibles de un Estado.

ARISTÓTELES presenta a la constitución del Estado como una organización de magistrados y ciudadanos. Distingue tres clases de magistraturas: legislativa, ejecutiva

y judicial. La Constitución es una forma de vida y la ley es el conjunto de normas que regulan la actividad de los magistrados.

En las ideas de Aristóteles se encuentran algunos elementos primarios de la democracia, como el respeto al pueblo, a la igualdad de derechos y al sufragio de todos los ciudadanos.

259.2. El Estado en Roma

CICERÓN²⁶ (106-43 a.C.), en su obra *De República*, define al Estado como *res populi* (cosa del pueblo). Hace decir a ESCIPIÓN:

Así, pues, república es cosa del pueblo; pueblo no es toda reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino sociedad formada bajo la garantía de las leyes y con objeto de utilidad común. Impulsa a los hombres a reunirse no tanto su debilidad, como la necesidad imperiosa de asociación; no ha nacido el hombre para vivir aislado, solitario y errante, sino que su naturaleza le lleva, aun en medio de la afluencia de todos los bienes [...] ¿Qué es la cosa pública sino cosa del pueblo? Es, pues, cosa común de la ciudad. Pero ¿qué es la ciudad sino multitud de hombres reunidos en un mismo cuerpo y viviendo de vida común? Por esta razón se lee en los políticos romanos: “Una multitud de hombres errantes y dispersos se une en la concordia y viene a ser ciudad”.

La primera de las leyes de las XII tablas estipula que “ningún privilegio o status será establecido a favor de personas privadas, en detrimento de otras, contrario a la ley común de todos los ciudadanos, que todos los individuos, sin distinción de rango, tienen derecho a invocar”. Tito Lívio dijo: “*Imperia legum potentiora quam hominum*” (El imperio de la ley es más fuerte y poderosa que la de los hombres). A CICERÓN se debe muchas formulaciones sobre la libertad bajo la ley, como las reglas de *leges legum* que gobiernan la legislación; la obediencia a las leyes si queremos ser libres; el debe ser solamente la boca a través de la cual hablan las leyes.

Durante el s. II d. C., el socialismo de Estado avanzó rápidamente con el incremento de la intervención estatal en la vida mercantil.

259.3. El Estado medioeval

La Edad Media se extendió desde la mitad del s. v hasta finales del s. xv. Se inicia en la Galia²⁷ merovingia²⁸ después de la caída de los romanos²⁹ en el 476 d.C. (fin de la Edad Antigua e inicio de la Edad Media) y se extiende por toda Europa bajo formas continuadas de reinos e imperios. A través de sus transformaciones internas, generó los principados y los Estados nacionales.

El ordenamiento feudal tuvo un desarrollo complejo y sofisticado. Los poderes públicos se concentran en singulares jefes armados de las comunidades locales que brindan los servicios públicos de seguridad pública y orden a cambio de trabajo y bienes de consumo. El vínculo feudal se creaba entre dos hombres libres. El más fuerte concedía su protección al más débil, quien se convertía en vasallo; junto a esta relación personal se daba un reparto de la tierra, cuya tenencia, uso y disfrute correspondía al más débil, en tanto que el señor gozaba de un superior dominio directo, que le era reconocido con el pago de cánones o la realización de prestaciones. La relación feudal implica la desmembración del poder político y la fijación de un régimen de estamentos. El fraccionamiento del poder político se oponía a las pretensiones de los monarcas, a menudo en litigio con los señores que no reconocían su autoridad y eran más poderosos que ellos³⁰.

²⁷ Galia, nombre dado en la antigüedad a las regiones comprendida entre el Rin, los Alpes, el Mediterráneo, los Pirineos y el Atlántico. Llamada por los romanos Galia Trasalpina (o Lionense o Ulterior) por oposición a la Galia Cisalpina (Italia continental), comprendía, por una parte, la Galia independiente o Tres Galias (Galia Bélgica, Galia Celta y Aquitania) y, por otra, la provincia o Narbonense, sometida a Roma.

²⁸ Merovingios, dinastía de reyes francos que reinaron en la Galia de 481 a 751. El último merovingio, Childerico III, rey en 743, fue encerrado en 741 en un monasterio por Pepino el Breve, fundador de la dinastía de los Carolingios.

²⁹ El 410 Roma cae en manos en manos del rey visigodo Alarico. Occidente entró en un caos político, económico, social y espiritual; la desaparición de la actividad mercantil, el apagamiento cultural.

³⁰ Los siglos VIII y IX se caracterizaron por las sangrientas invasiones de musulmanes, mongoles, normandos y eslavos. Los reyes no podían defender la totalidad de su territorio, de modo que las comarcas organizaron su resistencia con sus propios recursos, dirigidas por miembros de la nobleza local o por lugartenientes de los reyes. Cada zona alcanzó una paulatina autonomía y quedó sometida a su respectivo defensor, a quien el rey, tras reconocer tal condición, concedía su gobierno. De ese modo surgen los feudos, como unidades autárquicas de producción y de gobierno. Los monarcas pierden el poder efectivo y establecen relaciones feudales con estos nuevos detentadores del poder. Paralelamente, la concesión del territorio se complementa con la atribución de facultades jurisdiccionales que supone la sujeción del territorio a la justicia del señor, sustrayéndola de injerencias reales. El proceso podía darse a la inversa: el hombre de pocos recursos se encomendaba al poderoso solicitando su protección a cambio de determinadas prestaciones. A su vez, este podía establecer otra relación similar con otro sujeto, mediante otro contrato de vasallaje. Dicho pacto no implicaba que el primer sujeto se sometiera al poderoso del segundo contrato. Como solía señalarse, “el vasallo del vasallo no era vasallo del señor: únicamente se daba la relación feudal entre dos personas, el rey y el conde, el conde y el vasallo [...].” (BOTELLA, Juan; Carlos CAÑEQUE y Eduardo GONZALO (eds.), *El pensamiento político en sus textos de Platón a Marx*, Madrid: Tecnos, 2006, p. 85).

A la caída del Imperio romano, el cristianismo se vuelca sobre toda Europa y domina la Edad Media con una fuerte carga teológica. La Iglesia justificó la realidad medieval con el principio de la subordinación de toda la actividad humana a una vida ultraterrena, noción concretada en la frase: la vida es la antesala de la eternidad; conclusión que importaba el repudio de la acumulación de riqueza y la inmutabilidad de los estamentos medievales³¹.

El elemento germánico tuvo importante participación en la organización feudal. Los germanos introducen en Europa una noción opuesta a la noción romana clásica. En Roma, el hombre estaba absorbido por el Estado, que lo era todo; en la organización feudal el individuo se vinculó con sus jefes mediante la adhesión personal. Es esta la relación de vasallaje en el sistema feudal. En la pirámide feudal, sobre la multiplicidad de pequeños feudos, se levantan, unidos a ellos por la relación de vasallaje y basados en la organización eclesiástica, los feudos de mayor importancia, y así sucesivamente hasta llegar a la noción de Estado y de imperio, y, por sobre de este, el poder supremo del papa.

La Europa medieval se caracteriza por las incursiones cíclicas de árabes, vikingos, húngaros, la desaparición del comercio, la decadencia de las ciudades, la economía dineraria sustituida por la economía natural, caracterizada por el trabajo de la tierra, las guerras feudales, las aduanas privadas, los asaltos y saqueos a que se dedicaban muchos señores feudales; el poder del rey era demasiado lejano y no garantizaba la seguridad de la producción y del comercio. Ante la debilidad de las normas y su observancia, las personas se organizaron y se vincularon a quienes demostraban en los hechos tener autoridad más eficaz que la ley, para obtener protección y seguridad a cambio de servicios civiles y militares.

Como dice AMATO³², es este el núcleo esencial del ordenamiento feudal que se extiende en toda Europa y deviene en una verdadera regulación de la comunidad en ella asentada, con el aumento de las turbulencias, las incursiones y las incertidumbres. Y cuando pensamos en la Europa de aquellos siglos (entre el VI y el IX), recordamos que se trataba de un continente bien diverso de cómo era Italia, rica en ciudades y países vecinos el uno al otro, intensamente poblados y conectados por un sistema vial

31 Santa HILDEGARDA (s. XII) dice en una carta: "Dios ordena a todos los hombres de maneá que el estamento inferior no debe elevarse por encima del superior como hicieron antaño Satán y el primer hombre, que intentaron elevarse por encima de sus respectivos Estados. Pues, ¿qué hombre pone todos sus animales en un establo: bueyes, asnos, ovejas, cabras? Si tal hiciera, seguiría muchos males a esa mezcla. Análogamente, hay que tener cuidado de no mezclar a todas las gentes en un rebaño [...] En otro caso surgiría una confusión moral perniciosa; los hombres se odiarían mutuamente si el estamento superior se degradara hasta el inferior y este se elevara hasta aquél. Dios divide a su pueblo sobre la tierra en estamentos diferentes, así como sus ángeles y arcángeles... querubines y serafines. ¡Y Dios los ama a todos!" (FRONDIZI, Silvio, *El Estado moderno. Ensayo de crítica constructiva*, Buenos Aires: Losada, 1945, p. 23)

32 AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, ob. cit., p. 28.

articulado. Roma no había dejado esta herencia en todos sus dominios europeos. Al inicio del s. IX, el continente europeo era una gran extensión de vegetación y selvas, habitada aquí y allá por grupos familiares que vivían en villorrios esparcidos y separados por grandes distancias. Es fácil comprender cómo el decaimiento de las instituciones romanas fueron seguidas por el establecimiento de relaciones feudales que al interior de núcleos que no estaban en condiciones de interactuar con normalidad. La caída del comercio dificultó procurarse lo necesario a través de cambios, forzando la reconstrucción del sistema sobre una escala enteramente local. E aquí el castillo en el cual se instalan el señor y los soldados, e allí, en torno al castillo, los campos cultivados por los campesinos, que se obligan, a cambio de la seguridad, a laborar la tierra para el señor, a proveerle los productos, asegurarle las labores necesarias de manutención a través de las *Corvées*; mientras los soldados están vinculados al señor por una relación de cambio, consiguiendo sustento y alojamiento como contraprestación por sus prestaciones militares.

Carlomagno (768-814), rey de los francos y de los lombardos, fue una de las figuras más importantes de la época. Extendió su imperio desde España hasta los Balcanes, pasando por los territorios de Italia, Suiza, Austria, Hungría, Francia, Bélgica, Holanda y Alemania. Su poder se fundó en el derecho de soberanía. Estableció el poder legislativo de la realeza e hizo del vasallaje una institución oficial. También peleó contra los lombardos, sajones y árabes; reconstruyó el Imperio de Occidente y extendió sus dominios desde el Elba hasta el Ebro y desde el Océano Atlántico hasta el Danubio.

Carlomagno organizó políticamente la administración creando los cargos siguientes: el *chambelán* (custodio del tesoro real); el *condestable* (generalísimo de los ejércitos); el *senescal* o mayordomo principal (encargado de inspeccionar los bienes); los *duques* (gobernadores militares de las fronteras); los *condes* (jefes de los condados; al desaparecer el imperio, los condados se convirtieron en feudos hereditarios); los *inspectores ambulantes* (vigilaban a los condes, visitaban los condados, promulgaban leyes y fallaban en las quejas).

No había leyes para el imperio. Carlomagno dejó a cada pueblo con sus leyes propias que se compilaron en colecciones llamadas *Capitulares*. En un capitular del 810 dice: "Cada jefe ejerce una acción coercitiva sobre sus inferiores, donde estos últimos obedezcan siempre mejor, con corazón consentidor, a los decretos y preceptos imperiales"³³. Lo que expresa con toda claridad la efectividad incontrastable de los poderes feudales, sobre los cuales se reconstruyó el poder central.

Carlomagno conservó las costumbres bárbaras como los juicios de Dios u ordalías y las compensaciones pecuniarias por los delitos. Mantuvo el diezmo para la

³³ AMATO, *Forme di Stato e forme di governo*, ob. cit., p. 29.

Iglesia. Inspiró a los Otones y a los Hohenstaufen a continuar con el Sacro Imperio; las restantes naciones optaron por seguir la política merovingia del reparto, desmembrándose Europa en multitud de Estados, es decir, creándose el feudalismo. Los factores de la desintegración fueron: el hábito de los reyes franceses de repartir el reino entre sus hijos; la inmensidad del imperio, y la diversidad de razas que lo componían.

No existió la industria fabril. El sustento de vida provenía de la tierra. Los medios de producción eran la tierra, los señores y los vasallos. No había señor sin tierra, ni tierra sin señor. Las clases dominantes eran la Iglesia y la nobleza. En la cúspide de la nobleza se halla el emperador y en orden descendente lo seguían los reyes, príncipes, marqueses, duques, condes, señores y caballeros.

El *emperador* (del latín *imperator*, también llamado César de donde proviene Kaiser (alemán) y zar (ruso) es el soberano. La Iglesia mantuvo la idea de un imperio cristiano, lo que originó la formación del Sacro Imperio Romano Germánico³⁴.

El *rey* (del latín *rex*) es el monarca o soberano de un reino. El cargo de un reino era hereditario, salvo en el reino de los visigodos en el que el monarca era elegido por los principales miembros de la nobleza.

El *príncipe* (del latín *princeps*) o el primero y más excelente.

El *duque*, en el Imperio romano era el comandante general del ejército. En la Edad Media tuvo carácter político y militar sobre una provincia.

El *marqués* (de la palabra *marca*), cuyo título es inferior al de duque y superior al de conde.

El *conde* (del latín *comes*) significa compañero.

El *barón* (del germánico baso) era un hombre libre.

Caballero o *hidalgo* hace alusión a la propiedad de un caballo; también se deriva del castellano antiguo *hijodalgo*, hijo de algo; se le consideraba como una nobleza secundaria.

En la jerarquía de la Iglesia, el *papa* ocupaba la cima y en orden descendente: los patriarcas, obispos, abades, sacerdotes, clérigos.

³⁴ Tras el fracaso de los sucesores de Carlomagno, la dinastía de los Otón intenta resucitar la idea de imperio en occidente. Otón I ayuda al papa Juan XII a conquistar Italia y establece el Sacro Imperio Romano Germánico, recibiendo la corona del propio pontífice, quien le jura fidelidad. La expresión "Sacro Imperio" acentúa el carácter providencial del emperador, encargado de velar por la difusión de la fe y el mantenimiento de la justicia y la paz entre los pueblos. Junto a la corona imperial, Otón recibió el poder sobre los territorios pontificios (el *patrimonium petri*) y el título de "protector de la Iglesia". Además, se reserva el derecho de nombrar al papa (*privilegium Othonis*) (BOTELLA et al., *El pensamiento político en sus textos de Platón a Marx*, ob. cit., p. 84).

El *vasallo* (de la voz germana *vassus*) es el hombre sometido a un señor. Los vínculos entre señor y vasallo eran más fuertes que entre este y el Estado. El vasallo prestaba servicio en el ejército bajo las órdenes del señor, y este lo asistía o representaba ante la justicia, permitiéndole ciertas ventajas económicas en relación con el trabajo de la tierra. A su vez, el vasallo podía tener vasallos bajo su mando, los que no tenían obligaciones directas con el señor. Fuera de los vasallos se encontraban los *siervos de la gleba*, los que no podían ser vendidos aparte de la tierra, poseían familia, un hogar y el usufructo de alguna tierra, su obligación era trabajar la mayor parte de su tiempo en las tierras de su señor. El *esclavo* era enajenable en cualquier momento. Los *colonos* solo tenían un rancho para vivir y trabajaban para el señor como jornaleros a cambio de alimentos.

La tierra era el elemento más importante de producción. El feudo era un terreno cultivable, su extensión variaba según los usufructuarios del mismo y era otorgado por el señor de más categoría a quienes ocupaban peldaños inferiores. El derecho que el señor tenía sobre el feudo era semejante a la propiedad romana; el vasallo tenía un derecho de usufructo; el siervo solo gozaba de la tenencia de la tierra que se le asignaba mediante título más precario.

XIFRA HERAS³⁵ sostiene que el Estado de la Edad Media presenta dos rasgos fundamentales: *un contenido estatal limitado y un poder político muy reducido*. Su estructura en la Alta Edad Media es comparada a una “pirámide de base triangular que supone un orden jerárquico en cada una de sus caras, que convergen y culminan en las personas del papa y del emperador”. Estas tres caras estaban formuladas así: a) por el lado militar, los que poseían la tierra mediante la espada (*per hastam*), incluyendo dentro de esta categoría a los caballeros, los nobles y el rey. b) Por el lado de los labradores de la tierra, aquellos que la poseían por el arado (*per carrucam*), vale decir, los labriegos libres, por debajo de los cuales se encontraban los siervos, los colonos y no pocos esclavos. c) Por el lado sobrenatural figuran quienes poseían la tierra “por la oración (*per preces*), cuadro en el que se estructuraban jerárquicamente de abajo a arriba los cinco órdenes menores, las dos mayores, los sacerdotes, obispos, patriarcas y finalmente el papa”.

En los primeros tiempos la Iglesia era una autoridad dependiente del señor feudal. Con el correr del tiempo se organizó como poder unitario convirtiéndose en contrapeso de la feudalidad laica, y luego logró que toda conducta privada o pública se someta a la orientación impuesta por la autoridad del papa y variadas señorías temporales de la jerarquía eclesiástica. Las leyes estaban influidas por la Iglesia, es-

35 OLANO V, Carlos Alberto y Hernán Alejandro OLANO G., *Derecho constitucional e instituciones políticas, Estado social de derecho*, 3.^a ed., Bogotá: Librería del Profesional, 2000, pp. 134 y 135.

pecialmente las relativas a la división del trabajo, la adquisición de bienes, salarios, precios, intereses.

El Estado proveía a las exigencias bélicas y la Iglesia determinaba sus finalidades. La Iglesia solo admitía las guerras santas, es decir, contra los herejes, infieles, simoniacos, los que rehusaran prestar juramento de fidelidad al pontífice. En la sociedad sacramental de la sociedad medieval, cada categoría social subsistía de la tierra, lo que no era óbice para la opresión de clase, los privilegios y la servidumbre. Toda tentativa para superar la desigualdad de clases era considerada como nociva.

El Imperio carolingio³⁶ marca una vuelta en la historia del Medioevo y en la evolución del ordenamiento feudal, al reforzar, por un lado, los poderes centrales que después se proyectaron en la línea de los futuros grandes Estados europeos, y, por el otro, al señalar una mixtura entre autoridad central y un sistema nacido para proveer a su propia extinción. Es interesante este último aspecto que no cancela, sino que rebasa los caracteres peculiares del sistema feudal, como es el fundar la autoridad sobre relaciones de cambio, antes que sobre procesos de investidura (la investidura papal, del rey o del emperador), pero aun así no se hablaba de Estado como una organización con poder soberano de regulación de la vida social, sino de sistema o de ordenamiento feudal.

Ni aun en el Imperio carolingio es posible hablar de un Estado en el cual el emperador y después el rey tengan el poder soberano de dictar unilateralmente las leyes que regirán en sus territorios, porque el poder del emperador y del rey encuentran sus correspondientes en las obligaciones que estos asumían en beneficio de aquellos que se ligan a ellos.

La evolución sucesiva produjo un resquebrajamiento de los reinos dejando intacto el sistema feudal. El ejército del rey se redujo a las tropas formadas por sus vasallos directos. Su jurisdicción se ejercitaba solamente en el territorio del cual eran titulares directos. Se decía que el rey no tiene más de rey que el nombre y la corona.

Al interno del sistema feudal se produjeron cambios que fijaron las premisas del sucesivo nacimiento de Estados y principados. En los siglos anteriores Europa estaba escasamente poblada, los feudos estaban aislados el uno del otro, separados por extensas selvas vírgenes, pero en el curso del ix y del x siglo este escenario se transforma. Hay incremento demográfico que conduce a fundar nuevas aldeas, a labrar tierras vírgenes, a desaguar pantanos, y a extender las instalaciones de las personas

36 Carolingios, dinastía franca que sucedió a los Merovingios (751), restauró el Imperio de Occidente de 800 a 887, reinó en Germania hasta 911 y en Francia hasta 987. Fundada por Pipino el Breve, debe su nombre a su más ilustre representante, Carlomagno.

en nuevas posesiones. Los carolingios permitieron los viajes, el cambio y el comercio en condiciones de mayor seguridad.

Con estas premisas cambia la conformación social de las ciudades y aldeas, cambia las relaciones feudales. Se multiplican las tierras cultivadas, se incrementan las poblaciones, la producción y el trabajo, se desarrollan los mercados en las ciudades y adquieren *status* los mercaderes y los banqueros. Se pasa del cambio de bienes por bienes al cambio de bienes por dinero; con el dinero se pueden adquirir productos, servicios y milicias. Se transforman las relaciones del señor con quienes cultivan la tierra, pues ya no hay motivo para que estos sigan siendo siervos, sino que da lugar al surgimiento de la nueva clase social de los campesinos o aldeanos que pagan al señor en dinero y no más en *covée*.

En la ciudad surgen discordias y tensiones continuas entre representantes del soberano, vasallos, funcionarios obispales, mercaderes, propietarios, a las que se pone fin con el nacimiento de la municipalidad. La autoridad comunal comienza a ejercitarse con la exacción de impuestos, tasas y gabelas. Es una autoridad ejercitada no por condes y marqueses, sino mediante funcionarios. Al inicio del undécimo siglo, la monarquía adquiere una serie de condados, sin instalar a nuevos condes, sino que envió a funcionarios y párrocos. Más adelante, sobre los párrocos se encuentran, en posición de supremacía jerárquica, los alcaldes o senescalos (jefes de la nobleza). Estas son las primeras bases del centralismo estatal constituido con el material de la burocracia.

259.4. El Estado liberal moderno

El Estado liberal se inicia con la revolución inglesa de 1688, la americana de 1776 y la francesa de 1789. Surge como una conquista de los derechos individuales. Fue el resultado de la lucha por la libertad política y económica que redujo las funciones del poder a la protección de los derechos individuales y la no intervención del Estado en la actividad económica.

Se caracteriza por:

- 1) La reducción del poder a las funciones de justicia y policía, la defensa del territorio, la salubridad, la seguridad interior y exterior, la protección de la vida, la libertad y la propiedad.
- 2) El reconocimiento de los derechos individuales como sagrados e inviolables.
- 3) Convertir en garantía de libertad la separación y equilibrio funcional de los poderes y potestades gubernativas.
- 4) El Estado, concebido como un mal necesario, tiene un origen contractual, pues su sustento y legitimidad se encuentra en el consentimiento del pueblo.

- 5) La soberanía radica en el pueblo.
- 6) La relación de gobernantes y gobernados surge de la idea de la representación política proveniente del sufragio como ejercicio del derecho a ser bien gobernados.
- 7) El reconocimiento del imperio de la ley y un orden jurídico obligatorio para gobernantes y gobernados.

259.4.1. La evolución política inglesa

Como dice HAYEK³⁷, más allá del s. xvii es difícil encontrar antecedentes de la libertad individual en los tiempos modernos. La libertad individual surgió como consecuencia de la lucha por el poder. La conservación y perfección de la libertad individual fue el ideal que guio a Inglaterra y sus instituciones y tradiciones que se convirtieron en modelo para el mundo civilizado. En la Edad Media, aunque los hombres disfrutaban de libertades en el sentido de privilegios concedidos a clases sociales o personas, no conocieron la libertad como condición de todo un pueblo. En los comienzos de la Edad Media se aceptó que “el Estado no puede crear o hacer leyes, y desde luego menos aún abolirlas o derogarlas, porque ello significaría abolir la justicia misma, sería un absurdo, un pecado y una rebelión contra Dios, que es quien crea dicha ley”. Durante siglos se reconoció como doctrina que los reyes podían solo declarar o descubrir leyes existentes o modificar los abusos introducidos al calor de las mismas, pero no crear la ley. Solo en la Baja Edad Media se aceptó la creación deliberada de la ley, la legislación tal como la conocemos.

El Parlamento inglés es el protagonista de la historia política inglesa; de cuerpo descubridor de leyes pasó a ser cuerpo creador de leyes. Surgió como nuevo poder del Estado en los siglos xv y xvi. Utilizó la legislación como instrumento de política deliberada. El concepto de gobierno limitado surgió de la lucha inglesa del s. xvii. Si la primitiva doctrina inglesa y los grandes documentos medievales, desde la *Carta Magna* hasta la *Constitutio Libertatis*, tienen significación en el desarrollo moderno es porque sirvieron como armas en tal lucha³⁸.

Se llamó Parlamento a las asambleas nacionales reunidas por Eduardo I. Su historia se resume en cuatro períodos: los Parlamentos medioevas, como el de 1295; el del conflicto entre el rey y el Parlamento, que comprende el periodo de

37 VON HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, ob. cit., p. 308 y ss.

38 Sobre la falsa interpretación de la Carta Magna en el s. xvii, McKECHNIE, William, *Magna Carta*, 2.^a ed., Glasgow, 1914, p. 133: “Si las vagas e inexactas palabras de Cok han oscurecido el significado de muchos capítulos de la Carta Magna y defendido falsas nociones del desarrollo del derecho inglés, el servicio que estos mismos errores han prestado a la causa del progreso constitucional es incommensurable” (VON HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, ob. cit., p. 312).

los Tudor y los Eduardo; la revolución de 1688 hasta 1832, año en que se dictó la Ley de Reforma; y el periodo que va desde 1832 hasta la actualidad. El Parlamento tiene su origen en el *Witenagemot*, asamblea reunida por los reyes sajones para recibir consejo en asuntos graves, legislar o establecer impuestos. La conquista de los normandos consolidó las instituciones inglesas. Guillermo el Conquistador dispuso que todas las tierras le pertenecían, que todos los terratenientes le debían feudo, pero conservó la reunión de los principales del reino para recibir consejo para la legislación y la tributación. Enrique II, en 1188, se hizo asesorar por un jurado de vecinos para establecer el diezmo. La Carta Magna de 1215 estableció que los tributos solo podía establecerlos el Consejo General del reino. Simón de Confort, en 1265 convocó al Parlamento en el que estuvieron representados los condados, las ciudades y las villas. El Parlamento de 1295 estableció el modelo general para el porvenir. Dejó de ser una corte feudal, prolongación de los consejos reales, para ser una asamblea nacional en la que estuvieron representados el clero, la nobleza y el Estado llano (los que oraban, los que guerreaban y los que trabajaban). Gradualmente el Parlamento se desdobló en dos cámaras: la *Cámara de los Lores* que representó a los grandes señores espirituales y temporales y la *Cámara de los Comunes*, la cual, a partir de 1407, tomó a su cargo la iniciativa tributaria que se convertía en ley al ser aprobada por la Cámara de los Lores. A partir de 1414 la legislación pasó a residir gradualmente en el Parlamento, conservando el rey la facultad de vetar las leyes. El poder del Parlamento se fortaleció en los siglos XIV y XV, al asumir el poder de destronar a los reyes, como los casos de Eduardo II y Ricardo II; pero luego decayó con la guerra de las Rosas. Durante el reinado de los Tudor, Enrique VIII e Isabel se avinieron a gobernar con el Parlamento, pero lo convirtieron en instrumento de su voluntad. A la muerte de la reina Isabel comenzó la gran lucha entre el rey y el Parlamento, de la que se derivó la libertad individual.

En 1603 se sentenció, el caso *Darcy versus Allein* (famoso pleito de los monopolios), estableciendo que la concesión del privilegio exclusivo para la producción de un artículo iba “contra el derecho común y la libertad del ciudadano”; la exigencia de leyes iguales para todos los individuos se convirtió en el arma principal del Parlamento frente a los deseos reales; el control de la producción significa siempre la creación de privilegios, entraña la concesión a Pedro del permiso negado a Juan. Como consecuencia de las reglamentaciones sobre edificación en Londres y la prohibición de fabricar almidón de trigo, la Cámara de los Comunes replicó en 1610, declarando que, entre todos los tradicionales derechos de los británicos:

[N]o existe otro [derecho] más querido y preciado que el de guiarse y gobernarse por ciertas normas legales que otorgan a la cabeza y a los miembros lo que de derecho les pertenece, sin quedar abandonados a la incertidumbre y a la arbitrariedad como sistema de gobierno [...] De esta raíz ha crecido el indudable derecho del pueblo de este reino a no hallarse sujeto a ningún castigo que afecte a sus vidas, tierras, cuerpos

o bienes, distinto de los contenidos en el derecho común de este país o en los estatutos elaborados con el consenso del Parlamento.

En la discusión a que dio lugar el Estatuto de los Monopolios de 1624, *sir Edwar COKE*, fundador de los principios *Whigs*, en sus *Instituciones de las Leyes de Inglaterra (Institutes of the laws of England)*, arguyó lo siguiente:

[S]i se concede a un hombre el derecho de fabricar naipes en exclusiva o de llevar a cabo cualquier otro comercio, tal concesión es contraria a la libertad del ciudadano que antes hizo tal mercancía o pudo haber utilizado tal derecho de comercio [...] en consecuencia, contraría a la Gran Carta.

Asimismo, advirtió al Parlamento “que dejase que todas las causas fueran medidas por la vara dorada y absoluta de las leyes y no por la incierta y torcida cuerda de lo discrecional”. De la discusión de estos temas han surgido los ideales que presidieron la evolución política inglesa. En 1648 se abolieron los tribunales privilegiados, como el tribunal de La Estrella que había llegado a ser “un tribunal de jueces que administra la ley”. Se hizo el esfuerzo para asegurar la independencia de los jueces. Se buscó la forma de imposibilitar la acción arbitraria del gobierno. Se estableció que no puede haber castigo sin ley previa; que las leyes carecen de efectos retroactivos. Nació la idea de una Constitución escrita al estilo de la Carta Magna que debe permanecer firme e inalterable; la idea de separación de poderes surge por vez primera en 1645. En 1660, en la declaración del Parlamento reunido en Westminster (*Declaration of Parliament Assembled at Westminster*) se incluyó el siguiente mensaje:

No hay nada más esencial para la libertad de un Estado que la gobernación del pueblo por leyes y que la justicia sea administrada solamente por aquellos a quienes cabe exigir cuentas por su proceder. Formalmente se declara que de ahora en adelante todas las actuaciones referentes a la vida, libertades y bienes de cuantos integran el pueblo libre de esta comunidad deben ser acordes con las leyes de la nación, y que el Parlamento no se entrometerá en la administración ordinaria o parte ejecutiva de la ley, siendo misión principal del actual Parlamento, como lo ha sido de todos los anteriores, proveer a la libertad del pueblo contra la arbitrariedad del gobierno.

Así, la separación de poderes quedó como parte de las doctrinas políticas imperantes³⁹.

Con la llegada al reinado de los Estuardo, Jacobo I entró en conflicto con el Parlamento, surgieron disputas referentes a la solución de conflictos sobre la validez de

39 VON HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, ob. cit, p. 323.

las elecciones, las luchas sobre si solo el rey debía ser el representante del gobierno o si debía serlo el rey y el Parlamento, o si debía gobernar el rey o el Parlamento. El conflicto se acentuó en 1648, bajo el reinado de Carlos I, cuya derrota lo llevó al cadalso el 30 de enero de 1649. El conflicto entre el rey y el Parlamento llevó a la guerra civil entre los realistas, llamados caballeros, y los adictos al Parlamento denominados "cabezas redondas"; el ejército del Parlamento dirigido por Oliverio Cromwell triunfó sobre el ejército del rey Carlos I. Se estableció el protectorado Cromwell, quien reconcilió su autoridad con la del Parlamento y gobernó hasta 1658 con el nombre Lord Protector. A Oliverio Cromwel lo sucedió su hijo Ricardo, quien renunció al poco tiempo. El régimen monárquico se restauró con el pedido del Parlamento a Carlos II, de la dinastía de los Estuardo, para que ascienda al trono, quien inició su gobierno en 1660, reinó de acuerdo con los designios del Parlamento, aceptó el *Acto of Test*, ley por la cual solamente podía acceder al trono un anglicano, y el *Habeas Corpus Act* que garantizó la libertad de los súbditos al asegurarles que no podían ser detenidos ilegalmente.

La restauración de los Estuardo provocó la *revolución de 1688* que significó el triunfo del gobierno parlamentario y el surgimiento de la monarquía constitucional; el rey Guillermo III se vio obligado a aceptar el Estatuto de la revolución y el Bill de Derechos que colocaron al rey por debajo de la ley. El rey no podía suspender la ley ni prescindir de ella; no podía imponer tributos, crear delitos, hacer inamovibles a los jueces, interferir en los debates del Parlamento, ni mantener un ejército permanente sin el consentimiento del Parlamento. El pueblo por medio de sus representantes, libremente elegidos, podía decidir sobre la persona que habría de ocupar el trono. Se acabaron las teorías del derecho divino de los reyes, para quedar limitados a la voluntad del pueblo expresada por medio de sus representantes, o sea, el Parlamento mediante una ley entroniza al rey.

El gobierno parlamentario se consagró a través del sistema de partidos y el gabinete. Los partidos existieron desde Carlos II: los *tories*, conservadores adictos a la monarquía absoluta, pertenecientes a la nobleza y al anglicanismo, y los *whigs*, liberales, para quienes la monarquía es un contrato entre el rey y los súbditos, pertenecían a la burguesía y a las religiones disidentes: puritanos y presbiterianos.

El gabinete, en un principio, fue un comité del Consejo Privado del Rey. Como consecuencia de las luchas del s. XVII entre el rey y el Parlamento, la autoridad ejecutiva quedó en manos del rey, pero ejercida a través de sus ministros, quienes tenían que sentarse en el Parlamento, ser responsables ante él y deben renunciar si no gozan el apoyo de la mayoría de los miembros de la Cámara de los Comunes. El gabinete es un nexo entre el Ejecutivo y el Legislativo, está presidido por un primer ministro; existe la responsabilidad colectiva del ministerio.

Las luchas civiles inglesas y la revolución de 1688 se caracterizaron por las discusiones populares que dieron lugar al nacimiento de la opinión pública. Surgie-

ron dos grupos: los niveladores (*levellers*) y los cavadores (*diggers*), precursores del radicalismo democrático los primeros, y del comunismo utópico, los segundos. Para los niveladores, individualistas, los derechos humanos son evidentes por sí mismos, el hombre tiene un derecho innato a un mínimo de privilegios políticos, la limitación del gobierno por el poder soberano del pueblo; fue obra de ellos el *Agreement of the people* (Pacto del Pueblo). Para los cavadores o *diggers*, socialistas utópicos, la miseria es la causa de toda opresión y esclavitud, la libertad e igualdad política depende del control de la economía.

La revolución de 1688 contribuyó a que se generen la revolución norteamericana y la francesa. El derrocamiento de Jacobo II y el establecimiento de la monarquía limitada por el Parlamento condujo a la liquidación del absolutismo monárquico, la declinación de la Iglesia y de la nobleza y la creciente participación del pueblo en los asuntos públicos, la modificación de la estructura social como consecuencia de la revolución mercantil, a la que pronto se agregó la revolución industrial y la consagración de los derechos inalienables del individuo. Se percibió que el gobierno está determinado por causas sociales y económicas.

Locke, influenciado por el pensamiento de Hobbes, fue el teórico de la revolución de 1688. Más adelante nos referimos a ellos.

Durante la primera mitad del s. XVIII se consolidaron los principios Whigs. Como dice TREVELYAN:

[L]a tarea específica de la primera época hannoveriana⁴⁰ fue el establecimiento del imperio de la ley, una ley que con todas sus faltas era, por lo menos, ley de libertad. Sobre tan sólida cimentación se edificaron todas nuestras reformas subsiguientes⁴¹.

En el Acta de Establecimientos de 1701 se confirmó la independencia de los jueces; en 1706, el Parlamento proscribió la acción arbitraria del legislador y la reafirmación del principio de separación de poderes. La doctrina continental de *nullum crimen, nulla poena sine lege* fue traducida en la Inglaterra del s. XVIII por la frase: *Ubi non est lex ibi non est transgressio* (donde no hay ley no hay transgresión). Se estableció que los jueces deben ceñirse a las reglas generales y no a los objetivos particulares del gobierno.

En la segunda mitad del s. XVIII, David HUME dijo que la historia de Inglaterra evolucionó “del gobierno bajo el signo de la arbitrariedad al gobierno bajo el imperio de la ley”. En su *History of England* escribió:

40 La dinastía de los Hannover reinó en el electorado de Hannover (ciudad alemana) desde 1692, y en Gran Bretaña a partir de 1714. En ese año Jorge I se convirtió en rey de Inglaterra (1714-1721).

41 VON HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, ob. cit., p. 330.

El Parlamento pensó justamente que el rey era un magistrado demasiado eminente para que se le confiara un poder discrecional que podría fácilmente emplearse en la destrucción de la libertad. Y así se ha llegado a la conclusión de que, aunque de los principios de la estricta adhesión a la ley se derivan algunos inconvenientes, las ventajas los sobrepasan e inclinan para siempre a los ingleses a mostrar gratitud hacia la memoria de sus antepasados, quienes tras repetidas disputas establecieron al fin aquel noble principio.

Más tarde, pero en el mismo siglo, *sir William BLACKSTONE*, en sus *Commentaries on the Laws of England*, dice que la conservación de la libertad pública se sustenta en la independencia del Poder Judicial respecto del Legislativo y Ejecutivo; los jueces, si bien son nombrados por la Corona, no pueden ser móviles a su gusto y placer. Donde la justicia se une al legislativo, la vida, la libertad y la propiedad de los súbditos se hallan a merced de jueces arbitrarios, cuyas decisiones se basan en sus opiniones y no en el Derecho. Define a la ley como la “regla que no es una orden transitoria e imprevista de un superior o referida a personas determinadas, sino algo permanente, uniforme y universal”. Willian Paley señaló que la primera máxima del Estado libre es que las leyes se elaboren por quienes no han de administrarlas. Cuando tales oficios se unifican en las mismas personas o asambleas, las leyes son especiales, se dirigen hacia fines privados. Por el contrario, cuando esos oficios se mantienen separados, las leyes son generales, se elaboran sin que se prevea a quienes pueden afectar. Escribe PALEY:

Este país se halla resguardado efectivamente contra tales peligros mediante la división de la función judicial y legislativa. El Parlamento no conoce a los individuos sobre los que sus actos operarán; ante él no hay ni partidos ni casos, ni deseos particulares que servir. Consiguientemente, sus resoluciones vienen sugeridas por consideraciones de efectos y tendencias universales que siempre producen regulaciones imparciales y ventajosas para todos⁴².

Como hemos dicho, Locke, influenciado por Hobbes, fue el principal teórico de la revolución inglesa de 1688. A continuación, hacemos una breve referencia a estos dos autores.

a) Thomas Hobbes

Nació en Westport el 5 de abril de 1580 y fallece el 4 de septiembre de 1679. El *Leviatán* es su obra cumbre, cuya primera edición inglesa apareció en 1651. Leviatán es un nombre tomado de la Biblia para designar a la República o Estado; es un monstruo de traza bíblica, integrado por seres humanos, dotado de una vida cuyo origen brota de la razón humana, pero que bajo las circunstancias y necesidades decae, por obra de las pasiones, en la guerra civil y en la desintegración, que es la muerte.

Para la idea pactista de HOBBS⁴³, los hombres para abandonar la miserable vida de guerra⁴⁴, consecuencia de sus pasiones naturales, para defenderse contra un enemigo común o de sus ofensas mutuas, acuerdan conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres que los representa; y que cada uno considere como propio y se reconozca a sí mismo como autor de cualquier cosa que haga o promueva quien representa su persona; que además sometan su voluntad cada uno a la voluntad de aquél, y sus juicios a su juicio.

Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: *autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernar me a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizareis todos sus actos de la misma manera*. Hecho esto la multitud así unida en una persona se denomina Estado, en latín, *civitas*. Esta es la generación de aquel Leviatán, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa. Porque en virtud de esta autoridad que se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero. Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: *Una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para seguir la paz y defensa común*.

El titular de esta persona se denomina soberano, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es súbdito suyo.

Este poder se alcanza por dos conductos, o por la fuerza natural (actos de guerra), caso en el que se habla de Estado por adquisición, o por acuerdo de los hombres para someterse a algún hombre o asamblea de hombres voluntariamente, en la confianza

- 43 HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma o poder de una república, eclesiástica y civil* (Leviathan or the matter, form and power of a commonwealth ecclesiastical and civil), Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 6.^a reimp. 1994, p. 141.
- 44 Para HOBBS, no hay otro criterio de moralidad que el interés individual o egoísmo; el egoísmo es el origen y fundamento de la sociedad; del egoísmo que se defiende del egoísmo mismo brotan los fenómenos llamados derecho, deber, ley. "Hobbes separa el estado de naturaleza del estado de sociedad. En el primero está el desenfreno del egoísmo —*homo homini pupus*— con la consecuencia de inquietudes, daños, luchas, que originan el deseo de algo que impida dichas consecuencias. Este algo es el Estado: nace de un contrato, por el que los individuos se someten irrevocablemente a quien, por ese mismo acto, queda constituido árbitro que frena los egoísmos de todos, para proporcionar a todos la gran ventaja del orden y de la seguridad. El Estado que de ahí nace es absolutista, porque, nacido por él (con el orden y la seguridad) las categorías del orden y de la estabilidad —que son derechos, deberes, leyes, costumbres, etc.— a nada ni a nadie puede recurrir el individuo contra el Estado, si no es a lo que no ha recibido del Estado, es decir, al propio egoísmo y a la propia fuerza, que sin embargo ha enajenado en el contrato por la ventaja que la enajenación proporciona. El individuo queda así a merced del Estado" (FRANCO AMERIO, Armando y Carlini, CORNELIO FABRO, *Historia de la filosofía*, t. II, Madrid-Ciudad de México: Rialp, 1965, pp. 58 y 59).

de ser protegidos por ellos contra todos los demás, caso en el que puede hablarse de Estado político o Estado por *institución*.

Para la concepción contractualista de HOBBS, una vez delegado el poder, el pueblo no tiene medio alguno para recuperarlo. Entre los romanos no se conoce el derecho de rebelión, de resistencia a los poderes públicos.

b) John Locke

Nació en Somersetshire el 29 de agosto de 1632 y falleció en 1704. Fue secretario de Lord Shaftesbury, canciller de Carlos II. Desempeñó funciones en la Secretaría del Consejo de Comercio y formó parte del Consejo Privado de la Corona. Shaftesbury, acusado de alta traición, se refugió en Holanda, siendo seguido por Locke, quien, a su muerte, se vinculó a Guillermo de Orange, cónyuge de María, hija de Jacobo II, participando en proyecto de invasión de noviembre de 1688 que terminó con la dinastía de los Estuardos. Locke marca el comienzo la concepción liberal del Estado que tuvo su manifestación en la monarquía de los Orange⁴⁵ y que fomentó la revolucionaria Europa del s. XVIII, hasta encontrar su definitiva expresión filosófica en el *Contrato social* de Rousseau. Sus obras fueron escritas entre 1691 y 1704⁴⁶.

Locke toma de Hobbes y de los iusnaturalistas la concepción del estado natural como fundamento del estado social, pero, a diferencia de Hobbes que deduce de ello el absolutismo estatal, limita la soberanía estatal. Según Locke, el hombre en el estado de naturaleza es bueno, en el estado de sociedad es mejor. Por los inconvenientes del estado de naturaleza se unen los hombres en sociedad mediante contrato. El Estado no puede violar los derechos naturales en cuya tutela está toda la razón de ser de su existencia. La autoridad del Estado encuentra su límite en los derechos naturales; si traspasa esos límites es lícita la rebelión de los ciudadanos.

En su obra *Tratado sobre el gobierno civil* afirma que el estado de naturaleza es un estado de perfecta libertad; cada uno ordena sus acciones y dispone de sus bienes sin necesidad de permiso de hombre alguno. Es también un estado de igualdad donde nadie tiene más poder que nadie. Como todos somos hechos con semejantes facultades y participamos de la misma naturaleza, no puede haber ninguna subordinación que nos autorice a destruirnos los unos a los otros; cada uno debe preservarse y preservar a los demás, y no puede, salvo que se trate de ajusticiar a un delincuente, quitar la vida; cada uno debe tender a la preservación de la vida, la libertad, la salud de sus semejantes.

45 El liberalismo triunfó con Guillermo de Orange en 1689.

46 *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, *Racionalidad del cristianismo*, *Historia de la navegación*, *Memorias del conde de Shaftesbury*, *Cartas sobre la tolerancia y educación de los niños*.

La ley natural quiere la paz y la preservación de toda la humanidad, por lo que cada uno tiene derecho a castigar al que transgrede esta ley. En este estado de perfecta igualdad, donde no hay ninguna superioridad o jurisdicción natural de uno sobre otros, todos los hombres tienen derecho a castigar al delincuente y de ser los ejecutores de la ley natural. La ley natural dice que “aquel que derrama sangre humana, el hombre le derramará la suya”. Caín, después de asesinar a su hermano se lamentaba diciendo: “Cualquiera que me encuentre me matará”; esta era una verdad escrita en el corazón de todos los hombres. Pero como no es razonable que los hombres sean jueces de sus propios asuntos porque el amor propio los hará parciales para sí mismos y sus amigos, pues el que ha sido bastante injusto para ofender a su hermano, difícil será bastante justo como para condenarse por ello, y, por otra parte, la malicia, la pasión y la venganza los llevará demasiado lejos en el castigo de los otros, generándose la confusión y el desorden, y “Dios ha creado seguramente los gobiernos para restringir la parcialidad y la violencia de los hombres”. El gobierno civil es el remedio apropiado a los inconvenientes del estado de naturaleza. Pero ante monarcas absolutos, que mandan a la multitud y son jueces en causa propia y hacen lo que les plazca, sometiendo a los gobernados a sus actos equivocados o causados por la pasión, sin fiscalización por la multitud, es mejor el estado de naturaleza en el cual los hombres no están obligados a someterse a la voluntad injusta de otros.

El hombre obligado por la necesidad formó una sociedad y se adaptó a ella merced a la inteligencia y al lenguaje. La primera forma de sociedad existió entre el hombre y la mujer, de allí nació la sociedad entre padres e hijos, y con el tiempo la relación entre amo y sirviente. Todas estas formaron una sola familia y cada una o todas ellas se transformaron en “sociedades políticas”.

Por ley natural, todo hombre tiene: perfecta libertad, facultades y privilegios; el poder de preservar su propiedad, vida y libertad; estar contra las injurias y atentados de los otros hombres; juzgar y castigar a los transgresores de esta ley natural, proporcionalmente a la gravedad de la ofensa. Pero como no puede existir ni subsistir ninguna sociedad política si no posee el poder de preservar la propiedad y castigar las ofensas de todos sus miembros, se puede afirmar que solo existe sociedad política cuando cada hombre, para obtener protección y defensa, se ha despojado de su poder natural y lo ha colocado en manos de la comunidad. De este modo queda excluido todo juicio privado y la comunidad deviene en árbitro impersonal e igual para todas las partes. Para tal fin se crea un cuerpo de magistrados para juzgar las diferencias entre los miembros de la sociedad y castigar las ofensas de cualquier miembro a la sociedad de acuerdo a las penas establecidas por ley. La sociedad civil, el Estado, mediante el Poder Legislativo, determina el castigo para cada transgresión y ejecuta todos los actos para preservar la propiedad de todos los miembros de esa sociedad. Todo hombre que entra en la sociedad civil abandona su poder de castigar ofensas contra la ley natural y cede su derecho de juzgar los delitos al Poder Legislativo y concede al

Estado el derecho de emplear toda la fuerza para dar ejecución a los juicios. Este es el origen de Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo de una sociedad civil. Para castigar los delitos y vengar las injurias del extranjero, el Estado puede emplear la fuerza de todos los miembros de la sociedad si así fuera necesario.

Cuando un grupo de hombres se une en sociedad, cada uno abandona el poder ejecutivo que le pertenece por derecho natural y lo entrega a la autoridad pública. Esto sucede cada vez que un grupo de hombres en estado natural forma una sociedad para constituir un solo pueblo, un cuerpo político bajo un gobierno supremo y también cuando cualquiera se une o incorpora a un gobierno ya constituido, pues de este modo autoriza al Poder Legislativo a hacer leyes para él como lo requiere el bien público y para cuya ejecución es necesario su apoyo. Este hecho termina con el Estado de naturaleza y coloca a los hombres en el Estado mediante la creación de un juez con autoridad para determinar todas las controversias y corregir todas las injurias; este juez es el Poder Legislativo o un magistrado designado por este.

La monarquía es incompatible con la sociedad civil, no es una forma de gobierno civil, porque el fin de la sociedad civil es evitar que cada hombre juzgue su propio caso, colocando una autoridad a la cual todos puedan recurrir para resolver cualquier controversia con imparcialidad. Si falta esta autoridad, porque el príncipe reúne en su persona el poder legislativo y el ejecutivo, existe el estado de naturaleza; “en estas condiciones está cualquier príncipe absoluto respecto de los que están bajo su dominio”, llámesel zar, sultán o como quiera. Donde quiera que se hallen dos hombres sin una ley establecida entre ellos y un juez que resuelva sus controversias, están en estado de naturaleza y soportan sus inconvenientes, con la desplorable diferencia para el súbdito casi esclavo de un príncipe absoluto: que mientras en el estado de naturaleza tiene libertad de juzgar sobre su derecho, en la monarquía absoluta, cuando su propiedad es invadida por voluntad del monarca, carece de libertad de defensa de su derecho y está expuesto a las miserias e incomodidades que un hombre puede soportar de otro hombre que, al estar en el desenfrenado estado de naturaleza, está además corrompido por la alabanza y armado del poder público.

En el estado de naturaleza cada hombre es libre y dueño de su persona y de sus bienes, sin estar sometido a nadie, cada uno es soberano, por tanto, todos los hombres se encuentran en una situación de perfecta igualdad; cada uno es juez y ejecutor de la ley natural. En el estado de naturaleza, el hombre tiene dos poderes: 1) hacer todo lo que le parezca adecuado para su preservación y la de los demás dentro de los límites de la ley natural; y 2) castigar los crímenes cometidos contra la ley natural. Pero como no todos respetan la equidad y la justicia, cada hombre se encuentra expuesto constantemente a la invasión de los demás, cada uno siente inclinación por sus propios intereses, la pasión y la venganza puede determinar el fallo de sus propias causas, los que han delinquido no renunciarán a mantenerse por la fuerza cuando

puedan hacerlo; de esta manera la humanidad se encuentra en una situación temible y peligrosa. Para salir de esta situación, los hombres mediante un convenio original, renunciando a sus poderes naturales, forman una comunidad como un solo cuerpo, o sea, un cuerpo político con un gobierno común, limitándose cada uno con su consentimiento a conformarse con las decisiones de la mayoría. Así los hombres salen del estado de naturaleza y entran a formar un Estado.

La finalidad que persiguen los hombres al formar el Estado es preservar su propiedad, su libertad y su vida. Ante todo, desean: una ley estable, segura y conocida que delimite el bien del mal y que sea la medida para decidir las controversias; un juez imparcial para dirimir las controversias de acuerdo con la ley establecida; renuncian a su poder de castigo para que ello sea ejercido solamente por el designado por ellos. Los hombres renuncian a sus poderes naturales, y prometen emplear su fuerza natural para asistir al Poder Ejecutivo como requiere la ley; como en la sociedad civil goza de las ventajas derivadas del trabajo común, de la cooperación y la unión con los demás dentro de una misma comunidad que lo protege, debe renunciar a su libertad natural en tanto lo requiera el bien, la prosperidad y la seguridad de la sociedad.

Los hombres renuncian a la igualdad, libertad y poder ejecutivo, colocándolos en manos del Estado para ser utilizados por el Poder Legislativo como lo requiera el bien común, pues cada hombre ha renunciado a sus derechos con la única intención de preservar mejor su persona, libertad y propiedad. El Poder Legislativo o soberano no puede extenderse más allá del bien común (está limitado por la ley y por jueces imparciales y honestos que deciden las controversias de acuerdo con la ley); debe emplear la fuerza de la comunidad en el interior solamente en la ejecución de la ley, y en el exterior para prevenir o corregir las injurias de Estados extranjeros. El Estado debe tener como finalidad la paz, la seguridad y el bien público.

El Poder Legislativo dirige el empleo de la fuerza del Estado para preservar a la comunidad y a sus miembros, pero como las leyes las puede dictar en poco tiempo no es necesario que permanezca constantemente en función. Las leyes son obligatorias incluso para quienes los han sancionado, por lo que ellos no pueden ejecutarlas porque podrían eximirse de su obligatoriedad, de ahí la necesidad de que exista un Poder Ejecutivo en continua actividad.

El legislativo es el poder soberano, supremo, porque da leyes para todos los miembros de la sociedad, y porque todos los demás poderes derivan de él y están subordinados a él. *Salus populi suprema lex* es una regla que quien la sigue no puede equivocarse; el que gobierna sometiéndose a la ley obra en interés del pueblo y es amigo del pueblo, es la imagen simbólica y representativa del Estado, pero si viola la ley no tiene derecho a la obediencia de los súbditos, porque el gobierno no tiene voluntad ni poder fuera de la ley, en tal caso el poder vuelve a manos de quienes la otorgaron, o sea, a la comunidad que guarda siempre el poder supremo,

pues “en todas las circunstancias y condiciones, el verdadero remedio contra la fuerza ilegítima es también la fuerza. El uso de la fuerza arbitraria coloca siempre a quien la utiliza en la condición de agresor y lo expone a ser tratado como tal”.

La autoridad del soberano deriva únicamente de la ley. La tiranía consiste en el ejercicio abusivo del poder, a lo que nadie tiene derecho. El tirano no tiene ley sino su voluntad propia; usa el poder para su exclusivo beneficio y no para el de sus súbditos. Quien abuse del poder que las leyes le dieron deja de ser magistrado, y, como obra sin autoridad, es lícito oponérsele y resistírsele como a cualquier hombre que invadiese un derecho ajeno.

259.4.2. La Revolución norteamericana

Durante el s. XVII, ingleses, franceses y holandeses ocuparon Norteamérica. La colonización inglesa se inició con la explotación del tabaco en la región que llamaron Virginia, en homenaje a la reina virgen Isabel.

Los puritanos ingleses exiliados en Holanda, en 1620, se embarcaron en el Mayflower con destino a América, declarando ser súbditos leales del rey Jacobo, buscando un nuevo hogar para su fe, se instalaron al norte de Virginia, fundaron las colonias de Nueva Plymouth, Massachusetts y Connecticut, que agruparon bajo el nombre de Estados de Nueva Inglaterra. Establecieron una congregación que tenía la autoridad religiosa y política e hicieron de la ley divina el primer fundamento de la vida social y política.

En las colonias se estableció un gobernador, representante del rey, y una asamblea popular que votaba los gastos de la colonia y dictaba las leyes. Luego se sumó un consejo elegido por el gobernador, el cual representó el papel del senado. La primera asamblea parlamentaria funcionó en Jamestown el 20 de julio de 1669.

En 1767, el Parlamento inglés, sobre la base del principio de la soberanía parlamentaria ilimitada e ilimitable, declaró que la mayoría podía votar cualquier ley que estime conveniente. Desde entonces cayó el principio según el cual ningún poder debe ser arbitrario y que todos los poderes deben estar limitados por principios superiores al Parlamento. Los colonos americanos, que habían importado esos ideales con ellos, se horrorizaron de esa declaración, porque destruye la libertad anglosajona por la que sus antepasados británicos habían luchado y muerto. Reaccionaron contra el Parlamento inglés no solo por considerar que no estaban representados en él, sino, además, porque dicho Parlamento no reconocía límites. Los poderes ilimitados del rey y los poderes ilimitados del Parlamento son la misma cosa, “excepto que son infi-

nitamente más de temer en manos de muchos que en manos de uno”⁴⁷. Sobre la base del principio de la limitación del poder por leyes superiores, los colonos americanos iniciaron el ulterior desarrollo por la libertad.

En 1696, la metrópoli instaló una Oficina de Comercio y Plantaciones con el fin de intervenir en los asuntos comerciales y políticos de las colonias. La actividad de las colonias se reducía a la producción de materias primas para la industria inglesa y a ser un mercado para los productos manufacturados en Inglaterra.

La Oficina de Comercio y Plantaciones limitó la acción de los gobernadores con el objeto de garantizar el monopolio de la metrópoli en la exportación de materias primas y la protección de su industria. El Parlamento dictó leyes para evitar elaborar el mineral de hierro que producían (1719) y exportar sombreros de piel (1732).

La guerra con Francia, que tuvo lugar en 1755 a raíz de las pretensiones que tenían los franceses de Canadá sobre las colonias, concluyó en 1761 con la victoria de Inglaterra. La paz se firmó en París en 1773. Jorge III pensó que las colonias debían pagar los gastos ocasionados por las tropas que lucharon en Canadá y los necesarios para mantener el ejército colonial.

En 1764, el Parlamento sancionó un impuesto sobre el azúcar, el cual fue sustituido por el impuesto sobre el papel timbrado, llamado del Timbre, disponiendo que todo acto público o petición ante las autoridades debe hacerse en papel sellado. Las colonias se resistieron argumentando que no estaban representadas en el Parlamento, por lo que se violaba la Carta Magna al obligárseles a pagar un impuesto sin su consentimiento.

La defensa y oposición a la autonomía de las colonias tuvo como expositores a Lord Mansfield y Samuel Adams. El primero defendió la decisión del Parlamento y el sometimiento de las colonias a este. Adams sosténía que la Corona y el Parlamento carecían de potestad para imponer impuestos sin el consentimiento de las colonias.

Los colonos americanos en sus conflictos con la madre patria se basaban en los derechos y privilegios que tenían como ciudadanos británicos, pero cuando descubrieron que la Constitución británica no podía invocarse con éxito contra las pretensiones del Parlamento, consideraron la necesidad de limitar la autoridad legislativa mediante una Constitución escrita. En la *Massachusetts Circular Letter of February 11, 1768* se lee:

La Cámara expuso respetuosamente al ministerio sus sentimientos de que el alto tribunal parlamentario de Su Majestad es el poder legislativo supremo sobre todo el Imperio; que

⁴⁷ LEE, Arthur, *The Political Detection: or the Treachery and Tyranny of Administration, both at Home and Abroad; Displayed in a Series of Letters, signed Junius Americanus*, Londres, 1770, p. 73, VON HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, ob. cit., p. 340.

en todos los estados libres existe una Constitución fija y que, como el poder legislativo supremo deriva su fuerza y autoridad de tal Constitución, no puede exceder los límites de ella sin destruir sus propios cimientos; que la Constitución justifica y limita tanto la soberanía como la fidelidad y, por tanto, los súbditos americanos de Su Majestad que reconocen estar ligados por lazos de fidelidad, tienen la justa pretensión al total disfrute de las reglas fundamentales de la Constitución británica; que este es un derecho esencial, inalterable, encarnado en la propia Constitución como ley fundamental y siempre tenido como sagrado e irrevocable por los súbditos dentro del reino; que lo que un hombre ha adquirido honestamente es absolutamente suyo; que puede hacer libre donación de ello, pero nadie se lo puede quitar sin su consentimiento, y que, por tanto, los súbditos americanos, con exclusión de cualquier consideración de derechos pactados, deben defender con firmeza honesta el susodicho derecho natural y constitucional⁴⁸.

La experiencia enseñó a los colonos que la Constitución al distribuir poderes a diferentes autoridades, también limita dichos poderes, de forma que nadie puede poseer un poder ilimitado. En el gobierno representativo, los poderes de los representantes deben estar estrictamente señalados en la Constitución. El principio que establece que *el poder emana del pueblo* se refiere a la periódica elección de los representantes y al hecho de que el pueblo organizado en asamblea constituyente determina los poderes de los representantes. La Constitución envuelve la idea de jerarquía de autoridad y jerarquía de sus normas, por el alto grado de generalidad. A la ley superior que gobierna la legislación ordinaria, en el s. XVIII, se le concibió como ley divina o ley natural o ley de la razón. La idea de una Constitución escrita fue puesta en práctica por primera vez por los colonos americanos y fueron el primer pueblo que, en la historia moderna, se organizó con la forma de gobierno bajo la cual desea vivir.

En 1765 se reunió la Asamblea de Virginia, la cual declaró que ningún ciudadano podía aceptar impuestos que no hubieran sido aprobados por la asamblea legislativa de la colonia en unión con el rey. El Congreso de New York, convocado ese mismo año, emitió una declaración ratificando los derechos naturales a la libertad y a la propiedad; la defensa de la autonomía las colonias; que la sociedad está constituida en defensa de los ciudadanos; que todo gobierno es un contrato hecho a favor de los gobernados y que si aquel no cumple su mandato, estos tienen por su parte derecho a romper los vínculos que los liga; que no se puede intervenir en la libertad y en la propiedad si no es por medio de mandatarios; que el Parlamento no puede crear impuestos cuando no hay representantes de la comunidad a la que se quiere imponer esos impuestos, es decir, no se puede “imponer contribuciones sin el consentimiento del contribuyente”.

En 1767 el Parlamento inglés creó el impuesto sobre las pinturas, el papel y el té. En 1776 estalló una asonada en Boston que dejó un saldo de tres muertos y ocho heridos. En 1772, Massachusetts propició constituirse en Estado independiente; Virginia siguió el ejemplo. Los colonos decidieron no comprar el té para no pagar

los impuestos. Los cargamentos de té no pudieron ser descargados en Filadelfia; en Charleston, Carolina del Sur, se depositaron y pudrieron en los almacenes; en Bostón, el 16 de diciembre de 1773, el pueblo asaltó los buques y arrojó al mar el cargamento de té. Se castigó la sublevación cerrando el puerto, suprimiendo el Consejo y la Asamblea. El gobierno quedó en manos directamente del Parlamento; se confirió el mando civil de Massachusetts al general Gage, facultándolo para arrestar a los sospechosos. Los que cometían delito serían juzgados en Inglaterra. Los colonos debían recibir en sus casas a los soldados y alimentarlos.

Samuel Adams propició la reunión de una Asamblea general de todas las colonias, la que se llevó a cabo el 25 de septiembre de 1764, con la participación, entre otros, de Washington y Patricki Herry en representación de Virginia; Hohn y Samuel Adams por Massachusetts. La Asamblea pidió el reconocimiento de no pagar otros impuestos que los votados por sus asambleas y el de ser juzgados en sus colonias.

El 10 de mayo de 1775 se reunió la Asamblea de Filadelfia, a la que se le denominó *Congreso Continental*. Su primera medida fue constituir un gobierno, con cuyo propósito se redactaron los artículos de la confederación, que no se publicaron, pero que fue el germen de la *Constitución*. Cada colonia organizará su gobierno. El Congreso se reserva el derecho de declarar la guerra, firmar la paz y establecer nuevas colonias. Tenía la facultad de dictar leyes, establecer aduanas, acuñar moneda, organizar los servicios de correos y el ejército. No podía crear impuestos, facultad que quedó exclusivamente en manos de las colonias.

El Congreso organizó un ejército designando a Washington su comandante en jefe. En mayo 1776 decidió declarar la independencia. Se designó una comisión compuesta por Benjamín Franklin, Roger Sherman, Robert Livingston, John Adams y Thomas Jefferson para que redacte la declaración de independencia. El 1 de julio de 1776, la comisión aprobó el proyecto de Jefferson. El 4 de julio, el Congreso declaró la independencia. Así nació la primera organización política por acuerdo libre de individuos iguales, dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad, y que todo gobierno nace del consentimiento de los gobernados.

Estados Unidos es el primer país que se organiza como una democracia política moderna surgida de pactos y con una Constitución escrita. Con una historia que, como ningún otro pueblo, tiene una fecha y un origen fijo, como consecuencia de la asociación de individuos libres, iguales, ávidos de cumplir sus propios sueños, de distintas procedencias, sin una tradición que se haya transmitido de generación en generación, alejado de las ideologías, pragmáticos, inspirado en el racionalismo protestante y el influjo del liberalismo.

El nacimiento del capitalismo coincidió con la colonización y desarrollo de los Estados Unidos, de ahí el individualismo norteamericano en lo político y económico. Su organización como Estado federal se llevó a cabo tras un largo proceso: En la lucha por la independencia destacan la victoria de los americanos en Saratoga, el 15 de octubre de 1777, y la alianza con Francia en el tratado de París, el 6 de febrero de 1778 que condujo a la derrota de los ingleses y la firma de la paz el 3 de septiembre de 1778. Las colonias adoptaron diversas formas de gobierno y redactaron sus constituciones bajo el modelo de la Constitución de Virginia de 1776.

El Congreso Continental de 15 de septiembre de 1777 sancionó un documento denominado “Artículos de Confederación y Unión Perpetua” por el que se creó la confederación llamada *Estados Unidos de América*, conservando cada Estado su soberanía e independencia. El principal órgano de la unión era el Congreso encargado de los asuntos extranjeros, del ejército y de resolver los conflictos entre los estados por cuestiones territoriales. El sistema presentaba una falla estructural: la falta de un gobierno central que se encargue del Poder Ejecutivo con la facultad de crear y percibir impuestos, lo que determinó que la confederación se quede sin ejército, sin hacienda, impotente para ejecutar el tratado de paz con Inglaterra, celebrar tratados, proveer a la seguridad, desarrollar la navegación, promover las industrias, regular el comercio interior.

La *Convención Constituyente* se reunió en Filadelfia, el 25 de mayo de 1787, integrada, entre otros, por George Washington, quien la presidió, James Madison, George Mason, Morris y James Wilson, Roger Sherman, Elbridge Gerry. El 17 de septiembre se firmó un proyecto de la Constitución que fue sometido a ratificación de los estados. La Convención reconoció que la Constitución Federal, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados representan la ley suprema de los Estados Unidos, por tanto, obligan a todos los jueces estaduales.

La *Constitución* comprende un preámbulo y siete artículos, cuatro de ellos divididos en secciones. El artículo primero, que abarca diez secciones, dedicado al Poder Legislativo, establece que el Congreso se compone de un Senado y una Cámara de Representantes. En la sección 8 que se subdivide en 18 apartados, se señala, entre las facultades del Congreso, imponer y recaudar impuestos y contribuciones para pagar las deudas, proveer a la defensa común y al bienestar general de los Estados Unidos; contraer empréstitos, regular el comercio con naciones extranjeras entre los estados; establecer leyes sobre naturalización y quiebras, acuñar moneda, establecer oficinas de correos, fomentar la ciencia y las artes, declarar la guerra, reclutar y mantener el ejército, entre otras. El artículo segundo está destinado a organizar el Poder Ejecutivo confiado al presidente, a quien se le reconoce el carácter de jefe supremo del ejército y de la armada, y la facultad de ordenar la suspensión de sentencias y conceder indultos. El artículo tercero consagrado al Poder Judicial confiado a un Tribunal Supremo y a los tribunales inferiores que el Congreso cree. El artículo cuarto regula las relaciones interestatales. El artículo quinto disciplina la reforma de la Constitución y la facultad

del Congreso de proponer enmiendas. El artículo sexto asegura la supremacía de la Constitución. Finalmente, el artículo séptimo establece que la ratificación de las convenciones de nueve Estados será suficiente para establecer la Constitución Federal. Dictada por la Convención Constituyente el 17 de septiembre de 1787, se elevó al Congreso para su consideración. Este la remitió a los distintos Estados para su ratificación; la última ratificación se logró en 1790. Las diez primeras enmiendas a la Constitución fueron votadas por el I Congreso, el 25 de septiembre de 1789, y entraron vigor el 15 de diciembre de 1791, con la ratificación de once de los catorce Estados.

En la historia constitucional de los Estados Unidos, ningún debate ha tenido mayor trascendencia que el de la esclavitud. Fue la causa de la guerra civil entre los Estados del norte, antiesclavistas, y los Estados del Sur, esclavistas.

Lincoln asumió la presidencia el 4 de marzo de 1861. En su mensaje inaugural afirmó que la unión federal es perpetua y desconoció el derecho de secesión invocado por la Confederación formada por los Estados del Sur, los que alegaban que los Estados del norte, que no tienen esclavos, han negado el derecho de propiedad sobre los esclavos reconocido por la Constitución. La guerra terminó con el triunfo de las armas federales el 9 de abril de 1865. La libertad de los esclavos quedó garantizada con la enmienda XIII de la Constitución.

Como dice LOEWENSTEIN⁴⁹, difícilmente otro tipo de gobierno democrático constitucional se ha alejado tanto de su concepción originaria como el presidencialismo norteamericano. La división clásica en funciones separadas de gobierno, legislación y judicial está superada. “Por ello, se obtiene una versión más realista aplicando la nueva división tripartita: determinación de la decisión, ejecución de la decisión y control político”.

La iniciativa para la decisión política parte del presidente y ocasionalmente del Congreso; independientemente de donde provenga la iniciativa, el presidente comparte las decisiones políticas importantes con el Congreso, frecuentemente en las condiciones prescritas por este, porque los medios económicos necesarios para su realización son otorgados por el Congreso.

La ejecución de la decisión, dominio del presidente según la Constitución, es una función que debe ser compartida por el presidente y el Congreso, ya que es necesario emitir leyes y otorgar recursos pecuniarios.

En cuanto al control político se debe tener en cuenta los frenos y contrapesos (*checks and balance*). Frente al Congreso, el presidente usa el voto contra leyes que el Ejecutivo desaprueba por razones políticas. El Congreso cuenta con un mayor

49 LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1982, p. 136 y ss.

repertorio de posibilidades de control sobre el Gobierno, mediante la ratificación de tratados, el otorgamiento de medios económicos y la actividad de las comisiones de investigación. El pueblo organizado como electorado en los partidos políticos toma también parte en el control político. No hay la posibilidad de destituir al presidente a través de un voto de no confianza o de disolver el Congreso. El control del electorado se activa solo en época de elecciones cada dos o cuatro años en la primera semana de noviembre. El mandato corto de dos años de los miembros de la Cámara de Representantes otorga la posibilidad de conocer cómo marcha la corriente política.

El Poder Judicial, en primera línea la *Supreme Court*, participa en el control sobre las decisiones políticas del Congreso invalidando leyes incompatibles con la Constitución.

El tipo de gobierno americano, sigue diciendo LOEWENSTEIN, por coordinación no es ni presidencialista ni asambleísta. Que el tipo de gobierno se incline hacia una u otra configuración política depende de la personalidad y liderazgo de quien se encuentre en la Casa Blanca. El presidencialismo americano no ha encontrado raíces en ningún otro ambiente político. La introducción en el parlamentarismo europeo de un presidente al estilo americano ha significado la sentencia de muerte para el constitucionalismo. En Iberoamérica el presidencialismo americano no ha aportado en absoluto a la continuidad constitucional y el buen gobierno que se esperaba de él, por el contrario, siempre ha dado lugar al autoritarismo y al caudillismo. La presidencia se convierte en un instrumento para la ambición de un individuo apoyado por el Ejército, la oligarquía y la Iglesia, o la presidencia, adquiere rasgos cuasiblebiscitarios para navegar con el viento de las masas sublevadas contra el arcaísmo feudal. El tipo de gobierno americano, bien que se le designe como “presidencialismo”, o como gobierno con “separación de poderes” o con “separación y coordinación de funciones”, “es casi un producto específicamente nacional del pueblo americano, que ha recibido más bendiciones de la providencia que ninguna otra nación en la historia de la humanidad. El milagro de la República americana no se basa en su Constitución, sino que se ha dado a pesar de ella”.

259.4.4.3. La Revolución francesa

1) Generalidades

La impopularidad, el desprecio y repudio a la clase dirigente, al absolutismo de los Borbones, al mercantilismo, a los rezagos feudales, a los privilegios del trono, de la aristocracia y el clero, al sistema de impuestos, al desorden financiero y el déficit como resultado de la imposibilidad de imponer impuestos a las clases privilegiadas, culminó con la revolución cuyo triunfo asombró al mundo occidental por el estable-

cimiento de una estructura social entre hombres libres e iguales, el aniquilamiento del mercantilismo y de todo rezago feudal, la instauración de una estructura política sin privilegios y el acceso al poder de la clase media, la consagración del liberalismo económico, la supresión de los privilegios que detentaban la aristocracia, el clero y el trono.

Felipe el Hermoso, en 1302, constituyó los *Estados Generales* integrados por tres asambleas representativas de los tres Estados: el clero, la nobleza y el tercer estado (*tiers état*), denominado también estado común o estado llano. La monarquía utilizó a los Estados Generales para limitar los privilegios feudales. En un principio el tercer estado representó a la clase media, a los burgueses; no representaba al proletariado. Cuando las clases de privilegio unidas a la Corona significaron una amenaza para el tercer estado, este dejó de ser una fuerza de colaboración como lo era inicialmente en la estructura de los Estados Generales y se convirtió en la expresión concreta de la soberanía popular, el tercer estado es el pueblo actuando como titular de la soberanía política.

El 9 de julio de 1789 se reunió la *Asamblea Constituyente* con representantes del clero, la nobleza y el tercer estado. El 14 de julio, el pueblo tomó la Bastilla. El 26 de agosto de 1789 se redactó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. A principios de 1791, la Asamblea Constituyente promulgó la Constitución consagrando los principios de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La Constitución fue aceptada por el rey el 13 de septiembre de 1791, después de intentar huir.

Las transformaciones sociales, como consecuencia de la revolución, removieron los cimientos del mundo moderno y se inició una nueva etapa en la historia de la civilización occidental. Se aniquiló el mercantilismo y consagró el liberalismo económico. Fueron destruidos los resabios feudales y se inauguró un orden social basado en relaciones entre hombres libres e iguales. La clase media accedió al poder sustituyendo los poderes del reino, de la aristocracia y el clero. El triunfo de la Revolución Francesa constituyó el fin del absolutismo monárquico, la consagración del Estado liberal, la supresión de los privilegios que detentaban el trono, la aristocracia y el clero.

2) Causas de la revolución

La Revolución francesa (1789-1799) tuvo causas políticas, económicas e intelectuales.

a) Causas políticas

Las causas políticas de la Revolución Francesa fueron: el absolutismo monárquico de los Borbones, especialmente el reinado de Luis XIV, Luis XV y Luis

xvi. La concentración del poder absoluto en manos del rey, quien no convocabía a los Estados Generales⁵⁰ desde 1614. El Parlamento convertido en sostén de los privilegios de una aristocracia decadente. Los desastres militares de Francia, particularmente la guerra de los Siete Años (1756-1763) con el triunfo de Inglaterra, y la intervención de Francia en la guerra de emancipación de los Estados Unidos, que produjeron una honda crisis financiera. La supervivencia feudal para mantener el poder real y el predominio de la nobleza. La organización gubernamental incompetente y corrupta; la resistencia contra el sistema de privilegios, según el cual Francia se dividía en estamentos: el clero (alto clero: cardenales, arzobispos, obispos y abades; bajo clero: curas de parroquia), la nobleza (nobleza de espada y nobleza de toga) y el pueblo. El tercer estado comprendía a la burguesía (comerciantes, industriales, financieros y artesanos), mas no a los campesinos ni al proletariado, estos no iniciaron la revolución, sino se plegaron una vez iniciada por otros. El desorden de la administración, caracterizada por el derroche, el peculado y la inefficiencia. El 13 de abril de 1598, Enrique IV firmó el edicto de Nantes con el que definió los derechos de culto y políticos de los protestantes y acabó con las guerras de religión. En 1685, este edicto fue revocado por Luis XV originando la emigración a Inglaterra de miles de hugonotes como consecuencia de las persecuciones religiosas, lo que marcó el comienzo de la declinación de la monarquía.

A estas causales de naturaleza económica se sumó la mantención de la servidumbre de los campesinos en algunas zonas; subsistieron las prácticas feudales denominadas *banalités* (tributo pagado al noble por el uso del campesino libre del molino y del horno de pan); el derecho de caza de los nobles que les permitía pasar por los cultivos sin que los campesinos puedan impedirlos; la *corvée* (obligación del campesino de mantener cuidadas las carreteras).

b) Causas económicas

Entre las causas económicas figuran: la aparición de la clase media, cada vez en ascenso, con poder económico, que demandaba tener poder político como correlato del económico. El Estado llano, que había adquirido cultura, riqueza y poder, exigía igualdad de derechos, acabar con la economía medieval, con el mercantilismo y sus regulaciones que limitaban la libertad de comercio entre Francia y sus colonias, fijaba salarios, precios. La clase media reclamó consagrar el liberalismo económico, buscó reemplazar a la nobleza entregada a los placeres.

⁵⁰ Los Estados Generales son asambleas o reuniones de tipo deliberativo convocados por la Corona, sin regularidad institucional, que reunían a las tres clases, órdenes o estados integrantes de la organización social francesa: el clero, la nobleza y el tercer estado formado por la clase media. Estado significa orden, clase, jerarquía y calidad de las personas que componen un reino.

El sistema de impuestos fue otra de las causas; el diezmo que percibía la Iglesia sobre las cosechas beneficiaba solamente al alto clero, el bajo clero vivía en la miseria. Existían impuestos directos: sobre la propiedad real y personal; impuestos por cabeza; impuestos sobre los ingresos. Impuestos indirectos, entre los que se encontraba el impuesto a la sal. El clero y la nobleza estaban eximidos de la tributación directa, la que recaía en el tercer estado.

b.1) *El liberalismo económico*

A la teoría liberal y democrática en lo político se sumó la doctrina de los fisiócratas —Francisco Quesnay (1694-1774), Dupont de Nemours (1739-1817) y Roberto Jacobo Turgot (1727-1781)—, quienes, en oposición al mercantilismo y a la intervención gubernamental en la producción y distribución de riqueza, lucharon por liberar a la actividad económica de toda intervención estatal. Su máxima fue: *Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui-même* (dejar hacer, dejar pasar, el mundo marcha por sí mismo).

La doctrina de los fisiócratas considera que, para las naciones, las actividades primarias, como la agricultura y la minería, son más importantes que las de tipo terciario, como el comercio. Cree en la santidad de la propiedad privada, la libertad de comerciar y contratar. La libertad es la respuesta a todos los problemas sociales por más difíciles que sean. Existe un orden natural de la sociedad regido por una mano invisible, basado en la libertad, el interés del individuo y la propiedad. Toda regulación de la economía por el Estado es antinatural y se oponen a las eternas leyes económicas.

SMITH (1723-1790), brillante expositor del individualismo económico, en su libro *Investigaciones sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones* (1776), sostiene que el trabajo es la verdadera fuente de la riqueza; la libertad económica es la base de la prosperidad general, sin perjuicio de que el Estado intervenga para impedir la injusticia y la opresión, mejorar la educación, proteger la salud pública y realizar actividad empresarial que no puedan hacer los particulares. El centro de la economía es la empresa y su ley interna es la libertad; el Estado debe limitarse a la seguridad y a la defensa de la libertad. La economía crece merced a la actividad de los particulares impulsados por obtener el máximo de ganancia. La productividad de la sociedad aumenta en proporción al aumento del capital, y este solo aumenta en proporción al ahorro gradual de los ingresos, el individuo persiguiendo su interés fomenta el interés social.

El liberalismo económico glorifica a la libertad y a las leyes del mercado. El valor de los bienes, los precios, los salarios, el capital, los intereses, las ganancias resultan del libre juego de la oferta y la demanda.

b.2) *La primera revolución industrial*

Entre los años 1760 y 1860 se produjo la primera *revolución industrial*, denominación dada al conjunto de transformaciones económicas y sociales que se produjeron como consecuencia de la utilización de la fuerza motriz en la industria, la agricultura, el transporte, las comunicaciones. Se inició en Inglaterra al amparo de las condiciones económicas, políticas y sociales favorables: El triunfo de Inglaterra sobre Francia en la guerra de los Siete Años que le permitió afirmar su poderío imperial y comercial; el auge de las compañías por acciones, el comercio de valores a través de la Bolsa de Londres (1698), la gradual desaparición de las restricciones a la libre competencia, la creación del Banco de Inglaterra (1694) que hizo de este país el más importante país capitalista del s. XVIII; la migraron de los campesinos a los centros industriales; como consecuencia de la revocación del edicto de Nantes⁵¹ miles de hugonotes (católicos calvinistas franceses) emigraron a Inglaterra favoreciendo el crecimiento industrial; el ascenso a la nobleza estaba abierto a los propietarios del dinero.

Se inventó: el torno de hilar (1767); el telar hidráulico (1769); en 1779 se combinaron los dos inventos anteriores mejorando la fabricación de paños de algodón; el telar de fuerza mecánica (1785); la desmotadora de algodón (1772); en 1769 se perfeccionó la máquina de vapor con lo que se aceleró la industrialización, se desarrolló la industria del hierro; en 1825 se inauguró el primer ferrocarril; se inició la navegación a vapor, se inventó el telégrafo, se desarrolló la química agrícola, se creó la segadora automática, se mejoró la fundición de los metales, la producción de vidrio, la relojería, la ebanistería, los adelantos en la medicina.

La revolución industrial inglesa llegó a Francia con las máquinas para el hilado de algodón, la manufactura del azúcar, del café que llegaba de las Antillas, la máquina de vapor, el estampado de telas, la elaboración de productos químicos. La industrialización contribuyó al surgimiento de una burguesía formada por banqueros, proveedores del ejército y la marina, armadores, negociantes, fabricantes, receptores de rentas, lo que

51 En Nantes, ciudad de Francia, el 13 de abril de 1598, Enrique IV de Francia definió los derechos de culto y políticos de los protestantes en Francia y acabó con las guerras de religión. La revocación del edicto por Luis XIV (1685) originó la emigración de entre 200 000 y 300 000 hugones.

confirió poder económico a la clase media. Las clases sociales en lucha fueron la nobleza y la burguesía, los campesinos se limitaron a intervenir en la revolución una vez iniciada.

c) *Causas intelectuales*

Las causas intelectuales se resumen principalmente en la teoría liberal de Locke, Montesquieu y Voltaire, y en la teoría democrática de Rousseau.

c.1) *Montesquieu*

Carlos Luís de Secondat, barón de La Bréde y de Montesquieu, nació el 18 de enero de 1689. Entre sus principales obras figura *El espíritu de las leyes* (escrito entre 1731 y 1748)⁵². Sostiene que nada en la historia es producto del azar; hay causas morales y físicas que actúan sobre todos los Estados que los elevan, conservan o destruyen. Las faltas que cometan los hombres de Estado no son siempre libres, sino consecuencia de la situación general en que están colocados. La división del pueblo en partidos es útil para la vida política.

La virtud política o pública, que es el amor a la patria y a la igualdad, es el resorte que mueve a la república, el honor lo es de la monarquía.

La ley es la expresión de las relaciones necesarias que surgen de la naturaleza de las cosas, y en ese sentido el mundo material y los hombres tienen sus leyes. Las primeras, relativas al movimiento de la materia, son invariables, uniformes y constantes; las que rigen la vida humana son relaciones de justicia posible, por tanto, no son invariables, uniformes y constantes.

Las leyes que se derivan de la naturaleza del ser humano son: la paz, las que nos impulsan a buscar alimentos, la de la atracción de los sexos y la de vivir en sociedad. Con la vida en sociedad concluye el estado de igualdad y empieza el estado de guerra entre naciones y de los particulares en su afán de aprovecharse de las ventajas de la sociedad. Ambos estados de guerra han determinado la creación del derecho de gentes para regular las relaciones entre los pueblos y las leyes civiles para regular las relaciones entre los particulares.

Las leyes dependen de una serie de relaciones vinculadas a la naturaleza y al principio del gobierno; a las condiciones físicas del país; al clima; a la calidad del terreno; al género de vida de los pueblos: labradores, cazado-

52 *Las cartas persas. Discurso sobre la diferencia entre la consideración y la reputación. Tratado general de los deberes del hombre. El espíritu de las leyes.*

res, pastores; a la religión, las costumbres, a la riqueza. Ese conjunto de relaciones forma *El espíritu de las leyes*.

Según MONTESQUIEU, hay tres clases de gobierno: la república con su principio, la virtud; la monarquía con su principio, el honor; y el despotismo con su principio, el temor. La república puede ser democrática si el titular del poder soberano es el pueblo (el pueblo nombra a sus magistrados y ejerce la soberanía) o aristocrática cuando el poder está en manos de unos pocos que hacen las leyes y las hacen ejecutar. La monarquía requiere de la nobleza como poder intermedio. Abolir los poderes de los señores, del clero, de la nobleza y de los ciudadanos significa tener pronto un Estado despótico. El gobierno despótico es ejercido por una sola persona, sin instancias intermedias, que se corrompe sin cesar, puesto que es corrompido por naturaleza; la voluntad del déspota es la ley fundamental del Estado, aun cuando se trate de sus pasiones y caprichos más brutales.

La libertad es el derecho a hacer todo lo que las leyes permiten; una Constitución es libre cuando el poder contiene al poder, a cuyo efecto es necesario la existencia de varios poderes que se equilibren, frenen y contrapesen. Estos poderes son el Ejecutivo, que rige el presente; el Legislativo, que legisla para el futuro, y el Judicial, que juzga sobre el pasado. El Legislativo dicta la ley, el Ejecutivo la pone en vigencia y el Judicial la aplica. La división de los poderes es garantía de libertad y tranquilidad del ciudadano. Si el Poder Legislativo y el Ejecutivo se reúnen en una misma persona, el gobernante puede dar leyes tiránicas que las ejecuta tiránicamente. Si el Poder Judicial no está deslindado de los demás poderes, puede disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de las personas. La división de poderes es la medida de la libertad.

c.2) Voltaire

VOLTAIRE⁵³, seudónimo de Francois Marie Arouet (1694-1778), creía que la ciencia política debe fundarse en la historia. Amó a la libertad y despreció a la tiranía; defendió los derechos naturales y las leyes naturales gravadas en todos los corazones, con el fin de mantener la justicia impuesta por la propia naturaleza.

Sostiene que el advenimiento de la edad de la razón significa la emancipación de los individuos de la Iglesia, la liberación del hombre de los miedos impuestos por la religión tradicional, la liquidación de las creen-

53 Escribió muchas obras, entre ellas las siguientes: *Cartas filosóficas*; *Historia de Carlos XII*; *Ensayo sobre las costumbres*; *Diccionario filosófico*; *Discurso sobre el hombre*; *De la religión natural*; *Comentarios del Espíritu de las leyes*, e *Ideas republicanas*.

cias que permitían la supervivencia del derecho divino de los reyes como sustento de la monarquía.

Afirma que de las leyes naturales provienen las libertades de la persona: de pensamiento, de prensa, de propiedad, de no ser condenado sino en los términos de la ley y por un jurado imparcial.

No hay gobiernos perfectos porque los hombres tienen pasiones, pero, sin duda, el más tolerable es el republicano porque se acerca más a los hombres, a la igualdad natural. El gobierno civil debe ser la voluntad de todos ejecutada por uno o por varios de acuerdo a las leyes que todos han establecido. Cree que la capacidad de acción de un gobierno puede liberar a todos de la superstición religiosa y asegurarle el goce de los derechos naturales.

Considera a la guerra como una rabia universal que destruye al mundo. En el *Diccionario filosófico* exclama:

Filósofos y moralistas, ¡quemad todos nuestros libros! Mientras el capricho de algunos hombres conduzca a hacer degollar legalmente a millares de nuestros hermanos, la parte del género humano consagrado al heroísmo ha de ser lo más hermoso que existe en la naturaleza entera.

En su obra *Comentarios sobre el Espíritu de las leyes*, expresa:

Si una comunidad de hombres es dominada por uno solo o por algunos, es evidentemente porque no tiene ni el valor ni la habilidad para gobernarse por sí misma [...] Una sociedad de hombres gobernada arbitrariamente se asemeja a un rebaño de bueyes puestos al yugo para servir al amo. No los alimenta sino para que estén en estado de servirlo, no los cuida en sus enfermedades sino para que, sanos, le sean útiles; los engorda para alimentarse de su sustancia, y utiliza la piel de los unos para enganchar los otros al arado [...] Un pueblo es así subyugado por un compatriota hábil, que aprovechó su imbecilidad y sus divisiones, o por un ladrón llamado conquistador, que vino con otros ladrones a adueñarse de sus tierras, que mató a los que resistieron y que hizo sus esclavos de los cobardes a quienes dejó la vida.

c.3) Juan Jacobo Rousseau

ROUSSEAU⁵⁴ (1712-1778), con Montesquieu y Voltaire, forma la trilogía de los precursores de la Revolución francesa y de la configuración del Estado liberal moderno.

54 Sus obras son: *El contrato social*, *Discurso sobre las ciencias y las artes*, *Discurso sobre el fundamento de la desigualdad entre los hombres*, *Cartas a d'Alambert sobre los espectáculos*, *La nueva Eloísa*, *Emilio o la educación*, *Confesiones*, *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*, entre otras obras.

Rousseau, apartándose del racionalismo y del historicismo, explica los conceptos de estado de naturaleza, el contrato social, la voluntad general, la organización del gobierno y el ejercicio de la soberanía.

En el *Discurso sobre la desigualdad* dice que los hombres en *estado de naturaleza*, primitivos, antes de entrar en contacto con la civilización que los desnaturalizó, se satisfacen sobre una encina, se sacian en el primer arroyo, encuentran su lecho al pie del mismo árbol que les ha suministrado su alimento, viven todos con tranquilidad y dicha, poseen la fuerza física necesaria para vencer los obstáculos de la naturaleza, la agilidad para resistir a los animales feroces, poseen una fuerza de sentimientos que les proporciona una gran delicadeza de sentidos, son indiferentes al bien y el mal, tienen un gran instinto de conservación y piedad por los demás.

La desigualdad es obra de la civilización. La comprensión de la propia debilidad determina a los hombres a unirse y a servirse los unos de los otros, naciendo al mismo tiempo la admiración y la envidia, el trabajo y la propiedad. Con esta la desigualdad surge la sociedad civilizada, con sus bienes y sus males, la seguridad y la esclavitud, la protección para los fuertes y la servidumbre para los débiles. Las desigualdades se han introducido por la fuerza y consagrado por la ley.

Tal sería o debió ser el origen de las leyes, las cuales aumentarán las trabas para los débiles, darán menos bríos a los audaces, destruirán, sin dejarle medios de reaparecer, la libertad natural; fijarán la ley de la propiedad y de la desigualdad; de una mañosa usurpación harán un derecho irrevocable; y, para bien de muchos ambiciosos, sujetarán atrozmente al género humano al trabajo, la servidumbre y la miseria.

En El *contrato social* expresa que “el hombre ha nacido libre y en todas partes se halla encadenado. Créese alguno señor de los demás sin dejar por esto de ser más esclavo que ellos mismos”. Con el fin de explicar qué cosas pueden legitimar esta situación dice:

[M]ientras un pueblo se ve forzado a obedecer, hace bien si obedece; tan pronto como puede sacudir el yugo, si lo sacude, obra mucho mejor; pues recobrando su libertad por el mismo derecho con que se la han quitado, o tiene motivos para recuperarla, o no tenían ninguno para privarle de ella los que tal hicieron. Pero el orden social es un derecho sagrado que sirve de base a todos los demás. Este derecho, sin embargo, no viene de la naturaleza; luego se funda en convenciones.

La sociedad más antigua de todas, y la única natural es la familia. Los hijos permanecen unidos al padre todo el tiempo que lo necesitan para su conservación, luego el vínculo natural se disuelve. Si continúan unidos ya no es por naturaleza, sino por su voluntad, y la familia misma no se mantiene sino por convención. Es la familia el primer momento de las sociedades políticas: “El jefe es la imagen del padre, y el pueblo es la imagen de los hijos; y habiendo nacido todos iguales y libres, solo enajenan su libertad por su utilidad misma”.

La fuerza no hace al derecho; no se está obligado a obedecer sino a los poderes legítimos. El más fuerte nunca lo es bastante para dominar siempre, si no muda su fuerza en derecho y la obediencia en obligación.

Cuando se llega al punto en que los obstáculos superan las fuerzas de que dispone cada individuo para conservarse en el estado de naturaleza, el estado primitivo no puede durar más, pues perecería el género humano si no variase su modo de vivir. Como los hombres no pueden crear nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que ya existen, solo les queda, para conservarse, unir sus fuerzas mediante asociación para vencer la resistencia. Como la fuerza y libertad de cada individuo son los instrumentos de su conservación, es necesario entonces:

[E]ncontrar una forma de asociación capaz de defender y proteger con toda la fuerza común la persona y bienes de cada uno de los asociados, pero de modo que cada uno de ellos, uniéndose a todos, solo obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes.

Este problema se resuelve con el contrato social.

Las cláusulas de este contrato, que en todas partes son las mismas, se reducen a una sola:

[L]a enajenación total de cada asociado con todos sus derechos hecha a favor de la comunidad; porque en primer lugar, dándose cada uno en todas sus partes, la condición es igual para todos; siendo la condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa a los otros.

Además, haciendo cada cual la enajenación sin reservarse nada, la unión es perfecta como puede serlo, sin que ningún socio pueda reclamar: pues si quedasen algunos derechos a los particulares, como no existiría un superior común que pudiese fallar entre ellos y el público, siendo cada uno su propio juez en algún punto, bien pronto pretendería serlo en todos, subsistiría el estado de naturaleza y la asociación llegaría a ser necesariamente tiránica o inútil.

En fin, dándose cada cual a todos, no se da a nadie en particular; y como no hay socio alguno sobre quien no se adquiera el mismo derecho que uno le cede

sobre sí, se gana en este cambio el equivalente de todo lo que uno pierde, y una fuerza mayor para conservar lo que uno tiene.

Si quitamos, pues, del pacto social lo que no es de su esencia, veremos que se reduce a estos términos: Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo también a cada miembro como parte indivisible del todo.

En el mismo momento, en vez de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral o colectivo compuesto de tantos miembros como voces tiene la asamblea, cuyo cuerpo recibe del mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública, que se forma así por la unión de todas las otras, tomaba antiguamente el nombre de civitas, y ahora el de república o de cuerpo político, al que sus miembros llaman Estado cuando es pasivo, soberano cuando es activo, potencia al comprarlo con sus semejantes. Con relación a los asociados, toman colectivamente el nombre de pueblo, y se llaman en particular ciudadanos, como partícipes de la autoridad soberana, y súbditos, como sometidos a las leyes del Estado (Lib. I. cap. vi. *Del pacto social*).

La libertad del hombre en estado de naturaleza no tiene otros límites que las fuerzas del individuo, en cambio, la libertad civil está limitada por la voluntad general. El hombre debería bendecir el instante en que abandonó el estado de naturaleza, gracias al contrato social que hizo de un animal estúpido y limitado, un ser inteligente.

El contrato social no es celebrado por determinadas personas en una cierta fecha y lugar, no es un acontecimiento histórico, sino una necesidad lógica que presupone un estado de naturaleza y la existencia de derechos naturales. Con el contrato social, la igualdad natural se transforma en igualdad moral y legítima.

Componiéndose el soberano de particulares no puede tener intereses contrarios a estos. Pero puede cada individuo, como hombre, tener una voluntad particular contraria o diferente de la voluntad general que como ciudadano tiene; puede mirar lo que debe a la causa pública como un pago oneroso para él. Como el interés particular no puede prevalecer sobre el interés común, el individuo no puede disfrutar de los derechos ciudadanos sin cumplir con los deberes de súbdito, porque ello causaría la ruina del cuerpo político, el pacto social encierra tácitamente la obligación “de que al que rehúse obedecer a la voluntad general, se le obligará a ello por todo el cuerpo”, lo que significa que se le obligará a ser libre (Lib. I. cap. vii. *Del soberano*).

La voluntad general tiene como único fin el bien común y se expresa por medio de la ley.

La voluntad general siempre es recta, y siempre se dirige a la utilidad pública; pero de aquí no se infiere que las deliberaciones del pueblo tengan la misma rectitud. Queremos siempre nuestra felicidad, pero a veces no sabemos conocerla; el pueblo no puede ser corrompido, más se le engaña a menudo, y solo entonces parece querer lo malo (Lib. II. Cap. III. *Si la voluntad general puede errar*).

El soberano es un ente colectivo, un cuerpo político, que se compone de particulares, y recibe su ser de la santidad del contrato. Lo que hay de común entre los diversos intereses particulares es lo que forma el vínculo social, luego la sociedad debe ser gobernada únicamente conforme a este interés común. Componiéndose el soberano de particulares no tiene ni puede tener intereses contrarios a los de estos (Lib. I. cap. VII. *La soberanía*).

El titular de la soberanía es el cuerpo político. No siendo la soberanía más que el ejercicio de la voluntad general, solo esta puede dirigir las fuerzas del Estado según el fin común. La soberanía es inalienable e invisible. Es inalienable porque siendo la soberanía el ejercicio de la voluntad general, el soberano jamás puede obligarse a enajenarla o someterse a otro soberano; “si un pueblo promete simplemente a obedecer, por este mismo acto se disuelve y pierde su calidad de pueblo; apenas hay un señor, ya no hay soberano y desde luego se halla destruido el cuerpo político” (Lib. II. cap. I. *Que la soberanía es inalienable*).

Por la misma razón que la soberanía no se puede enajenar, tampoco se puede dividir, pues, o la voluntad es general o no lo es; o es la voluntad de todo el pueblo, o tan solo la de una parte.

La soberanía no puede separarse en poderes, obra de la confusión entre voluntad general y los actos de las magistraturas. Quienes pretenden dividir a la soberanía, no pudiéndolo hacer en su principio, la dividen en su objeto, la dividen en fuerza y voluntad, en poder legislativo y en poder ejecutivo. Hacen del soberano un ser fantástico compuesto de muchas fuerzas, error que proviene de no haber tenido noción exacta de la autoridad soberana y de haber tomado por partes de esa autoridad lo que solo eran emanaciones de ella. “Por ejemplo, se han mirado el acto de declararla guerra y el de hacer la paz como actos de soberanía; lo que no es, pues cada uno de estos actos no es una ley, sino una aplicación de ella” (Lib. II. cap. II. *Que la soberanía es indivisible*).

La voluntad general debe salir de todos para aplicarse a todos; según la naturaleza del pacto, todo acto de soberanía, esto es, todo acto de voluntad general, obliga o favorece igualmente a todos los ciudadanos; de modo que el soberano solo conoce el cuerpo de la Nación sin distinguir

a ninguno de los que la componen. Un acto de soberanía es una convención legítima, porque tiene por base el contrato social; equitativa, porque es común a todos; útil porque tiene por objeto solo el bien general; y sólida, porque tiene las garantías de la fuerza pública y del supremo poder. Los súbditos que se sujetan a estas convenciones no obedecen más que a su propia voluntad; los ciudadanos se obligan consigo mismos, cada uno hacia todos, y todos hacia cada uno de ellos. Según esto, el poder soberano, por más absoluto, sagrado e inviolable que sea, no traspasa ni puede traspasar los límites de las convenciones generales, y cada hombre puede disponer de los bienes y de la libertad que estas convenciones le han dejado.

Hay diferencias entre la voluntad de todos y la voluntad general: esta mira al interés común; la otra mira al interés privado y no es más que una suma de voluntades particulares. Incluso cuando se forman facciones o asociaciones parciales a expensas de la grande, la voluntad de cada una de esas asociaciones es general con respecto a sus miembros, pero particular con respecto al Estado. Puede decirse entonces que no hay tantos votantes como hombres sino como asociaciones. Cuando una de esas asociaciones llega a ser tan grande que domina a todas las demás, ya no tenemos como resultado una suma de pequeñas diferencias, sino una diferencia única; no existe entonces voluntad general, porque la opinión que triunfa es solo una voluntad particular. Conviene para obtener la expresión de la voluntad general, no haya ninguna sociedad parcial en el Estado y que cada ciudadano opine según él solo piensa. Esta fue la única y sublime institución del gran Licurgo. Y en el caso de que hayan sociedades parciales, conviene multiplicar su número y prevenir su desigualdad, como hicieron Solón, Numa y Servio. Estas son las únicas precauciones capaces de hacer que la voluntad general sea siempre ilustrada y que el pueblo no se engañe” (Lib. II. cap. III. *La voluntad general puede errar*).

Las leyes emanan de la voluntad general. Todo Estado regido por leyes es una república, cualquiera sea la forma de su administración. Todo gobierno regido por leyes es republicano, porque se guía por la voluntad general que es la ley. Las leyes son condiciones de la asociación civil. El pueblo debe ser el autor de las leyes, porque corresponde únicamente a los que se asocian arreglar las condiciones de la sociedad. El fin de la legislación es el mayor bien de los pueblos.

Si el Estado es una persona moral, cuya vida consiste en la unión de sus miembros, y su cuidado más importante es el de su conservación, nece-

sita de una fuerza universal y compulsiva que mueva y disponga todas las partes del modo más conveniente al todo. “Así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, así también el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos”; a este poder dirigido por la voluntad general se le da el nombre de soberanía.

Todos los servicios que el ciudadano puede prestar al Estado se los debe luego que el soberano se los pide, pero este no puede exigir a los súbditos ningún cargo inútil al común.

Las promesas que nos unen al cuerpo social solo son obligatorias porque son mutuas. No podemos trabajar para los demás sin que trabajemos para nosotros mismos.

Soberano, gobierno y pueblo son los términos a través de los cuales se realiza el proceso de conducción del Estado. El *soberano*, constituido por todos los ciudadanos, legisla; el poder legislativo pertenece al pueblo y a nadie más puede pertenecer. El *gobierno* es un cuerpo intermedio establecido entre los súbditos y el soberano, encargado de la ejecución de las leyes y de la conservación de la libertad civil y política; ejecuta las leyes según las direcciones de la voluntad general. Los ciudadanos mandan en tanto integran el soberano y obedecen en tanto individuos que constituyen el pueblo.

El *gobierno* no pertenece a la generalidad como legisladora y soberana, sino es un cuerpo intermedio establecido entre los súbditos y el soberano para su mutua correspondencia, encargado de la ejecución de las leyes y de la conservación de la libertad civil y política. Los miembros de este cuerpo se llaman magistrados o reyes, esto es, gobernantes, y el cuerpo entero lleva el nombre de principio. Los gobernantes son agentes de la fuerza pública, meros oficiales del soberano:

Ejercen en nombre de este el poder, del cual los ha hecho depositarios y que puede limitar, modificar y volver a tomar siempre que le dé la gana, pues la enajenación de este derecho es incompatible con la naturaleza del poder social y contraria al fin de la asociación.

El acto de constitución del Gobierno no es un contrato, sino una ley; los depositarios del poder ejecutivo no son los señores del pueblo, sino sus oficiales; el pueblo puede nombrarlos y destituirlos cuando le acomode; no se trata de que ellos contraten, sino de que obedezcan; y encargándose de las funciones que el Estado les impone, no hacen sino cumplir

con los deberes de ciudadanos, sin tener en manera alguna el derecho de disputar sobre las condiciones. La comunidad se autogobierna a través de la voluntad general. El gobierno es un órgano del pueblo, que ocupa simplemente la posición de un comité. Rousseau excluye toda forma de gobierno representativo, porque la soberanía del pueblo no puede ser representada. El gobierno es la democracia directa, sin partidos ni facciones. Cada pueblo pertenece a sí mismo, tiene el gobierno de su destino, y puede transmitir a quien le plazca el cuidado de dirigirlo.

Interpretando la voluntad general, Rousseau afirma que en la Asamblea General, cuanto más se acerquen las decisiones a la unanimidad tanto más dominante será también la voluntad general; los largos debates, las disensiones y el tumulto anuncian el ascendiente de los intereses particulares y la decadencia del Estado. En el otro extremo se halla la unanimidad, lo que sucede cuando los ciudadanos han caído en esclavitud, ya no tienen libertad ni voluntad. El miedo y la adulación mudan los votos en aclamación; no se delibera, sino se adora o maldice, como sucedía en el Senado de los emperadores. La única ley que exige un consentimiento unánime es el contrato social por ser el acto más voluntario de todos; habiendo nacido todos los hombres libres y dueños de sí mismos, nadie puede sujetarlos sin su consentimiento. Si cuando se hace el contrato social hay opositores, esta oposición no anula el contrato, solo hace que los opositores no estén comprendidos en él; hace que estos sean extranjeros en medio de los ciudadanos. “Cuando el Estado se halla constituido, la residencia prueba el consentimiento, y habitar el terreno es someterse a la soberanía”. Es consecuencia del contrato que la voz de la pluralidad obliga a todos los demás. El ciudadano accede a todas las leyes, aun a las que se aprueban a pesar suyo o las que le castigan. La voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general, y por esta son los ciudadanos libres.

Cuando se propone una ley en la Asamblea popular, lo que se pide al pueblo no es precisamente si aprueba o desecha la proposición, sino si es o no conforme con la voluntad general que es la suya: cada cual, al dar su voto, dice su parecer sobre el particular, y del cálculo de los votos se saca la declaración de voluntad general (Lib. IV. cap. II. *De los votos*).

Rousseau se aparta del individualismo de Locke y toma de Platón la idea de que la sujeción política es esencialmente ética y solo de modo secundario problema de derecho y poder y la presunción de que la comunidad es el principal instrumento de moralización y representa el valor moral más alto. De la sociedad obtienen los individuos sus facultades mentales

y morales y por ella legan a ser humanos; la categoría fundamental no es el ser humano, sino el ciudadano.

c.4) *El utilitarismo francés*

En 1785 HELVECIO dijo que la mayor felicidad de los hombres es la ley de la conducta humana. El placer y el dolor condicionan el obrar humano que se dirige a gozar de tanto placer y sufrir tan poco dolor como sea posible. El interés egoísta tiene en las ciencias morales el mismo papel que el movimiento en la física (ley de la atracción universal en el mundo físico). El interés es el motivo impulsor de la naturaleza humana. El único patrón racional de conducta tiene que ser el bien del mayor número. HELVECIO reclama que la ética sea la clave de la política. La legislación debe obligar a los hombres, por el sentimiento de amor así mismos, a ser justos con los demás. Los hombres no nacen buenos ni malos, sino que son capaces de ser lo uno o lo otro, según que un interés común los una o los divida. La preferencia que cada hombre tiene por sí mismo está impregnado en su naturaleza; el placer y el dolor han colocado en su corazón el germen de sí mismo; no tiene facultades morales o intelectuales innatas, todo depende de las circunstancias y de la educación. El legislador debe intervenir para armonizar los intereses individuales.

HOLBACH, en su obra *Sistema de la naturaleza, sistema social y la política natural*, ataca por igual a la religión y al gobierno y confía en la educación para liberar al hombre de la superstición y de la tiranía. Considera que la clase media esta excluida del gobierno y explotada por una clase de parásitos sociales.

Para TURGOT y CONDORCET, la fe en la razón se une al progreso humano. Según CONDORCET, el progreso sigue tres direcciones: la igualdad entre las naciones, la eliminación de las diferencias de clase y una mejora mental y moral que es la resultante de las otras dos. La democracia terminará con la explotación de las razas atrasadas y hará de los europeos hermanos mayores y no amos de los negros. La libertad de comercio, el seguro de enfermedad, la abolición de la guerra, la eliminación de la miseria y del lujo, la igualdad de derechos para las mujeres, la educación, darán a todos una oportunidad de igualdad. El progreso se logra por acumulación; el mejoramiento de los sistemas sociales mejorará las facultades mentales, morales y físicas de la especie.

c.5) *Los enciclopedistas*

Formando parte de la Ilustración se encuentra la *Encyclopédie*, cuyo primer volumen se publicó en 1751 y en su totalidad se concluyó en 1772⁵⁵. En el prefacio se señala que el destino de la humanidad está únicamente en la tierra, en ella es donde todos los hombres viven y progresan merced a su inteligencia y razón.

Afirman que los dogmas son obra del hombre, no de Dios, critican razonablemente la fe, la superstición, la tiranía, el fanatismo, reconocen que la fuente de toda autoridad es el pueblo y el monarca es solo mandatario de la nación, defienden la libertad política, la limitación del poder, la eliminación de la esclavitud.

3) *La Revolución francesa*

Luis XIV dijo: "El Estado soy yo". Esta frase evidencia la esencia del absolutismo, en el que se tomaba al Estado como un régimen político en el que una sola persona, el rey, es el soberano que ejerce el poder con carácter absoluto, sin límites jurídicos o de otra índole; el Estado es el poder absoluto del rey. Luis XV, bisnieto de Luis XIV, accede al poder en 1715. En el primer periodo de su gobierno, dada su minoría de edad, gobernó la regencia a cargo del duque de Orleans, quien devolvió al Parlamento su autoridad política. En 1773 estalló la guerra de sucesión de Polonia. En 1756, Luis XV se alió a Austria, en tanto que Inglaterra lo hacía con Prusia. Se desató en Europa la guerra de los Siete Años y los conflictos coloniales. Esto llevó a establecer mayores impuestos. Los Parlamentos, en su condición de órganos judiciales, se negaron a registrar los edictos de impuestos, lo que impedía su vigencia. Luis XV, en 1771, dispuso la supresión de los Parlamentos.

Luis XV fallece en 1774 y le sucede Luis XVI. Este restauró los Parlamentos. Para sufragar los gastos ocasionados por el tratado de ayuda a las insurgentes colonias norteamericanas estableció nuevos impuestos. Los Parlamentos se opusieron a las pretensiones reales. Luis XVI convocó a una asamblea de representantes de la nobleza, el clero y la burguesía. Esta asamblea rehusó apoyar las pretensiones financieras del rey y obligó a convocar para el 1 de mayo de 1789 a los Estados Generales. La nobleza, el clero y el estado llano se reunieron el 5 de mayo de 1789; en el discurso inaugural, el rey les pidió la aprobación de medidas para sanear las finanzas del Estado. Se produjo el debate sobre cómo se debía votar. La nobleza sostenía que cada orden debía contar con un voto, así el estado llano quedaba reducido a un tercio de la asamblea. El estado llano consideraba que se debía votar por cabeza y no por poder u orden, lo que le

55 Los editores de la *Encyclopédie* fueron Denis Diderot y Jean D'Alambert. Sus colaboradores fueron Voltaire, Montesquieu, Helvécio, Holbach, Rousseau, Duclos, Buffon y Dumarsais.

garantizaba mayoría en la asamblea. El 17 de junio de 1789, los diputados del tercer estado se reconocieron representantes del pueblo y se constituyeron en *Asamblea Nacional*, establecieron la votación por cabeza y declararon que no se puede establecer impuestos sin su consentimiento.

El rey no aceptó este acto revolucionario y, el 20 de junio de 1789, ordenó clausurar la sala donde se reunían los representantes del estado llano. Estos se reunieron en una cancha de pelota y juraron no separarse hasta sancionar una Constitución (juramento del juego de la pelota).

El rey dispuso que se reúnan en conjunto los representantes de la nobleza, el clero y el estado llano. La reunión tuvo lugar en Versalles, el 9 de julio de 1789, con el nombre de *Asamblea Constituyente*. Estos acontecimientos se desarrollaron en una situación de aguda crisis financiera, las demandas de poder político para la burguesía, las transformaciones intelectuales, la creciente rebelión de pueblo de París. El rumor de disolución de la asamblea y del uso del ejército contra los diputados del tercer estado motivó la sublevación del pueblo de París que tomó la Bastilla el 14 de julio de 1789. La Asamblea Constituyente, en la noche del 4 de agosto, suprimió las prerrogativas feudales y toda clase de privilegios. La agitación popular iba en aumento. El 4 de octubre se tuvo noticia en París de que en Versalles se ha pisoteado la escarapela tricolor en una comida del cuerpo de guardias. Al día siguiente, la falta de pan provocó un motín de mujeres al grito de “¡A Versalles!”, seguidas por millares de hombres, llegaron al palacio real y obligaron al rey, a su familia y a los diputados de la Asamblea Constituyente a trasladarse a la ciudad de París.

Se formaron las milicias populares llamadas Guardias Nacionales, cuyo jefe en París era el general Lafayette. El 14 de julio de 1790, en el Campo de Marte de la ciudad de París, las Guardias Nacionales prestaron juramento de fidelidad a la nación, a la ley y al rey.

Se plegaron al movimiento revolucionario la clase campesina enriquecida con la fácil adquisición de las tierras expropiadas a la Iglesia por la Asamblea y utilizadas como respaldo de los títulos de crédito que circulaban con el valor de papel moneda.

Un sector de la Iglesia se separó de Roma mediante la Constitución Civil del Clero, generándose la lucha religiosa a partir de 1790. El papa condenó la Constitución en 1791. A los que obedecían la autoridad del papa se les llamaba refractarios y a los que juraron la Constitución, constitucionales.

El rey aún contaba con el apoyo de la Asamblea Constituyente, fiel al respeto secular del pueblo al dominio real. Luis XVI cometió el error de abandonar París buscando el apoyo directo de un cuerpo del ejército, pero fue detenido en Varennes; los jacobinos pidieron su destitución. La Asamblea Constituyente decretó la ley marcial y ordenó al general Lafayette que los Guardias Nacionales dispararan contra la multitud que ocupaba el Campo de Marte.

A principios de 1791, la Asamblea Constituyente promulgó la Constitución, consagrando los principios contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Reconoció la soberanía nacional, la igualdad ante la ley, la idoneidad como único requisito para acceder a los empleos públicos, la supresión de toda distinción por razón del nacimiento, la inviolabilidad de la propiedad, la libertad de opinión y de creencias, el derecho al trabajo y al comercio. Se limitó el voto a los contribuyentes, se estableció el Poder Judicial formado por jueces elegidos por el pueblo. La separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, los que debían controlarse recíprocamente. Se conservó la monarquía, reconociéndole el derecho de veto sobre los decretos de la Asamblea Legislativa. Se suprimieron los impuestos indirectos y se estableció la tributación directa sobre la tierra, el mobiliario, la patente y una de carácter personal. La Constituyente se disolvió el 30 de septiembre de 1791.

La elección de representantes a la *Asamblea Legislativa* trajo a la política a hombres de la pequeña burguesía que sospechaban la connivencia del rey con los extranjeros, execraban a los emigrados franceses y no temían a la guerra; se les conocía como los *girondinos* (representaron a la burguesía ilustrada). Estos inculparon a Austria de provocar la guerra. Robespierre, del club de los *jacobinos*⁵⁶, se oponía a la guerra.

Luis XVI, bajo la presión de los girondinos, declaró la guerra a Austria el 20 de abril de 1792. Los girondinos culparon al rey de los desastres de la guerra y buscaron su destitución. A fines de mayo votaron un decreto condenando al destierro a los sacerdotes refractarios y otro que sustituía a la Guardia Nacional por veinte mil adictos a la Gironda. Luis XVI vetó estos decretos y destituyó a los ministros girondinos. Los constitucionalistas retornaron al poder.

El 20 de junio, una multitud de las barriadas invadió las Tullerías, reclamando la sanción de los decretos y la reposición de los ministros depuestos. El rey se negó y resistió la intimidación de los girondinos. El 3 de julio Vergniaud, en la Asamblea Legislativa, denunció la traición del rey; el día 11 la Asamblea Legislativa declaró que la patria estaba en peligro y ordenó la movilización general. Los jacobinos —dirigidos por Robespierre, Danton y Marat— buscaron apoyo para la suspensión del rey. El 27 de julio, la comuna de Marsella pidió la destitución del rey; lo mismo hizo la guardia nacional. El 17 de julio, Robespierre redactó la petición de suspensión de Luis XVI y la formación de una Convención elegida por sufragio universal.

El 10 de agosto estalló un motín contra el rey y la Asamblea. La familia real escapó del palacio y pidió amparo a la Asamblea. Bajo la conducción de Danton, la comuna insurgente de París reclamó y obtuvo que la Asamblea suspendiera a Luis XVI y

56 Asociación política de la Revolución francesa (1789-1799). Creada en Versalles por diputados bretones de orientación inicialmente moderada, con Robespierre tomó un cariz revolucionario. Clausurada en 1794, fue reconstituida hasta su desaparición definitiva en 1799.

convoque a una Convención para que decida su suerte. Asumió el poder ejecutivo un Consejo provisional presidido por Danton. El avance sobre París de las fuerzas austro-prusianas y la exaltación popular desataron en toda Francia una pasión homicida; se quería vengar a los muertos del 10 de agosto; se obligó a la Asamblea a constituir un tribunal extraordinario para juzgar a los prisioneros. Los degüellos ensangrentaron a Francia entre el 2 y el 6 de septiembre; los prisioneros, los sacerdotes, los aristócratas y todo sospechoso de realismo fueron víctimados en las prisiones, en sus casas, en las calles. Se movilizaron veinte mil hombres; Danton dio al ejército la confianza que necesitaba. El ejército prusiano fue obligado a replegarse y se conquistó Bélgica.

La elección para la *Convención* significó el triunfo para los girondinos. En la Convención estaban presentes los siguientes partidos: la Gironda (partido moderado), la Montaña (figuraban Danton, Robespierre, Jean Paul Marat), la Llanura o el Pantano y el grupo de los furiosos.

La *Convención* se instaló el 20 de septiembre de 1792. El 21 abolió la monarquía y el 22 declaró el año 1 de la Revolución, afirmando su voluntad republicana y su fervor revolucionario. Dominada por los girondinos apoyados por la Llanura, liberó sospechosos, decretó la libertad de comercio de granos, permitió el retorno de los exiliados, suprimió el tribunal extraordinario. Encontró culpable y condenó a la pena de muerte a Luis XVI, quien fue guillotinado el 21 de enero de 1793 en la Plaza de la Revolución, hoy plaza de la Concordia.

Se anexaron Saboya, Niza, Bélgica y la orilla izquierda del Rin, lo que condujo a la guerra con Inglaterra. Pocos días después Francia luchaba contra España, los Estados italianos, Austria y Prusia. El ejército francés fue derrotado el 18 de marzo de 1793 en Nierwinden. Los austriacos sitiaban Condé y Valenciennes. Los prusianos sitiaron Maguncia. En el frente interno se produjo la resistencia provocada por la requisita de trescientos mil hombres y los empréstitos forzados; los campesinos de Vandea se rebelaron; la Llanura apoyó a los jacobinos; se dictaron nuevas leyes contra los refractarios y los emigrados; se reorganizó el tribunal revolucionario; se constituyó un comité de salud pública. La lucha entre girondinos y jacobinos paralizaba la Convención; el pueblo estaba enardecido por el alza de los precios, la baja de los salarios, la pobreza generalizada; la Gironda ordenó el arresto de jacobinos; Marat fue procesado y absuelto. La Comuna de París dio un golpe de Estado, considerada una revolución dentro de la revolución; el 31 de mayo de 1793 hizo que el ejército rodee las Tullerías donde funcionaba la Convención y esta se vio obligada a decretar el arresto de 29 diputados girondinos.

El poder quedó en manos de los jacobinos. La Convención creó el Comité de Salvación Pública, el de Seguridad General, el Tribunal Revolucionario, dictó una Constitución que quedó en suspenso; suspendió la organización del ejército revolucionario y el empréstito forzoso; decretó la venta de los bienes de los emigrados, el

reparto de los bienes comunales. Trató de evitar la guerra civil, pero no le fue posible. Normandía, el Franco Condado, Bretaña y la mayor parte del Mediodía se rebelaron en defensa de la representación nacional. A la guerra civil se sumó el triunfo de los ejércitos enemigos en todos los frentes; se agravó la crisis económica con el bloqueo inglés, la especulación y la fuga de capitales.

La Convención y el Comité de Salvación Pública, dirigido por Robespierre, se vieron obligados a gobernar por el terror. Danton, miembro del Comité de Salvación Pública, acusado por Robespierre, María Antonieta, entre otros personajes, fueron guillotinados. Las circunstancias determinaron que el Comité de Salvación Pública se atribuyera una autoridad como jamás se había visto, tuvo como órganos de ejecución a los comités de vigilancia, los tribunales revolucionarios, las comisiones populares, las comisiones militares. El gobierno del terror estaba dirigido al exterminio de los enemigos internos y externos, imponer el orden, asegurar la unidad nacional; se reprimió con severidad la menor sospecha de reacción y traición, se dictaron 17 000 condenas de muerte, se arrestaron a cien mil personas, se hicieron ejecuciones en masa.

El gobierno se escapó de las manos de los revolucionarios cuando los comités actuaron por sí bajo la consigna de exterminar a los satélites de la tiranía. Francia, con el ejército más grande de Europa, obtenía triunfo tras triunfo. La Convención, el 9 de Termidor (27 de julio de 1794), dispuso la detención de Robespierre y sus amigos, quienes fueron guillotinados al día siguiente ante una multitud que gritaba “¡Abajo los tiranos!” Se derogaron las leyes contra sospechosos, de precios máximos, se liberó a los presos políticos, se permitió el retorno de los sacerdotes y los realistas emigrados.

La Convención sancionó la Constitución del año III de carácter republicano en la que se declara que todo orden social descansa en el mantenimiento de la propiedad privada. Concedió el gobierno al poder ejecutivo, con el nombre de *Directorio*, integrado por cinco miembros elegidos por las cámaras, renovable a razón de un director por año. El poder legislativo residía en dos asambleas: Los Quinientos y los Ancianos. Los electores debían ser propietarios. La vigencia de esta Constitución produjo la revuelta de los jacobinos bajo la dirección Babeuf, quienes en septiembre de 1796 intentaron tomar el puerto militar de Grenelle; fueron derrotados y Babeuf ejecutado en mayo 1797. El Directorio se caracterizó por la venalidad y la corrupción, la emisión de moneda sin respaldo, la inflación, el caos. En el orden externo se había firmado la paz con Prusia y España mediante el tratado de Basilea y con Holanda en el tratado de La Haya. Solo Inglaterra y Austria enfrentaban a la Revolución.

Napoleón Bonaparte, partidario de los jacobinos, tras el golpe de Estado del 18 de brumario (9 de noviembre de 1799) con el que se derribó al Directorio, fue nombrado cónsul. En 1800 impuso una Constitución autoritaria, centralizó la justicia, la administración y la economía. En 1801 firmó con Austria el tratado de Lunéville, por el

que se cede Italia y la margen izquierda del Rin a Francia; suscribió un concordato con la Iglesia; en 1802 firmó la paz con Inglaterra. Coronado emperador de los franceses el 2 de diciembre de 1804 y rey de Italia en 1805, estableció una monarquía hereditaria.

260. El Estado como sistema normativo según Kelsen

KELSEN⁵⁷ dice que el Estado es un orden jurídico que solo se diferencia cuantitativa y no cualitativamente de los órdenes jurídicos de otra especie, en el hecho de que toda exteriorización de la vida del Estado, todo acto del Estado, no puede aparecer de otro modo que como acto jurídico, como acto de producción o de ejecución de normas jurídicas.

El Derecho positivo es el mismo orden coactivo que aparece como Estado.

Una acción humana es acto del Estado solo porque es calificada como tal por una norma jurídica. La acción humana es imputada al Estado por la norma jurídica. El Estado como sujeto de los actos estatales, el Estado como persona, no es otra cosa que la personificación del orden jurídico. La persona jurídica del Estado como cualquier otra persona jurídica es la expresión de la unidad de un orden jurídico.

Según KELSEN, ni bien se ha superado el estado primitivo de completa descentralización se han creado los órganos estatales que conforme a la división del trabajo realizan las funciones de producción y ejecución de normas jurídicas y de consumación de actos coactivos. Es de la esencia de esta centralización que la función de los órganos actuantes sea por lo general estatuida como deber jurídico, es decir, que esté sancionada por una consecuencia jurídica específica, la pena disciplinaria, y que la función se vuelva profesional y remunerada. El órgano estatal que realiza una tarea distribuida se convierte, como titular de la función jurídica centralizada, en funcionario del Estado.

El Estado administrativo, dice KELSEN, es aquel cuyos órganos persiguen directamente el fin estatal, al realizar inmediatamente el estado social deseable; no se limitan a producir y ejecutar, sino que reaccionan en contra de los súbditos en caso de comportamiento opuesto a tales normas. La administración estatal inmediata es llevada a cabo por los órganos funcionarios como deber jurídico, es decir, que “el orden jurídico da instrucciones a otros órganos estatales de reaccionar con un acto coactivo contra el que se comporta en discordancia con su deber. El Estado, como aparato coactivo, abraza al Estado como aparato administrativo”.

57

KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, traducción por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires: Losada, 1941, p. 158

Expresa KELSEN que los problemas que son presentados desde el punto de vista de una teoría general del Estado, se manifiestan como problemas de la teoría del Derecho. Los llamados elementos del Estado (la potestad, el territorio y el pueblo del Estado) no son otra cosa que la validez del orden estatal en sí y el ámbito espacial y personal de validez de ese orden. La teoría de los tres poderes o funciones del Estado muestra como objeto suyo las diversas gradas de producción del orden jurídico. Los órganos del Estado solo pueden comprenderse como situaciones fácticas de producción y ejecución jurídicas, y las formas del Estado no son otra cosa que los métodos de producción del orden jurídico, el que se considera simbólicamente como “voluntad del Estado”.

Si el Estado es el orden coactivo, resulta estéril la tentativa de legitimar al Estado como Estado de Derecho, porque todo Estado tiene que ser un Estado jurídico. No es misión de la ciencia jurídica justificar alguna cosa, porque justificación importa valoración, y las valoraciones son cosas de la ética y de la política, pero no del conocimiento objetivo. Solo a este tiene que servir la ciencia jurídica si quiere ser ciencia y no política.

261. Elementos del Estado

Son elementos del Estado: el pueblo, el territorio y el poder⁵⁸.

1) El pueblo

El pueblo es la multitud de personas, unidas por vínculos políticos y jurídicos, que habitan un determinado espacio geográfico, que conforman un ente distinto de ellas: el Estado, el cual se erige como el sujeto de Derecho por excelencia. Concretamente, pueblo es el “conjunto de hombres sometidos a los preceptos del Derecho” (KANT).

El pueblo tiene doble función: es elemento del Estado como sujeto del poder público y es objeto de la actividad del Estado. Es decir, el pueblo tiene una doble cualidad: de sujeto y objeto del poder del Estado.

Como expresa JELLINEK:

El reconocimiento del individuo como persona⁵⁹ es el fundamento de todas las relaciones jurídicas. Mediante este reconocimiento, el individuo adviene miembro del pueblo, considerado este en su calidad subjetiva. Muéstrase esto aún más concretamente en

58 Se propone, por algunos autores, a la cultura y dentro de ella a la Constitución como un cuarto elemento del Estado (HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, traducción por Héctor Fix-Fierro, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 21).

59 Constitución: Art. 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

cuanto da lugar el individuo a una relación jurídica con el Estado, que en otro tiempo fue supuesto de todas o de la mayor parte de las exigencias para con él. El reconocimiento como persona y como miembro de aquél es la base de todas las exigencias público-jurídicas, que, a causa de esto, comprenden así aquellas con que el Estado procura la seguridad a todos los hombres que caen dentro de la esfera de acción que abarca su poder, como a los que viven en su territorio de un modo permanente en calidad de ciudadanos.

Las personas solo están sometidas al poder del Estado dentro de los límites fijados por el Derecho.

¿Es lo mismo pueblo y nación? La palabra pueblo indica la multitud de personas que componen el Estado, ligadas por vínculos políticos y jurídicos, que habitan un determinado espacio geográfico. En cambio, el término nación indica a la multitud de personas, que habitan o no en un determinado territorio, ligadas por vínculos políticos o sin ellos, pero sí por vínculos naturales, no siempre esenciales, por ejemplo, étnicos, religiosos, históricos, psicológicos, de idioma⁶⁰. Lo que le da unidad a la nación es la historia vivida y sufrida en común, así como el objetivo de seguir viviendo en común; voluntad y conciencia de pertenecer a la misma comunidad, si estas desaparecen se extingue la nación⁶¹. La nación es la colectividad de individuos que ha adquirido conciencia de sí mismo, de una misión común alimentada por el recuerdo de sus gestas, desventuras y glorias de las generaciones pasadas, las que sobreviven en el presente y se proyectan a las generaciones futuras. El pueblo de un Estado puede comprender

-
- 60 La nación representa la unidad social que se funda sobre una serie de vínculos naturales [...] se presenta, ante todo, el origen étnico (por la etimología misma de la palabra "*natio quia nata*") [...] la unidad de origen étnico [...] no encuentra correspondencia en los hechos, porque desde edades harto remotas se han producido complejas mezclas de estirpes [...] Tanto menos podría considerarse esenciales [...] la identidad de creencias religiosas [...] puede mantenerse firme el concepto de nación fundándolo sobre los elementos verdaderamente esenciales. El primero es un elemento psicológico, esto es, aquella unidad profunda y connaturalizada de pensamiento y de sentimiento que constituye la conciencia nacional e implica la creencia en un destino común cimentada por el recuerdo de gestas pasadas y de vicisitudes comunes [...] La identidad del lenguaje es prueba de pretérita convivencia secular; denota una concordancia y finalidad entre individuo e individuo y, a su vez, facilita las relaciones sociales y permite la comunicación cómoda y rápida de las ideas y de los sentimientos: El idioma comprendía una suma de tradiciones que se perpetúan como base de la cultura. Si tenemos, pues, presentes los dos elementos: la conciencia nacional como elemento psicológico y el lenguaje como su exteriorización, obtendremos el concepto de la nación" (DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 405).
- 61 El sentimiento de pertenecer a la misma nación era tan fuerte que los austriacos se dejaron incluir más tarde en el Reich de Hitler sin reservas y en la mayoría de los casos con entusiasmo. La unidad alemana les parecía más valiosa que todo lo demás. A diferencia de la primera posguerra, después de la Segunda Guerra Mundial los austriacos no se limitaron a seguir las imposiciones de las potencias extranjeras, sino que querían ser independientes. Voluntad y conciencia de la unidad nacional habían desaparecido, tanto aquí como allá. La pregunta de si los austriacos pertenecen ahora a nuestra nación debe ser contestada negativamente (KRIELE, ob. cit., p. 136).

a varias nacionalidades, cuyos individuos están vinculados política y jurídicamente por un ordenamiento jurídico estable.

2) El territorio

El Estado legisla, administra y ejerce jurisdicción, de modo exclusivo, sobre las personas y bienes situados en su territorio. En un territorio solo puede ejercer soberanía y jurisdicción un Estado independiente; si existieran dos o más Estados independientes en un mismo territorio, estarían en permanente guerra por oposición de sus intereses y porque sus conflictos no podrían resolverse por juez alguno.

Jurídicamente, el territorio tiene dos significaciones: una *positiva*, en cuanto las personas que se encuentran en él están sometidas al poder del Estado; y *negativa*, por cuanto se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo⁶².

El art. 54 de la Constitución prescribe:

El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre.

El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, así como su lecho y subsuelo, hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley.

En su 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.

La extensión territorial es el espacio en cual el Estado desenvuelve su actividad, el fundamento espacial del ejercicio del poder público sobre los ciudadanos que viven en él, sean nacionales o extranjeros, el supuesto para el ejercicio del poder del Estado sobre los ciudadanos del mismo que viven en otros países, la garantía que hace posible que el Estado realice todos sus fines. El territorio del Estado es el fundamento del ejercicio total del poder de *imperium*. Todo acto de soberanía o jurisdicción solamente puede alcanzar su plenitud dentro del propio territorio o en territorio extraño en virtud de la extensión que permite el Derecho internacional.

Así como el Estado es uno e indivisible, el territorio, que forma parte del Estado como sujeto, también es uno e indivisible.

62 JELLINEK, *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 495.

Cuando un Estado, como consecuencia de una guerra o voluntariamente, cede parte de su territorio a otro Estado, lo que transmite no es tanto el territorio, el cual no queda sometido a la soberanía del Estado cedente, cuanto el poder sobre las personas que habitan en dicho territorio. La cesión de territorio es exclusivamente cesión de *imperium*. El *imperium* de un Estado retrocede cuando el otro se extiende. Lo mismo ocurre con la ocupación; lo que es ocupado es el *imperium* sobre un determinado espacio, con la extensión del poder soberano del país ocupante.

En cuanto a la naturaleza de la relación del Estado con el territorio existen dos teorías, una que sostiene que es de derecho real y otra que considera que es una relación de carácter personal⁶³.

La concepción del territorio como *derecho real*, existente desde la antigüedad, confunde entre poder público y propiedad, entre *dominium* e *imperium* que es una de las características que del Estado se tuvo en la Edad Media. La escuela del Derecho natural, no obstante distinguir entre *imperium* y *dominium*, mantiene la idea jurídica feudal del dominio eminentí o teoría patrimonial del Estado. En Inglaterra y Francia antes de la revolución, no se superó la idea del dominio eminentí del rey sobre todas las propiedades. La doctrina patrimonial asigna un carácter real a la soberanía sobre el territorio. El Derecho internacional mantiene la idea del carácter de derecho real de la relación entre el Estado y el territorio; junto a las demás exteriorizaciones del poder del Estado se reconoce a la soberanía sobre el territorio.

La doctrina moderna del Derecho político reconoce que la relación del Estado con el territorio es de *carácter personal*. El territorio no es un objeto independiente del poder del Estado, sino un elemento del Estado como sujeto de Derecho público, o, mejor, un elemento de la personalidad del Estado. Por esto, mediante la cesión de territorio disminuye un Estado y el otro aumenta; con la ocupación, lo que es ocupado es el *imperium* sobre un determinado espacio, con las consecuencias naturales de la extensión de la personalidad internacional exteriormente, y del poder de dominación en el interior. Cuando se forma un nuevo Estado, no es que este toma posesión de la tierra, sino que el Estado nace con la existencia efectiva de un territorio.

Lo que se dice del Estado se aplica a otras corporaciones territoriales, como las regiones, las provincias, los distritos, las cuales ejercen sobre su territorio un poder derivado del Estado.

3) El poder

En toda relación social existe el *poder*⁶⁴ entendido como la capacidad que tiene una persona o grupo de imponer su voluntad sobre otra persona o grupo. “El poder

63 JELLINEK, *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 507 y ss.

64 Poder: 1. Dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa. 2. Gobierno de un país. 3. Fuerzas de un Estado, en especial las militares. 4. Posesión actual o tenencia de

es la probabilidad que un actor dentro de un sistema social esté en posición de realizar su propio deseo, a pesar de la resistencia” (WEBER). Quien lo ejerce impone comportamientos. En toda sociedad existen algunos individuos que tienen la capacidad de coordinar, dirigir, controlar e integrar los esfuerzos de los demás, asumiendo sus propias responsabilidades. A través del poder los miembros de una sociedad se distinguen en gobernantes y gobernados.

En general con la palabra poder se hace referencia a toda forma de influencia que se ejerce entre personas o grupos, sean estos privados o públicos. El poder puede de ser físico, intelectual, moral, lingüístico, familiar, religioso, económico, político, privado, etc.

El poder del Estado (o político) no es un poder actuando en estado natural, sino un poder institucionalizado, o sea fundado y limitado por el ordenamiento jurídico; su titular es el pueblo, por lo que ninguna persona o institución, pública o privada, puede arrogarse su ejercicio. Es un poder jurídico, un poder coactivo, es decir, se ejerce con la posibilidad del uso de la fuerza; es un poder limitado, se halla al servicio de la libertad y demás derechos de la persona. También se le denomina *imperium* o autoridad. El art. 45 de la Constitución prescribe: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”.

El *poder ilegítimo*, denominado también poderío, es un poder puramente material, se presenta cada vez que, en una relación asimétrica, el fuerte, basado únicamente en su fortaleza física, económica, política o de otra índole, sin que le asista ningún derecho, somete al débil, es la ley del más fuerte; del que “puede, puede”, es decir, la ley de la selva⁶⁵.

El *poder legítimo*, en cambio, es el que está regulado por el Derecho, se ejerce únicamente dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico que es-

una cosa. 5. Fuerza, vigor, capacidad, posibilidad, poderío. 6. Suprema potestad rectora y coactiva del Estado: absoluto o arbitrario, despótico, constituyente. El que corresponde al Estado para organizarse, dictando y reformando sus constituciones. *Ejecutivo*: en los gobiernos representativos, el que tiene a su cargo gobernar el Estado y hacer observar las leyes. *Espiritual*: el que pertenece a la Iglesia. *Judicial*: el que ejerce la administración de justicia. *Legislativo*: aquel en que reside la potestad de hacer y reformar las leyes. *Liberatorio*. *Fuerza liberatoria*. *Moderador*: el que ejerce el jefe supremo del Estado, sea rey o presidente. *Poderes públicos*: conjunto de las autoridades que gobiernan un Estado (Diccionario de la Lengua Española).

65 “El excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia. Por ello, no solo es saludable, sino imprescindible consolidar al más alto nivel jurídico y político las reglas macro que procuren una economía orientada hacia un Estado social y democrático de Derecho” (Sentencia del TC, Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre del 2003).

tablece quién, donde, cuando y en qué medida se puede usar la coacción material; es el poder bueno, justo, absolutamente necesario para que pueda existir el Estado. El gobernante no tiene más poder que el conferido por el Derecho. Un gobierno sin poder es ineficaz; un gobierno con poder sin límites jurídicos es una tiranía.

El *poder político*. La política es la lucha por el poder. La sociedad es un sistema de relaciones de poder cuyo carácter puede ser político, social, económico, religioso, moral, cultural o de otro tipo. En la sociedad estatal, el *poder político* aparece como el ejercicio de un efectivo control social de los detentadores del poder⁶⁶ sobre los destinatarios del poder. El poder político necesariamente está limitado; el poder ilimitado se transforma en tiranía, en arbitrario despotismo. *Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely* (El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente) Lord Acton. Por una parte, los detentadores del poder necesitan la debida autoridad para llevar a cabo las tareas estatales; por otra parte, es indispensable que bajo dicha autoridad quede garantizada la libertad de los destinatarios del poder. El armonioso equilibrio entre estos dos problemas es el eterno problema del hombre en la sociedad. La libertad de los destinatarios del poder solo quedará garantizada cuando se controle debidamente el ejercicio del poder llevado a cabo por sus detentadores⁶⁷.

Toda agrupación de personas, toda sociedad (el Estado lo es), grande o pequeña, pública o privada, para el cumplimiento de sus fines cuentan con órganos de gobierno individuales (gerente, presidente, rector, etc.) o colectivos (directorio, asamblea legislativa, consejo universitario, etc.). Sin órganos de gobierno no es pensable su existencia. No es pensable un Estado sin Derecho y sin autoridad.

El poder del Estado es omniinclusivo (abarca a todas las personas asentadas dentro de un territorio), coercitivo (las ordenes del Estado se imponen por la fuerza

66 LOEWENSTEIN dice que en el sistema político del constitucionalismo el poder está despersonalizado; el poder es inherente al cargo e independiente de la persona. A lo largo de la evolución histórica se han formado cuatro detentadores del poder de este tipo: 1. El Gobierno, el más antiguo, el más imprescindible de todos está encargado de las funciones gubernamentales de tomar y ejecutar la decisión. 2. La asamblea (el Parlamento) encargada de la legislación y de la función de controlar al gobierno. 3. El tercer grupo de detentadores del poder son los propios destinatarios del poder que, al organizarse en partidos políticos, se elevan a la condición de un detentador independiente participando directamente en el proceso político a través de las elecciones, procedimientos de referéndum e impacto de la opinión pública en los otros órganos estatales. 4. Los tribunales de justicia cuando, en lugar de ejercer la función subordinada de aplicar la ley, reclaman el derecho de declarar inválidas las leyes emitidas por el Parlamento y el Gobierno (control judicial de la constitucionalidad de las leyes). En la sociedad tecnológica de masas ha surgido un nuevo tipo de detentadores del poder en forma de grupos pluralistas y agrupaciones de intereses que dominan los medios de comunicación de masas; los grupos de presión y los lobbies (LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel, 1982, p. 36).

67 LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, ob. cit., p. 23 y ss.

en caso de resistencia o incumplimiento) y soberano (no admite ningún otro poder por encima ni en concurrencia con él).

IHERING⁶⁸ dice:

Por el fin mismo del Estado es de absoluta necesidad que el poder público retenga la suprema potestad, y que ningún otro poder esté colocado *por encima* de él [...] La soberanía debe ser el atributo del Estado; este debe hallarse por encima de todo (*supra, supranus, sovrano*).

Los pueblos han soportado todas las tiranías del poder; se han encorvado bajo las armas de Atila como bajo la locura de los Césares romanos; se han arrodillado ante los déspotas. “Pero aun el más desenfrenado despotismo da la imagen de un Estado, es todavía un mecanismo de la fuerza social. *¡La anarquía, no!*” Esta es la impotencia del poder público; es un Estado antisocial, la descomposición, la disolución de la sociedad. El que pone fin a ella, sea por el hierro o por el fuego, no importa quién, usurpador o conquistador, es el salvador, porque toda forma de Estado, por detestable que sea, es preferible a la completa ausencia de organización social.

Cuando el Estado social ha sido trastornado y desorganizado, hace falta una mano de hierro para introducir nuevamente en el pueblo el hábito de la disciplina y la obediencia. Es el despotismo el que opera la transición, oponiendo a la arbitrariedad de la anarquía la arbitrariedad del poder público.

Enseña JELLINEK⁶⁹ que hay dos órdenes de poder: el no dominante y el dominante. El *poder no dominante* es capaz de dar órdenes a los miembros de la asociación, pero carece de fuerza bastante para obligar con sus propios medios a la ejecución de sus órdenes, para ello requiere que el Estado le preste su brazo para constreñirlos a someterse al Derecho establecido por la asociación o a la pena que esta haya impuesto disciplinariamente; la asociación tiene un poder disciplinario, no de dominación. El *poder de dominación*, por el contrario, es un poder irresistible. Dominar quiere decir mandar de un modo incondicionado y poder ejercitar la coacción para que se cumplan los mandatos. El poder que está dotado de esta fuerza es el poder (*imperium*) del Estado. La dominación es la cualidad que diferencia al poder del Estado de todos los demás poderes. “El Estado moderno reconoce a todos los individuos y asociaciones un círculo de libertades que está limitado por las leyes, pero no puede reconocer, a causa de su propia esencia, un derecho de dominación substantivo, propio, infranqueable para él”. El Estado es el depositario exclusivo del poder de dominación. Al *imperium* no puede sustraerse nadie.

68 VON IHERING, Rudolf, *El fin en el Derecho*, Buenos Aires: Atalaya, 1946, p. 154 y ss.

69 JELLINEK, *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 534 y ss.

En el concepto de poder del Estado, expresa JELLINEK, está contenido el concepto de orden jurídico. De aquí que el poder del Estado, en su organización y en sus relaciones con sus fines, sea el objeto del Derecho político. “Todo Derecho político es una doctrina de los poderes del Estado, de sus órganos, de sus funciones, de sus límites, de sus derechos y de sus deberes”. El Estado, en su aspecto jurídico, no es otra cosa que la fuerza de dominación originaria de que está dotada la corporación de un pueblo sedentario.

El poder del Estado es soberano en cuanto no depende de ningún otro poder. En lo externo no está sujeto a otro Estado. Internamente en cuanto tiene un *imperium* sobre el territorio y sobre la población. La soberanía ejercida sobre los ciudadanos es un producto de la misma voluntad de los sujetos.

El Estado es, en suma, la síntesis de las voluntades y de los derechos individuales, es el momento ideal de convergencia de estos derechos y de una suprema expresión de poder. La soberanía tiene su sede en el pueblo mismo en cuanto está ordenado en Estado⁷⁰.

Al respecto, SMITH señala lo siguiente:

El poder o “imperium”, en la actividad estatal concreta, se traduce y exterioriza como la capacidad o facultamiento jurídico que tienen los órganos del Estado de ejercer coerciblemente, mediante determinados procedimientos, las tareas de producción o de ejecución de normas jurídicas que son atribuidas a las funciones que realizan. (p. 862).

Esta definición destaca que las funciones del Estado presuponen un originario y exclusivo facultamiento en favor de los órganos que las realizan en el sentido de “poder ejercerlas coerciblemente”; tal es el sentido inmanentemente jurídico del poder estatal.

Desde la antiguedad, la actividad del Estado se divide en tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial. Estas funciones, en tanto modos de manifestación del *poder estatal*, son consideradas a su vez, cada una de ellas, como *poder*. En este sentido, Montesquieu, en su obra *El espíritu de las leyes* (1748), distinguió tres poderes en el Estado: legislativo, ejecutivo y judicial.

Abstractamente el poder público es uno, lo cual no impide que se divida su ejercicio entre varios órganos. De ahí que en vez de hablar de división de los poderes debería distinguirse entre órganos y funciones estatales.

El ejercicio del poder estatal por los gobernantes permite mantener a la sociedad cohesionada, unida, organizada de tal modo que exista un orden que proteja a sus integrantes y promueva el bien común.

La Constitución peruana de 1993 distribuye el ejercicio coercible de las funciones estatales (el poder político del Estado) en los siguientes órganos:

- *Poder Legislativo*. Encargado de legislar (art. 90 y ss.).
- *Poder Ejecutivo*. Cumple la función de gobernar el Estado (art. 118 y ss.).
- *Poder Judicial*. Tiene la función jurisdiccional (art. 138 y ss.).
- *Junta Nacional de Justicia*. Encargado de la selección y nombramiento de jueces y fiscales, ratificarlos cada siete años y aplicar la sanción de destitución a los jueces 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 (art. 154, reformado por ley N.º 30904).
- *Ministerio Público*. Es el defensor de la legalidad, representa a la sociedad en los procesos judiciales, conduce la investigación del delito, ejercita la acción penal, entre otras funciones (art. 159).
- *Academia de la Magistratura*. Se encarga de la formación y capacitación de los jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección (art. 151).
- *Defensoría del Pueblo*. Tiene como función defender la Constitución y los derechos 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 (art. 162).
- *Fuerzas Armadas* (Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea). Su función primordial es garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República. Asumen el control del orden interno cuando se decrete los estados de excepción conforme al art. 137 (art. 165).
- *Policía Nacional*. Cumple la función de garantizar, mantener y restablecer el orden interno (art. 166).
- *Jurado Nacional de Elecciones*. Fiscaliza la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, entre otras funciones en materia electoral (art. 178 y ss.).
- *Oficina Nacional de Procesos Electorales*. Organiza los procesos electorales, los referéndums y otros tipos de consultas populares, incluido la elaboración y el diseño de la cédula de sufragio (art. 182).
- *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, prepara y mantiene actualizado el padrón electoral (art. 183).

- *Municipalidades provinciales y distritales.* Son los órganos de gobierno local (art. Art. 188 y ss.).
- *Regiones.* Son órganos de gobierno regional (art. 197 y ss.).
- *Tribunal Constitucional.* Es el órgano de control de la Constitución; conoce: 1) la acción de inconstitucionalidad; 2) en última y definitiva instancia, las acciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, y 3) los conflictos de competencia o de atribuciones asignados por la Constitución (art. 202 y ss.).

El Estado interviene en las relaciones jurídicas premunido de su *imperium*, ejerciendo sus funciones coactivas; o desprovisto de su *imperium*, realizando funciones no coactivas. En el primer caso, la relación es subordinación y está regulada por el Derecho público; el particular se subordina al Estado. En el segundo caso, la relación es de coordinación y se regula por el Derecho privado; el Estado se encuentra en un nivel de igualdad con el particular con quien se relaciona. Sobre esta base se sostiene que el Estado tiene una doble personalidad: pública (sujeto de Derecho público), la una; y privada, la otra (sujeto de Derecho privado). En realidad, el Estado es el sujeto de Derecho público por excelencia con capacidad para ejercer funciones coactivas, pudiendo realizar funciones no coactivas cuando el Derecho lo permite.

262. La soberanía del Estado

La soberanía es una propiedad inmanente del Estado; este constituye un poder soberano que no reconoce otro poder superior. El poder soberano del Estado es inconstitutable (no se le puede oponer resistencia u obstáculo que pueda impedir la realización de lo ordenado), incondicionado (el contenido de las decisiones estatales no puede ser impuesto por terceros), jurídico (es un poder regulado por el Derecho), irrenunciable (el poder estatal no se puede transferir o enajenar; su ejercicio es inexorable para la existencia del Estado) y supremo (se encuentra por encima de cualquier otro poder, como garantía de la existencia y unidad del Estado; la soberanía existe o no existe).

La evolución histórica de la soberanía demuestra que esta significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. El poder soberano de un Estado no reconoce ningún otro superior a sí; es el poder supremo e independiente. El poder del Estado procede de sí mismo y según su propio Derecho; no se deriva de ningún otro poder. “Allí donde haya una comunidad con un poder

originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que le es propio, allí existe un Estado”⁷¹.

El Estado, mediante su propio ordenamiento jurídico, regula sus actividades dentro de las limitaciones establecidas que así mismo se impone.

Si consideramos al Estado en sus relaciones con los demás Estados resulta que la soberanía no es una categoría absoluta, sino una categoría histórica, puesto que:

[E]l poder que ejerce un Estado en lo interno y que se traduce en la capacidad o facultamiento jurídico que tienen sus órganos de efectivar coactivamente las funciones de legislación, administración y jurisdicción respecto de las personas y bienes situados en su territorio depende, en última instancia, del reconocimiento expreso o tácito que otorgan a ese Estado los otros Estados que con él integran la comunidad jurídica internacional⁷².

En las relaciones entre Estados, estos se someten a un ordenamiento jurídico común, el cual establece los derechos y deberes de cada Estado.

263. Formas del Estado

Desde antiguo, las formas de Estado se identifican con las formas de la Constitución. Hay en los Estados relaciones permanentes entre el poder estatal y la voluntad de los individuos sometidos a ese poder; estas relaciones perduran a través de todo cambio de sus peculiaridades (el territorio, el mar, el clima, la extensión del territorio, las fronteras del país, las peculiaridades sociales, económicas, religiosas, etc.). “Estas relaciones fundamentales de voluntad son, pues, la base de la Constitución del Estado, y la división científica de los mismos es aquella que se hace según las formas que hace tal Constitución”, escrita o no. Las formas del Estado se identifican con las formas de la Constitución.

Hay cosas que siempre cambian en el Estado; pero hay ciertas relaciones abstractas de voluntad cuyo cambio apenas si es perceptible por los límites mismos en que tiene lugar. Y estas relaciones son como el andamiaje firme mediante el que se ordenan los mil elementos variables de cada Estado⁷³.

Las formas del Estado se identifican con la de la distinción jurídica de las Constituciones⁷⁴.

71 JELLINEK, *Teoría general del Estado*, ob. cit., p. 606.

72 SMITH, ob. cit., p. 864.

73 JELLINEK, *Teoría general del Estado*, ob. cit., pp. 804-805.

74 “El que considere la vida real histórica del Estado, reconocerá frente a la forma jurídica una forma política, la cual, como todo lo que no es jurídico en el Estado, es imprecisa y indeterminada. Como depende

263.1. Formas de Estado en la Edad Antigua y en la Edad Media

ARISTÓTELES reconoció tres formas o constituciones puras de Estado orientadas al interés del bien general: la *monarquía* (poder ejercido por un rey), la *aristocracia* (gobierno de una clase social privilegiada) y la *democracia* (gobierno derivado de la voluntad popular); y tres formas impuras cuyo fin es el interés particular de una clase o de un individuo: *tiranía* (atendía al interés personal del monarca), *oligarquía* (gobierno en interés de una clase privilegiada) y *demagogia* (gobierno en exclusivo interés de los desposeídos).

En la Edad Media, Santo Tomás (en su obra *Suma teológica*) enlaza su criterio con el de Aristóteles. Las formas de Estado son los diferentes modos en que se actúa y manifiesta el poder. Santo Tomás las ordena a partir de la coordinación de dos criterios: por un lado, atiende al número de sujetos que ostentan el poder y al criterio que preside su designación —la igualdad o determinadas cualidades—; por otro, examina si el poder que se ejerce tiende o no al bien común. Por tanto, diferencia tres formas buenas y orientadas al bien común: la monarquía, que es el gobierno de una persona especial; la aristocracia, que supone el mando de varios notables, y la democracia o política, que equivale al gobierno del pueblo. Las formas corruptas son la tiranía, la demagogia, la democracia corrupta.

263.2. Formas de Estado en la Edad Moderna: la monarquía y la república

En la Edad Moderna, desde que Maquiavelo opuso al poder individual del monarca el poder general de la república, la antigua clasificación tripartita de las formas de Estado fue sustituida por la división bipartita, admitida hasta la actualidad: la *monarquía* (gobierno autocrático) y la *república* (gobierno democrático). Cada una de ellas admite modalidades, así, el *despotismo* implica el ejercicio de un poder ilimitado por parte del monarca; la *teocracia* puede incardinarse en la monarquía si se considera que la voluntad divina se exterioriza por medio de la voluntad del monarca, o en república si se estima que la voluntad de Dios se manifiesta a través de la voluntad del pueblo.

La monarquía y la república son formas genéricas de Estado que admiten modalidades que dependen “de la estructura del gobierno; la presencia o ausencia de

de las relaciones concretas, siempre cambiantes, del Estado, cambia ella también de continuo, y es de poca utilidad el tratar de encerrar este momento del Estado dentro de categorías firmes. Políticamente, Atenas, en la época de Pericles, estaba dominada por un solo hombre, y Rusia, bajo Pablo I, estuvo durante algún tiempo bajo el dominio de la ayuda de cámara del emperador. Otras monarquías han sido gobernadas durante algún tiempo por las amantes o los confesores del rey. Estados con un poder monárquico muy fuerte han tenido gobiernos parlamentarios pasajeros. Tales hechos son de grande importancia para la consideración histórica, social y política de los Estados particulares; pero para el Derecho solo puede tener valor en cuanto expresan una oposición permanente entre el titular del poder político y el del jurídico en la vida del Estado” (JELLINEK, Teoría general del Estado, ob. cit., p. 805).

representación popular en este; la mayor o menor participación que cabe a la voluntad de los individuos en los procesos funcionales de producción y ejecución de normas jurídicas; y la mayor o menor independencia de las funciones legislativa, administrativa o jurisdiccional, como su centralización o descentralización”⁷⁵.

La monarquía como forma de Estado autocrático, en cuanto es constituido por un solo individuo: el monarca, y la república como forma de Estado democrático, en cuanto es una organización creada por los propios individuos sometidos al poder, no son sino formas ideales, puesto que una pura autocracia en el sistema monárquico es tan irreal como una pura democracia en el sistema republicano.

En las democracias avanzadas no es posible que concurran todos los súbditos para formar la voluntad del Estado, sino solo la mayoría para elegir a sus representantes, así como en la autocracia no es posible que el orden de una comunidad sea creado y realizado por solo hombre, sino que es necesario que el déspota designe representantes y se rodee de consejeros y asesores. La autocracia no es posible sin una pluralidad de órganos sometidos, con excepción del autócrata, al orden estatal.

1) La monarquía. Sus clases

La monarquía es la forma de Estado en la cual este aparece constituido bajo la autoridad suprema de un solo individuo.

La realidad histórica presenta dos especies de monarquía:

- a) *La monarquía que se sitúa por encima del Estado.* A su vez, esta presenta dos variedades: i) la monarquía teocrática o proteocrática concibe al monarca como un Dios o representante de Dios, con poderes divinos superiores a cualquier orden jurídico estatal; y ii) la monarquía que concibe al monarca como propietario del Estado. Aparece en la Edad Media germánica. KELSEN⁷⁶ explica que la *monarquía feudal* se caracteriza por su organización piramidal. En la cima está el monarca, señor feudal supremo, propietario eminente de todo el territorio; subordinados a él están los barones, como señores feudales, bajo de estos los vasallos con sus distintas categorías, etc. El monarca solo tiene potestad de mando sobre los señores de categoría superior, de modo que la soberanía no se actúa sobre la masa de los súbditos, sino gradualmente, a través de las distintas jerarquías. Hay un complicado sistema de delegaciones de creación jurídica, que alcanza desde el monarca hasta el último señor territorial. Esta creación se refiere a las normas individuales; las normas generales

75 SMITH, ob. cit., p. 867.

76 KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, traducción por Luís Legaz Lacambra, Ciudad de México: Editorial Nacional, 1979, p. 427.

son consuetudinarias. La *monarquía estamentaria*, que es un desarrollo del Estado feudal, muestra como suprema autoridad legisladora (creadora de normas individuales; las normas generales son consuetudinarias) a un monarca hereditario o elegido de por vida, en unión de los estamentos, esto es, la asamblea de la alta aristocracia, del alto clero y de los representantes de ciertos grupos privilegiados: la pequeña nobleza territorial y las ciudades. La organización del Estado estamentario dio lugar a frecuentes conflictos entre los estamentos y el monarca por cuestiones de competencia, avivados por las faltas de normas generales escritas y creadas por órganos especiales.

- b) *La monarquía subordinada al ordenamiento jurídico estatal.* El monarca no se encuentra por encima, sino dentro del orden estatal; el rey es un órgano del Estado conjuntamente con otros órganos dotados de ciertas competencias; representa el poder supremo del Estado. En nuestros días, las monarquías parlamentarias no constituyen un tipo contrario al tipo de Estado constitucional. En el Estado constitucional, una monarquía prevista constitucionalmente es uno de los “órganos constitucionales”⁷⁷ (casos de Gran Bretaña —Constitución no escrita—, Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca, Mónaco, Suecia, España).

2) *La república. Clases*

La república es una forma de Estado cuya organización es la expresión de la voluntad popular. El pueblo es el titular del poder soberano, para cuyo ejercicio elige a sus representantes.

La república apareció en Roma en oposición a la monarquía; la república es el gobierno de la cosa pública: *res publica*. Para los romanos la *república* era simplemente *no monarquía*; es la negación de la dirección del Estado por una persona física; *res publica* correspondía exactamente a lo que los ingleses llaman *commonwelh*, y designaba exclusivamente lo que es común.

Los órganos del Estado son creación de la voluntad popular.

Siempre que la voluntad popular represente a la mayoría o a la minoría de los individuos que integran la comunidad, la república será, respectivamente, aristocrática o democrática⁷⁸.

77 HÄBERLE, *El Estado constitucional*, ob. cit., p. 37.

78 SMITH, ob. cit., p. 871.

a) *República aristocrática*

Se caracteriza por el predominio de una clase social sobre el resto de la comunidad. Es una clase privilegiada la que ejerce el poder estatal (legislativo, administrativo y judicial).

Soberanía de un grupo profesional, sacerdotes o guerreros; soberanía de una raza victoriosa; de una clase por su estirpe; de los poseedores de la tierra o de otra clase de propietarios, o de una mezcla de distintos elementos de estos, que producen diversos tipos de república⁷⁹. Atendiendo al núcleo dominante, la aristocracia se ha caracterizado como *timocracia* o *plutocracia* y *oligarquía* (las funciones estatales son ejercidas por un grupo sumamente limitado).

b) *República democrática*

Se caracteriza por ser el gobierno del pueblo. En la antigüedad el pueblo no estaba constituido por todos los individuos integrantes de una comunidad: la democracia ateniense se ejerció a través de los ciudadanos capacitados para encargarse de los negocios de la ciudad-Estado; en Esparta era el gobierno de los iguales, quienes constituían una clase aristocrática; en Roma, recién con Tiberio y Cayo Gracco, los plebeyos empezaron a tener acceso al edilato curul, a la censura, al consulado, a la pretura y al sacerdocio. Solo en las postrimerías de la república se otorgó ciudadanía política y su consiguiente capacidad para el ejercicio de funciones públicas a la simple condición de nacimiento y edad sin distinción de títulos ni privilegios. En la antigüedad la palabra *populus* se usaba para referirse a la clase social privilegiada.

A partir de los ideales filosóficos de igualdad, libertad y fraternidad del s. XVIII surge la democracia moderna con la participación de todos los individuos capacitados, por su nacimiento, edad o sexo, para organizar el Estado y determinar la competencia de sus órganos. El poder del Estado radica en el pueblo; los ciudadanos tienen iguales derechos políticos; la forma representativa de gobierno es la forma más depurada de gobierno en los sistemas republicanos actuales.

Las repúblicas democráticas contemporáneas presentan rasgos comunes: una Constitución escrita mediante la cual se organiza el poder estatal y se estructura jerárquicamente el ordenamiento jurídico; separación de poderes (de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial); carácter representativo y responsa-

bilidad de los que ejercen las funciones públicas; periodicidad de los manatos; publicidad de los actos⁸⁰.

La Constitución, en el art. 43, dispone: "*La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana*". En el art. 2 hace una extensa enumeración de los derechos fundamentales de la persona. Y en el art. 3 prescribe: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

El Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada en el Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre del 2003, señala lo siguiente:

9. El Estado peruano definido por la Constitución de 1993, presenta las características básicas de Estado social y democrático de derecho. Así se concluye de un análisis conjunto de los artículos 3 y 43 de la Ley Fundamental. Asimismo, se sustenta en los principios esenciales de libertad, seguridad, propiedad privada, soberanía popular, separación de las funciones supremas del Estado y reconocimiento de los derechos fundamentales. Principios de los que se deriva la igualdad ante la ley y el necesario reconocimiento de que el desarrollo del país se realiza en el marco de una economía social de mercado.

10. Estado social democrático: Estado de derecho. El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca.

11. Dignidad humana: El presupuesto de todos los derechos fundamentales, su reconocimiento es una condición para el ejercicio de la libertad, entendida como aquella condición humana según la cual ninguna persona se halla sujeta a coacción derivada de la voluntad arbitraria de los demás.

12. Estado social y democrático: Configuración. La configuración del Estado social y democrático de derecho requiere de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social.

13. Economía social de mercado. La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes: a) Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso; b) Mercado libre; lo que supone, por un lado, el

respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios; y c) Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.

14. Principio democrático: Estado democrático de Derecho. El principio democrático no solo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales. De modo que, aun cuando nuestra Constitución no lo establezca expresamente, el hecho de que exista una remisión al Estado democrático de derecho como una fuente de interpretación y también de identificación de los derechos fundamentales de la persona (artículo 3 de la Constitución), hace del principio democrático uno que trasciende su connotación primigeniamente política, para extenderse a todo el ámbito de la vida en comunidad. De esta forma, nuestra Carta Fundamental lleva implícito el reconocimiento de una democracia económica social y cultural.

15. Estado: Funciones. La historia de la humanidad demuestra que el Estado no puede agotarse en sus funciones jurisdiccionales, de policía y de defensa del territorio; asimismo, no puede limitar su actividad solo a garantizar la seguridad interior y exterior del país. El Estado debe ser el ente integrador del orden político y social, y el regulador de la estructura social, que asegure el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas [...].

263.3. Estados unitarios y Estados compuestos

Según que la organización política sea unitaria o que resulte de la unión de varios Estados bajo un gobierno común, los Estados se clasifican en:

a) *Estados unitarios*

Todas las decisiones de autoridad se centralizan en un solo detentador del poder, sin delegar competencias territoriales. El poder se ejerce en la Ciudad-Estado que comprende un territorio pequeño. Con la expansión territorial y demográfica surgen mayores exigencias para el Gobierno, lo que determina el surgimiento de la burocracia en quien se delega ciertas facultades específicas y transitorias⁸¹.

Los Estados unitarios se dividen en centralizados y descentralizados. En un Estado *centralizado* el gobierno se ejerce por un solo individuo o grupo social; no hay una distribución equitativa del poder; el Gobierno central acapara el poder político, social, económico, administrativo. En el Estado *descentralizado* se delegan funciones, competencias, responsabilidades en las autoridades distritales, provinciales, regionales⁸².

81 CHANAMÉ ORBE, Raúl, *Teoría del Estado*, Lima: Abogados Editores, s/f, p. 25.

82 Constitución: Art. 43. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

En el Perú existió el Consejo Nacional de Descentralización encargado de conducir el proceso de descentralización política, económica y administrativa. Este organismo fue calificado por el presidente Alan García como burocrático e ineficiente, y el 24 de enero del 2007 fue abolido y reemplazado por la Secretaría de Descentralización, dependiente del primer ministro. El art. 188 de la Constitución de 1993 establece que “la descentralización es un proceso permanente que tiene como objetivo el desarrollo integral del país”. La descentralización no es lo mismo que desconcentración, aquella, manteniendo la unidad de soberanía y de dirección central, atribuye determinadas funciones a las autoridades distritales, provinciales, regionales, elegidas directamente en sus respectivas circunscripciones territoriales, en cambio, la desconcentración consiste en la delegación de funciones de un organismo superior a otro inferior, por ejemplo, un ministro desconcentra sus funciones en sus directores generales⁸³.

b) *Estados compuestos*

El poder se descentraliza en una pluralidad de instituciones y territorios. Los Estados compuestos pueden adoptar las siguientes formas: confederación de Estados, Estado federal y unión de Estados.

b.1) *La confederación de Estados*

La conferación de Estados se forma por un pacto entre Estados soberanos que establecen una unión permanente basada en determinados presupuestos.

- a) Actúan en el Derecho internacional público como una unidad; b) poseen un punto de unidad constitucional; c) es una unidad con equidad; d) ningún miembro formalmente domina al otro; e) la seguridad exterior es un problema común de todos los miembros; f) poseen algunos órganos comunes, como el legislativo.

El Tahuantinsuyo, en la época de Pachacutec, se expresó como una confederación de tribus; los Estados Unidos nacieron como una confederación de ciudades libres⁸⁴.

b.2) *Estado federal*

El Estado federal se estructura mediante los acuerdos de varios estados soberanos entre sí integrándose en una unión más amplia que asume

⁸³ BERNALES BALLESTEROS, Enrique y Alberto OTÁROLA PEÑARANDA, *La Constitución de 1993*, 3.^a ed., Lima: Constitución y Sociedad ICS, 1997, p. 790.

⁸⁴ CHANAMÉ ORBE, ob. cit., p. 30.

los intereses comunes de los diversos Estados, situación que propicia la formación de dos jerarquías de gobierno, dotados de cierta autonomía, la del gobierno federal y la de los gobiernos estatales⁸⁵ (Estados Unidos, Alemania, Rusia, Suiza, México, Brasil)⁸⁶.

b.3) Unión de Estados

Es la unión de Estados independientes y autónomos. La unión puede ser: *unión personal* cuando dos Estados independientes se reúnen bajo el vínculo de un solo monarca (ejemplo: las uniones de los Países Bajos y Luxemburgo; Dinamarca e Islandia, hoy Estados independientes); *unión real* cuando dos Estados constituyen una sola personalidad jurídica internacional (ejemplo: la unión entre Suecia y Noruega desde 1815 a 1905); y *Unión incorporada*, cuando cada uno de los Estados incorporados, que en conjunto constituyen una sola personalidad internacional, carecen de autonomía interna (ejemplo: el Reino Unido de Gran Bretaña, en el que Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte integran un Estado de estructura casi unitaria)⁸⁷.

263.4. Estado regional

Es una forma de Estado intermedia entre el Estado unitario y el Estado compuesto (ejemplo: Italia, España, Perú).

La Constitución italiana de 1948 (art. 114 y ss.) establece que la república se reparte en regiones, provincias y municipalidades. Las regiones se constituyen como

⁸⁵ Décima enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América: "Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidos por esta a los estados, quedarán reservados respectivamente a los estados o al pueblo".

⁸⁶ "Las causas surgidas para que desaparecieran los límites tras los cuales el federalismo se ha podido mantener hasta ahora en cierta medida intacto en América, Suiza, Alemania, yacen en las actuales circunstancias socioeconómicas. En el fondo ya nadie habla de una auténtica autodeterminación, y mucho menos de una presunta soberanía de los Estados miembros de una comunidad federal, puesto que la economía está montada a nivel nacional. Hoy en día no puede haber ningún oasis estatal en un Estado federal si los servicios y prestaciones sociales para los satisfechos ciudadanos son regulados unitariamente al nivel estatal, si los partidos políticos y grupos pluralistas funcionan a nivel nacional. Todas las decisiones políticas, sociales y económicas deben ser unitarias para todo el Estado. En todos los Estados federales domina sin excepción el unitarismo social. Incluso las específicas tradiciones culturales deben adaptarse y subordinarse a la *image* nacional. Los intereses y deseos peculiares de los Estados miembros pueden hacerse valer en los órganos federales comunes, y en éstos tampoco pueden esperarse sino compromisos que tengan en cuenta a todas las partes. Por lo demás, parece como si los puntos de vista federales retrocediesen bajo una prosperidad económica que comprende a todo el Estado. Cuando a la gente le va bien no se pregunta si el bienestar hay que atribuirselo a un gobierno nacional o regional" (LOEWENSTEIN, *Teoría de la constitución*, ob. cit., pp. 331 y 332).

⁸⁷ SMITH, ob. cit., p. 874.

entes autónomos con poderes propios y funciones según los principios fijados en la Constitución. Las regiones pueden legislar dentro de los límites de las leyes del Estado, siempre que las normas no estén en contraste con los intereses nacionales y con los de las otras regiones. Las regiones tienen autonomía financiera en la forma y en los límites establecidos por las leyes de la república, debiendo coordinar con las finanzas del Estado, de las provincias y de las municipalidades. La región no puede establecer tasas de importación o exportación o tránsito entre las regiones.

La Constitución española de 1978 (art. 137 y ss.) denomina a sus regiones: comunidades autónomas. Dispone que el Estado se organiza territorialmente en municipios, provincias y comunidades autónomas, las cuales gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Las diferencias entre los estatutos de las distintas comunidades autónomas no podrán implicar privilegios económicos o sociales. En el art. 150.2 prescribe:

El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a la materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.

263.5. La regionalización en el Perú

El Estado peruano, desde la colonia, se caracterizó por ser unitario y centralista. No solo el poder político, sino también el económico, administrativo, cultural y hasta religioso se han concentrado en Lima. Las decisiones que afectan a todo el país siempre se han tomado por el gobierno central, desde Lima. El centralismo ha producido un enorme desequilibrio entre la capital y el resto del país. Mariátegui, en su obra *7 ensayos de la interpretación de la realidad peruana*, dijo: “Uno de los vicios de nuestra organización política es, ciertamente, su centralismo”.

Los colonizadores españoles crearon audiencias, intendencias y corregimientos, con el fin de controlar a la población nativa, organizarla como fuerza de trabajo en las minas y cobrar los tributos exigidos por la Corona. En una primera etapa, el confederado Estado inca se dividió en encomiendas. En 1542 se creó el virreinato centrando el poder político y militar en el virrey. El virrey Toledo dividió el virreinato en corregimientos, cuyo delegado político era el corregidor. Como consecuencia de la sublevación de Túpac Amaru, en 1782 se crearon las intendencias de Lima, Cusco, Arequipa, Trujillo, Huancavelica, Huamanga, Tarma y Puno. Las intendencias se dividieron en partidos, en total 56.

En 1821, San Martín transformó las *intendencias* en *departamentos* y los *partidos* en *provincias*. Se crearon 5 departamentos en 1821; 11 en 1822; 7 en 1825; 8 en

1834; 11 en 1850; 14 en 1856; 18 en 1876; 21 en 1904; culminando en 1980 con 24 departamentos.

La Constitución de 1923 creó las *juntas departamentales*. Estas instituciones ya existían en Europa, donde, por su inspiración liberal, se otorgaba atribuciones más o menos amplias a los organismos locales y regionales.

La Constitución de 1828 otorgó a las *juntas departamentales* atribuciones políticas, administrativas, eclesiásticas y judiciales. El intento fracasó por falta de descentralización económica.

Por ley de 1873 se establecieron los *consejos departamentales y municipales* con algunas atribuciones para administrar la economía de los departamentos, provincias y distritos.

Por ley de 1880 se intentó una descentralización *fiscal* de modo que los impuestos recaudados en cada zona fueran utilizados en provecho de las mismas.

La Constitución de 1919 creó los *Congresos Regionales* con el fin de promover el desarrollo regional y local. Además, promovió la división transversal del país.

La Constitución 1923 restablece los *Consejos Departamentales* en los lugares que la ley señale, reconociéndoles autonomía administrativa y económica.

La Constitución de 1933 (art. 188 y ss.) estableció que las circunscripciones territoriales tienen su autonomía administrativa y económica conforme a la Constitución y a la ley orgánica. Dispuso que habrá *Consejos Departamentales* en los lugares que señale la ley. Los miembros del Consejo Departamental serán elegidos por sufragio directo y no pueden ser reelegidos. Los Consejos Departamentales tienen facultad para organizar, administrar y controlar los ramos de instrucción, sanidad, obras públicas de carácter departamental, vialidad, agricultura, ganadería, industrias, minería, beneficencia, previsión social, trabajo, y demás que se relacionen con las necesidades de sus circunscripciones. Se dispone que tienen la atribución de recaudar e invertir sus rentas, formular su presupuesto anual, solicitar al Ejecutivo la separación de las autoridades políticas de su circunscripción, entre otras funciones.

La *Constitución de 1979* (capítulo XII, art. 252 y ss.) estableció una propuesta de sustitución del viejo orden centralista e inefficiente por uno descentralizado que conduzca a la democratización del país. Las municipalidades son los órganos de gobierno local, tienen autonomía económica y administrativa en los asuntos de su competencia; los alcaldes y regidores son elegidos por los vecinos de la respectiva jurisdicción. Las municipalidades son competentes para aprobar su organización interna, votar su presupuesto, administrar sus bienes y rentas; crear, modificar, suprimir contribuciones, arbitrios y derechos, regular el transporte, organizar y administrar los servicios públicos, planificar y ejecutar sus planes de desarrollo,

zonificación y urbanismo, cooperar con la educación primaria, cultura, recreación y deportes, entre otras funciones.

Las regiones se constituyen sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, económica, administrativa y culturalmente. Conforman unidades geoeconómicas. Tienen autonomía económica y administrativa. Son competentes, dentro de su territorio, en materia de salubridad, vivienda, obras públicas, vialidad, agricultura, minería, industria, comercio, energía, previsión social, trabajo, educación primaria, secundaria y técnica, y las demás que le son delegadas por ley.

Durante el primer gobierno de Alan García (1985-1990), el 20 de enero de 1989, se establecieron 12 regiones: Grau, Amazonas, Nor Oriental del Marañón, Ucayali, Inka, San Martín-La Libertad, Los Libertadores-Huari, Arequipa, Andrés Avelino Cáceres, Chavín, y Moquegua-Tacna-Puno. Los gobiernos regionales carecieron de recursos fiscales propios, dependiendo en este aspecto del Gobierno central.

En 1990 fue elegido presidente el Ing. Alberto Fujimori, quien cortó las transferencias al gobierno regional. Por Ley N.º 25432 se disolvió las Asambleas Regionales y Consejos Regionales. El 29 de diciembre de 1992, las regiones fueron reemplazadas por los Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR). Los CTAR terminaron sus funciones el 1 de enero del 2003, fecha en que se hizo la división política del territorio nacional en 25 regiones administrativas, excepto Lima Metropolitana que no integraba ninguna región. La sede de cada gobierno regional es la capital de departamento respectiva.

La Constitución de 1993. Fujimori disolvió el Congreso en 1992. Convocó a elecciones para una Asamblea Constituyente a la que se le denominó Congreso Constituyente Democrático, quien promulgó la Constitución de 1993, la cual, en el capítulo XIV, art. 188 y ss., dispone que el territorio de la república se divide en regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se ejerce el gobierno unitario de manera descentralizada y desconcentrada (art. 189). 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 integrarse o cambiar de circunscripciones. En ambos casos procede el referéndum, conforme a ley.

Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa⁸⁸. Corresponde al Consejo las funciones normativas y fiscalizadoras, y a la alcaldía las funciones ejecutivas.

⁸⁸ “Municipalidad: Autonomía. La autonomía municipal constituye, en esencia, una garantía institucional, esto es, un instituto constitucionalmente protegido que, por su propia naturaleza, impide que el legislador pueda desconocerla, vaciarla de contenido o suprimirla; protege a la institución de los ex-

Las regiones tienen autonomía política, económica y administrativa. Les corresponde, 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 las establece la ley. Las regiones apoyan a los gobiernos locales. No los sustituyen ni duplican su acción ni su competencia.

“El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de separación de poderes” (art. 45 de la Constitución Política), consiguientemente, los gobiernos locales, provinciales y distritales, y los gobiernos regionales poseen autonomía, pero dentro de los límites fijados por la Constitución, es decir, deben ejercer el poder con sujeción al principio de unidad del Estado, sin excederse de las competencias establecidas en la Constitución y en la ley. Autonomía no significa autarquía.

Son autoridades de la región: el Consejo Regional, el Gobernador Regional y el Consejo de Coordinación Regional.

Sobre los gobiernos regionales, el art. 191 de la Constitución, modificado por Ley N.º 30305, publicada el 10 de marzo del 2015, dispone:

Artículo 191.- Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.

La estructura orgánica básica de estos gobiernos la conforman el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador, el Gobernador Regional como órgano ejecutivo, y el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

El Consejo Regional tendrá un mínimo de siete (7) miembros y un máximo de veinticinco (25), debiendo haber un mínimo de uno (1) por provincia y el resto, de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral.

El Gobernador Regional es elegido conjuntamente con un Vicegobernador Regional, por sufragio directo por un periodo de cuatro (4) años. El mandato de dichas autoridades

cesos que pudieran cometerse en el ejercicio de la función legislativa, y persigue asegurar que, en su tratamiento jurídico, sus rasgos básicos o su identidad no sean trastocados de forma que la conviertan en impracticable o irreconocible. La autonomía municipal supone capacidad de autodesenvolvimiento en lo administrativo, político y económico de las municipalidades, sean estas provinciales o distritales. Ciertamente, la garantía de autonomía municipal no impide que el legislador nacional pueda regular su régimen jurídico, siempre que, al hacerlo, se respete su contenido esencial. En este contexto, respetar el contenido esencial de la institución constitucionalmente garantizada quiere decir no sujetar o condicionar la capacidad de autodesenvolvimiento pleno de los gobiernos locales a relaciones que se puedan presentar como injustificadas o irrazonables. Autonomía no significa autarquía; por ello, cuando a un órgano se le reconoce tal garantía institucional, se le impone implícitamente que dicha capacidad de autonomización y administración deba realizarse dentro del ordenamiento jurídico” (Sentencia del TC, Exp. N.º 0010-2001-AT/TC, del 26 de agosto del 2003).

es revocable, conforme a ley. No hay reelección inmediata. Transcurrido otro periodo, como mínimo, los ex Gobernadores Regionales o ex Vicegobernadores Regionales pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones. Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual periodo. El mandato de dichas autoridades es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, Congresista o Alcalde; los Gobernadores y Vicegobernadores Regionales deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva.

La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales.

Los Gobernadores Regionales están obligados a concurrir al Congreso de la República cuando este lo requiera de acuerdo a ley y al Reglamento del Congreso de la República, y bajo responsabilidad.

Fujimori, elegido presidente en 1990, dio un golpe de Estado en 1992, fue reelegido en 1995, en mayo del 2000 fue reelegido nuevamente tras un irregular proceso electoral. En noviembre del 2000 fue obligado a renunciar. El Congreso de la República designó como gobierno de transición a Valentín Paniagua. Alejandro Toledo fue elegido presidente para el periodo 2001-2006. Se dio la Ley de Bases de la Descentralización, promulgada el 17 de julio del 2002. La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales N.º 27867 se dio el 8 de noviembre del 2002, promulgada el 16 y publicada el 18 del mismo mes y año. El 20 de noviembre del 2002 se eligieron los gobiernos regionales, uno por cada departamento y uno por la provincia constitucional del Callao.

Como las regiones sobre la base de los departamentos eran muy pequeñas, de conformidad con la Ley de Bases de la Descentralización, el 30 de octubre del 2005 se realizó el referéndum con el fin de formar las regiones sobre la base de la integración de dos o más departamentos contiguos, con la propuesta siguiente: Región Cusco-Apurímac (Apurímac y Cusco); Región Sur Andina (Arequipa, Puno, Tacna); Región Ica-Ayacucho-Huancavelica (Ayacucho, Huancavelica, Ica); Región Nor-Centro-Oriental (Áncash, Huánuco, Junín, Lima, Pasco); Región Norte (Lambayeque, Piura, Tumbes). Ganó el no, con excepción de Arequipa. Consiguentemente, ninguna región fue aprobada.

Durante el segundo gobierno de Alan García (2006-2011), en noviembre del 2006 se eligieron 25 gobiernos regionales, los que tienen su sede en cada capital de departamento.

Conforme a la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, los gobiernos regionales emanan de la voluntad popular, son personas jurídicas de derecho público interno. Tienen autonomía política, económica y administrativa. Cuentan con un pliego presupuestal para su administración económica y financiera (art. 2).

Tienen por finalidad principal promover el desarrollo regional a través de la inversión pública y privada, así como el empleo. Garantizar el ejercicio pleno de los derechos y la igualdad de oportunidades de sus habitantes (arts. 4 y 18).

Es misión de los gobiernos regionales organizar y conducir la gestión pública regional de acuerdo a sus competencias, en el marco de las políticas nacionales y sectoriales, para contribuir al desarrollo integral y sostenible de la región.

Las atribuciones y competencias de los Gobiernos Regionales están previstas en el art. 192 de la Constitución:

Art. 192. Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo. Son competentes para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
2. Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil.
3. Administrar sus bienes y rentas.
4. Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.
5. Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.
6. Dictar las normas inherentes a la gestión regional.
7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.
8. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.
9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

La capital de la República no integra ninguna región. Las funciones de la región las asume la Municipalidad de Lima Metropolitana.

El Fondo de Compensación Regional (Foncor) forma parte de los recursos financieros de los gobiernos regionales. Este fondo se constituye inicialmente con el 30 % de los recursos generados por la privatización y concesiones.

Se aprecia que, desde la colonia, los intentos fallidos por descentralizar el poder político y económico está signado por creaciones, desmembraciones, redenominaciones llevadas a cabo sobre la base de intereses políticos y económicos de los gobernantes o por los movimientos reivindicatorios locales y regionales o por razones geopolíticas o de índole administrativa o fiscal. Se ha realizado una demarcación arbitraria del territorio nacional, primero fueron los corregimientos, luego las intendencias, después los departamentos y ahora a estos últimos se les denomina regiones.

Se han creado 25 regiones que corresponden a cada uno de los 25 departamentos. Se llaman regiones a los departamentos. Es necesario crear las pocas grandes regiones que, aprovechando sus recursos naturales, uniendo capitales, recursos humanos y esfuerzos puedan emprender su desarrollo, ofreciendo a la población servicios públicos de calidad (educación, salud, justicia, seguridad ciudadana, infraestructura), promoviendo la inversión privada mediante la simplificación administrativa y tributaria, moralizando a la burocracia y terminando con la marginalidad de algunos departamentos. Con la regionalización con la que ahora cuenta cada gobierno regional agarrado de su propia estaca poco puede hacer por el bien común; algunos cuentan con ingentes recursos, en su mayoría provenientes del canon minero, que no saben cómo gastar, mientras las enfermedades, la mortalidad infantil, la inseguridad ciudadana se incrementan, otros han sido devorados por el cáncer de la corrupción, y la mayoría de ellos ha concentrado el poder en las capitales de departamento (el centralismo estatal se ha convertido en centralismo departamental) con detrimento del desarrollo de las provincias y los distritos. El Gobierno central nunca ha hecho nada para crear las macroregiones necesarias para la descentralización del poder político con una descentralización fiscal⁸⁹ equitativa y eficiente, a fin de contar con un Estado que beneficie a todos los peruanos.

264. Relación entre Estado y Derecho

El Estado y el Derecho son dos categorías paralelas e interdependientes que se implican mutuamente: la idea del Derecho implica la noción de Estado y viceversa.

El Estado crea al ordenamiento jurídico y se encuentra sometido a ese ordenamiento jurídico por él creado, con el fin de garantizar los derechos de los ciudadanos.

En el Estado moderno, el Derecho emana del Estado, ya porque lo crea directamente, ya porque confiere valor normativo no solamente a la norma surgida espontáneamente (usos y costumbres), sino también a un acto particular de voluntad, “puesto que tanto la licitud como la capacidad de producir efectos jurídicos de cualquier acto, depende ahora exclusivamente de su conformidad con la norma”⁹⁰ estatal, que es tanto

89 “Descentralización: Transferencia de competencias. Si bien el principio de subsidiariedad resulta importante en el proceso de descentralización que se viene implementando en nuestro país, básicamente en lo que se refiere a la asignación y transferencia de competencias, no puede ignorarse que la distribución de competencias se debe realizar por etapas, en forma progresiva y ordenada, conforme a criterios que permitan su adecuada asignación y la transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales, teniendo siempre en cuenta que el objetivo fundamental del proceso de descentralización es el desarrollo integral del país, y sin desconocer que existen normas que delimitan expresamente las competencias que se pretenden arrogar”. (Sentencia del TC, Exp. N.º 0013-2003-AT/TC, Lima: 4 de mayo del 2004).

90 DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, ob. cit., p. 414.

como decir la voluntad del Estado. Por sí la voluntad privada no vale nada, sino solo en cuanto sea convalidada y hecha eficaz por la voluntad estatal. En suma, el Derecho está integrado por normas jurídicas creadas o reconocidas por el Estado.

Pero, el Estado no solamente está vinculado con el ordenamiento jurídico, sino también con un orden axiológico, “el Estado de Derecho se legitima en tanto en cuanto se asienta en un conjunto de valores, en un orden valorativo al que debe responder, y que ha de impregnar el conjunto del ordenamiento jurídico”⁹¹.

En toda comunidad humana, por primitiva que esta sea, existen normas jurídicas que regulan coactivamente la conducta humana social, por más que esas normas consuetudinarias sean embrionarias, no estén sistematizadas, ni existan órganos encargados de la producción y ejecución de normas jurídicas. Donde existe sociedad humana hay Derecho, pero no necesariamente Estado, porque este recién aparece cuando en la sociedad se crean órganos, individuales o colectivos, encargados de la producción y ejecución del ordenamiento jurídico. El Derecho es anterior al Estado.

En la sociedad primitiva, cada ser humano es soberano, se hace justicia por su propia mano y hace justicia a los demás por medio de la venganza privada. En la sociedad estatal, es Estado, a través de sus órganos imbuidos de autoridad, el principal productor (pues existen las normas consuetudinarias y las creadas por la autonomía de la voluntad privada) y casi exclusivo ejecutor (son pocos los casos de ejecución privada, por ejemplo, en legítima defensa, el estado de necesidad) de las normas jurídicas; el Estado monopoliza el uso de la fuerza y nadie se puede hacer justicia por su propia mano, puesto que para ello se han creado órganos encargados de administrar justicia.

Como dice KELSEN⁹², en la comunidad jurídica primitiva, la producción y ejecución normativas están descentralizadas, se realizan por la práctica de parte de sus miembros (costumbre); no existen tribunales centrales para la institución de la norma individual, ni para su ejecución en el acto coactivo.

La comprobación de la situación de hecho antijurídica, lo mismo que la realización de la consecuencia jurídica, es librada a aquellos cuyos intereses —protegidos precisamente por el orden jurídico— son lesionados. Es el hijo el que, a raíz de la muerte de su padre, ha de tomar venganza sobre el asesino y sobre su familia; es el acreedor mismo el que puede poner su mano sobre el deudor moroso, para resarcirse tal vez por medio de la prenda. Tales son las formas primitivas de la pena y de la ejecución. Al realizar estos hechos, los miembros de la comunidad obran como órganos del orden jurídico y de la comunidad por él constituida; pues obran autorizados para ello por el orden jurídico. Solo porque, en virtud de tal autorización, pueden ser imputados estos actos coactivos

91 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid: Dycinson, 1992, p. 114.

92 KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Buenos Aires: Losada, 1946, p. 160.

a la comunidad, y porque es esta la que reacciona en ellos contra lo antijurídico, no son considerados a su vez como nueva antijuridicidad.

Cuando las tareas de producción y ejecución de normas jurídicas son ejercidas por determinados individuos que investidos de autoridad adquieren el carácter de órganos, con una esfera de acción normativamente delimitada, aparece el Estado. En este, la delimitación normativa de funciones y autoridad depende del consentimiento, expreso o tácito, de los individuos que integran la comunidad, cuya existencia está posibilitada y condicionada por factores naturales, históricos y culturales. “El Estado se nos aparece como una organización fundamental de la vida social, estructurada, precisamente, mediante y a través de ese mismo sistema coactivo de conducta que es el Derecho”⁹³.

Derecho y Estado constituyen una sola forma de vida, una sola realidad cultural, constituyen único sistema normativo; sin embargo, difieren por articularse cada uno según una modalidad diversa, una función existencial distinta. Mientras el Derecho se patentiza estructurado como un orden regulador del comportamiento humano social, el Estado se presenta como ese mismo orden, pero en el cual el comportamiento humano determina la estructura normativa.

Vistos desde su concreto sentido existencial, ambos planos difieren por ser distintas las modalidades o funciones vitales en que se integran. En tanto que en el Derecho la voluntad de los individuos aparece determinada y limitada en función del orden normativo, en el Estado es el orden normativo el que aparece determinado y limitado en función de la voluntad de los hombres. Hállase, así, contrapuestas en una misma forma estructural, dos distintas dimensiones ontológica de la coexistencia humana: una —el Derecho— es la voluntad y acción reguladas, el comportamiento exigido como “deber ser”; la otra —el Estado— es la voluntad y la acción reguladoras, el comportamiento orientado como “poder ser”⁹⁴.

Desde la perspectiva jurídica formal —de las fórmulas lógicas puras, *a priori*— el Estado se presenta como sujeto y objeto de normas jurídicas, pero desde la región de los contenidos materiales, el Estado también tiene un sustento fáctico dado por un complejo de actividades humanas, de fuerzas sociales y culturales predominantes, que conforman la voluntad social que crea, mantiene, modifica y condiciona⁹⁵ al Estado

93 SMITH, ob. cit., p. 857.

94 *Loc. cit.*

95 “Por debajo del Estado *sensu stricto*, como orden jurídico vigente, se da una realidad social que lo produce, lo mantiene, lo reelabora y lo condiciona: una actividad cultural que tiene por contenido los problemas de la convivencia social y que es la que produce como precipitado el sistema normativo del Derecho vigente. La realidad sociológica del Estado no consiste ni en una cosa ni en un espíritu; como realidad substancial pertenece al reino de la vida humana colectiva. Las actividades humanas sociales que constituyen el Estado producen una resultante de poder, que es la que crea, mantiene, configura,

y al Derecho de acuerdo a las necesidades y valoraciones presentes en un territorio y épocas determinados.

Sí hay un orden superior: el ordenamiento jurídico internacional del cual dependen los ordenamientos jurídicos estatales. Luego el orden interno ya no es supremo porque tiene sobre sí a un orden superior.

265. Estado de Derecho

La estrecha relación entre el Estado y el Derecho se manifiesta en la expresión *Estado de Derecho* (*Stato di diritto*, en lengua italiana; *Rechtsstaat*⁹⁶, en alemán; *État de droit*, en francés; *Rule of law*⁹⁷, en inglés), de uso universal, que, en términos generales, indica que el Estado es el creador del Derecho y está sometido a él, para que se realice la justicia.

vitaliza y desarrolla al Derecho. Y esas actividades sociales se hallan inmersas en la dinámica de la historia; son formas históricas que corren y se modifican en el tiempo, en un movimiento de incesante y renovada realización (RECASENS SICHES, ob. cit., p. 482).

- 96 La doctrina del *Rechtsstaat* alemán, inspirándose en el pensamiento de Kant y Humboldt, opone el Estado de Derecho al Estado absoluto y al Estado policía. Reelabora los elementos centrales del pensamiento liberal clásico, en especial el principio de la tutela pública de los *derechos públicos subjetivos*, como una concepción estatalista de los derechos individuales, y el principio de la separación de poderes. La única fuente de los derechos subjetivos es el poder legislativo. El Estado de Derecho se reduce a un puro *Estado legal* caracterizado por un concepto de ley puramente técnico-formal, es decir, la ley es general, abstracta, irretroactiva, desprovista de toda referencia a valores éticos y a contenidos políticos, sin sujeción a control judicial de constitucionalidad. La protección de la libertad y de la propiedad era el contenido material, político e ideológico, del Estado de Derecho alemán. (ZOLO, Danilo, “Teoría e crítica dello Stato di diritto”, en *Lo Stato di diritto. Storia, teoria y critica*, a cura de Pietro Costa e Danilo Zolo, Giangiacomo Feltrinelli Editore, Milano: Terza edizione, 2006, pp. 22 y 23).
- 97 El *Rule of law* inglés se caracteriza por los siguientes principios: 1) la igualdad jurídica de los sujetos, independientemente del rango y de las condiciones económicas, en particular en las sanciones penales y en la integridad patrimonial. Este principio se opone no solamente a la atribución de privilegios personales, sino también al ejercicio arbitrario o excesivamente discrecional del poder ejecutivo; 2) El principio de la sinergia normativa entre el Parlamento y las Cortes judiciales. Las cortes ordinarias están obligadas a la aplicación rigurosa de la ley y están vinculadas por el respeto de los *precedentes*, es decir, por la propia y autónoma tradición jurisprudencial. La soberanía de la ley, provenga esta directamente de un acto parlamentario (*savatute law*) o de la interpretación jurisprudencial de las cortes del *common law*, es concebida y ejercitada en un cuadro institucional que se denomina “reino de la ley y de los jueces”; 3) El principio de la tutela de los derechos subjetivos. Esta tutela, en el secular desarrollo del constitucionalismo (no escrito) inglés —desde las garantías feudales de la *Carta Magna* a las reglas procedimentales del *habeas corpus*, al catálogo de los derechos fundamentales contenidos en la *Petition of Rights* y en el *Bill of Rights*— ha sido asegurada, antes que por el Parlamento, por la jurisprudencia de las Cortes del *common law*, las cuales han salvaguardado los derechos de libertad y propiedad del posible arbitrio de la burocracia administrativa y del Parlamento. Los jueces del *common law*, profesionalmente empeñados en el respeto de los precedentes, es decir, de una serie de reglas y procedimientos orientados a la defensa de los derechos individuales, no pueden ser sino intransigentes de toda forma de arbitrio potestativo (ZOLO, ob. cit., p. 23 y ss).

En el Estado de Derecho no hay poderes ni derechos fundamentales que no tengan límites, ni existe autoridad alguna con poderes ilimitados. El Derecho califica anticipadamente todas las conductas sociales posibles, regula y garantiza los derechos fundamentales de la persona, crea los distintos órganos públicos entre los cuales distribuye las distintas actividades estatales, evitando la concentración del poder en un solo órgano, “puesto que la concentración llevaría inevitablemente al despotismo”⁹⁸.

En el Estado de Derecho no hay sujeto público (el Estado es un sujeto público) o privado que tenga su propio proyecto fuera del marco delimitado por el ordenamiento jurídico. Los sujetos de Derecho, públicos o privados, no tienen otros derechos y deberes que los reconocidos o conferidos por el ordenamiento jurídico.

La teoría del Estado de Derecho está íntimamente conectada con la teoría de los derechos fundamentales de la persona, la limitación jurídica del poder, la lucha contra la arbitrariedad, la división de poderes, la defensa de los derechos subjetivos, que, en síntesis, reflejan la imagen de la cultura occidental. Sin embargo, no se cuenta con una definición de aceptación general, sino que frecuentemente es confundida o se identifica deliberadamente con las expresiones Estado legal, Estado liberal, Estado democrático, Estado constitucional.

En los últimos decenios del novecientos, después de la Segunda Guerra Mundial, la teoría sobre el *Estado de Derecho* ha retomado su papel central en la filosofía política y jurídica. El Estado de Derecho o *rule of law* surge en dos contextos políticos y jurídicos distintos. El primero, el Estado de Derecho, se origina en la cultura liberal germánica de la segunda mitad del ochocientos, extendiéndose por toda Europa continental y otros países en los que ha ejercido su influencia la cultura europea. El segundo, el *rule of law* siembra su raíces en la historia política y constitucional de Gran Bretaña, desde la conquista normanda hasta la era moderna, y ha impreso su huella indeleble sobre la estructura constitucional de los Estados Unidos de América y en muchos otros países influenciados por las instituciones británicas⁹⁹.

El Estado de Derecho renace en occidente después del eclipse de socialismo real, en estrecha conexión con la doctrina de los derechos subjetivos fundamentales reconocidos en una serie de constituciones y convenciones internacionales en el curso del ochocientos y novecientos, en particular el derecho a la vida, a la seguridad personal, la libertad, la propiedad privada, la autonomía negocial, los derechos políticos. Pero en sus dos vertientes, Estado de Derecho y *rule of law*, hay una orientación rigurosa de las instituciones políticas y de los aparatos jurídicos a la garantía de los derechos fundamentales; sus instituciones están pensadas por los teóricos europeo continentales.

98 RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Teoría de la interpretación jurídica*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 12.

99 ZOLO, ob. cit., p. 17.

les y por los anglosajones a la luz de una filosofía política *individualista*, una filosofía que no solamente rechaza la organización comunista, el utilitarismo colectivista y el estatalismo, sino que subordina la dimensión pública y el interés general a la primacía absoluta de los valores y de las expectativas individuales. Es en la realización de estos valores y en la satisfacción de estas expectativas que los teóricos del Estado de Derecho, en el continente europeo y en el anglosajón, encuentran la fuente primaria de legitimación del sistema político¹⁰⁰.

El proceso de formación del Estado de Derecho moderno se reconstituye con referencia a la tradición del liberalismo clásico, de Locke a Montesquieu, Kant, Beccaria, Humboldt, Constant. Es un suceso que incluye en un único y gran escenario histórico y político: la guerra civil inglesa del seiscientos, la revolución de las colonias americanas contra la madre patria inglesa, el constitucionalismo revolucionario en Francia, el proceso de formación del Reich (imperio) alemán, las instituciones de la Tercera República Francesa. La experiencia alemana, inglesa, norteamericana y francesa atribuye al Estado la tarea de garantizar los derechos individuales frenando la natural tendencia del poder político a expandirse y operar de manera arbitraria¹⁰¹.

A finales del s. XVIII y comienzos del XIX, en Prusia, dentro del marco de la monarquía constitucional, surge, se instaura y desarrolla el concepto germánico de Estado de Derecho (*Rechtsstaat*), bajo el ideal del movimiento liberal que, siguiendo los causes de la tradición *whig* inglesa, consideró que todos los poderes administrativos sobre la persona o propiedad debían estar sujetos a revisión judicial, contrariamente a la concepción francesa que consideraba, sobre la base de la separación de poderes, que la administración está exenta de control judicial. Una ley de 1797 aplicada en las provincias del este de Prusia, sometió todas las querellas entre autoridades administrativas y los ciudadanos a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

En la época de Federico II (rey de Prusia), el movimiento codificador (iniciado con el Código de 1751, cuya expansión se concretizó en el Código Penal austriaco de 1787 —consagró el principio: *nullum crimen, nulla poena sine lege*—, los códigos napoleónicos de 1804 y 1810) contribuyó a la formulación de algunos principios generales que encarnan el Estado de Derecho.

HAYEK¹⁰² dice que la formación definitiva y mejor conocida del concepto de *Rechtsstaat* es la de uno de los teóricos conservadores del periodo, G.F. Stahl, en *Die*

100 *Ibid.*, p. 18.

101 La noción de Estado de Derecho (*Rechtsstaat*) fue utilizada por Robert von Mohl, en los años treinta del ochocientos, en el tratado de *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*. En esta obra la libertad del sujeto está ya concebida como un objetivo central de la acción estatal (ZOLO, ob. cit., p. 21).

102 VON HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, ob. cit., p. 383.

Philosophie des Rechts, II: Rechts und Staatslehre, parte II, 1837, 5.^a ed., Leipzig: 1887, que lo define como sigue (p. 352):

El Estado tiene que ser un Estado de Derecho. Esta es la consigna y en verdad también la tendencia de los tiempos recientes. Debe aceptar irrevocablemente determinar y asegurar las direcciones y los límites de su actividad y la libre esfera del ciudadano, y no obligar al cumplimiento de ninguna idea moral más allá de la esfera de la ley, bien directamente, bien mediante otros en su nombre. Tal es la concepción del *Rechtsstaat* y no aquellos en cuya virtud el Estado debe limitarse a administrar la ley y a no perseguir ningún propósito administrativo o solamente a proteger los derechos del individuo. Nada dice sobre el contenido o los objetivos del Estado; solamente define la manera y el método de lograrlos.

Como dice KELSEN¹⁰³:

[T]odo Estado tiene que constituir un orden coactivo, sea cualquiera el método —autécrático o democrático— de su creación y cualquiera sea su contenido, tiene que ser un orden jurídico, que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales.

Los presupuestos fundamentales del Estado de Derecho son: el sometimiento de las personas y de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, la división de poderes y el reconocimiento de un orden valorativo.

266. Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional de Derecho es la forma de Estado de Derecho, a caso su más cabal realización, que surge con el paso de la supremacía de la ley a la supremacía de la Constitución.

En la cultura jurídica del ochocientos y primera mitad del novecientos, la ley, cualquiera sea su contenido, era considerada la fuente suprema, ilimitada y no limitable, del Derecho. Las constituciones eran solemnes documentos políticos, aun después que se les reconoció su carácter jurídico fueron consideradas como simples leyes ordinarias que no vinculaban rígidamente al legislador, quien las podía modificar y aun violar. No existía la idea de una ley sobre la ley, de un Derecho sobre el Derecho. Era inconcebible que una ley pudiese vincular a la ley, siendo esta la única fuente, por tanto, omnipotente, del Derecho, tanto más si está legitimada democráticamente como

103 KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, traducción por Luis Legaz Lacambra, Ciudad de México: Editora Nacional, 1979, p. 119.

expresión de la mayoría parlamentaria y, por ello, de la soberanía popular. Solo después de la Segunda Guerra Mundial, inmediatamente después de la caída del nazismo y del fascismo, se reconoce y sanciona (con la introducción de la garantía jurisdiccional de la anulación de las leyes inconstitucionales a cargo de cortes expresamente creadas con dicho fin, y no de su simple inaplicación en el caso concreto, como en el modelo Norteamericano) el significado y alcance normativo de la rigidez de las constituciones como normas de jerarquía superior a la legislación ordinaria¹⁰⁴.

El *iustnaturalismo* ha sido la filosofía jurídica dominante en la época premoderna, en la cual faltó un sistema formalizado de fuentes fundado en el monopolio estatal de la producción jurídica; el *iuspositivismo* lo ha sido después de la codificación y el nacimiento del Estado moderno; el *constitutionalismo* lo es hoy, después de la introducción de la garantía jurisdiccional de la rigidez de las constituciones. A cada una de estas etapas ha correspondido un cambio de los títulos de legitimación del Derecho y de los criterios de su validez: del fundamento sustancial del *Derecho premoderno*, en el que la validez de una norma jurídica dependía de la valoración de la justicia de su contenido, a aquel puramente formalista del *Estado Legislativo de Derecho*, cuando la validez de una norma dependía solamente de la forma legal de su producción, hasta aquel formal y sustancial en el *Estado Constitucional de Derecho*, desde el momento en que la validez de las leyes ha anclado, además de la conformidad de sus fuentes y formas a las normas sobre su producción, en la coherencia de sus contenidos con los principios establecidos por la Constitución. Consiguientemente, tres culturas, tres modelos de Derecho, tres nociones de validez, correspondientes cada uno a un diverso sistema político: el antiguo régimen, el Estado Legislativo de Derecho, el Estado Constitucional de Derecho¹⁰⁵.

La Constitución es creación de la *Asamblea Constituyente* (Poder Constituyente¹⁰⁶) que es el poder supremo, el poder de poderes, el poder fundante del Estado, el poder originario del cual se derivan los otros poderes u órganos estatales.

104 FERRAJOLI, Luiggi, *Lo Stato fra passato e futuro*, en *Lo Stato di diritto, Storia, teoría, critica*, a cura di Pietro Costa e Danilo Zola, Feltrinelli, Milano: Terza edizione, 2006, pp. 360 y 361.

105 *Ibid.*, p. 362.

106 “Poder Constituyente: Límites. Al Poder Constituyente no se puede imponer límites formales, pues se encuentra más allá del Derecho positivo; y, siendo un poder *extra ordinem*, se fundamenta en sí mismo y en las valoraciones sociales dominantes. Por las mismas razones, tampoco puede ser objeto de una evaluación de validez material, pues no existe una norma superior sobre ella, que determine sus contenidos mínimos. Lo anterior, desde luego, no significa que cualquier documento pueda ser considerado como una Constitución. Esta debe ser obra del Poder Constituyente y, en su texto, como expresa el artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debe mínimamente reconocerse y garantizarse los derechos esenciales del hombre, así como la separación de poderes, que son los valores primarios del Estado Constitucional” (Sentencia del TC, Exp. N.º 2003-2003-AI/TC, del 10 de diciembre del 2003).

La *Constitución* es la ley suprema, la ley de leyes¹⁰⁷, la ley fundamental del Estado; la portadora de un sistema de valores y principios fundamentales que nadie puede sustituir por otros. La Constitución es un elemento infaltable del Estado constitucional, conjuntamente con la población, el territorio y el poder.

Como señala el Tribunal Constitucional¹⁰⁸, la Constitución es un complejo cultural:

[N]inguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un “mínimo común axiológico”, esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad [...] Los fundamentos axiológicos de la Constitución —cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (art. 1)—, son las expectativas y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia; y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales [...] El núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de “derecho”, pues estará condenado al repudio social.

El Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana, el respeto de su dignidad, la garantía de los derechos fundamentales, la separación y equilibrio entre poderes, ningún poder u órgano del Estado ni nadie tiene poderes o facultades más allá de los que puedan derivarse de la Constitución.

HÄBERLE¹⁰⁹ expresa:

El Estado constitucional de cuño europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológica-cultural, por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales; hay buenas razones entonces para caracterizarlo elogiosamente como democracia pluralista o como sociedad abierta. Su Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, posee una validez jurídica formal de naturaleza superior. La Constitución es creadora del momento de la estabilidad y la permanencia; el ejemplo más impresionante lo ofrece la Constitución de los Estados Unidos con sus más de dos siglos de vigencia.

¹⁰⁷ Constitución: Art. 51. La Constitución prevalece sobre todas las normas legales; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para vigencia de toda norma del Estado.

¹⁰⁸ Sentencia emitida en el Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, Lima: 11 de noviembre del 2003.

¹⁰⁹ HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídica de la UNAM, 2003, p. 3.

Para el *positivismo jurídico*, la existencia y validez de las normas jurídicas depende de la forma como son producidas, independientemente de su contenido, mientras que el *constitucionalismo jurídico* condiciona la existencia y validez del Derecho, además de la forma como es producido, a la coherencia de su contenido con los principios de justicia establecidos por la Constitución. Esta dice cómo se debe crear el Derecho, qué debe decir y qué no debe decir la norma jurídica, qué se debe o no se debe decidir al impartir justicia.

La expresión *Estado de Derecho* se usa con dos significados diversos. En sentido lato, formal, designa al ordenamiento jurídico en el cual los poderes públicos son *conferidos* por la ley y son ejercitados en la *forma* y con los procedimientos establecidos por esta. Este sentido corresponde al *Rechtsstaat* y a todos los ordenamientos jurídicos modernos, aun a los más liberales, en los cuales los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal (*Estado Legislativo de Derecho*). En su sentido estricto, sustancial, la expresión *Estado de Derecho* designa, en cambio, al ordenamiento jurídico en el cual los poderes públicos están también *sujetos* o *limitados* por la ley, pero no solamente en su forma, sino también en cuanto a los *contenidos* de su ejercicio. Conforme a este significado, son Estados de Derecho los ordenamientos en los cuales todos los poderes, incluso el legislativo, están vinculados por el respeto de los principios sustanciales establecidos por normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales (*Estado Constitucional de Derecho*)¹¹⁰.

Los dos diversos significados corresponden a dos distintos modelos normativos de Derecho, correlativos a dos diversas experiencias históricas, desarrolladas en el continente europeo, fruto cada una de una mutación del paradigma en las condiciones de existencia y validez de la norma jurídica: el modelo paleiuspositivista del *Estado Legislativo de Derecho*, surgido con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente, y el modelo neiuspositivista del *Estado Constitucional de Derecho*, producto a su vez de la difusión en Europa, luego de la Segunda Guerra Mundial, de las constituciones rígidas como normas de reconocimiento del Derecho válido y del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes ordinarias.

Lo que caracteriza al *Derecho premoderno* no es la forma legislativa, sino la jurisprudencial y doctrinal, fruto de la tradición y de la sabiduría jurídica establecida en el curso de los siglos. No existía en el Derecho común de la Edad Media un sistema unitario y formalizado de fuentes del Derecho. Existían, por cierto, fuentes estatutarias: leyes, ordenanzas, decretos, estatutos y similares, pero estas normas provenían

110 FERRAJOLI, *Lo Stato fra passato e futuro*, en *Lo Stato di diritto, Storia, teoría, critica*, a cura di Pietro Costa e Danilo Zola, ob. cit., p. 349.

de instituciones diversas: el imperio, la Iglesia, los príncipes, las comunidades, las corporaciones, pero ninguna de las cuales detentaba el monopolio de la producción jurídica. Las luchas entre estas instituciones se dieron por la soberanía, es decir, por el monopolio o por lo menos por la supremacía en la producción jurídica. En estas condiciones, en ausencia de un sistema unitario de fuentes y en presencia de una pluralidad de ordenamientos concurrentes, la unidad del Derecho fue asegurada por la doctrina y la jurisprudencia, por las sendas del desarrollo y actualización de la vieja tradición romanística, dentro de la cual las diversas fuentes estatutarias eran sistematizadas y coordinadas como materiales del mismo género de los procedentes judiciales y de las opiniones de los doctores.

En un sistema de Derecho doctrinal y jurisprudencial la norma jurídica existe y es válida no por su fuente formal, sino por su intrínseca racionalidad o justicia sustancial. *Veritas, non auctoritas facit legem* es la fórmula con la cual se puede expresar el fundamento de validez del Derecho premoderno. A falta de un sistema exhaustivo y exclusivo de fuentes positivas, una norma jurídica es válida no por fuerza de la autoridad que la pone, sino de la autoridad que la propone; de tal suerte que la validez se identifica con su “verdad”, obviamente en el sentido de racionalidad o de conformidad con los precedentes y con la tradición, o bien en el sentido común de la justicia. Un paradigma como este tiene enormes implicancias en el plano institucional y en el plano epistemológico.

En un sistema de Derecho doctrinal y jurisprudencial, la ciencia jurídica es normativa. No cuenta con un Derecho positivo que constituya su objeto de estudio, interpretación y análisis descriptivo y explicativo, sino solo con un Derecho transmitido por la tradición y reelaborado por los doctores.

La jurisdicción no consiste en la aplicación de un Derecho “dado”, sino en la producción jurisprudencial del Derecho mismo, con la consiguiente ausencia de certeza, la enorme discrecionalidad del juez, la desigualdad y la ausencia de garantías contra el arbitrio.

Se comprende la extraordinaria revolución que se produce con la afirmación del principio de legalidad por efecto del monopolio estatal en la producción jurídica. Lo que cambia es el título de legitimación: no más la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no más la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, o sea la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos. *Auctoritas, non veritas facit legem*: este es el principio convencionalista del positivismo jurídico.

Iusnaturalismo y positivismo jurídico, Derecho natural y Derecho positivo, se pueden concebir como las dos culturas y las dos experiencias jurídicas que están como la base de los dos opuestos paradigmas. No se comprendería el predominio milenario del iusnaturalismo como corriente de pensamiento según el cual una ley, para ser

tal, debe ser conforme a la justicia si no se tiene en cuenta los tratados que ilustran la experiencia jurídica premoderna: en la cual, donde faltan fuentes positivas, era el Derecho natural el que valía como un sistema de normas supuesto intrínsecamente “verdaderas” o “justas”, como “derecho común”. En cambio, el positivismo jurídico se basa en el principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente y como primer e insustituible límite del arbitrio, fuente de legitimidad del poder subordinado a la ley, garantía de igualdad, libertad y certeza¹¹¹.

El *Estado de Derecho moderno* nace en la forma de *Estado Legislativo de Derecho (Estado legal)*. Históricamente se realiza con la afirmación del principio de legalidad como fuente exclusiva de la existencia y validez del Derecho. Gracias a este principio y a las codificaciones en las que se materializa, todas las normas jurídicas existen y son válidas en cuanto son “puestas” por la autoridad dotada de competencia normativa.

Con el principio de legalidad cambia la noción de “validez” de la norma, la cual se disocia del paradigma de “justicia” y de la “verdad”. Una norma existe válidamente no porque es intrínsecamente justa y verdadera, sino porque emana en forma de ley de los sujetos habilitados por ley. Se trata de una mutación que se expresa en la separación entre Derecho y moral y que se realiza a través de un lento proceso de secularización del Derecho promovido desde el inicio de la Edad Moderna por la doctrina de Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Jeremy Bentham y John Austin. Sobre la separación entre Derecho y moral y sobre la unidad del ordenamiento jurídico se elabora la concepción formal de la validez de la norma como lógicamente independiente de la justicia, lo que caracteriza al positivismo jurídico.

Cambia la naturaleza de la ciencia jurídica, la cual deja de ser una ciencia inmediatamente normativa, para devenir en una ciencia tendencialmente cognoscitiva, explicativa de un objeto: el Derecho positivo.

Cambia la naturaleza de la jurisdicción, la cual se sujeta a la ley, y encuentra en tal sujeción la fuente de su legitimación.

El Estado Constitucional del Derecho. La primera mutación del paradigma del Derecho se expresó en la afirmación del principio de legalidad, y por tanto de la omnipotencia del legislador; la segunda mutación se produce, en el último medio siglo xx, con la subordinación de la propia ley ordinaria a una ley superior: la Constitución¹¹².

Como expresa FERRAJOLI¹¹³, con el Estado Constitucional de Derecho se producen tres alteraciones del modelo del Estado Legislativo de Derecho. La primera de ellas se refiere a la teoría de la validez de la norma jurídica. En el Estado constitucional de

111 *Ibid.*, p. 352

112 *Ibid.*, p. 354.

113 *Ibid.*, p. 354 y ss.

Derecho, las leyes ordinarias no solo se subordinan a los límites formales (*principio de legalidad formal* o de *mera legalidad*), sino también a los límites materiales (*principio de legalidad sustancial* o de *estricta legalidad*) contenidos en la Constitución. No se admiten normas legales que contravengan a la Constitución por la forma o por el fondo.

La segunda alteración se refiere al rol de la jurisprudencia. La incorporación a nivel constitucional de principios y derechos fundamentales, y por tanto la posibilidad de que existan normas inválidas por contravenir a tales principios y derechos, cambia la relación entre el juez y la ley: el juez no está más, como en el viejo paradigma, sujeto a la ley cualquiera sea su contenido o significado, sino sujeto ante todo a la Constitución, y, por tanto, a la ley solo si es válida constitucionalmente. Si tras la interpretación de la ley no es posible obtener un sentido constitucional, debe censurarla como inválida. Procede tramitar su inconstitucionalidad¹¹⁴.

La tercera alteración es la relativa al paradigma epistemológico de la ciencia jurídica. Esta no podía continuar siendo meramente explicativa y evaluativa, sino crítica y proyectista. En el viejo paradigma del Estado Legislativo de Derecho, la crítica y el proyecto de corrección del Derecho vigente era posible solamente desde el exterior, desde el plano ético o político, o simplemente de la oportunidad o de la racionalidad, puesto que no se admitía la existencia de vicios internos (antinomias, lagunas) en el Derecho positivo. En un sistema normativo complejo como el del Estado Constitucional de Derecho, que disciplina no solo la forma de producción jurídica sino también sus significados normativos, las incoherencias, ambigüedades, antinomias y lagunas son vicios conexos a los desniveles normativos en los cuales se articula su propia estructura formal. Estos vicios inevitables determinan que la ciencia del Derecho asuma al mismo tiempo un papel científico y político, y (a diferencia del antiguo Estado de Derecho que no aceptaba la existencia de estos vicios en el Derecho positivo) acepte su existencia y proponga sus necesarias correcciones: precisamente, de un lado, aceptar las antinomias generadas por la presencia de normas que violan los derechos de libertad, como las lagunas generadas por la ausencia de normas que satisfagan los derechos sociales, y, de otro lado, de solicitar la anulación de las primeras por inválidas y la introducción de las segundas por debidas¹¹⁵.

La constitucionalización de principios y derechos fundamentales, vinculando la legislación y condicionando la legitimidad del sistema político a la tutela y satisfacción de tales principios y derechos, ha impreso en la democracia una dimensión sustancial sumada a la tradicional dimensión política o formal. La dimensión sustancial del Estado Constitucional de Derecho se traduce en una dimensión sustancial de la democracia, sobre la cual se establece un límite y un complemento. Un límite porque los

114 *Ibid.*, p. 355.

115 *Loc. cit.*

principios y derechos fundamentales se configuran como prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, antes absolutos; y un complemento porque estas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras garantías, a la tutela de los intereses vitales de todos, contra los abusos de tales poderes.

La conquista más relevante del Derecho contemporáneo es la regulación no solamente de la forma de producción jurídica sino también de los contenidos normativos, y por tanto, un alargamiento y un complemento del principio del Estado de Derecho a través de la subordinación a la ley del poder legislativo, antes absoluto. Una norma jurídica es válida solamente si ha sido creada respetando los límites formales y materiales establecidos por la Constitución.

La norma cuyos contenidos contrastan con los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución es inválida. Se regula no solamente el “cómo” se dice el Derecho, sino “qué cosa” no puede decir el Derecho. Las condiciones sustanciales de validez de la ley, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del Derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron removidos por el principio puramente formal de validez como positividad, penetran nuevamente en el sistema jurídico bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordinadas (constitucionales) a la legislación. Las normas superiores no solo regulan la forma, sino también el significado de las normas subordinadas.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis

1986 "Sobre el paradigma de la dogmática jurídica. Problemas del progreso científico en la investigación jurídica", traducción por Marisela Párraga, en *Anuario de filosofía jurídica y social, Asociación Argentina de derecho comparado. Teoría general*, n.º 5, Abeledo-Perrot: Buenos Aires.

ADOMEIT, Klaus

1984 *Introducción a la teoría del derecho*, traducción por Enrique Bacigalupo, Madrid: Civitas.

AFTALIÓN, Enrique y José VILANOVA

1992 *Introducción al derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

AFTALIÓN, Enrique; Fernando GARCÍA OLANO y José VILANOVA

1940 *Introducción al derecho*, Buenos Aires: El Ateneo.

1980 *Introducción al derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1980.

ALBALADEJO, Manuel

1983 *Curso de derecho civil español*, t. I, Barcelona: Bosch.

1996 *Derecho civil*, 14.^a ed., vol. I, Barcelona: Bosch.

ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto

1954 "En torno a la noción del derecho", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. LII, Montevideo.

ALCHOURRÓN, Carlos E. y Eugenio BULYGIN

1974 *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA

1939 *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile: Nascimento.

ALEXY, Robert

1989 *Teoría de la argumentación jurídica*, traducción por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALZAMORA VALDEZ, Mario

1987 *Introducción a la ciencia del derecho*, 10.^a ed., Lima: Eddili.

AMATO, Giuliano; Augusto BARBERA y Carlos FUSARO

1994 *Manuale di diritto pubblico*, 4.^a ed., Bolonia: Il Mulino.

AMERIO, Franco; Armando CARLINI y Cornelio FABRO

1965 *Historia de la filosofía*, t. II, Madrid y Ciudad de México: Rialp.

AÑÓN, María José *et al.*

1994 *Introducción a la teoría del derecho*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

ARAMBURÚ, Mariano

1924 *Filosofía del derecho*, Nueva York: Instituto de las Españas en los Estados Unidos.

ARENDT, Hannah

1988 *Sobre la revolución*, Madrid: Alianza.

ARGÜELLO, Luis Rodolfo

1979 *Manual de derecho romano*, Buenos Aires: Astrea.

Aristóteles

1957 *Ética nicomaquea*, libro v, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

ASCOLI, Max

1946 *La interpretación de las leyes*, traducción por Ricardo Smith, Buenos Aires: Losada.

ATIENZA, Manuel

1985 *Introducción al derecho*, Barcelona: Barcanova.

1991 *Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

AUSTIN, John

1861 "The province of jurisprudence determined", en *Lectures on jurisprudence or the philosophy of law*, London: John Murray.

AUSTIN, John

1981 *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, traducción por Felipe González V., Madrid: Civitas y Centro de Estudios Constitucionales.

AYALA, Francisco

1947 *Tratado de sociología. Historia de la sociología*, t. I, Buenos Aires: Losada.

1947 *Tratado de sociología. Sistema de la sociología*, t. II, Buenos Aires: Losada.

BACHOFEN JOHANN, Jakob

1978 *El derecho natural y el derecho histórico*, traducción por Felipe González V., Madrid: Civitas.

BADARACCO, Raúl A.

1961 "Código Civil", en *Omeba*, t. III, Buenos Aires.

BAKER, J. H.

1998 *An introduction to English Legal History* London, Butterworths, 1979, traducción por María Elena Padilla Bendezú, en *Materiales de lectura*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

BARBERO, Doménico

1697 *Sistema del derecho privado*, t. II, traducción por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea.

BARRANCOS Y VEDÍA, Fernando N.

1984 "La noción de justicia en la jurisprudencia sociológica norteamericana", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

BASADRE AYULO, Jorge

1985 *Historia del derecho peruano*, 2.^a ed., Lima: Edigraf.

1994 *Historia del derecho*, Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Puente.

BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal

1971 *Manual de técnica de la investigación jurídica*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

BEA, Emilia y MARTÍNEZ DE VALLEJO, Blanca

1994 "Justicia y valores jurídicos", en DE LUTAS, Javier *et. al.*, *Introducción a la teoría del derecho*, 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

BERMAN, Harold J.

1996 *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, traducción por Mónica Utrilla de Neira, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique y Alberto OTÁROLA PEÑARANDA

1997 *La Constitución de 1993*, 3.^a ed., Lima: Constitución y sociedad ICS.

BERTALANFFY, Ludwig Von

1981 *Teoría general de los sistemas*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

BETTI, Emilio

1975 *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

BIELSA, Rafael

1954 *Derecho constitucional*, 2.^a ed., Buenos Aires: Depalma.

BLACKSTONE, sir William

1809 *Commentaries on the Law of England*, 15.^a ed., London: A Strahan for T. Cadell and W. Davies.

BOBBIO, Norberto

1976 "Diritto", en *Dizionario di Política*, Turín: Torino.

1980 "Derecho y fuerza", en *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia: Fernando Torres.

1992 *Teoría general del derecho*, traducción por Jorge Guerrero, Bogotá: Temis.

BONESANA, César

1828 *Tratado de los delitos y de las penas*, 2.^a ed., París: Rosa Librero.

1973 *Dei delitti e delle pene*, Milán: Giuffré.

BONNECASE, Julien

1991 *Introducción al estudio del derecho*, traducción por Jorge Guerrero, Bogotá: Temis.

BORDA, Guillermo

1976 *Manual de derecho civil. Parte general*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

BOTELLA, Juan; Carlos CAÑEQUE y Eduardo GONZALO (eds.)

2006 El pensamiento político en sus textos de Platón a Marx, Madrid: Tecnos.

BRAMONT ARIAS, Luis

1972 *Derecho penal*, t. I, Lima: Vilock.

BRANDT, Hans-Jürgen

1990 *En nombre de la paz comunal, un análisis de la justicia de paz en el Perú*, Lima: Fundación Friedrich Naumann.

BUNGE, Mario

1978 *La investigación científica, su estrategia y su filosofía*, Barcelona: Omega.

BURGA, Ernesto Eduardo

1985 "Buenas costumbres", en *Omeba*, t. x, Buenos Aires: Driskill.

BURGANOV, Agdas

1989 "¿Será el socialismo cooperativo nuestro futuro?", en *Panorama Internacional*, año XXI, n.^o 8, agosto.

BUSSO, Eduardo B.

1944 *Código Civil anotado*, Buenos Aires: Ediar.

BUSTAMANTE, Jorge Eduardo

1990 "Análisis económico de la responsabilidad civil", en *Responsabilidad por daños. Libro homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, t. I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CABANELAS, Guillermo

1979 *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, t. II y III, Buenos Aires: Heliasta.

CALAMANDREI, Piero

1980 Elogio de los jueces, traducción de la obra italiana *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Buenos Aires: Ejea.

CANARIS, Claus-Wilhelm

1969 *Systemdenken und Systembegrif in der jurisprudenz*, Berlín: Duncker & Humblot.

CARBONNIER, Jean

1974 *Derecho flexible*, traducción por Luis Diez-Picazo, Madrid: Tecnos.

CARDOZO, Benjamín

1955 *La naturaleza de la función judicial*, traducción por E. Ponssa, Buenos Aires: Ediciones Arayú.

CASAUBON, Juan A.

1984 "La justicia en el pensamiento neotomista", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CELAM

1997 *¿Probidad o corrupción, un desafío público y privado?*, Santiago de Chile: Consejo Episcopal Latinoamericano y la Fundación Konrad Adenauer.

CICALA, Francesco Bernardino

1959 *Il rapporto giuridico*, Milán: Giuffré.

CICERÓN, Marco Túlio

1951 *Obras escogidas*, Buenos Aires: El Ateneo.

COING, Helmut

1961 *Fundamentos de filosofía del derecho*, traducción por Juan Manuel Mauri, Barcelona: Ariel, 1961.

COOLEY, Thomas M.

1903 *A Treatise on the Constitutional Limitations*, Boston: Little Brown and Co.

CORREAS, Óscar

1995 *Teoría del derecho*, Barcelona: Bosch.

COSSIO, Carlos

1945 *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires: Kraft.

1945 *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Losada: Buenos Aires.

1947 *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Losada: Buenos Aires.

1959 *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959; 1967.

1964 *La teoría ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

1987 *Radiografía de la teoría egológica del derecho, con una introducción a la fenomenología egológica*, Buenos Aires: Depalma.

COVIELLO, Nicolás

1938 *Doctrina general del derecho civil*, traducción por Felipe de J. Tena, Madrid: Uteha.

CUETO RÚA, Julio C.

1982 “La jurisprudencia sociológica norteamericana”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n.^o 1, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

1984 “La justicia en la teoría egológica”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n.^o 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

“Las razones del juez”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, n.^o 19, 2.^a época, año xxvi, Buenos Aires.

CHANAMÉ ORBE, Raúl

1996 *Introducción al derecho. Materiales de autoaprendizaje*, Lima: Grijley, 1996.

s/f *Teoría del Estado*, Lima: Abogados Editores.

CHIAPPINI, Julio

1961 “Trialismo”, en *Omeba*, t. iv, Buenos Aires: Driskill.

D'ORS, Alvaro

1989 *Una introducción al estudio del derecho*, 8.^a ed., Madrid: Rialp.

DABIN, Jean

1955 *El derecho subjetivo*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

DAMPIER, William Cecil

1972 *Historia de la ciencia y sus relaciones con la filosofía y la religión*, Madrid: Tecnos.

DAVID, René

1973 *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, traducción por Pedro Bravo Gala, Madrid: Aguilar.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo

1993 *Una teoría del derecho (Introducción al estudio del derecho)*, 6.^a ed., Madrid: Civitas.

DE AQUINO, Santo Tomás

1964 *Suma teológica*, traducción por Francisco Barbado Viejo, Madrid: Rialp.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico

1949 *Derecho civil de España*, 2.^a ed., t. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

DE COSSIO, Alfonso

1977 *Instituciones de derecho civil*, t. I, Madrid: Alianza.

DE DIEGO, Clemente

1932 *Instituciones de derecho civil español*, t. I, Madrid: Imprenta de Juan Pueyo.

DE LA LAMA, Miguel Antonio

1994 “Retórica forense”, en *Clásicos del derecho peruano. Oratoria*, Trujillo: Normas Legales.

DE LUCAS, Javier y Ángela APARISI

1994 “Sobre la interpretación jurídica”, en DE LUCAS, Javier *et al*, *Introducción a la teoría del derecho* 2.^a ed., Valencia: Tirant Lo Blanch.

DE SECONDAT, Carlos (barón de Montesquieu)

1951 *El espíritu de las leyes*, traducción por Nicolás Estevanez, libro xi, Buenos Aires: El Ateneo.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando

1996 *Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial*, Lima: Ara.

DEL VECCHIO, Giorgio y Luis RECASÉNS SICHES

1946 *Filosofía del derecho y estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Uteha.

DEL VECCHIO, Giorgio

1933 *Los principios generales del derecho*, traducción por Osorio Morales, Barcelona: Bosch.

1948 *Los principios generales del derecho*, Barcelona: Bosch.

1961 “Las bases del derecho comparado y los principios generales del derecho”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado*, n.^o 4, año xv, Ciudad de México: enero.

DÍAZ COUSELO, José María

1971 *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires: Plus Ultra.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN

1984 En *Sistema de derecho civil*, vol. I, Madrid: Tecnos.

DIGESTO, Libro I, Título 1, Ley 10

1995 *Instituciones de Justiniano*, traducción por Francisco Pérez Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Lima: Cultural Cuzco.

DILTHEY, Wilhelm

1978 *Introducción a las ciencias del espíritu*, traducción por Eugenio Imaz, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

DU PASQUIER, Claude

1983 *Introducción al derecho*, 3.^a ed., traducción por Julio Ayasta González, Lima: Justo Valenzuela.

DUGUIT, León

1987 *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Valparaíso: Edeval.

DURKHEIM, Emilio

1974 *De la división del trabajo social*, Buenos Aires: Schapire.

ENNECCERUS Ludwing; Theodor KIPP y Martin WOLFF

1950 *Tratado de derecho civil*, t. I, Barcelona: Bosch.

ESCOBIO, Félix R.

1959 *Abogacía. Notas forenses*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

ESSER, Josef

1956 *Grundsatz und norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts*, Tübingen: Mohr.

1961 *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, traducción por E. Valentí Fiol, Barcelona: Bosch.

EVANS-PRITCHARD, Edward Evan

1967 *Antropología social*, Buenos Aires: Nueva Visión.

FAGGIN, Guiuseppe; Sofía VANNI ROVIGHI; Giovanni SI NAPOLI y Carlo GIACON

1965 *Historia de la filosofía*, t. I, Madrid y Ciudad de México: Rialp.

FARIÑAS DULCE, María José

1989 *La sociología del derecho de Max Weber*, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

FAYT, Carlos S.

1973 *Historia del pensamiento político*, vol. I, Buenos Aires: Plus Ultra.

1973 *Historia del pensamiento político*, vol. VII, Buenos Aires: Plus Ultra.

1974 *Historia del pensamiento político*, vol. VIII, Buenos Aires: Plus Ultra.

1980 *Historia del pensamiento político*, vol. II, Buenos Aires: Plus Ultra.

FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José (comp.)

1996 *Norberto Bobbio: el filósofo y la política. Antología*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

1984 *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid: Dykinson.

1992 *El sistema constitucional español*, Madrid: Dykinson.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

1950 *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*, tesis para optar el grado académico de bachiller, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1984 *La persona en la doctrina jurídica contemporánea*, Lima: Universidad de Lima.

1987 *Derecho de las personas*, Lima: Studium.

1987 *El derecho como libertad*, Lima: Studium.

1992 *Protección jurídica de la persona*, Lima: Universidad de Lima.

FERRAJOLI, Luigi

1995 *Derecho y razón*, traducción por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero, Madrid: Trotta.

2006 “Lo Statto fra passato e futuro”, en COSTA, Pietro y Danilo ZOLA, *Lo Stato di diritto. Storia, teoría, crítica*, 3.^a ed., Milán: Feltrinelli.

FERRERO REBALIATI, Raúl

1989 *Obras completas*, t. II, Lima: Concytec.

FICHTE, Johann Gottlieb

1994 *Fundamentos del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

FINZI, Conrado A.

1961 “Derecho musulmán”, en *Omeba*, t. XVI, Buenos Aires.

FRIEDMAN, Lawrence M.

1988 *Introducción al derecho norteamericano*, traducción por Joan Vergué i Grau, Zaragoza.

FRONDIZI, Silvio

1945 *El Estado moderno*, Buenos Aires: Losada.

FROSINI, Vittorio

1988 *Informática y derecho*, traducción por Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Bogotá: Temis.

GARBER, Carlos A.

1989 "La interpretación en el sociologismo jurídico norteamericano", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. 9, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo

1985 "Tridimensionalismo jurídico. Balance y perspectiva", en *Libro homenaje a José León Barandiarán*, Lima: Cultural Cuzco.

1995 "Supuestos filosóficos de la interpretación jurídica", en *Revista Jurídica del Perú*, n.º 3, año XLV, Lima: julio.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo

1949 *Introducción al estudio del derecho*, Ciudad de México: Cultura.

1951 *Introducción a la lógica jurídica*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

1967 *Introducción al estudio del derecho*, Ciudad de México: Porrúa.

1982 "Derecho subjetivo", en *Omeba*, t. VIII, Buenos Aires: Driskill.

1996 "El problema de la definición del derecho", en CHANAMÉ ORBE, Raúl (comp.), *Introducción al derecho*, Lima: Grijley.

GARCÍA TOMA, Víctor

1988 *Introducción al derecho*, 2.ª ed., Lima: Universidad de Lima.

2007 *Introducción a las ciencias jurídicas*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores.

GARDELLA, Lorenzo A.

1985 "Principios generales del derecho", en *Omeba*, t. XXIII, Buenos Aires: Driskill.

GENTILE, Giovanni

1944 *Los fundamentos de la filosofía del derecho*, Buenos Aires: Losada.

GÉNY, François

1914 *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, París: L. Tenin.

1925 *Método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo*, 2.ª ed., Madrid: Reus.

1932 *Méthode d'interpretation et sources en droit privé positif*, 2.^a ed., París: Générale de Droit & de Jurisprudence.

GIOJA, Ambrosio

1993 *Ideas para una filosofía del derecho*, t. II, Buenos Aires.

GIRALDO ÁNGEL, Jaime

1980 *Metodología de la investigación jurídica*, 2.^a ed., Bogotá: Temis.

GIUSEPPE MONATERI, Pier

1987 "Interpretare la legge", en *Rivista di Diritto Civile*, n.º 6, Padova.

GOLDSCHMIDT, James

1947 *Estudios de filosofía jurídica*, trad., notas y comentarios por Roberto Goldschmidt y Carlos Pizarro Crespo, Buenos Aires: Tea.

1996 "El concepto del derecho", en *Introducción al derecho. Materiales de autoaprendizaje*, de CHANAMÉ ORBE, Raúl (comp.), Lima: Grijley.

GOLDSCHMIDT, Werner

1961 "Trialismo. Su semblanza", en *Omeba*, Apéndice, t. V, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.

1962 *Introducción al derecho. Estructura del mundo jurídico*, Buenos Aires: Aguilar.

1976 *Introducción al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires: Depalma.

GOLEMAN, Daniel

1996 *La inteligencia emocional*, 4.^a ed., traducción por David Condales Raga y Fernando Mora, Barcelona: Kairos.

GOLUNSKII, S. A.

1961 *Soviet theory of soviet law, in. Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo (Estado soviético y derecho)*, n.º 4.

GONZÁLEZ BOTELLA, Pedro

1974 "El nuevo título preliminar del Código Civil", en *Documentación Jurídica*, n.º 4, Madrid: octubre.

- GONZALES MANTILLA, Gorki
1998 *Poder Judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*, Lima:
Fondo Editorial de la PUCP.
- GORBACHOV, Mijail
1990 "La idea socialista y la perestroika revolucionaria", en *Panorama Internacio-*
nal, n.º 2, año xxI, febrero.
- GRANERIS, Giuseppe
1973 *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, traducción por Celina Ana
Létora Mendoza, Buenos Aires: Eudeba.
- GUIBOURG, Ricardo A.
1989 "La interpretación del derecho desde el punto de vista analítico", en *Anuario*
de Filosofía Jurídica y Social, t. 9, Buenos Aires.
- GURVITCH, Georges
1960 *Traité de sociologie. Problèmes de sociologie du droit*, París: PUF.
- HÄBERLE, Peter
2001 *El Estado constitucional*, traducción por Héctor Fix-Fierro, Ciudad de Méxi-
co: Universidad Nacional Autónoma de México.
2003 *El Estado constitucional*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autóno-
ma de México.
- HALL, Jerome
1951 "Teoría jurídica integralista", en HUNTINGTON, Cairns et al., *El actual pensa-
miento jurídico norteamericano*, Buenos Aires: Losada.
- HART, Herbert
1962 *Derecho y moral*, traducción por Genaro R. Carrión, Buenos Aires: Depalma.
1968 *El concepto de derecho*, traducción por Genaro R. Carrión, Buenos Aires:
Abeledo-Perrot.
- HARTMANN, Nicolai
1959 *Ontología. La fábrica del mundo real*, traducción por J. Gaos, Fondo de Cul-
tura Económica, Ciudad de México-Buenos Aires.

HAURIOU, Maurice

1967 *Teoria dell'inistituzione e della fundazione*, Milán: Giuffré.

1968 *La teoría de la institución y de la fundación. Ensayo de vitalismo social*, traducción por Arturo Enrique Sampay, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

HAYEK, Friedrich A.

1985 *Derecho, legislación y libertad*, 2.^a ed., vol. I, traducción por Luis Reig Albiol, Madrid: Unión.

HEGENBERG, Leónidas

1969 *Introducción a la filosofía de la ciencia*, traducción por J.A. Iglesias Sans, Barcelona: Herder.

HEIDEGGER, Martín

1942 "El ser y el tiempo", en *Revista de Filosofía y Letras*, n.^o 2, Ciudad de México.

HELLER, Hermann

1997 *Teoría del Estado*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

HOBBS, Thomas

1994 *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, traducción por Manuel Sánchez Sarto, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

HUERTA GUERRERO, Alberto

1997 "Jurisprudencia constitucional e interpretación de los derechos fundamentales", en *Derechos fundamentales e interpretación constitucional. Ensayos. Jurisprudencia*, Lima: Comisión Andina de Juristas.

HUSSERL, Edmund

1929 "Investigaciones lógicas", en *Revista de Occidente*, traducción por Morente y Gaos, Madrid.

1949 *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, Ciudad de México.

1962 *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, 2.^a ed., Ciudad de México.

HUSSERL, Gerhart

1955 *Recht und Zeit*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.

IHERING, Rudolf Von

1946 *El fin en el derecho*, Buenos Aires: Atalaya.

1998 *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, t. IV, traducción por Enrique Prince, Granada: Comares.

ÍSMODES CAIRO, Aníbal

1998 *Sociología jurídica*, Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

JAKOBS, Günther

1998 *La imputación objetiva en el derecho penal*, traducción por Manuel Cancio Meliá, Lima: Grijley.

JANDA, Kenneth; Jeffrey M. BERRY y Jerry GOLDMAN

1992 *The Challenge of Democracy U.S.A.*, traducción por María Elena Padilla Bendezú, en *Materiales de lectura*, Houghton Mifflin Company.

JASPERS, Karl

1968 *La fe filosófica*, Buenos Aires: Losada.

JELLINEK, Georg

1970 *Teoría general del Estado*, Albatros, Buenos Aires: Albatros.

2005 *Teoría general del Estado*, traducción por Fernando de los Ríos, Montevideo-Buenos Aires: BdeF.

JENKS, Edward

1930 *El derecho inglés*, traducción por José Paniagua Porras, Madrid: Reus, 1930.

KANT, Inmanuel

1943 *Principios metafísicas del derecho*, Buenos Aires: Americalee.

1951 *Crítica de la razón práctica. Crítica del juicio. Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción por Manuel García Morente, Buenos Aires: El Ateneo.

KANTOROWICZ, Hermann

1949 "La lucha por la ciencia del derecho", en *La ciencia del derecho*, traducción por Goldschmidt, Buenos Aires: Losada.

KELSEN, Hans

1941 *La teoría pura del derecho*, traducción por Jorge G. Tejerina, Buenos Aires: Losada.

1943 *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

1946 *La idea del derecho natural y otros ensayos*, traducción por Francisco Ayala, Buenos Aires: Losada.

1979 *Teoría general del Estado*, traducción por Luís Legaz Lacambra, Ciudad de México: Editora Nacional.

1979 *Teoría pura del derecho*, traducción por R. J. Vernengo, Ciudad de México: UNAM.

KIERKEGAARD, Søren

1943 *El concepto de la angustia* Buenos Aires: Espasa-Calpe.

KNAPP, Víktor

1982 *La ciencia jurídica*, Unesco: Tecnos.

KRIELE, Martin

1980 *Introducción a la teoría del Estado*, traducción por Eugenio Buygin, Buenos Aires: Depalma.

LACAMBRA, Legazy

1943 *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona: Bosch.

LACLAU, Martín

1984 "La noción de justicia en el neokantismo", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

1989 "El problema filosófico de la interpretación en la actualidad", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 9, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

1993 "Las bases filosóficas de la ciencia jurídica", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 13, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

LARENZ, Karl,

1978 *Derecho civil. Parte general*, traducción por Miguel Izquierdo y Macías- Picabea, Jaén: Editorial Revista de Derecho Privado.

1985 *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, traducción por Luis Diez-Picazo, Madrid: Civitas.

1994 *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona: Ariel.

LASK, Emilio

1946 *Filosofía jurídica*, traducción por Roberto Goldschmidt, Buenos Aires: De palma.

LASSO DE LA VEGA, Javier

1987 *Cómo se hace una tesis doctoral*, Madrid: Fundación Universitaria Española.

LATORRE, Ángel

1976 *Introducción al derecho*, Barcelona: Ariel, 1974; 1976.

LENIN, Vladímir Ilich Uliánov

s/f *Obras escogidas*, Moscú: Progreso.

1971 *Obras completas*, t. 36, Buenos Aires: Cartago.

LEÓN BARANDIARÁN, José

1973 *Curso elemental de derecho civil peruano. Parte general del derecho civil, título preliminar del Código Civil, el derecho de las personas en el Código Civil*, Lima.

1985 *Exposición de motivos y comentarios al título preliminar, en Código Civil IV. Exposición de motivos y comentarios*, t. iv, Lima: Studium.

LINALES QUINTANA, Segundo V.

1998 *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

LOEWENSTEIN, Karl

1982 *Teoría de la Constitución*, traducción por Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ariel.

LOMBARDI VILLAURI, Luigi

1981 *Corso di filosofía del diritto*, Padova: Cedam.

LÓPEZ ALARCÓN, Mariano

1975 "La equidad en el nuevo título preliminar del Código Civil", en *Documentación Jurídica*, n.º 4, Madrid: octubre-diciembre de 1974, 1975.

LÓPEZ, Antonio

1998 *Enciclopedia de información y computación. Deontología informática*, Madrid: Cultural.

LOSANO, Mario G.

1982 *Los grandes sistemas jurídicos*, traducción por Alfonso Ruiz M., Madrid: Debate.

LUHMANN, Niklas

1973 *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Buenos Aires: Sur.

LUNDSTEDT, Vilhelm

1956 *El derecho y la justicia. Una crítica al empleo de la valoración de la justicia*, traducción por Vernengo, Roberto J., Buenos Aires: Losada.

LLAMBÍAS DE AZEVEDO, Juan

1956 *El pensamiento del derecho y del Estado en la antigüedad: desde Homero hasta Platón*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

LLANOS, Alfredo

1969 *Los presocráticos y sus fragmentos*, Buenos Aires: Juárez.

MACHORDOM COMINS, Alvaro

1995 *Conoce el Islam*, Madrid: Euro publicaciones Center.

MAGGIORE, Giuseppe

1953 *Derecho penal*, t. I, traducción por José J. Ortega Torres, Bogotá: Temis.

MANS PUIGARNAU, Jaime M.

1979 *Los principios generales del derecho*, Barcelona: Bosch, 1957; 1979.

MAQUIAVERLO, Nicolás

1986 *El príncipe*, Barcelona-Bogotá: Bedout.

MARÍN PÉREZ, Pascual

1979 *Introducción a la ciencia del derecho*, Madrid: Tecnos.

MARTINEAU, François

2000 *Técnicas de argumentación del abogado*, traducción por Ricardo Guevara Bringas, Lima: Universidad de San Martín de Porres.

MARTORELL, Ernesto Eduardo

1996 *Tratado de los contratos de empresa*, t. II, Buenos Aires: Depalma.

MARTY, Gabriel y Pierre RAYNAUD

1961 *Droit civil*, n.º 36, t. I, París: Sirey.

MAX, Hermann

1971 *Investigación económica, su metodología y sus técnicas*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

MENDIZÁBAL Y MARTÍN, Luis

1920 *Tratado de derecho natural*, vol. I, Madrid: Julio Cosano.

MESSINEO, Francesco

1979 *Manual de derecho civil y comercial*, t. I, traducción por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ejea.

MIJAILOV, Piotr

1989 "Kruschef vs. Kruschef", en *Panorama Internacional*, n.º 10, año XXI, Lima, octubre.

MILLAS JIMÉNEZ, Jorge

1970 *Filosofía del derecho*, Santiago de Chile: Publilex.

MIRÓ QUESADA CANTUARIAS, Francisco

1956 *Problemas fundamentales de la lógica jurídica*, Lima: Biblioteca de la Sociedad Peruana de Filosofía.

1993 "Ratio interpretandi", en *Anuario de la Academia Peruana de Derecho*, Lima: Edesa.

MIRÓ QUESADA RADA, Francisco

1990 *Democracia directa y derecho constitucional*, Lima: Artes y Ciencias.

1997 *Introducción a la ciencia política. Parte especial*, Lima: Cultural Cuzco.

MONROY CABRA, Marco Gerardo

1975 *Introducción al derecho*, Bogotá: Temis.

Montesquieu

1822 *El espíritu de las leyes*, traducción por Juan López de Peñalver, Madrid: Imprenta Nacional.

MOUCHET, Carlos y Ricardo ZORRAQUÍN BECÚ

1987 *Introducción al derecho*, 11.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

1996 *Introducción al derecho*, 12.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

NAUMOV, Vladimir, Viktor RIABOV, Yuri FILIPPOV

1989 "Historia del PCUS a la luz de la nueva mentalidad", en *Revista de Ciencias Sociales*, n.^o 4, 1989.

NICÉFORO, Alfredo

1956 *El "yo" profundo y sus máscaras. Psicología oscura de los individuos y grupos sociales*, traducción por Constancio Bernaldo de Quirós, Puebla: Cajica.

NIETZSCHE, Friedrich

1945 *La génesis de la moral*, traducción por A. Gregori, Buenos Aires: Tor.

NINO, Carlos Santiago

1989 *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

NINO, Carlos Santiago

1983 *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona: Ariel.

1995 *La responsabilidad. Libro homenaje al profesor doctor Isidoro H. Goldenberg*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

NÚÑEZ ENCAZO, Manuel

1979 *Introducción al estudio del derecho*, t. 1, Madrid: Alhambra.

OLANO V., Calos Alberto y Hernán Alejandro OLANO G.

2000 *Derecho constitucional e instituciones políticas. Estado social de Derecho*, 3.^a ed., Bogotá: Librería del Profesional.

OLIVECRONA, Karl

1980 *El derecho como hecho*, Barcelona: Labor Universitaria.

ORTEGA Y GASSET, José

1946 *La rebelión de las masas. Obras completas*, vol. IV, Madrid: Alianza y Revista de Occidente, 1946-1947.

1966 ¿Qué es la filosofía?, 5.^a ed., Madrid.

1966 *El espectador. Verdad y perspectiva. Obras completas*, t. I, Madrid: Alianza y Revista de Occidente.

1966 *Meditaciones del Quijote. Obras completas*, t. I, Madrid: Alianza y Revista de Occidente.

OSSORIO Y FLORIT, Manuel

1984 "La analogía jurídica", en *Omeba*, t. I, Buenos Aires.

OSSORIO Y GALLARDO, Ángel

1956 *El abogado*, Buenos Aires: Ejea.

PACHECO, Máximo

1990 *Teoría del derecho*, 4.^a ed., Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

PASTORI, Franco

1988 *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*, 2.^a ed., Milán: Cisalpino-Goliardica.

PECES-BARBA, Gregorio

1984 *Introducción a la filosofía del derecho*, 2.^a ed., Madrid: Debate.

1984 *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos.

PÉREZ LEÑERO, José

1948 *Teoría general del derecho español del trabajo*, Madrid: 1948.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique

1984 *Derechos humanos. Estado de derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos.

PÉREZ VARGAS, Víctor

1988 *Derecho privado*, San José de Costa Rica: Publite.

PETIT, Eugene

1980 *Tratado elemental de derecho romano*, Buenos Aires: Albatros.

PETZOLD PERNÍA, Hermann

1984 "Algunas notas sobre la noción de justicia de Chaïm Perelman", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, t. 3, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

PLANIOL, Marcel

1925 *Traité elementaire de droit civil*, n.º 25, vol. I, París.

Platón

1967 *Las leyes*, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.

POLLOCK, Frederick y Frederic William MAITLAND

1968 *The History of English Law*, t. II, Cambridge.

POPPER, Karl R.

1967 *La lógica de la investigación científica*, Madrid: Tecnos, 1967; 1971.

PRIETO SANCHÍS, Luis

1985 *Ideología e interpretación jurídica*, Madrid: Tecnos.

RADBRUCH, Gustav

1952 *Filosofía del derecho*, 3.ª ed., traducción por José Medina Echevarría, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

RADBRUCH, Gustav

1997 *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción por Wenceslao Roces, 2.ª ed., 1.ª reimpr., Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

RAKITSKI, Boris

1989 "Carácter revolucionario de la perestroika", en *Revista Ciencias Sociales*, n.º 4, Moscú.

RAZ, Joseph

1991 *Razón práctica y normas*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

REALE, Miguel

1935 *O Estado moderno*, São Paulo: Olympio.

1940 *Fundamentos do direito*, São Paulo: Empresa Gráfica de la Revista dos Tribunais.

1940 *De teoría do direito e do Estado*, São Paulo: Martins.

1953 *Filosofía do direito*, vol. I, t. I, São Paulo: Saraiva, 1953.

1984 *Introducción al derecho*, 6.^a ed., Madrid: Pirámide.

1999 “Sobre el origen del término ‘tridimensionalismo jurídico’”, en *Normas Legales*, t. 275, Trujillo: abril.

RECASÉNS SICHES, Luis

1934 *Los temas de la filosofía del derecho en perspectiva histórica y visión de futuro*, Barcelona: Bosch.

1945 *Vida humana, sociedad y derecho*, 2.^a ed., Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

1946 *Estudios de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Uteha.

1947 *La filosofía del derecho de Francisco Suárez*, 2.^a ed., Ciudad de México.

1956 *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

1959 *Tratado general de filosofía del derecho*, Ciudad de México: Porrúa.

1961 “Iusnaturalismo”, en *Omeba*, t. XVI, Buenos Aires.

1961 “La interpretación del derecho”, en *Omeba*, t. XVI, Buenos Aires.

1965 *Tratado general de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Ciudad de México: Porrúa.

1970 *Introducción al estudio del derecho*, Ciudad de México: Porrúa.

1971 *La experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

RICKERT, Heinrich

1937 *Ciencia cultural y ciencia natural*, traducción por García Morente, Buenos Aires: Espasa Calpe.

1965 *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft. Ciencia cultural y ciencia natural*, 4.^a ed., Madrid: Espasa Calpe.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo

1995 *Teoría de la interpretación jurídica*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

RODRÍGUEZ MOLINERO, Marcelino

1993 *Introducción a la ciencia del derecho*, 2.^a ed., Salamanca: Cervantes.

ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Ángel

1980 "El derecho económico como categoría sistemática", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

ROMANO, Santi

1963 *El ordenamiento jurídico*, traducción por Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Ross, Alf

1958 *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1958; 1963; 1994.

ROUSSEAU, Juan Jacobo

1957 *Del contrato social o principio del derecho político*, traducción por Constancio Bernardo de Quirós, Ciudad de México y Buenos Aires: Cajica.

RUGGIERO, Roberto

1929 *Instituciones de derecho civil*, Madrid: Reus.

1945 *Instituciones de derecho civil*, t. I, traducción de la 4.^a ed. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid: Reus.

RUIZ VADILLO, Enrique

1974 "La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código Civil español", en *Documentación Jurídica*, n.^o 4, Madrid: octubre-diciembre de 1974, 1975.

Russo, Eduardo Ángel

1995 *Teoría general del derecho en la modernidad y en la posmodernidad*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos
1982 "Derecho político y derecho constitucional", en *Enciclopedia Jurídica*, t. VIII, Buenos Aires: Driskill.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos
1958 *Las instituciones políticas en la historia universal*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.

SANTAMARÍA IBEAS, Javier J.
1997 *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Burgos.

SAPAUN, O.
1933 *Filosofía de la sociedad*, Madrid.

SAUER, Wilhelm
1930 *Le droit vivant*, París.

SAVIGNY, Federico Carlos Von
1879 *Sistema de derecho romano actual*, t. I, traducción por M. Ch. Guenoux, Madrid: F. Gongora y Compañía.

SAVIGNY, Friedrich Karl von; Julius Hermann Von KIRCHMANN; Ernst KANTOROWICZ y Hermann ZITELMANN
1949 *La ciencia del derecho*, Buenos Aires: Losada.

SCHREIER, Fritz
1942 *Concepto y formas fundamentales del derecho*, Buenos Aires: Losada.

SEN, Amartya
2010 *La idea de la justicia*, traducción por Hernando Valencia Villa, Madrid: Taurus.

SIERRA BRAVO, Restituto
1983 *Técnicas de investigación social*, Madrid: Paraninfo.
1986 *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*, Madrid: Paraninfo.

SIERRALTA Ríos, Aníbal
1988 *Introducción a la iuseconomía*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

SMITH, Juan Carlos

1982 "Estado", en *Omeba*, t. x, Buenos Aires: Driskill.

1982 "Libertad", en *Omeba*, t. xviii, Buenos Aires: Driskill.

1982 "Norma jurídica", en *Omeba*, t. xx, Buenos Aires: Driskill.

SOLARI, Gloele

1945 *Filosofía del derecho privado*, traducción por O. Caletti, Buenos Aires: Sudamericana.

SOLER, Sebastián

1943 *Ley, historia y libertad*, Buenos Aires: Losada.

SOLÍS ESPINOZA, Alejandro

1991 *Metodología de la investigación jurídico social*, Lima: Princeliness.

SORRENTINO, Federico

1994 *Le fonti del diritto*, en *Manuale di diritto pubblico*, comps. Giuliano Amato y Augusto Barbera, Bologna: Il Mulino.

STAMMLER, Rodolfo

1930 *Tratado de filosofía del derecho*, traducción por W. Roces, Madrid: Calpe.

1952 *La génesis del derecho*, traducción por W. Roces, Madrid: Calpe.

STARCK, Christian

1979 *El concepto de la ley en la Constitución alemana*, traducción por Luis Legaz Lacambra, Madrid: Maribel.

TARELLO, Giovanni

1994 "Organizzazione giuridica e società moderna", en AMATO, Giuliano; Augusto BARBERA y Carlos FUSARO, *Manuale di diritto pubblico*, 4.^a ed., Bolonia: Il Mulino.

TOFFLER, Alvin

1981 *La tercera ola*, 8.^a ed., traducción por Adolfo Martín, Barcelona: Plaza & Janes.

TORRES BARDALES, C.

1997 *El proyecto de investigación científica*, Lima: San Marcos.

TORRES LÓPEZ, Juan

1987 *Análisis económico del derecho*, Madrid: Tecnos.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal

1998 *Acto jurídico*, Lima: San Marcos.

2007 *Acto jurídico*, 3.^a ed., Lima: Idemsa.

Trabucchi, Alberto

1953 *Instituzioni di diritto civile*, Padova: Cedam.

TRUYOL Y SERRA, Antonio

1954 *Historia de la filosofía del derecho; de los orígenes a la Baja Edad Media*, Madrid: Editorial Revista de Occidente.

URBINA CABELLO, Guillermo

1969 *La interpretación de la ley*, Caracas: La Torre.

VALENCIA RESTREPO, Hernán

1993 *Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del derecho*, Bogotá: Temis, 1993.

VALENCIA ZEA, Arturo

1979 *Derecho civil*, 8.^a ed., t. I, Bogotá: Temis.

VAN STEENBERGHEN, Fernando

1940 *Directives pour les dissertations doctorales*, Louvain : Editions de l'Institut supérieur de Philosophie.

VANNI, Icilio

1941 *Filosofía del derecho*, Madrid: Beltrán.

VARGAS, Javier

1993 *Historia del derecho peruano*, Lima: Universidad de Lima.

VERNENGO, Roberto J.

1956 *El hecho del derecho*, Buenos Aires: Losada.

1994 *La interpretación literal de la ley*, 2.^a ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

1992 *Introducción al derecho civil peruano*, Lima: WG.

VIERA, Manuel A.

1991 "Conversaciones con Fray Francisco de Vitoria", en *Anales del Cincuentenario de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba.

VIGO, Rodolfo Luis

1991 *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

VIGO, Rodolfo Luis

1984 *Visión crítica de la filosofía del derecho*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

VILLEY, Miguel

1974 "Prefacio al volumen 'Le languaje du droit'", en *Archives de Philosophie du Droit*, n.º xix, París: Sirey.

VILLEY, Miguel

1979 *Compendio de filosofía del derecho*, t. I, Pamplona: Eunsa.

VINOGRADOFF, Paul

1985 *Introducción al derecho*, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

WAGNER, Heinz

1984 *La teoría pura del derecho y la teoría marxista del derecho*, ponencia presentada en el simposio organizado por el Instituto Hans Kelsen, bajo el lema de teoría pura del Derecho y teoría marxista del Derecho, efectuado los días 9 y 10 de marzo de 1975, traducción por Ernesto Volkening, Bogotá: Temis.

WEBER, Max

1954 *On law in economy and society*, Nueva York: Oxford University Press.

ZELAYARÁN DURAND, Mauro

1997 *Metodología de investigación jurídica*, Lima: Ediciones Jurídicas.

ZOLO, Danilo

2006 "Teoria e critica dello Stato di diritto", en *Lo Statu di diritto. Storia, teoria, critica*, 3.ª ed., Milán: Giangiacomo Feltrinelli.

Publicado: Octubre 2019
Este libro se terminó de imprimir
en Octubre del 2019 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima-Perú
