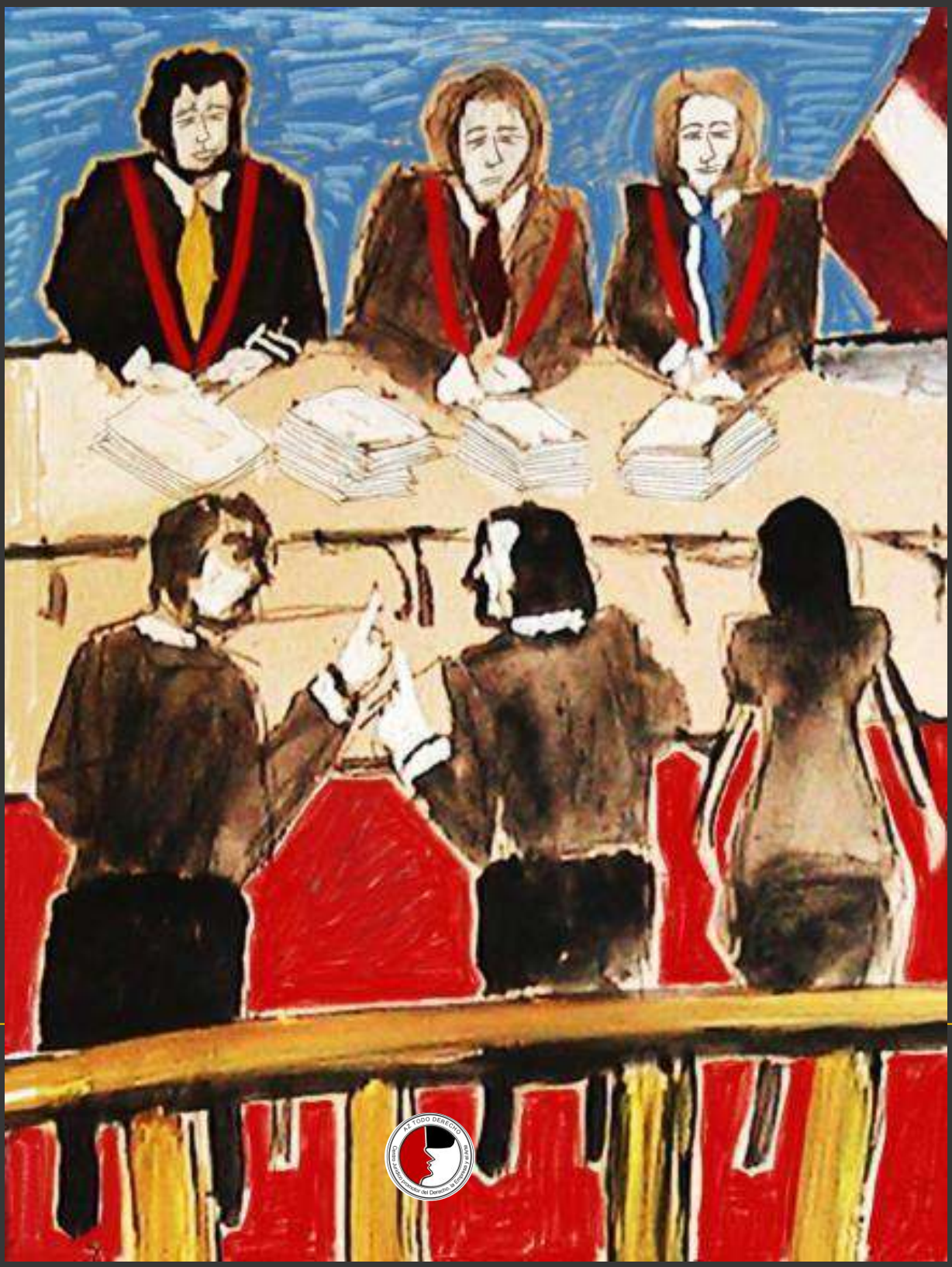
Derecho constitucional

Teoría del Derecho y DDHH

Alex R. Zambrano Torres



Alex R. Zambrano Torres

DERECHO CONSTITUCIONAL Y TEORÍA DEL DERECHO

Derecho Constitucional,
Teoría del Estado
y Derechos Humanos

Editorial:
AZ Todo Derecho

DERECHO CONSTITUCIONAL
Teoría del Derecho y DDHH

Autor:
Alex Ricardo Zambrano Torres

Primera edición digital, septiembre 2026
Editado por:
AZ Todo Derecho E.I.R.L.
Alfa Centauro 173, La Calera, Surquillo, Lima
RUC: 20602641091

Diseño y pintura de cubierta:
Alex Ricardo Z.T.
Libro electrónico disponible en:
https://librosalexzambrano.webnode.pe

RUL: DCYTD/dctdydh19092026

© Derechos de Autor:
Queda autorizada la reproducción
total o parcial del siguiente libro
previa mención al autor

INDICE

INTRODUCCIÓN 9

PRIMERA SECCIÓN 13

Capítulo: CONCEPTO DE DERECHO CONSTITUCONAL 15

I.- CONCEPTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.- 16

Capítulo: LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ.- 19

I.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1933 (29 de Marzo de 1933).- 19

II.- EL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979 (28 de julio de1980).- 26

III.- EL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993: 35

Capítulo: RELACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ 37

SEGUNDA SECCIÓN 43

Capítulo: EL DERECHO 45

FORMAS PARA ABORDAR EL DERECHO.- 49

ANALISIS DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO.- 52

***EL DERECHO EN SU FORMACIÓN:* 55**

Capítulo: LOS SISTEMAS JURÍDICOS y DERECHO.-. 67

Capítulo: EL PODER 71

SUBDIVISIÓN DEL PODER.- 75

Capítulo: EL ORDEN JURÍDICO 93

DERECHO COMO INSTRUMENTO DE ORGANIZACIÓN SOCIAL 96
1.- DIMENSIÓN CONFLICTUALISTA DEL DERECHO 96
2.- DIMENSIÓN FUNCIONAL DEL DERECHO 98
Capítulo: LA JUSTICIA 101
GIORGIO DEL VECCHIO Y LA JUSTICIA.- 101
LA JUSTICIA DE SAN AGUSTÍN.- 103
Capítulo: LA SEGURIDAD JURÍDICA 113
Capítulo: CORRIENTES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO 115
1) Jusnaturalismo 117
***2) POSITIVISMO* 133**
Capítulo: PRINCIPALES TEORÍAS FILOSÓFICAS-JURÍDICAS DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO ... 145
***1) Concepción Normativista:* 146**
***2) Concepción Institucionalista:* 153**
***3) Concepción relacionista* 156**
***4) Concepción Conductista del Derecho:* 160**
Capítulo 163
Norma Jurídica y aplicación del Derecho.- 164
La selección: 167
1.- Seleccionar la norma: 168
2.- Fijación de los hechos concretos: 169
3.- Contrastación entre el caso y el supuesto de hecho.- 169
4.- Fijación del sentido y alcance de la consecuencia establecida por la norma.- 170
Las fases de la aplicación del derecho son: 173
Capítulo: LOS DERECHOS OBJETIVO Y SUBJETIVO 177
INCORPORCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO EN DOCUMENTOS CAMBIARIOS (TÍTULOS VALORES).- ... 190

Capítulo: LEGITIMIDAD y validez DEL DERECHO193
Qué legitima.-.....194
1.- Legitimidad mediante criterios Formales.-.....195
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 197
Capítulo: EL ORIGEN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 199
Capítulo: LOS DOCUMENTOS PRECURSORES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES 203
DOCUMENTOS PRECURSORES.-.....203
Las convenciones internacionales sectoriales.-.....204
I.- EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.-..207
DIVISIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.- 212
PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-...212
2. Aplicación en la Normatividad Peruana, según la doctrina digital (IA Gemini):.....214
A. La Dignidad como Fin Supremo.....214
B. El Bloque de Constitucionalidad y Tratados Internacionales.....214
C. Clausula de Derechos Implícitos (Numerus Apertus) 215
3. Mecanismos e Instrumentos de Aplicación Práctica, según la doctrina digital (IA Gemini):.....215
CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.- 216
Capítulo: GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS..... 219
DERECHOS HUMANOS DE 1RA. GENERACIÓN (DERECHOS INDIVIDUALES) O DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.....220
DERECHOS HUMANOS DE 1RA. GENERACIÓN COMO DERECHOS INDIVIDUALES.- 222
Capítulo: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD..... 227
Capítulo: LA PERSONA..... 231
I.- CONCEPTO.- 231

II.- PERSONA Y SUJETO DE DERECHOS.- 233
III.- CLASIFICACIÓN O ETAPAS DE VIDA DEL SER HUMANO.- 234
IV.- TIPOS DE PERSONAS: 235
V. CAPACIDAD DE LA PERSONA: 236
a) CAPACIDAD DE GOCE: 237
b) CAPACIDAD DE EJERCICIO: 237
VI. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD 240

Capitulo: DERECHO A LA VIDA O A LA CONSERVACIÓN DE LA VIDA 241
1.- DERECHO A LA VIDA.- 241
2.- EXCEPCIONES AL DERECHO A LA VIDA: 242
TIPOS DE EXTINCIÓN DE LA VIDA.- 242

Capitulo: DERECHO A LA LIBERTAD 245
1.- DERECHO A LA LIBERTAD.- 245

Capítulo: LA HISTORIA DEL ESTADO, INFLUENCIA EN EL DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN 251
1.- Las Constituciones 254
8.- LOS ANTECEDENTES DEL ESTADO PERUANO. SISTEMA POLITICO Y TEXTO LEGAL CONTRADICTORIOS 259
EL PERÚ EN 1998.- 263
1.- Reformas para un futuro mejor.- 263
1) La promoción de la inversión extranjera.- 264

Capítulo: EL ESTADO COMO REPÚBLICA.- 267

Capítulo: EL CONCEPTO DE REPÚBLICA EN LA DOCTRINA.- 272

1.- Generalidades sobre derechos humanos.- 199

INTRODUCCIÓN

---------- & ----------

El Derecho Constitucional es la madre de todas las otras ramas, como el derecho constitucional, civil, penal, laboral, tributario, empresarial, bancario, parlamentario, municipal, financiero, internacional público, internacional privado, registral, procesal, entre otros. Sin el derecho constitucional aquellas ramas no existirían, porque parten de un origen el acuerdo o consenso social, proclamado como "el contrato social", por Jean Jacobo Rousseau.

El presente texto se divide en tres secciones interrelacionados, a ser: 1) Derecho Constitucional; 2) Teoría General del Derecho; 3) Derechos Humanos.

El Derecho Constitucional es la fuente superior de todo el ordenamiento jurídico de una nación.

La Teoría General del Derecho considera instituciones como el concepto de derecho, justicia, validez, entre otros.

Los Derechos Humanos toca sus principios,

clasificación, generaciones, entre otros.

No existe nada tan importante como la Constitución, por eso, el Derecho Constitucional es no solo la base sino la forma cómo entendemos nuestros derechos y deberes.

Hemos tomado como referencia a Ferdinand Lassalle quien escribió "¿Qué es la Constitución?, y desde allí dicha disciplina se entiende como "la suma de los factores reales de poder", que en términos simples significa: la relación y acuerdos entre los ciudadanos.

Marcial Rubio Correa hace interesantes aportes al Derecho Constitucional y a la Teoría General del Derecho, con sus obras como: "Para leer la Constitución de 1993", "El Sistema Jurídico o Introducción al Derecho", "Quítate la venda para mirarme mejor", entre otros.

Hemos tomado como referencia a muchos otros autores, como Friedrich Nietzsche y sus obras: "Así habló Zaratustra", "Humano, demasiado humano", "Más allá del bien y del mal", "Gaya ciencia", "Aurora", entre otros. También consideramos las obras de los juristas Carlos Ignacio Massini, Michel Villey.

Uno de los juristas más serios que hemos considerado es al filósofo, abogado, marqués Fernando De Trazegnies Granda, escribió libros sobre derecho, filosofía, literatura, historia como "Testigo presencial", "La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo

XIX", "Ciriaco de Urtecho: litigante por amor", entre otros.

El libro presenta conceptos, ideas y resúmenes que hagan comprensible el Derecho Constitucional, la Teoría general del Derecho y los Derechos Humanos.

PRIMERA SECCIÓN

EL DERECHO CONSTITUCIONAL

---------- & ----------

Capítulo: CONCEPTO DE DERECHO CONSTITUCONAL

---------- & ----------

O.- Generalidades.-

Las formas del Derecho Constitucional, según la doctrina, son: 1.- Derecho Constitucional General; 2.- Derecho Constitucional Particular; 3.- Derecho Constitucional Comparado; 4.- Derecho Constitucional Internacional.

Las tendencias constitucionales del siglo xx son: 1.- Constitucionalismo social; 2.- Constitucionalismo socialista; 3.- Constitucionalismo corporativo; 4.- Constitucionalismo de los Derechos Humanos.

Las fuentes del derecho constitucional son: I.- Fuentes formales: 1.- Constitucional formal; 2.- Ley; 3.- El Derecho Internacional; 4.- La jurisprudencia; 5.- Derecho comparado. II.- Fuentes materiales: 1.- La Costumbre; 2.- La Doctrina.

La Constitución se clasifica de diversos tipos: 1.- Constitución Formal; 2.- Constitución material; 3.-

Constitución Ideal; 4.- Constitución real; 5.- Constitución jurídica

La clasificación de las constituciones son: 1.- Constituciones escritas y no escritas; 2.- Constituciones codificadas y dispersas; 3.- Constituciones Rígidas y Flexibles; 4.- Constituciones normativa, nominal y semántica; 5.- Constituciones Retrato, Contrato Promesa.

I.- CONCEPTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.-

En el corazón de todo el Derecho está el Derecho Constitucional, y como el corazón, es aquella que posibilita la vida del ser humano en sociedad, el Derecho Constitucional es el corazón de la sociedad organizada jurídicamente. La característica fundamental del Derecho Constitucional es la supremacía de la misma. Se trata de la propia regulación general de toda la sociedad. Es decir, allí se encuentran los métodos de regulación superior y jerárquica. Se trata de la regulación de la sociedad, desde un referente racional, desde un grado o el grado jerárquico denominado Constitución. Humberto Henriquez Franco escribe: "Marcel Prélot, (...), a partir de su finalidad define al Derecho Constitucional como la 'ciencia de las reglas jurídicas según las cuales se establece, se ejerce y transmite el poder político'. Mirkine-Guetzévich,(...) lo define como 'una técnica de la libertad'."

Esta es la primera noción que tenemos: "El Derecho Constitucional es una técnica de la libertad". Sin embargo, las definiciones dadas inciden en el factor

político, es decir, que se trata de la regulación de los fenómenos políticos, y un fenómeno es político cuando se trata de poder. Lo que se regula entonces es el poder, la concentración de este poder. El poder está dentro de una categoría social. En un Estado moderno, en una sociedad moderna se trata del poder político concentrado en un instrumento racional, es decir, en la Constitución. La Constitución es así el eje del poder; ¿y por qué la Constitución?, porque este constituye un eje racional de concentración del poder.

El Derecho Constitucional trata en aquel contexto de la regulación del poder y de las relaciones que surgen de este poder regulado, regulación jurídica de este poder, de este fenómeno político; por eso el Estado, según Francisco Ruiz de Castilla Ponce de León, es poder, pero poder regulado por el Derecho; así el Derecho Constitucional es la regulación jurídica del poder, de la relación resultante de la existencia del poder, del poder concentrado o monopolizado por el Estado.

El Derecho constitucional es así un método que articula y norma las dimensiones diversas en que se presenta el poder, pero es también un medio de establecimiento, ejercicio y transmisión del poder político. Y es la regulación de este poder lo que permite la libertad, por eso el Derecho Constitucional ha sido definido como "técnica de la libertad", como instrumento para conseguir, perpetuar y ejercer la libertad.

El "Derecho constitucional es aquel sistema conceptual y normativo, que como disciplina jurídica, estudia los

fundamentos esenciales de la organización política jurídica del estado o la sociedad.”

Al decir de Maurice Duverger, "El Derecho Constitucional estudia las instituciones políticas desde un ángulo jurídico.".

Capítulo: LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ.-

---------- & ----------

I.- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1933 (29 de Marzo de 1933).-

1.- La Constitución Política del Perú de 1933, fue aprobada por el Congreso Constituyente de la cual era Presidente Clemente J. Revilla; luego fue promulgada por el Presidente constitucional Luis Miguel Sánchez Cerro. La Constitución de 1933 tuvo una vigencia entre el 09 de abril de 1933 al 28 de julio de 1980 (más de 47 años).

2.- La Constitución de 1933 tuvo vigencia en los periodos de gobierno de 1) Luis Miguel Sánchez Cerro, presidente constitucional elegido por elecciones populares, (gobernó desde el 08.12.1931 – al 30.04.1933); 2) el presidente Oscar Raymundo Benavides Larrea, elegido por el Congreso de la República (Ley 7717), gobernó 30.04.1933 - 08.12.1939,; 3) Manuel Prado y Ugarteche, presidente de la República elegido por elecciones y gobernó entre el 08.12.1939 - 28.07.1945; 4) José Luis Bustamante y

Rivero (28.07.1945 - 27.10.1948), presidente constitucional elegido en elecciones; 5) Manuel Apolinario Odría Amoretti (27.10.1948 - 10.05.1950), presidente de la Junta Militar de gobierno, asumiendo el cargo mediante un Golpe de Estado (D.Ley 10889); 6) Zenón Noriega Agüero (10.05.1950 - 28.07.1950), Presidente de la Junta Militar de Gobierno, que asumió el cargo por "sucesión en el cargo", mediante D.Ley 11395; 7) Manuel Apolinario Odría Amoretti (28.07.1950 - 28.07.1956), presidente constitucional, elegido en elecciones; 8) Manuel Prado y Ugarteche (28.07.1956 - 18.07.1962), presidente constitucional elegido en elecciones; 8) Ricardo Peréz Godoy (18.07.1962 - 03.07.1963), presidente de la Junta Militar, asumiendo el cargo mediante Golpe de Estado; 9) Nicolás Lindley López (03.07.1963 - 28.07.1963), presidente de la Junta Militar, asumiendo mediante sucesión; 10) Fernando Belaúnde Terry (28.07.1963 - 03.10.1968), presidente constitucional, elegido mediante elecciones; 11) Juan Velásco Alvarado (03.10.1968 - 29.08.1975), presidente del gobierno revolucionario de las Fuerzas Armadas, asumiendo el cargo mediante Golpe de Estado (D.L. 2-1764); 12) Francisco Morales Bermúdez Cerruti (29.08.1975 - 28.07.1980); presidente del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, asumiendo el cargo mediante golpe de Estado (D.L. 21268); 13) Fernando Belaúnde Terry (28.07.1980 - 28.07.1985), presidente constitucional, elegido en elecciones populares (Res. 1 de julio de 1980).

Presidentes Dictadores.- Gobernaron mediante Golpe de Estado, por lo tanto fueron dictadores, 1) Manuel A.

Odría Amoretti; 2) Ricardo Peréz Godoy; 3) Juan Velásco Alvarado; 4) Francisco Morales Bermúdez Cerruti.

3.- La Constitución Política de 1933 está enunciado en su Título I: El Estado, el territorio y la nacionalidad, que en sus artículos 1ro. y 2do. expresaba literalmente que el Perú era una República democrática, el poder del Estado emanaba del pueblo, así como que el Estado era uno e indivisible.

Asimismo en la Constitución de 1933 se establecía: 1) que el Estado garantizaba el pago de la deuda pública (Art. 11), 2) El Estado tenía el deber de mantener la estabilidad de la moneda y la libre conversión del billete bancario (Art. 14); 3) En los contratos del Estado con extranjeros o en las concesiones otorgadas a extranjeros éstos últimos deberían someterse expresamente a las leyes y a los Tribunales de la República y la renuncia de toda reclamación diplomática (Art. 17); 4) El Estado reconocía la libertad de asociarse y la de contratar (art. 27); 5) El Estado tenía el poder de nacionalizar los transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada, previa indemnización (Art. 38); 6) El Estado reconocía la libertad de comercio e industria, pero también podía establecer limitaciones o reservas a ellas, sin ser de carácter personal o de confiscación (Art. 40); 7) El Estado tenía el derecho de percibir partes de las utilidades de las empresas mineras (Art. 41); 8) El Estado garantizaba la libertad de trabajo (Art. 42); 9) El Estado favorecía un régimen de participación de los

empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas (Art. 45); 10) La Constitución de 1933 establecía la pena de muerte por los delitos de traición a la patria y homicidio calificado, además de todo aquello que la ley lo señalara, dejando esta cláusula abierta Art. 54); 11) El Estado garantizaba la libertad de la prensa, pero también indica a este respecto responsabilidad de ley en el caso debido, e indemnización solidaria del autor y editor al damnificado (Art. 63); 12) El Estado tenía la dirección técnica de la educación (Art. 71); 13) La enseñanza primaria era obligatoria y gratuita (Art. 72); 14) Se determinaba la obligación de existir escuelas en todos los lugares donde la población sea de treinta alumnos (Art. 73); 14) En las escuelas que funcionaban en centros industriales, agrícolas o mineros debían ser sostenidos por los propietarios o empresas (Art. 74); 15) En cada departamento debía haber por lo menos una escuela de orientación industrial (Art. 76); 16) El Estado tenía el deber de fomentar la enseñanza técnica de los obreros (Art. 77); 17) El Congreso tenía la atribución de "Crear y suprimir empleos públicos y asignarles la correspondiente dotación, a excepción de aquellos cuya creación o supresión correspondan a otras entidades conforme a la ley" (Art. 123, inc 9º); 18) El Congreso de la República tenía la atribución de "declarar la vacancia de la presidencia de la república, en los casos señalados por la Constitución (Art. 123, inc. 12º); 19) El Congreso tenía la atribución de "Elegir Arzobispo y Obispos, a propuesta en terna doble del Poder Ejecutivo" (Art. 123, inc. 14º); 20) El Congreso tenía la atribución de "Hacer la demarcación y división del territorio nacional" (Art. 123, inc. 15º); 21) El

congreso tenía la atribución de resolver los conflictos entre el Poder Ejecutivo y los Consejos Departamentales (Art. 123, inc. 16); 22) El Congreso tenía la atribución de ejercer el derecho de gracia, siendo que durante el receso del congreso el Poder Ejecutivo podía conceder indulto a los condenados por delitos políticos-sociales (Art. 123 inc. 22); 23) La iniciativa legislativa, formación de leyes, la tenían los senadores, diputados, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial (Art. 124); 24) La Constitución contempla el ejercicio de la Acción Popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes (Art. 133) ; 25) El presidente de la República era elegido por "sufragio directo" (Art. 135); 26) Para ser elegido Presidente de la República se requería ser peruano de nacimiento, gozar del derecho de sufragio, tener 35 años de edad y haber residido 10 años contínuos en el territorio de la República (Art. 136); 26) Eran inelegibles o no podían ser elegidos Presidente de la República los ministros de Estado, los miembros de la fuerza armada en servicio, el ciudadano que ejercía la presidencia de la república al tiempo de la elección, los parientes de 4to. Grado de consanguinidad o 2do de afinidad del presidente en ejercicio o la ha ejercido dentro del año anterior a la elección, los miembros del Poder Judicial, y tampoco pueden ser elegidos presidente los miembros del Clero, es decir los religiosos (Art. 137); 27) No había reelección presidencial inmediata y dicha prohibición no podía ser reformada ni derogada, siendo que los autores de la proposición reformatoria o derogatoria y los que la apoyasen cesarían de hecho

en el desempeño de sus cargos e inhabilitados para ejercicio de la función pública (Art. 142); 28) La presidencia de la república vacaba por "permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso", aceptación de su renuncia, sentencia judicial condenatoria por los delitos de traición a la patria, impedido las elecciones presidenciales o congresales, disuelto el congreso o impedido su funcionamiento, o impedido el funcionamiento del Jurado Nacional de Elecciones (Art. 144); 29) El presidente de la república no podía mandar personalmente a la fuerza armada sin el permiso del Congreso, bajo responsabilidad de que se le suspenda su ejercicio como presidente (Art. 153); 30) El presidente de la república podía conceder montepíos, fondos o depósitos de dinero que se habían creado con los descuentos a los trabajadores y destinados a proporcionar pensiones o ayudas a sus miembros de las instituciones laborales (Art. 154); 31) El presidente de la República tenía el poder de resolver los conflictos entre los concejos departamentales (Art. 154); 32) Los presidentes podían celebrar concordatos –acuerdos- con la Santa sede (Art. 154); 33) Los presidentes de la república tenían la atribución de presentar ante el Congreso ternas para la elección de Arzobispos y Obispos (Art. 154); 34) El presidente de la República al terminar su periodo pasaba a ser Senado por un periodo (Art. 155); 35) No podían ser ministros los miembros del Poder Judicial y los miembros del Clero (art. 161); 36) En la Constitución Política de 1933 se definía el territorio de la República del Perú, en departamentos, provincias y distritos, no hay mención alguna a las regiones. Además se indica como

provincias litorales de Tumbes, Moquegua y el Callao, además se prescribía que para la creación de departamentos debería seguirse los mimos trámites que para la reforma de la Constitución (Art. 183); 37) Los funcionarios políticos declarados judicialmente responsables en ejercicio de sus funciones quedaban permanentemente inhabilitados de cargo público;

38) De acuerdo con la Constitución de 1933 se determina que existirá la Corte Suprema de Justicia en la capital del país, y Cortes Superiores de Justica en los departamentos que determine la ley, así como juzgados de paz letrados en lugares señalados por ley, y en todas las poblaciones habrán juzgados de paz (Art. 221); 39) Los vocales (jueces) y los fiscales de la Corte Suprema eran elegidos por el Congreso de la República entre diez (10) candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo (Art. 222); 39) Los vocales y fiscales superiores eran nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta en terna doble de la Corte Suprema, y los jueces de primera instancia y fiscales a propuesta en terna doble de la Corte Suprema (Art. 223); 40) Los nombramientos de los vocales (jueces) y fiscales de las cortes superiores y de los jueces y agentes fiscales eran ratificados por la Corte Suprema (Art. 224); 41) Se prescribía que el presidente, los ministros, congresistas no podían ser nombrados para cargo judicial (Art. 225); 42) Se prescribía que el Estado indemnizaría a las víctimas de errores judiciales en materia criminal (Art. 230); 43) Se permitía la acción popular para denunciar los delitos contra los deberes de función y cualquiera que cometieran los miembros del Poder Judicial en ejercicio de sus funciones,

también acción popular para denunciar delitos contra la ejecución de resoluciones judiciales que cometieran los funcionarios del Poder Ejecutivo (Art. 231).

II.- EL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979 (28 de julio de1980).-

1. La Constitución Política del Perú de 1979 tuvo vigencia entre el 28 de julio de 1980 al 30 de diciembre de 1993, y fue producto de una Asamblea Constituyente presidida por Víctor Raúl Haya de la Torre, y promulgada por el presidente de la República, Fernando Belaúnde Terry.

2. En la Constitución de 1979, el Estado está enunciada en el su título II Del Estado y la Nación, y sus capítulos: 1) Del Estado; 2) De la Nacionalidad; 3) Del territorio; 4) De la integración; 5) De los tratados.

3.- La Constitución de 1979, también enuncia en su Título IV: De la estructura del Estado, y los capítulos I: Poder Legislativo; Cap. II: De la función legislativa; Cap. III: De la formación y promulgación de las leyes; Cap. IV: Del presupuesto y la cuenta general; Cap. V: Poder Ejecutivo; Cap. VI: Del Consejo de Ministros; Cap. VII: De las relaciones con el Poder Legislativo; Cap. VIII: Del régimen de excepción; Cap. IX: Poder Judicial; Cap. X: Consejo Nacional de la Magistratura; Cap. XI: Del Ministerio Público; Cap. XII: De la descentralización, gobiernos locales y regionales; Cap. XIII: de la defensa nacional y del orden interno; Cap. XIV: el Jurado Nacional de Elecciones.

4.- La Constitución de 1979 tuvo vigencia del 28 de julio de 1980 al 30 de diciembre de 1993, periodo en los cuáles gobernaron los siguientes presidentes de la República: 1) Alan García Pérez (28.07.1985 - 28.07.1990), presidente constitucional elegido en elecciones populares; 2) Alberto Fujimori Fujimori (28.07.1990 - 05.04.1992), presidente constitucional elegido en elecciones populares; siendo entre el 05.04.1992 y el 28.07.1995 gobernó como presidente del gobierno de emergencia, obteniendo el cargo por haber dado un golpe de Estado; así mismo entre el 28.05.1995 al 28.07.2000, gobernó como presidente constitucional, elegido por elecciones populares; gobernó también entre el 28.07.2000 - 21.11.2000, como presidente constitucional, elegido en elecciones populares (Res. Nro. 864-2000-JNE); 3) Valentín Paniagua Corazao (22.11.2000 - 28.08.2001), presidente constitucional elegido por sucesión (Ley 27375), 4) Alejandro Toledo Manrique (28.07.2001 - 28.07.2006), presidente constitucional, elegido en elecciones populares (Res. Nro. 504-2001-JNE); 5) Alan García Pérez (28.07.2006 - 28.07.2011), presidente constitucional, elegido en elecciones populares, designado mediante Res. Nro. 1175-2006-JNE; 6) Ollanta Moisés Humala Tasso (28.07.2011 - 28.07.2016), presidente constitucional, elegido en elecciones políticas, investido mediante Res. Nro. 554-2011-JNE; 7) Pedro Pablo Kuczynski Godard (28.07.2016 - 23.03.2018), presidente constitucional, elegido en elecciones populares, investido mediante Res. Nro. 1011-2016-JNE; 8) Martín Alberto Vizcarra Cornejo (23.03.2018 - 09.11.2020) , presidente constitucional, designado por sucesión, en sesión

solemne en el Congreso el 23 de marzo de 2018; 9) Manuel Arturo Merino De Lama (10.11.2020 - 15.11.2020), presidente constitucional, investido por sucesión, designado mediante Resolución del Congreso Nro. 001-2020-2021-CR; 10) Francisco Rafael Sagasti Hochhausler (17.11.2020 - 28.07.2021), presidente constitucional, designado por sucesión, investido mediante Resolución Legislativa del Congreso Nro. 007-2020-CR.

5.- En la Constitución de 1979 se enuncian las siguientes: 1) Se declara que están abolidas la esclavitud (Art. 2, numeral 20, inciso b); 2) Se prescribió que los derechos fundamentales regían también para las personas jurídicas peruanas (Art. 3); 3) Su artículo 4 señala: "La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno" (Art 4); 4) Esta Constitución establece que el Estado ampara la paternidad responsable, asimismo se declaraba que todos los hijos tenían iguales derechos, prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad (Art. 6); 5) Se prescribe que la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en

cuanto es aplicable. (Art. 9); 6) Las universidades y los centros educativos y culturales eran exonerados de todo tributo creado o por crearse (Art. 32); 7) La ley establecía estímulos tributarios y de otra índole para favorecer las donaciones y aportes a favor de las universidades y centros educativos y culturales (Art. 32); 8) Se prescribía la existencia de colegios profesionales como autónomas con personería de derecho público, además de ser obligatoria la colegiación para el ejercicio de las profesiones universitarias (Art. 33); 9) Se establecía que el trabajador, varón o mujer tenía derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador (Art. 43); 10) Se establece la jornada ordinaria de trabajo de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales (Art. 44); 11) Se pronunció sobre el deber del Estado para dictar medidas de seguridad sobre seguridad en el trabajo y prevenir los riesgos laborales (Art. 47); 12) Se reconoció el derecho de estabilidad en el trabajo, por la cual el trabajador solo podía ser despedido por causa justa, señala en la ley y debidamente comprobada (Art. 48); 13) El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a sindicación sin autorización previa, pero también a que nadie está obligado ni impedido a ser parte de un sindicato (Art. 51); 14) Los trabajadores no dependientes de una relación de trabajo, agrupados les son aplicables las normas sobre los sindicato (Art. 52); 15) Esta Constitución prescribe que el Estado propicia la creación del Banco de los trabajadores (Art. 53); 16) La convenciones colectivas tienen fuerza de ley (Art. 54); 17) La huelga es un derecho de los trabajadores (Art. 55); 18) El Estado

reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa, extendiéndose a la propiedad de las empresas (Art. 57); 19) Los derechos laborales son irrenunciables, siendo todo pacto en contrario nulo, en caso de duda se está a lo más favorable al trabajador (Art. 57); 20) Los funcionarios y servidores públicos solo puede desempeñar un empleo o cargo público remunerado, a excepción de la de docente (Art. 58); 21) Se enuncia un sistema único que homologaría las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado, siendo la más alta jerarquía la del presidente de la República, luego los senadores, diputados, ministros de estado y magistrados de la Corte Suprema (Art. 60); 22) Se reconocen los derechos de huelga y sindicación de los servidores públicos, exceptuándose a los funcionarios del Estado con poder de decisión o con cargos de confianza y tampoco los miembros de las Fuerzas Armadas ni a la policía nacional (Art. 61); 23) Se prescribe que nadie puede ejercer las funciones públicas sino jura cumplirla (Art. 63); 24) Se prescribe que los miembros de las fuerzas armadas y la policía en servicio activo no pueden votar ni ser elegidos (Art. 67); 25) Se establece que todos tienen el deber de pagar tributos (Art. 77); 26) El servicio militar era obligatorio (Art. 78);

27) Sobre la forma de gobierno del Estado se establece que es una república democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo, siendo su gobierno unitario, representativo y descentralizado (Art 79); 28) El Estado tiene el deber de defender la soberanía nacional, garantizar los derechos humanos,

eliminar todo forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado (Art. 80); 29) Se declara que el poder emana del pueblo, los elegidos lo hacen en representación del pueblo, se establece que está prohibido la sedición (Art. 81); 30) Establece el derecho a la rebelión en contra de un gobierno usurpador, y que son nulos todos los actos de la autoridad usurpadora, y que el pueblo tiene el derecho a insurgir (Art. 82); 31) El Estado reconoce a la iglesia católica, le presta su colaboración (Art. 86); 32) Se establece la jerarquía normativa, prescribiendo que la Constitución prevalece sobre toda otra norma legal, la ley sobre toda norma de inferior categoría y así (Ar. 87); 33) Se declara que el Estado rechaza toda forma de imperialismo, neocolonialismo y discriminación racial (Art. 88); 34) Se declara que el territorio de la República es inviolable, comprendiendo el suelo, subsuelo, dominio marítimo y espacio aéreo que los cubre (Art. 97); 35) El dominio marítimo del Estado comprende el mar adyacente a sus costas, su lecho y subsuelo hasta las 200 millas marinas, el Perú en su dominio marítimo ejerce soberanía y jurisdicción (Art. 98); 36) El Estado también ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y mar adyacente hasta las 200 millas (Art. 99); 37) La iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado (Art. 115); 38) Los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la nación, así los minerales, tierras, bosques, aguas y todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al Estado (Art 118); 39) Así también las empresas son definidas como unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien

común son exigibles por el Estado (Art. 130); 40) Se establece que estaban prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil (Art. 133); 41) Se decreta que la prensa, radio, televisión y demás medios de expresión y comunicación social, y en general las empresa, los bienes y los servicios relacionados con la libertad de expresión y comunicación no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio o acaparamiento, directa ni indirectamente por parte del Estado ni de particulares (Art. 134); 42) se establece también que las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú, en los contratos que celebran con el Estado debe constar el sometimiento expreso a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática (Art. 136); 43) Solo por ley expresa se crean, modifican o suprimen tributos u exoneraciones y otros beneficios tributarios. La tributación se rige por los principios de legalidad, uniformidad, justicia, publicidad, obligatoriedad, certeza y economía en la recaudación. No hay impuesto confiscatorio ni privilegio personal en materia tributaria. Los gobiernos regionales pueden crear, modificar y suprimir tributos o exonerar de ellos con arreglo a las facultades que se les delegan por ley. Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones, arbitrios y derechos o exonerar de ellas, conforme a ley (Art 139); 44) El Estado prohibió el latifundio (grandes haciendas en manos de un solo propietario) (Art. 159); 45) El Congreso se componía del senado y la cámara de diputados (Art. 164); 46) Las fuerzas armadas o policiales no pueden ingresar al Congreso sino con autorización del presidente del

Congreso (Art. 182); 46) Correspondía la cámara de diputados acusar ante el senado al presidente de la república, miembros de la Corte Suprema, Tribunal de Garantías Constitucionales y altos funcionarios por infracción a la Constitución o delito en ejercicio de sus funciones (Art. 183); 47) Correspondía al senado declarar si hay o no lugar a la formación de causa y quedar en suspenso el acusado en el ejercicio de sus funciones y sujeto a juicio (Art. 184); 48) Tienen iniciativa legislativa los senadores, diputados, presidente de la república, la Corte Suprema, y el órgano de gobierno de la región (Art. 190); 49) Se incluye la figura de vicepresidente, primero y segundo, de la república (Art. 201); 50) Se prohíbe la postulación a presidente de la república y a las vicepresidencias los que ejercieran la presidencia, o lo ha ejercido dentro de los dos años anteriores, así como los cónyuges, parientes consanguíneos hasta el cuarto grado y los afines dentro del segundo grado, los ministros de estado, los miembros de las fuerzas armadas y policía, el contralor general, el superintendente de la banca y seguros, el presidente del banco central de reserva, los miembros del poder judicial, ministerio público, consejo nacional de la magistratura, Tribunal de garantías constitucionales (Art. 204); 51) Se establece que el mandato presidencial es de cinco años. Para la reelección, debe haber transcurrido un período presidencial (Art. 206); 52) La presidencia vaca por incapacidad moral o permanente incapacidad física declarada por el Congreso (Art. 206); 53) El ejercicio de la presidencia de la república se suspendía por incapacidad temporal declarada por el congreso, hallarse sometido a juicio

(Art. 207); 54) El presidente de la república solo podía ser acusado durante su periodo por traición a la patria, por impedir las elecciones (Art. 210); 55) Se estableció que no había pena de muerte sino por traición a la patria en caso de guerra exterior (Art. 235); 56) Se organiza y define sus jurisdicciones a los órganos jurisdiccionales como la Corte Suprema, de jurisdicción de todo el territorio nacional, Las cortes superiores con sedes en distritos judiciales, los órganos juzgados civiles, penales, especiales, juzgados de paz de acuerdo a ley (Art. 237); 57) El Estado garantiza a los jueces su independencia y define que solo están sometidos a la Constitución y a la ley (Art. 242); 58) Se preceptúa que los magistrados están prohibidos de participar en política, sindicarse, declararse en huelga (Art. 243); 59) Se definen los requisitos para ser magistrado de la Corte Suprema, como ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, ser mayor de cincuenta (50) años de edad, haber sido magistrado durante diez años, ejercido la abogacía o docencia por veinte años (Art. 244); 60) El presidente de la república nombra a los magistrados a propuesta del Consejo Nacional de la Magistratura y el senado ratifica los nombramientos de los magistrados de la corte suprema (Art. 245); 61) El Presidente de la República es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (Art. 273); 62) las fuerzas armadas constituidas por el ejército, marina de guerra, fuerza aérea (Art. 275); 63) Las fuerzas policiales constituidas por la guardia civil, la policía de investigaciones y la guardia republicana (Art. 275); 64) Se introduce la figura del Tribunal de Garantías Constitucionales (Art. 295); 65) Se prescribe que la acción y omisión por parte de cualquier

autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de habeas corpus (Art. 295); 66) Se introduce la figura de la acción de amparo: "La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona. La acción de amparo tiene el mismo trámite que la acción de habeas corpus en lo que le es aplicable (Art. 295); 67) También se preceptúa que hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público (Art. 295); 68) Se introduce la figura de acción de inconstitucionalidad y se declara que quienes están facultados para interponerla son: 1. El Presidente de la República, 2. La Corte Suprema de Justicia, 3. El Fiscal de la Nación, 4. Sesenta Diputados, 5. Veinte Senadores y 6. Cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (Art. 299).

III.- EL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993:

1.- La Constitución Política de 1993 declara al Estado peruano como una "República democrática, social, independiente y soberana", decretando además que "el Estado es uno e indivisible, siendo su gobierno unitario, representativo, descentralizado y se organiza según el principio de la separación de poderes", así también lo define dentro de un Estado democrático de derecho y le asigna como forma de gobierno el de

República (Art. 43 Const.: Título II: Del Estado y la Nación; Capítulo II: Del Estado, la Nación y el Territorio; Estado democrático de derecho. Forma de gobierno).

Capítulo: RELACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ

---------- & ----------

(Fuentes: Archivo del Congreso de la República. Departamento de Biblioteca del Congreso de la República. Departamento de Redacción del Diario de los Debates del Congreso de la República).

1) 1812 - Constitución Política de la Monarquía Española.- "Aprobada por las Cortes de Cádiz. En representación del Perú participaron en su debate y aprobación los diputados Vicente Morales Duárez, Dionisio Inca Yupanqui, Antonio Zuazo, José Lorenzo Bermúdez, Ramón Feliú, Pedro García Coronel, Blas Ostolaza, Francisco Salazar y José Antonio Navarrete. Rigió en España y sus colonias."
Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx

2) 1823 - Constitución Política de la República Peruana.- "Aprobada por el Primer Congreso Constituyente, siendo su presidente Manuel Salazar y Baquíjano. Promulgada por José Bernardo de Tagle,

Presidente de la República nombrado por el mismo Congreso. Contiene: 194 artículos."
(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx)

3) 1826 - Constitución para la República Peruana.- "Aprobada por el Consejo de Gobierno el 1 de julio de 1826 y sometida a los colegios electorales. Fue ratificada el 30 de noviembre y jurada el 9 de diciembre del mismo año, bajo la presidencia de Andrés Santa Cruz. Conocida como Constitución Vitalicia o Bolivariana. Contiene: 150 artículos."
(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx**)**

4) 1828 - Constitución Política de la República Peruana.- "Aprobada por el Congreso General Constituyente, bajo la presidencia de Javier de Luna Pizarro. Promulgada por José de la Mar, presidente de la República. Contiene: 182 artículos. Vigencia: 18-03-1828 a 10-06-1834."
(Url:
https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx**)**

5) 1834 - Constitución Política de la República Peruana.- "Aprobada por la Convención Nacional, bajo la presidencia de Marcos Farfán. Promulgada por Luis José Orbegoso, presidente de la República. Contiene: 187 artículos y 13 disposiciones transitorias. Vigencia: 10-06-1834 a 06-08-1836"
(Url:
https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx)

6) 1836 - Confederación Perú Boliviana: Constitución del Estado Sud Peruano.- Los

departamentos de Arequipa, Ayacucho, Cuzco y Puno se erigen y constituyen en un Estado libre e independiente denominado Estado Sud-Peruano. Aprobada en Sicuani por la Asamblea del Sud del Perú, bajo la presidencia de Nicolás de Piérola. Contiene: 5 artículos. Vigencia: 17-03-1836 a 10-11-1839.
(Url:
https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx)

7) 1836 - Confederación Perú Boliviana: Constitución del Estado Nor Peruano.- "Los departamentos de Amazonas, Junín, La Libertad y Lima se constituyen en un Estado libre e independiente denominado Estado Nor-Peruano. Aprobada en Huaura por la Asamblea Deliberante del Norte, bajo la presidencia de Evaristo Gómez Sánchez. Promulgada por Luis José Orbegoso, presidente provisional Estado Nor-Peruano. Contiene: 15 artículos. Vigencia: 06-08-1836 a 10-11-1839."
(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx**)**

8) 1836 - Confederación Perú Boliviana: Decreto del 28 de octubre de 1836.- "Por decreto de fecha 28 de octubre de 1836, el general Andrés de Santa Cruz estableció la Confederación Perú-Boliviana compuesta por los Estados Nor Peruano, Estado Sud Peruano y Bolivia."(Url:https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx**)**

9) 1837 - Ley Fundamental de la Confederación Perú Boliviana.- "Dada por el Congreso de Plenipotenciarios de los tres Estados reunidos en Tacna. Contiene: 45 artículos. Vigencia: 01-05-1837 a 10-11-1839."

(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx)

10) 1839 - Constitución Política de la República Peruana.- "El Congreso General reunido en Huancayo, Junín, dictó una nueva Constitución Política luego del fracaso de la Confederación Perú Boliviana. La Constitución aprobada el 10 de noviembre de 1839 fue promulgada por el mariscal Agustín Gamarra el mismo día. Contiene: 192 artículos. Vigencia: 11-11-1839 a 15-10-1856"
(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx)

11) 1856 - Constitución de la República Peruana.- "Aprobada por la Convención Nacional, bajo la presidencia de Miguel San Román. Promulgada por Ramón Castilla, presidente provisorio de la República. Contiene: 140 artículos. Vigencia: 16-10-1856 a 13-11-1860."
(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx**)**

12) 1860 - Constitución Política del Perú.- "Aprobada por el Congreso de la República, bajo la vicepresidencia de Manuel de Mendiburu. Promulgada por Ramón Castilla, Presidente Constitucional de la República. Contiene: 138 artículos. Vigencia: 13-11-1860 a 29-08-1867."
(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx)

13) 1867 - Constitución Política de la República Peruana.- "Aprobada por el Congreso Constituyente, bajo la presidencia de José Jacinto Ibarra. Promulgada por Mariano Ignacio Prado, presidente provisorio de la

República. Contiene: 131 artículos y 4 disposiciones transitorias. Vigencia: 29-08-1867 a 06-01-1868."
(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx**)**

14) 1920 - Constitución para la República del Perú.- "Aprobada por la Asamblea Nacional presidida por Mariano H. Cornejo. Promulgada por Augusto B. Leguía, Presidente Constitucional de la República. Contiene: 161 artículos. Vigencia: 18-01-1920 a 09-04-1933."
(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx)

15) 1933 - Constitución Política de la República.- "Aprobada por el Congreso Constituyente presidido por Clemente J. Revilla. Promulgada por Luis M. Sánchez Cerro, Presidente Constitucional de la República. Contiene: 236 artículos y 9 disposiciones transitorias. Vigencia: 09-04-1933 a 28-07-1980."
(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx**)**

16) 1979 - Constitución Política del Perú.- "Aprobada por la Asamblea Constituyente presidida por Víctor Raúl Haya de la Torre. Promulgada por Fernando Belaunde Terry, Presidente Constitucional de la República. Contiene: 307 artículos y 18 disposiciones generales y transitorias. Vigencia: 28-07-1980 a 30-12-1993."
(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx**)**

17) 1993 - Constitución Política del Perú.- "Aprobada por el Congreso Constituyente Democrático, bajo la presidencia de Jaime Yoshiyama Tanaka. Ratificada en el referéndum del 31 de octubre de 1993.

Promulgada por Alberto Fujimori Fujimori, Presidente Constitucional de la República. Contiene: 206 artículos, 16 disposiciones finales y transitorias y 2 disposiciones transitorias especiales. Vigencia: 29-12-1993 a la actualidad."
(Url: https://leyes.congreso.gob.pe/constituciones.aspx)

SEGUNDA SECCIÓN

TEORÍA DEL DERECHO

---------- & ----------

Capítulo: EL DERECHO

---------- & ----------

"El Derecho es un saber que modela la personalidad; le da estilo y sentido a todos los actos humanos"

EL DERECHO es una dimensión social inmensa, llena de variantes, de perspectivas de exploración y análisis; por eso para estudiarlo necesitamos armar todo un esquema primario y básico, que permita comprenderlo y además interiorizarlo coherentemente. Para ello tenemos que empezar a explorarlo desde una perspectiva global, sistémica, tocando temas que constituyen los "fundamentos" del derecho mismo.

Las ideas matrices que usaremos para construir nuestra cosmovisión jurídica no son insignificantes, sino determinantes, porque determinan e imponen un estilo de saber, una forma de saber con el que proponemos y anteponemos nuestra vida, con el que

solucionamos o no nuestros problemas de interacción o relación intersubjetiva.

Por eso el Derecho es una teorización jurídica trascendental, es decir es una construcción mental, que se pretenderá armónica y básica pero no acabada, para asumir el derecho y su relación con la vida, con nuestra vida.

Hay ciertos conceptos que un hombre -o mujer- de derecho no debe dejar de saber. Pero este saber deja de ser común para ser especializado, y no por la terminología, sino porque el hombre de derecho entiende, busca e interpreta los fenómenos sociales y su configuración jurídica desde los orígenes. No es un saber común, o popular, sino conciencia del porqué de los derechos y deberes del ser humano; de los fundamentos que lo hacen legítimo y válido.

La construcción teórica del Derecho, de sus fundamentos y principios básicos no han existido siempre, sino han sido construcción histórica, o determinados por la historia. Así, el resultado de la confluencia de intereses y de las luchas por imponer esos intereses ha dado hoy un resultado: El Derecho Actual.

Pero nuestro derecho (el peruano) no tiene su origen, por ejemplo, sólo en nuestro espacio territorial, sino es un fenómeno existencial, histórico y antinatural. Nuestra concepción de cómo desarrollamos soluciones, de los métodos de solución de conflictos de intereses es el resultado de la confluencia de muchas vertientes:

la organización y el derecho incaico, romano, español, francés, etc.; producto de todo el proceso de integración del Perú al mundo occidental.

Por ejemplo, en una primera etapa, hablando geográficamente, el derecho era concebido como una proposición de los dioses, una determinación de los dioses. El destino del hombre estaba, por lo tanto programado. Con la conquista, nuestros antepasados españoles, reconstruyeron e impusieron una nueva forma de organización social, y de derecho, imponiéndose al tipo de organización social y jurídica de nuestros antepasados incas. Pero en la Conquista no había todavía nada definido, nada tan claro y establecido como el derecho actual. El Derecho, luego en la Colonia era sólo una amalgama de soluciones, de formas de solución, aún no sistematizados:

"En el siglo XVIII encontramos un Derecho bastante más abierto que el actual, menos formalizado. El ordenamiento jurídico no es claro, sistemático, cerrado. La legislación ha venido siendo acumulada con desorden a lo largo de los siglos y Cáceres habla de los 'crecidos volúmenes de los Derechos' (en plural). En realidad, no hay todavía una teoría de las fuentes formales -noción esencial del Derecho 'moderno'- que determine en forma categórica lo que constituye propiamente un elemento normativo y lo que no lo es. No hay una distinción clara entre Derecho Natural y Derecho positivo, ni entre leyes, principios morales y costumbres. Una de las fuentes legales más importantes resulta ser el material de las Partidas; a pesar de que en su origen fueron concebidas

simplemente como un Tratado bastante enciclopédico del Derecho y de la Moral de su época. Mientras que las Partidas son frecuentemente mencionadas, las leyes propiamente vigentes en el sigo XVIII se citan poco. En cambio, se utilizan como leyes positivas las viejas instituciones del Derecho romano que, salvo desde el punto de vista doctrinario y paradigmático, carecían de toda vigencia. Este carácter abierto e impreciso del Derecho permite un uso táctico del mismo bastante eficiente, por quienes -como Ciriaco de Urtecho- se empeñan en lograr dentro de un sistema esclavista la abolición privada de la esclavitud para un caso específico."[1]

El Derecho moderno trajo consigo ya la sistematización, la ordenación, la categorización de las instituciones jurídicas, la determinación de estas instituciones jurídicas, etc.

Pero estamos hablando de un derecho enmarcado geográficamente, sin embargo el derecho no se dispone desde la geografía sino desde la cultura, es decir, desde la teorización, o mentalidad. Es la mente la que crea al derecho. Las razones de su existencia pasan primero por la mente. Toda razón en siempre mental, es decir intelectual. Sin embargo cuando hablamos de introducción al Derecho no queremos plantear sólo los conceptos básicos de estudio del derecho en nuestra civilización occidental, sino ir más allá, explicar el derecho desde su principal característica: como

[1] *Trazegnies Granda, Fernando. Ciriaco de Urtecho. Litigante por amor. Fondo Editorial: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1989. Pp. 196.*

ordenamiento jurídico que se define por su capacidad componedora, de composición de los conflictos de intereses intersubjetivos.

No buscamos entonces sólo decir los conceptos jurídicos [2] básicos del Derecho, sino ensayar con perspectiva metódica y categorizable, las instituciones fundamentales para entender y ejercer el derecho.

El primer antecedente introductorio al Derecho que tenemos es el de el "Speculum Juris"[3] de Guglielmo Duranti (1275- jurista medieval); Mario Alzamora Valdez le llama a este antecedente el "Speculum Judicials" y escribe que contenía seis leyes: prima lex naturalis, secnda mosaica, tertia prophetica, quarta evangélica, quinta apostólica y sexta canónica.[4]. En el siglo XIX, en la primera mitad, en Europa se dan los primeros intentos para diseñar una cátedra en las universidades, pero es en Francia, , en la Facultad de Derecho de la Universidad de París, donde se organiza y concretiza un curso como el tratado, por medio del filósofo Víctor Cousin[5]

FORMAS PARA ABORDAR EL DERECHO.-

Hay dos formas puntuales de abordar la concepción del Derecho: 1) desde su *origen*, que nos remonta a

[2] *Sobre conceptos jurídicos leáse a Florencio Mixan Mass. "Formas del conocimiento jurídico".*
[3] *Afrirma Máximo Pacheco. Pacheco G., Máximo. Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 704.*
[4] *Alzamora Valdez, Mario. Introducción a la Ciencia del Derecho. Editorial de Libros. S.A. Pp. 63.*
[5] *Afrirma Máximo Pacheco. Pacheco G., Máximo. Teoría del Derecho. Editorial Jurídica de Chile. Pp. 705.*

estudiar la teoría, o 2) desde su uso, es decir desde el ejercicio del mismo derecho.[6]

1) Desde su origen: Concepción etimológica:

Ir al origen del término derecho nos implica tomarlo como expresión verbal, o modo por el cual el lenguaje reinterpreta nuestras voluntades. Es, entonces, el lenguaje quien se impone ante el hecho, es el lenguaje quien nos describe o tiene en sus entrañas el secreto, la historia del porqué del derecho, así que para entenderlo tenemos que ir al origen histórico de la palabra, y en el mundo del lenguaje eso equivale a dirigirnos hacia la etimología del término.

Derecho = Directus = Dirigo = Dirigere = Rectus, Rectum

Directus viene del latín. Es participio pasivo de dirigo. Utilizado con sentido jurídico en el latín tardío del siglo IV de la era cristiana. *Dirigo es un verbo.*

Dirigere es el infinitivo de *dirigo, significa:* enderezar, alinear, dirigir, ordenar.

Pariticipio pasivo significará: lo enderezado, lo puesto derecho; lo dirigido; Rectitud; lo referido sin desviaciones hacia un punto.

Rectus, rectum: significa: En línea recta, derechamente. Por derivación: lo justo, lo conveniente, lo equitativo.

[6] *Massini Correas, Carlos Ignacio. Filosofía del Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pp. 27.*

Por lo que, "Comenzando por la indagación etimológica, recordaremos que 'derecho' proviene directamente del latín *directus* que comenzó a utilizarse con sentido jurídico en el latín tardío, con más precisión a partir del siglo IV de la era cristiana, y que es el participio pasivo del verbo dirigo, cuyo infinitivo es dirigere. Ese verbo está claramente vinculado a rectus yrectum, que significan 'en línea recta', 'derechamente' y, por derivación, 'lo justo', 'lo conveniente', 'lo equitativo'. Por su parte dirigere significa 'enderezar', 'alinear', 'dirigir', 'ordenar', etcétera; y su participio pasivo como consecuencia, significará 'lo enderezado', 'lo puesto derecho', lo dirigido'; en otras palabras, con directum se quiso significar originariamente la idea central de rectitud, de lo referido sin desviaciones hacia un punto. Y esta palabra, como tantas otras: norma, regla, etcétera, pasó de significar una rectitud o un 'enderezamiento' de carácter físico o material, a connotar una rectitud o derechura de carácter humano práctico".[7]

2) Desde su Uso, o Ejercicio:

La Etimología nos da una referencia de lo que es el Derecho, pero esta, la etimología, se queda en la historia, sólo que el derecho es más que lenguaje, es experiencia, y en eso el uso lo determina, la experiencia lo determinada, lo define. El problema está en la diversidad de usos, o de significados del derecho.

[7] *Massini Correas, Carlos Ignacio. Filosofía del Derecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Pp. 27, 28.*

Por ejemplo, explica Carlos Ignacio Massini, podemos llamar derecho a:

1) cierto tipo de normas
2) poderes o facultades de los sujetos
3) conjunto de conocimientos propios del jurista
4) tribunal donde se imparte justicia,
5) conducta jurídica.

El derecho es polisémico, plurisignificativo. Massini, sin embargo, clasifica las más importantes significaciones del Derecho en tres:

a) Como conducta.
b) Como facultad
c) Como norma

Podemos entrar en el mundo del derecho desde estos usos, cuando por ejemplo hacemos un contrato de compra venta, requerimos un crédito, estudiamos el derecho, etc. Pero todo esto relacionados o vinculados a cierta rectitud, a la conducta humana recta.

ANALISIS DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO.-

El Derecho siempre "misterioso" –como decía Galgano- y dinámico, debe, para madurar con libertad, ser iluminado y replanteado por aspectos contemporáneos, con acuciosos discursos jurídicos, que permitan conectar el mundo, las experiencias y/o prácticas jurídicas con las necesidades del hombre, que generen este encuentro entre norma y realidad. El Derecho tiene sed de ser lúcida lucha contra los obstáculos que impidan la libre convivencia de los hombres y sus intereses. El Derecho siempre ha hecho que las neuronas se sacudan, ha inventado soluciones constantemente, ha improvisado -sobre ciertos

conceptos sociales, jurídicos, económicos, etc, formados o en formación- las respuestas a los problemas de conflictos de intereses, a la desconexión entre realidad teórica y realidad humana.

El Derecho siempre aspirante a transformar el mundo en determinado orden (cosmico, divino, natural, positivista, etc), ha devenido en soportarlo, hacerlo llevadero, o al menos a conectarlo con las exigencias humanas. El Derecho deslizándose en la atmósfera de la realidad, de la teoría, del discurso, de las prácticas y experiencias, ha advertido que para vivir no hay recetas, sólo caminos y decisiones a seguir y tomar; simulacros de orden (cómo los códigos, leyes, etc). El Derecho es un camino que conduce a todas partes, no es todas partes, es un medio que rastrea una suma de vivencias, para aclararlas, plantearlas y ordenarlas. Es un arma que han inventado los hombres para defenderse de la arbitrariedad, del infortunio, de la fosilización de la vida, del incierto, etc; es un medio que intenta afinar y mejorar los recursos expresivos de sus objetivos, la libertad y el respeto de los derechos del hombre; es la facultad de ejercer el Derecho a ser hombres o mujeres libres.

* * *

Para explicar la concepción del Derecho desde esta perspectiva, usaremos, como elementos que se interconectaran determinados conceptos: Derecho, Orden, y Poder.

Desde esta perspectiva intentaremos dar una visión general de lo que entendemos por Derecho. Darnos una noción clara de la "idea" que se tiene de lo que es

Derecho. Tomaremos muy en cuenta cómo empezamos -con que idea de Derecho- y cómo terminamos, que significará ratificar nuestras ideas (algunas), desvirtuarlas (otras), entender, aclarar, desmembrar otras más y darnos una nueva, renovada y pulida concepción del Derecho. Luego veremos el movimiento de los instrumentos del derecho -es decir, aquellos que se utilizan para que éste funcione activamente en las relaciones jurídicas-, y todo ese conjunto de experiencias, prácticas, relaciones jurídicas, etc, que necesitan ser exigiblemente solucionadas para la convivencia y que sea necesaria la intervención de los órganos del Estado para solucionar esos conflictos de intereses.

El ámbito de nuestro estudio en esta perspectiva circulará en base a ciertos factores conceptuales: el Derecho, el Orden, y el Poder. Con esto pretendemos especular sobre la interrelación de estos factores como determinantes en la creación de nuestro sistema jurídico. Es decir, lo que haremos es estudiar el Derecho -como creación del Poder- que establece cierto orden jurídico, que crea la división de lo legal y lo ilegal. Queremos describir cómo el Derecho -a través del poder- crea el "bien" y el "mal", que traducidos a lenguaje jurídico sería más bien lo “legal” y lo “ilegal”, imponiéndolos a la sociedad con todas las justificantes jurídicas del bien común, determinando un cierto tipo de orden jurídico y social.

Estos puntos, en concreto, nos interesan porque afectan directamente en la forma de comprender y actuar de los agentes que intervienen en la creación del

Derecho y en los que practican el Derecho (que en realidad somos todos los que vivimos dentro de una sociedad, pero que en nuestra investigación delimitaremos a lo que hemos denominado "ámbito jurídico"); y porque nos dará pistas para resolver -de alguna manera- los muchos "complejos jurídicos" que tenemos, que surgen del mal entendido de lo que significa la convivencia, conforme a ciertas normas que se suponen Derecho.

Empezaremos por delimitar los conceptos con que vamos a trabajar: Derecho, Orden, Poder, para plantearnos una clara proposición de la investigación. Hacemos la anotación de que, en este trabajo "delimitar" no significa, en este caso, definir absoluta y dogmáticamente estos conceptos, sino establecer un margen, marco que me permita circular por ellos, y observar los lineamientos por los cuales enrumbo esta investigación, proponiendo esta investigación más bien como algo flexible y abierto a nuevas especulaciones y discursos teóricos. Puesto que no hay nada tan dinámico como el Derecho, y tratar de asentarlo en estructuras teóricas absolutas iría contra su propia naturaleza.

EL DERECHO EN SU FORMACIÓN:

> "Como bien expresa Galgano, Galgano, Francesco, II rovescio del diritto, Milano, Giuffre, 1991, p. 3. La palabra directum –en vulgar "derecho"- aparece como por encanto en la historia, sale de la neblina del tiempo, sin que nadie pueda explicar por qué razón sustituye o asume, con frecuencia, al jus de los romanos que, no obstante

> el ignoto surgimiento de la expresión "derecho", no desaparece sino que sobrevive en múltiples vocablos de raigal importancia, como "justicia", "jurisprudencia", "jurista", "juez", "jurisdicción", "judicatura", "justiciable".[8]

Por su parte Kant expresaba que aún se estaba buscando el concepto de Derecho. Pues bien, veamos el porqué de esta complejidad lingüística (multifacetismo), semántica, cognoscitiva. Y sea cual fuere la conclusión habremos de proseguir nuestro camino e investigación, incluso sin respuesta definitiva alguna, como lo hubiera querido Bertrand Russell.

a.- El problema del concepto del Derecho:

Empezaremos citando a Bobbio para aclarar desde ya, que los conceptos, e incluso las definiciones científicas, sobre el Derecho no pueden ser de carácter restringido, sino de sentido amplio; y que lo importante de los conceptos no es obtener uno absoluto y total, sino uno oportuno.

> "Las definiciones de términos científicos son convencionales ..., lo que significa que nadie tiene el monopolio de la palabra "derecho" ... no hay una definición verdadera y una falsa, sino cuando más solo una definición más o menos oportuna."[9]

Siguiendo está línea diremos que existe hoy una infinidad de acepciones sobre el Derecho. Unos menos operativos que otros, unos más científicos, otros más

[8] *Escribe Carlos Fernández Sessarego, en un artículo denominado: "Algunas reflexiones sobre la antijuricidad del delito y las penas privativas de la libertad a la luz de la teoría del Derecho", extraído de una página web con los siguientes datos: © 1997 IIJ-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.*

[9] *BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Editorial Temis, p. 11.*

filosóficos, aquellos más políticos y estos hegemónicamente económicos, etc. Hay, por otra parte, otro inconveniente al hablar de Derecho: su multifacetismo lingüístico, su configuración semántica. El problema consiste en que la palabra derecho es usada en diversos contextos. El sentido y dirección con que hablamos de Derecho se entenderá sólo en relación al contexto dentro del cual hablamos.

> "...la palabra "derecho" es usada dentro de contextos diferentes y sólo por referencia a ellos adquiere un determinado sentido. Pero quedando en este nivel parece evidente que no es posible aspirar a un concepto del Derecho, pues por de pronto no hay cosa que sea el Derecho sino sólo distintos contextos o universos de discurso donde esa palabra adquiere cierta significación."[10]

Hay luego una necesidad que aparece como primaria, convenir la dirección y sentido que hemos de usar para estudiar al Derecho vital, viviente, vigente, no cómo un sistema normativo, fundamentado en la ley solamente, ni como ideal ético de justicia en exclusividad, ni como sólo la facultad subjetiva de los hombres para hacer o no hacer algo, sino como la relación o articulación entre todos ellos. Es decir con una concepción integral y armónica que pueda servirnos para resolver el gran problema de la complejidad del Derecho y de su comprensión.

Tenemos clara conciencia de la existencia de ciertas

[10] *LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Filosofía del Derecho. Editorial Bosch, pp. 253,254.*

fases diferenciales de la concepción del Derecho: la subjetiva (que explicará al Derecho como una facultad); la normativista (que considera al Derecho como un sistema de normas); la Eticista (que considera al Derecho como un ideal ético de justicia); La académica (que toma al Derecho como un objeto de estudio, una disciplina o rama de estudio); etc.

Una clasificación más ordenada de la multiplicidad de sentidos en que es tomado el término Derecho, es la siguiente:

1. Derecho como facultad. Derecho subjetivo (facultad o poder). Se llama Derecho subjetivo a ese poder reconocido socialmente: "Cuando hablo de derecho me refiero generalmente a un poder que, en caso necesario, es susceptible de imponerse coactivamente...con una coacción ...socialmente aceptable... coacción que la comunidad en que vivimos ampara e incluso organiza."[11]
2. Derecho como ciencia, disciplina: (rama de estudio).
3. Derecho como ideal ético o moral de justicia.
4. Derecho como norma o sistema de normas: (Derecho objetivo), que La Torres define así: "...conjunto de normas respaldadas por una coacción social organizada".[12]

A nuestro parecer el Derecho no es un fenómeno definido y estructurado absoluta y dogmáticamente,

[11] *LA TORRE, Angel. Justicia y Derecho. Barcelona. Salvat Editores S.A., 1974, p. 35.*
[12] *Ibid. p. 35.*

sino un *proceso social*, normativo, subjetivo, disciplinario, constante.

* *

El problema predominante de la concepción del Derecho es, como expone Luis Legaz y Lacambra, de orden relacionante: "El problema, sin embargo, es si existe una estructura subyacente a las distintas significaciones de la que pueda predicarse la condición de jurídica."[13]

El concepto del Derecho se muestra por lo pronto inaprensible, confuso, extraño, diverso y aún paradójico. Concepciones sobre el Derecho tan extrañas y como diría Herber Hart, "oscurecidas desde tiempo atrás por representaciones groseramente falsas de su naturaleza esencial". Es necesario, pues tener y obtener una visión clara del conjunto, o una concepción de conjunto, integral del Derecho. Por el momento hemos de tener en cuenta qué elementos deben estar presentes en el concepto de Derecho. Para esto usaremos a Bobbio, que expone los elementos esenciales que para Santi Romano debe tener todo concepto de Derecho:

a) El concepto de sociedad
b) La idea de orden social
c) La idea de organización, estructura

Santi Romano escribe sobre el Derecho:

> "El concepto de derecho debe, en nuestra opinión, contener los siguientes elementos esenciales:

[13] LEGAZ Y LACAMBRA, *Luis. Filosofía del Derecho. Editorial Bosch, pp. 254.*

a) Ante todo debe comprender **el concepto de sociedad**. Esto en dos sentidos recíprocos que se completan mutuamente: lo que no sale de la esfera puramente individual, lo que no supera la vida del particular como tal, no es derecho (ubi ius ibi societas) y, además, no hay sociedad en el sentido exacto de la palabra sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico (ubi societas ibi ius)...

b) El concepto de derecho debe, en segundo lugar, contener **la idea de orden social**: lo que sirve para excluir todo elemento que implique el arbitrio puro y simple o la fuerza material, es decir, no ordenada...

Toda manifestación social, por el solo hecho de serlo, está ordenada por lo menos con relación a los asociados...

c) El orden social que establece el derecho no es el dado por la existencia, originada en cualquier forma, de normas que regulan las relaciones sociales. Antes bien, dicho orden no excluye tales normas, sino que las utiliza y las comprende en su órbita, pero al mismo tiempo las aventaja y supera. Esto quiere decir que, antes de ser norma, antes de referirse a una simple relación o a una serie de relaciones sociales **es organización, es estructura**, es situación de la misma sociedad en la que se manifiesta y a la que constituye como

unidad, como ente autónomo."[14]

Son, concluyendo, tres los elementos constitutivos del concepto de Derecho -explica Bobbio-: la sociedad, como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el orden, como fin al cual tiende el derecho y la organización, la organización como medio para realizar el orden.[15]

Esta apreciación del Derecho de Santi Romano, del que hace referencia Bobbio, tiene un mérito, haber ampliado los horizontes de la concepción del Derecho, rompiendo las cadenas de su acepción ligada ineludiblemente a la razón de Estado, a la existencia del Estado como generador del Derecho. Se ha introducido, como elemento coordinador, eje de la concepción del Derecho al fenómeno de la organización, este ha servido "como criterio fundamental para distinguir una sociedad jurídica de una sociedad no jurídica, la teoría del Derecho como Institución, que propugnaba Romano ha roto con el círculo cerrado de la teoría estatalista del Derecho, que considera derecho sólo al proveniente del Estado[16].

* *

Tomaremos al Derecho como una institución que coordina, articula el poder, que surge para establecer determinado orden general, apoyado, y respaldado en cierta capacidad de coacción, previamente justificada y respaldada.

---

[14] BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Ediciones Temis, pp. 7,8. El sombreado es nuestro.

[15] Ibid. p. 8.

[16] Ibid. p. 9.

O en otras palabras el Derecho vendría a ser una institución que coordina, articula las relaciones de fuerzas, de dominio, las capacidades de afectar o no afectar, es decir, las relaciones de poder. Este es el primer esbozo, con el que comenzaremos. El Derecho así planteado no surge exclusivamente del Estado sino de cierto tipo de configuración social, de articulación o relación de fuerzas, con determinados elementos constitutivos que integran la facultad del hombre de vivir organizadamente.

El Derecho, el sentido, con el cual vamos a trabajar en esta investigación, es más bien la que circula entre la que expone Luis Diez Picazo y Michel Foucault, o sea, entre el Derecho entendido como "conflicto de intereses" y como "relaciones de fuerza, de dominio".

Para Luis Diez Picazo el Derecho es:

> "El Derecho con mayúscula es un conjunto de conflictos de intereses, de valoraciones de estos intereses y de equilibrio de los mismos."[17]
>
> "...derecho no es otra cosa que un modo de tratar de resolver tales conflictos aunque no por supuesto el único modo (...)
>
> El Derecho es fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de series de decisiones sobre

[17] *IHERING, Rudolph von. La lucha por el derecho. Madrid. Editorial Civitas S.A., 1985, p. 12.*

concretos conflictos de intereses.[18]

Para Michel Foucault el Derecho es:

"...el derecho (y cuando hablo de derecho no pienso simplemente en la ley, sino en el conjunto de aparatos, instituciones, reglamentos que se aplican al derecho) transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía, sino de dominación. Y por dominación no entiendo el hecho mazico de una dominación global de uno sobre los otros, o de un grupo sobre otro, sino las múltiples formas de dominación que pueden ejercerse en el interior de la sociedad. Y por lo tanto, no el rey en su posición central sino los sujetos en sus relaciones recíprocas; no la soberanía en su edificio específico, sino las múltiples obligaciones que tienen lugar y funcionan dentro del cuerpo social."

"...El derecho visto no desde el lado de la legitimidad que se instaura, sino desde el de los procedimientos de sometimiento que pone en marcha." [19]

Pero no basta dar una concepción del Derecho, para intentar abordar el problema planteado, es recurrente hacer cierta observación sobre cómo se desenvuelven y manejan la percepción del Derecho que tenemos no sólo los hombres de derecho, sino aquellos que la

[18] *DIEZ PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho, Barcelona. Editorial Ariel, 1975, p. 7,9.*

[19] *FOUCAULT, Michel. Microfísica del poder. Editorial, p. 142.*

ponen en práctica, que la usan, es decir "todos" (El Derecho es cosa de todos).

Dado un vistazo breve, pero general, se observará cómo no hay una concepción claramente entendida de lo que significa el Derecho, de lo que podemos hacer con él, y del rol o función que cumple en la sociedad. La visión general es más bien confusa, elusiva, extraña, etc.; resulta de este fenómeno el hecho de que los hombres al toparse con la necesidad de usar el Derecho, en cualquiera de sus expresiones, se ven impelidos a tomar de todas las concepciones que haya en el mercado jurídico, según sus necesidades y conveniencias, en forma desordenada y confusa -al estilo kafkiano. Por lo que se terminará por usar el Derecho, manejarlo incluso, transitar por sus vías y procesos, pero sin comprenderlo con visión de conjunto. Es esta mala mezcla, mixtura de ideas, valores, concepciones del mundo real y jurídico, costumbres, axiomas, etc., percepciones de la función y uso del Derecho tomadas en trozos de por aquí y por allá, en forma desorganizada y desarticulada de sus contextos, lo que, no confrontadas con previo razonamiento crítico, perturbarán cualquier proceso de modernización, e incluso lo anularán.

Bueno, hay por lo pronto una primera necesidad: aclarar nuestras ideas sobre el concepto del Derecho, en su contexto semántico. Por lo cual daremos un esbozo referencial:

Miguel Villoro Toranzo plantea el estudio de las nociones filosóficas-jurídicas del Derecho

clasificándolas de la siguiente manera:

1.- Aquellas nociones que insisten en el aspecto moral del Derecho en su contenido de Justicia.
2.- Nociones que se fijan en la razón, en el aspecto racional "en cuanto el Derecho se presenta como un orden estructurado racionalmente", (positivismo)
3.- Nociones que explican al Derecho como un producto de la realidad histórica, como un resultado de las fuerzas históricas, sociales o económicas,
4.- El aspecto del Derecho como la decisión de la voluntad de la autoridad.

Estas cuatro nociones filosóficas-jurídicas no son necesariamente excluyentes. Sucede simplemente que se conjugan todas ellas, formando un conglomerado, una especie de interconexión, un acto relacionante.

Esto pareciera explicar las direcciones que puede tomar cualquier investigación jurídica. No obstante, nosotros no tomaremos estas como objetos independientes de estudio, sino como relacionadas unas con otras.

Capítulo: LOS SISTEMAS JURÍDICOS y DERECHO.-

---------- & ----------

Mediante un proceso de clasificación jurídica de la sociedad se ha podido establecer que la sociedad ha adoptado para conducirse diversos Sistemas Jurídicos, es decir, formas normativas de organización que rigen o dirigen sus conductas, sus complejas relaciones sociales, etc. Así a través del Derecho Comparado podemos distinguir tres Sistemas Jurídicos[20], tres familias: La Familia del Derecho Anglo-Sajon; El Conjunto de Derechos Fundamentales en creencias religiosas de los que resulta el Derecho Islámico; y la Familia del Derecho Romano-Germánico.

Veremos muy referencialmente cada una de ellas.

1) La Familia Anglo-Sajona.-

La jurisprudencia como ente organizador, regulador, administrador, por lo cual se desenvuelven los individuos de una sociedad. La jurisprudencia es así el marco por el cual se guían y conducen las vidas en los aspectos políticos, económicos y jurídicos.

[20] *Según la clasificación que expone Marcial Rubio Correa, en su Libro El Sistema Jurídico*

Inglaterra, Estados Unidos, los Estados de la Comunidad Británica y otros, adoptan este Sistema Jurídico.

2) La Familia de los Derechos Fundamentales en Creencias religiosas.-

Se rigen por textos que tienen carácter de palabra divina; y entre ellos encontramos al Derecho Islámicos, bajo la direción de el Corán, que prohibe las bebidas alcohólicas. El Corán (texto sagrado) se cree emanado de la divinidad. Este derecho proviene de Mahoma.

3) La Familia Romano-Germánica.-

Que es de nuestro interés por ser el Sistema Jurídico adoptado por nuestra sociedad. Basada en la estructuración del Derecho constituido por normas jurídicas creadas y aprobadas por un Poder Legislativo.

Tiene tres características:

1.- Preponderancia de la legislación, como principal fuente del Derecho,
2.- Todas las otras fuentes del Derecho están subordinadas a la Legislación.
3.- Importancia de la Doctrina para fines de aclaración normativa.

Los Sistemas Jurídicos son compuestos a su vez por tres ELEMENTOS a ser:

1.- El Estructural: Configurado en las mismas instituciones adoptadas por las ssociedades (Cortes, presencia de Constitución, federalismo, etc).

2.- El Cultural: Compuesto por los valores de cada sociedad y la forma como adoptan esos valores,
3.- El Sustantivo: Estas son las normas, doctrinas, reglamentos que son efectivamente usados por el gobierno y los gobernados.

La adecuación a uno de estos sistemas determinaría referencialmente lo que -al parecer de Lawrence M. Friedman- sería nuestra "Cultura Jurídica".

Capítulo: EL PODER

---------- & ----------

> "La prueba de lo que es el hombre la tenemos en su relación con su poder; sólo sabemos lo que realmente es un hombre cuando le vemos actuar políticamente, como legislador"
>
> "(…) la doctrina jurídica se ha mantenido fiel a la adscripción d ella idea de derecho a la esfera del poder. El derecho es una forma de poder o de poder jurídico. Es, dice De Castro, 'una situación de poder concreto'" [21]

Podría formularse al poder como la "capacidad de afectar y ser afectado", según propone Michel Foucault.

Cabanellas, mas bien, conceptualiza al Poder como la "facultad para hacer o abstenerse o para mandar algo."[22] Este concepto es útil, pero demasiado pobre para nuestras pretensiones investigatorias, por lo que

[21] *DIEZ PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Madrid, Editorial Ariel, 1975, p. 72.*

[22] *CABANELLAS DE TORRES, Guillerno. Diccionario. Buenos Aires, Heliasta, 1982, p. 247.*

tomaremos el concepto de Michel Foucault que propone al Poder como la "capacidad de afectar o ser afectado. Relación de fuerzas."

Al respecto, Giles Deleuze explicando la Teoría de Foucault sobre el poder, escribe:

> "¿Qué es poder? La definición de Foucault parece muy simple, **el poder es una relación de fuerzas**, o más bien toda relación de fuerzas es una **"relación de poder"**. Eso quiere decir, en primer lugar, que el poder no es una forma, por ejemplo la forma-Estado; y que la relación de poder no se produce entre dos formas, como el saber. En segundo lugar, eso quiere decir que la fuerza nunca está en singular, que su característica fundamental es estar en relación con otras fuerzas, de suerte que toda fuerza ya es relación, es decir poder: la fuerza no tiene otro objeto ni sujeto que la fuerza. Ahora bien, esto no significa un retorno al derecho natural, puesto que el derecho ya es de por sí una forma de expresión, la Naturaleza una forma de visibilidad, y la violencia algo concomitante o consecuente a la fuerza, no algo constituyente."[23]

El poder como "relación de fuerzas", fuerza como capacidad de afectar y ser afectado; capacidad de acción sobre la acción. El poder no está focalizado, no se tiene, sino que se ejerce. El poder no es una forma (figura, apariencia exterior de las personas y cosas[24]) concreta y determinada; no es la persona sino la

[23] *DELEUZE, Gilles. Foucault. España, Ediciones Paidos, 1987, p. 99. El subrayado es nuestro.*
[24] *CABANELLAS DE TORRES, Guillerno. Diccionario. Buenos Aires, Heliasta, 1982, p.135.*

capacidad de afectar o ser afectado (relación de fuerzas). El poder no es tampoco una institución (el Estado, iglesia, etc), no es el saber, sino el efecto de ese saber.

No existe poder si no hay sobre quien, qué, ejercerlo. El poder para ser necesita de otra fuerza que lo haga ser, es decir relación de fuerzas.

El poder, resumiendo, es la capacidad de afectar y ser afectado (relación de fuerzas) que pueden provocar acciones sobre acciones, como incitar, inducir, desviar, facilitar, etc,

> "Se puede, pues, concebir una lista, necesariamente abierta, de variables que expresan una relación de fuerzas o de poder y que constituyen acciones sobre acciones; incitar, inducir, desviar, facilitar o dificultar, ampliar o limitar, hacer más o menos probable...Esas son las categorías de poder.[25]

Deleuze hace una aclaración sobre el poder entendido por Foucautl

> "el poder no es esencialmente represivo (puesto que "incita, suscita, produce"); se ejerce más que se posee (puesto que sólo se posee bajo una forma determinable, clase, y determinada, Estado); pasa por los dominados tanto como por los dominantes (puesto que pasa por todas las fuerzas en relación). Un profundo nietzscheísmo."[26]

[25] *DELEUZE, Gilles. Foucault. España, Ediciones Paidos, 1987, p. 99-100*
[26] *Ibid. p. 100.*

El poder no está definitiva y eternamente en las cosas, fluye; el poder se ejerce más que se posee "Un ejercicio de poder aparece como afecto, puesto que la propia fuerza se define por su poder de afectar a otras"[27]

> "A la vez locales, inestables y difusas, las relaciones de poder no emanan de un punto central o de un núcleo único de soberanía, sino que constantemente van "de un punto a otro" en un campo de fuerzas, señalando inflexiones, retrocesos, inversiones, giros, cambios de dirección, resistencias. Por eso no son "localizables" en tal y tal instancia"[28]

Por último podríamos agregar la siguiente cita:

> "Las relaciones de poder son relaciones diferenciales que determinan singularidades (afectos). La actualización que las estabiliza, que las estratifica, es una integración: operación que consiste en trazar "una línea de fuerza general", conectar las singularidades, alinearlas, homogenizarlas, serializarlas, hacer que converjan. Pero la integración total no se produce inmediatamente. Más bien se produce una multiplicidad de integraciones locales, parciales, cada una en afinidad con tales relaciones, tales puntos singulares. Los factores integrantes, agentes de estratificación, constituyen instituciones: El Estado, pero también la familia, la Religión, la Producción, el Mercado, incluso el Arte, la Moral... Las instituciones no son fuentes o

[27] *Ibid. p. 100.*
[28] *Ibid. p. 102.*

> esencias, no son ni esencia ni interioridad. Son prácticas, mecanismos operatorios que no explican el poder, puesto que presuponen las relaciones y se contentan con "fijarlas"; su función es reproductora, no productora."[29]

SUBDIVISIÓN DEL PODER.-

Estructuración en concordancia con el carácter de legitimación adoptado.

Hemos, subdividido el poder por el origen de este en dos: poder divino y poder humano. Esto con motivo de hacer una distinción entre el tipo de poder sustentado antiguamente y el tipo de poder sustentado o legitimado en la actualidad. La referencia es para hacer evidente la condición premoderna y moderna del poder, y para darnos una idea referencial sobre las condiciones del Derecho.

a.- El poder divino:

La mística, la magia, la divinidad han sido las ¿salvedades? con que se ha taponado los vacíos de lo incomprensible a la razón humana; las formas cómo los hombres hábidos de respuestas, explicaciones han acallado sus miedos al desconcierto, a lo inseguro, al caos que supondría no saber qué está pasando y porqué esta pasando esto o aquello que afecta sus vidas.

Esta necesidad de conocimiento, de certeza, seguridad y previsibilidad ha provocado en el hombre otra

[29] *Ibid. p. 104-105.*

necesidad: la de aceptar la certeza de lo profético, místico, divino; así ha calmado sus dudas y tormentos al caos, desorden, inseguridad, declarándose sumiso ante la explicación de la ley divina, que le resuelve el problema de su incomprensión e incertidumbre. Elevando las explicaciones de lo incomprensible a algo también incomprensible: Dios, la naturaleza, el cosmos.

Mediante este razonamiento, Dios es el explicador por excelencia de todo aquello que el hombre no entiende. Nacen, así, los inventores de la explicación mística, los intermediarios entre la divinidad y el hombre: monjes, reyes, chamanes, etc.

El conocimiento y la continuidad del conocimiento, la certeza de que el conocimiento es cierto, la garantía de esta certeza la daría, según esta teoría, Dios. Entonces el poder emana de la divinidad.

> "En efecto, ¿qué aseguraba en la filosofía occidental que las cosas a conocer y el propio conocimiento estaban en relación de continuidad? ¿Qué era lo que aseguraba al conocimiento el poder de conocer bien las cosas del mundo y de no ser indefinidamente error, ilusión, arbitrariedad? ¿Quién sino Dios garantizaba esto en la filosofía occidental? Ciertamente, desde Descartes, para no ir más allá, y aun en Kant, Dios es ese principio que aseguraba la existencia de una armonía entre el conocimiento y las cosas a conocer. Para demostrar que el conocimiento era un conocimiento fundado verdaderamente en las cosas del mundo, Descartes se vio obligado a

afirmar la existencia de Dios."[30]

El Derecho divino se aseguraba su predominio y hegemonía en Dios. Éste había concedido por obra y gracia, la potestad para que sus hijos o representantes gobernaran en su nombre. Este Derecho divino ha sido usado, y sostenido por ciertos personajes, históricamente registrados, como son los Papas y los reyes, que ha continuación vamos a tocar.

1) El Derecho divino de los Papas.-

Una etapa en la historia del poder divino como máxima autoridad, permitió la existencia y vigencia de los "papados". Habíanse conjugado varios elementos espirituales que llevaron a los Papas a tener el máximo poder. Dios era el eterno Juez, amo y señor del mundo y de los hombres, por lo tanto sus representantes aquí en la tierra -los papas- eran los que por justicia divina debían y tenían el poder. Dios les otorgaba el poder a tal punto que ellos eran los que homologaban, coronaban a los reyes, transfiriéndoles el poder que Dios les había dado. Si no daban esta especie de venia, rito, transferencia del poder divino, los reyes no podían tener el poder y por lo tanto no podían gobernar y menos tener justo título.

Es necesario decir que en el año 476 el Imperio Romano se iba desintegrando hasta desaparecer por las constantes luchas y guerras. La Iglesia habíase ido infiltrando como único poder consistente a los ojos de los bárbaros y Roma pasó a ser de la ciudad de los Emperadores a la ciudad de los Papas. Roma legó a la

[30] *FOUCAULT, Michel. La Verdad y la Formas Jurídicas. México, Editorial Gedisa, 1983, p. 24.*

Iglesia sus cuadros administrativos y mantuvo la civilización clásica.

La iglesia, con el papapado, había tomado fuerza, y su poder -derivado de la divinidad- era la justificante jurídica que legímitaba su accionar. El poder que la Iglesia ejerció, la podemos observar por el lente de la historia que nos relata cómo antaño el saber dominante era la Teología, luego en un nivel subyacente venía la Filosofía y más abajo aún, venía el Derecho; por lo tanto el concepto de Derecho derivaba exclusivamente de cómo se tomaba a la Teología y cuales eran sus lineamientos valorativos, de manera que las leyes humanas eran determinaciones de la ley natural.

Los Papas habíanse apropiado del poder, monopolizándolo espiritual y materialmente, con lo que comercializaron el perdón de los pecados y la salvación divina. Fundamentaban su poder en el "hecho divino" de ser -decían- los elegidos de Dios como sus representantes en la tierra, y a través de los cuales la tierra iba a recibir su justicia, por eso tenían el derecho de ejercer el poder(19). Esta idea era la primera doctrina del origen divino del poder, por lo que el poder iba directamente de Dios al Papa. El ritual de transferencia del poder consistía en que los Papas -como en los cuentos y películas de caballería- homologaban el poder de un emperador por medio de una espada que colocaban sobre sus hombros; la espada representaba al poder espiritual que Dios les había dado a los Papas, y estos transferían este poder a los emperadores. Recién allí los reyes eran

reconocidos en su poder. Recién allí, podrían ejercer su potestad sobre los hombres. Un reconocimiento oficial, una legitimación jurídica.

¿Qué hacía que los hombres creyeran en esta transmisión del poder de Dios a los papas? Una de las razones puede ser la enorme habilidad para convencer de estos individuos; otra, la necesidad de los hombres de creer en algo, de aferrarse a algo, de vivir de acuerdo a cierta certeza que permita el orden; otra la esperanza de la recompensa -resurrección, vida eterna, paraíso- , osea de una vida mejor en el futuro.

La vida enormemente difícil y trabajosa, creó en el hombre un recoveco, hueco, nido, un deseo de felicidad, y ya que se sabía muy lejana e improbable en la vida terrenal, los religiosos crearon otra vida, la de Dios, el paraíso. Esta era la esperanza que los curas les vendieron a la gente. El paraíso a cambio de su conversión y de su dinero, además de su sumisión al único e indiscutible Dios del mundo y del universo, con exclusividad absoluta.

La propuesta religiosa cristiana tenía, tiene, una alucinante forma de encerrar a los hombres en sus fundamentos, y decirles, irónicamente: "elijan". Endulzaban y acaramelaban la "nueva vida", llenándolas de ideas como “felicidad”, “vida eterna”, “salvación”, “amor”, “igualdad”, etc, todos alicientes perfectos para atrapar a la presa: el fiel creyente, que luego convertían en una relación de dominio legitimado y jurídico.

La astucia de la iglesia fue asombrosa; su influencia emanaba de una propuesta concreta, como ventanas de fuga del martirio y dolor presentes. La Iglesia enviaba la imposición de la creencia en Dios y la justificaba en la salvación, en la vida eterna. Mandaba como mandamiento universal dos condiciones de vida: Dios, o la muerte; la resurrección en Dios o la muerte en el pecado. Era una propuesta con trampita, como poniendo al hombre entre la espada y la pared.

El entrampamiento de la libertad de elección era aplastante. La iglesia deslizó la idea de que el hombre podía elegir, pero sólo una era la elección correcta: Dios. Todo acto contrario equivalía al infierno. No había escapatoria. Así para asumir una de las opciones -la salvacion en Dios, o la condena en el infierno- era necesario condenarse o a la vida eterna y las restricciones que ello significaba, o al eterno castigo.

La iglesia construía la evidente y clara fórmula para llegar a ser lo que no somos, y nos imponía la idea y la acción de ser lo que "Dios", -el poder- quiere que seamos, no importaba lo que seamos, sino lo que deseaban que fuéramos. Errar, equivocarse era equivalente a no seguir a Dios, y se infiltró el prejuicio de que el error -no seguir la línea de Dios- era lo más vil e inhumano, y por consecuencia digno de castigo.

Falta una observación, Por ejemplo, si te dijeran: "te ofrezco la vida eterna en el paraíso, o el castigo eterno en el infierno, sólo una de esas dos opciones, no otra tercera, ninguna más" ¿cuál elegirías? La respuesta es obvia. Es precisamente esa la forma que aplicaron en el

reino del papado para imponer a Dios. Aceptar la primera opción significa someterse, caminar por los caminos que ya te han hecho, coger tu vista y taparla con un trapo, caminar a ciegas, por fe, esperanza, resignación, o qué sé yo. Y si eliges la segunda opción significa someterte a las consecuencias, esto indica que tendrás que hacer tu propio camino, que tendrás que aventurarte, que tendrás que elegir tú mismo lo que puedes o no puedes hacer, mejor dicho que tendrás que formarte tu propio criterio, tu propio mundo, tu propia visión, y por consiguiente ser tú mismo tu propio creador, que por supuesto la Iglesia no permitía.

Por otro lado, los hombres hemos tenido el instinto natural, pero generalmente reprimido por algún concepto impuesto por el poder, de seguir nuestros deseos, que han sido bloqueados y atrofiados siempre.

El Papado se presentaba como poder proveniente de una entidad superior, omnipresente, omnisciente, que todo lo ve, que todo lo puede; que justificaba de por qué el poder no lo tiene el hombre por su propio esfuerzo, sino por la gracia divina; teoría muy hábilmente usada por los Papas para tener acceso y perpetuarse en el poder.

El reinado del Papado proponía que Dios era la fuente del Poder, el resto -argumentaban- era simple delegación, homologación, interpretación, vínculos entre la divinidad y la concesión del poder en la tierra. Luego el Derecho se conformaba de acuerdo a esta teoría.

2) Derecho divino de los Reyes.-

Esta teoría del derecho divino de los reyes fue una hábil estrategia utilizada por los reyes -captando la tonalidad de su tiempo- también para justificar, proteger y expandir su poder.

El mundo occidental había aceptado la jerarquía del poder en cuya cima se hallaba, como principio máximo, Dios, o la teología. Era necesario ir con la corriente ideológica de los tiempos, aprovechar los ríos sociológicos del poder; si la gente creía en el poder como una exclusiva facultad de Dios, era menester que él, Dios, y sólo él pudiera delegarla (el poder). Esta idea de delegación e intermediación la sembraron los religiosos, que pretendieron ser puentes entre el pueblo y Dios.

Así que los reyes, para ejercer su poder necesitaban, como elemento constitutivo, del reconocimiento, homologación de la iglesia -para ser aceptados por toda esa sociedad imbuida de religiosidad-, lo que les restaba autonomía, independencia absoluta de cualquier otro poder. Era necesario desligarse del hilo homologador que restaba poder a los reyes, eliminar los obstáculos del reconocimiento del poder y de su legitimidad que permitiera su vigencia, desencadenarse de las cadenas que hacían a los reyes necesitar de otro poder, además de asegurar el poder mediante la herencia y no la homologación de la iglesia. Por todo lo anterior, los reyes mediante una nueva teoría se emanciparían del poder y exigencia de homologación de los Papas. Era la teoría absoluta de los Estuardo, los reyes absolutos de Inglaterra, por la

cual Dios derivaba su poder a la dinastía. Así los reyes se liberarán de la necesidad de ser homologados o coronados por los papas y aseguraban el reinado de sus hijos por medio de la herencia. El poder divino de ahora en adelante iría directamente de Dios a los Reyes y a su dinastía. Con esto el Papa no podía desconocer, homologar, ni coronar los nacimientos. Surge algo así como la dictadura del nacimiento, y el afianzamiento del poder en una sola estirpe.

Desde ese momento el azar -ser hijo de reyes- era suficiente justificación divina para la continuidad en el poder, ya no ser homologado por Papas, sino ser hijo de reyes. De esta forma los reyes creían -o les convenía creer y hacer creer- que Dios los había elegido como gobernantes.

Esta fue la manera cómo el Rey iba despojándose de las ataduras que le impedían gobernar y permanecer en el poder. Antes de esto

> "La autoridad del rey era una autoridad vacilante, es decir, no era absoluta ni central; esa autoridad se hallaba contrapesada por otras muchas instituciones que podían levantar la cabeza frente al rey; entre estas instituciones estaban las Ordenes de la Caballería, la Iglesia, los obispados, las ciudades libres y las tierras de señorío. Había grandes señores, y como en esa época no había ejércitos permanentes, cada señor tenía su ejército, y el rey necesitaba de ellos para poder hacer la guerra, de modo que en ciertas circunstancias, si los señores se ponían de acuerdo, la autoridad del rey se convertía casi en

un mito, en una cosa nominal."[31]

Una nueva era había empezado, producto de la ruptura entre el papado y los reyes. Entre la iglesia y la corona.

b.- Poder humano

Este fenómeno supone el rompimiento del poder Divino como eje supremo para acceder al Poder y al Derecho, y es el nacimiento de la modernidad, del principio moderno, que tiene como centro al hombre. Según esta concepción el Poder y el Derecho vienen del hombre.

1) La Teoría del Contrato

El contrato de los hombres como fuente del poder y del Derecho, es asumido por el temor a la guerra y al caos. Según Hobbes -parafraseado por Grondona- sostiene que:

> " el poder proviene de un contrato entre los hombres que aterrados ante la guerra civil, deciden que alguien mande sin limitación legal. Es que los hombres consideran mejor la dictadura de uno solo que la dictadura de todos. El orden es el valor más elemental de una sociedad, es como respirar. Cuando hay orden, uno se olvida que lo hay. Cuando no hay orden, hacemos cualquier cosa por restituirlo."(...) "Hay algo peor que el despotismo: la anarquía."[32]

---

[31] USLAR PIETRI, Arturo. Valores Humanos. Madrid .Tomo II, Editoral Mediterraneo-Diego de León, , 1972, p. 26.

[32] GRONDONA, Mariano. Los Pensadores de la Libertad…,. Sudamericana, 3ra. Edición, diciembre 1986, p. 14.

El miedo al caos total, a la imposición de la ley de la selva urbana hace que los hombres cedan parte de su libertad para, por intermedio de un contrato, gozar de orden, seguridad y certidumbre. El miedo a la anarquía es mayor al de la dictadura.

La anarquía significaba, para estos hombres, una sociedad en desorden total, en la cual nadie podría tener la mínima seguridad de que se respetaran sus derechos e intereses. Una concepción muy distinta a la que nos sugiere Manuel González Prada, que formulaba a la anarquía como la independencia del hombre de órdenes sociales, limitativos y frustrantes de la inventiva humana. González Prada pensaba por anarquía, a la capacidad del hombre de autogobernarse, de ser responsable de sus actos.

La anarquía, para otros, era como la placenta del caos; no era conveniente a los intereses permanentes de propiedad y poder. Distanciada del sentido que Prada proponía, exaltando la reivindicación de un autogobierno, de fuerza individual y propia de los hombres capaces, inteligentes e independientes.

Con el contrato hay toda una regeneración, convulsión, replanteamiento total del origen del poder. La inmanente necesidad del orden, las luchas de poder pervierten el orden anterior y dan luz a un nuevo engendro: el contrato social. Es la partida de nacimiento de la nueva sociedad en donde los monarcas son mostrados, trayendo el pensamiento de Hobbes, como déspotas y crueles que venían a poner

orden con cuchillo, por lo que Hobbes propone el Contrato.

Hay desde allí un giro en la concepción del orden jurídico, una nueva concepción de cómo debe y debería ser la estructura social, política y jurídica.

Este nuevo replanteamiento del orden jurídico hace que el poder -como facultad proveniente de la divinidad, (Dios), de la naturaleza- sea negado, y nace la idea del contrato como el nuevo y mejor orden para el gobierno de las sociedades. El poder, desde ese momento sólo se podría obtener a través del Contrato,

> "Este giro de Dios al contrato será fundamental para el liberalismo. El origen del poder ya no es místico. No proviene de la naturaleza -como decía Aristóteles- ni de Dios a través de la Iglesia o a través del Rey. En Locke, el contrato lo hacen hombres libres y racionales para fundar un poder limitado; el origen del poder somos nosotros mismos. "Tú tienes tanto poder cuanto yo te he dado." Lo que hay en el origen de la sociedad es el poder que yo tengo sobre mi mismo. Cada uno de nosotros tiene un poder soberano, y entre todos decidimos fundar un poder que nunca tendrá más prerrogativas que aquellas que le hayamos dado. En Locke se humaniza la idea del poder, se hace secular y "moderna". Ya no hay elementos religiosos ni despóticos en el poder. Lo que hay es el derecho de cada hombre, que cede libremente cierto poder a un gobierno para que garantice la

vida en sociedad."[33]

Locke pretende demostrar, con un viso alentador e idealista, que lo mejor era entregar el poder en manos de todos, imponiendo un nuevo y suculento orden en donde todos, por voluntad propia -según la teoría- podrían elegir el tipo de gobernante y la clase de gobierno que quisieran se imponga en la sociedad en la cual viven, sometiéndose a la voluntad de la mayoría y a sus límites. La alternativa parece subyugante y razonable, los planteamientos teóricos bien argumentados, la estrategia de delegación aritmética, el cálculo de la mayoría aparentemente más equilibrado ¿qué podría fallar? La falla la hallaríamos en el propio hombre -si se concibiera al hombre como una máquina, rígida e incapaz de cambiar-, que tiene un movible instinto de negación y autonegación, de reformulación constante y permanente de su estilo de vida. El hombre que no es matemáticamente programable, sino que es circunstancial y complejo. En esta medida el Derecho tiene que ser también movible, en constante dinamismo.

Triunfa, sin embargo, el contrato, y el hombre se desengarza de las cuerdas, cadenas religiosas, naturales, y se engarza en una nueva cuerda, "el contrato" que viene a cumplir la misma función que las anteriores posiciones, la de ser la nueva justificación del poder, o del porqué alguien tiene poder. Con el nacimiento del contrato surge una nueva estructura gubernamental que se consolida en el Estado.

[33] *Ibid. p. 16.*

Al aceptar la sociedad el planteamiento del nuevo orden social a través del contrato, decide por el mismo -la sociedad- delegar poder a lo que luego se denominaría Estado, que surge como ente de este nuevo régimen de poder. Su función es la de gobernar, organizar la sociedad.

El nuevo orden se efectivizará con el nacimiento y el acta de partida, y luego todos los otros actos jurídicos que registran a qué Estado pertenece uno, por ejemplo firmar un contrato de nacionalización es adecuarse a las normas de ese Estado al cual nos estamos nacionalizando, sujetarnos por voluntad propia a sus normas y reglas, y tener derecho por este mismo acto a participar de la dirección de la sociedad a la que empezamos a pertenecer.

Así nace la sociedad política que es lo que nosotros denominamos: Estado, que denota otra concepción del mundo y sus normas, otro sentido de ver el mundo, de entenderlo, de conducirlo; se da un paso de las leyes naturales a las leyes contractuales, políticas

> "Lo que funda el paso de la sociedad natural a la sociedad política es que nadie puede tener poder sobre mí si yo no se lo he dado previamente". La base del poder es el consentimiento de los futuros gobernados de delegar su poder. Por este nuevo sistema social los hombres han acordado formar una sociedad política, sociedad en la que habrá un gobierno y en la cual "la mayoría será capaz de gobernar sobre la minoría", que es el principio de la democracia, y en el cual el

> argumento de Locke sobre la mayoría es el siguiente: como los individuos son distintos -y ellos son la realidad final de la sociedad- va a haber naturalmente diferencias de opiniones; por lo tanto, si consintieron en vivir juntos han aceptado necesariamente el principio de la mayoría porque si no existiera este principio no podrían vivir juntos."[34]

La sociedad política, o lo que podríamos denominar el "Estado" según la descripción que nos hace Grondona sobre el Liberalismo, se forma debido a que los hombres frente a una sociedad gobernada por leyes naturales (osea donde cada cual tiene el derecho a su propiedad, pero además tiene que él mismo protegerla, sin intermediación alguna) y en donde las personas viven en estado confuso, incierto, "donde nadie conoce exactamente sus derechos y deberes", el hombre prefiere agruparse en lo que se llama "sociedad política", porque según Locke: "han querido abandonar una condición en la cual, si bien eran libres, estaban llenos de miedos y peligros".

Frente a la creación de la moneda, y a la consecuente acumulación de riqueza, era necesario preservar estos, y ¿qué mejor seguro que la propia sociedad -que puede atacarlo, que puede robarle- firme un contrato para decir que se respetarán los intereses individuales, o de lo contrario tendrá que ser responsable de ello y castigado? Así se forma el Estado que Grondona hablando de Locke nos explica, recordando que

[34] *Ibid. p. 20*

"alguien dijo que Locke imagina al Estado como una sociedad de seguros: nos hemos reunido para lograr que nuestros derechos estuvieran más y no menos protegidos". El consentimiento general era necesario para el contrato social.

Es tal vez necesario anotar que hubo otras formas de poder no establecidas jurídicamente, pero sí legítimamente reconocidas por la sociedad. Por ejemplo, en el renacimiento hubo una clara exposición del nacimiento de nuevos formas de poder, fuera de los reconocidos (reyes, iglesias, etc.). Por ejemplo el poder no institucionalizado, pero tácito y vigente de una familia, la de los Médicis, que en Italia ejercían su autoridad por su gran prestigio y poder de acción. Una clara muestra de expresión de poder. Fuera de instituciones u órdenes legales se estableció el poder por consenso.

> "Los Médicis, sin llegar a desempeñar durante mucho tiempo ninguna función específica de gobierno, fueron convirtiéndose, paulatinamente, en los árbitros de la vida florentina. Eran, pues, gentes muy poderosas social y económicamente, muy cultas, muy influyentes, y prácticamente no se tomaba ninguna decisión sin tener la opinión de los Médicis. De este modo, paulatinamente, el jefe de la familia vino a transformarse, sin título, sin cargo, sin función, en el jefe de hecho del Estado florentino. Eran quienes gobernaban, dominaban, dirigían, sin desempeñar ninguna función pública, y esta preeminencia fue heredándose de padres a hijos, desde Cosme "el Viejo", que fue en realidad el que llevó a su

> apogeo el prestigio y el poder de la familia, hasta sus descendientes, que iban sucediéndose, con interrupciones, de padres a hijos como jefes de la familia y del negocio bancario y como directores del gobierno y de la política florentina."[35]

Volviendo al contrato, éste fue para el Derecho el lineamiento moderno a seguir. El hombre había ganado independencia, y liberándose de la hegemonía de la divinidad como condición de organización social, usaba de su libertad para decidir cómo y quién iba a gobernarlo. El Derecho ya no sería más un principio metafísico, que surgía de las oscuras elucubraciones místicas o divinas, era ahora la razón, y la voluntad de los hombres, que a través de un contrato hacían su destino y creaban ellos mismo el Derecho.

[35] *USLAR PIETRI, Arturo. Valores Humanos. (Biografías y evocaciones), Tomo II, Editoral Mediterraneo-Diego de León, Madrid, 1972, p. 8.*

Capítulo: EL ORDEN JURÍDICO

---------- & ----------

Desde otra perspectiva vinculante el Derecho puede estudiarse como orden, como **ordenamiento jurídico**, que sería según expresa Luis Diez Picazo:

> "El conjunto total de las reglas o directivas a través de las cuales se prefigura la organización de un grupo social o partiendo de las cuales se realiza dentro de un grupo social una función de pacificación de conflictos y de satisfacción de pretensiones, recibe usualmente el nombre de "ordenamiento jurídico"."[36]

Este es otro concepto con el que trabajaremos, puesto que el Derecho es también orden. Un orden determinadamente estructurado, pero en constante reconstrucción, un orden que existe sobre ciertas bases valorativas. Los valores son los cimientos del orden, de allí parte toda forma organizativa de la sociedad. Son en sí la base que se utiliza para intentar la solución a los conflictos de intereses (jurídicos o no) en relación a

[36] *Ibid. p. 162.*

los valores que tienen (no que dicen tener sino que tienen), aún usando como pretexto valores que no tienen.

El orden, la organización social, el ordenamiento jurídico, tienen que verse confrontados con los valores imperantes, existentes. Así, si se quiere tener una visión más real sobre el problema del ordenamiento jurídico se podría afirmar que "Lo que debe cambiar en las instituciones no son las personas, sino los valores, la ética humana." La pregunta sería ¿Se puede cambiar los valores humanos, o mejor dicho, la prioridad de los valores en los humanos? De ser así ¿qué valores deben estar arriba, en la cima de lo apologético y divino, y que valores debajo? ¿Cuál sería la pirámide de valores a construir?, y de hallarse la nueva pirámide de valores ¿Se podrá construir e imponer esta jerarquización de los valores en los hombres de 20 a 50 años? Todo esto parece utópico. Para nosotros y para el Derecho lo más cercano a lo posible, a lo recomendable, es estudiar mejor los valores de los humanos, la jerarquía que ellos tienen y luego trabajar desde esa base, en la construcción de un nuevo orden social y jurídico. No podemos cometer actos de ingenuidad, o de habilidad maliciosa, negación de valores y hechos como por ejemplo la de los gobiernos anteriores, como el de Velasco, que entregó a los campesinos tierras para las cuales no estaban preparados a dirigir, producir y administrar, ¿cómo es que se exige a alguien dar lo que no tiene? ¿cómo pedirles a los preparados para una cosa algo diferente para lo cual están aptos? Ejemplificando más, podemos decir que las Reformas de Velazco y la Moralización de

Fujimori, nos han mostrado el equívoco en que caen las reformas o intentos de modernización, cuando plantean la solución de los problemas sociales en el simple y llano cambio de los actores del escenario institucional. El problema no son las personas, sino “las personas y sus valores”. Claro que esto ha llegado -supuestamente- a entenderse y, se nos dice por todos lados: "el problema son los valores". Pero aún así no se entiende el problema. Luego la solución más inmediata que se intenta es ese tipo de "moralización chicha” que llevan sólo a encubrir los medios de corrupción. Las coimas y sobornos antes descarados se tornan en más discretas, pero no desaparecen, más bien se afinan.

La reforma se tornaba así en una especie de "superstición" que resolvería los problemas sociales. La sociedad más por indiferencia que por convicción intentaba creer en todo ello. En realidad lo único que pasaba es que sólo se ha enriquecido ese "tráfico, ese comercio de adulaciones, mentiras e hipocresías" con que juegan los políticos prometiendo el desarrollo y el progreso de nuestra sociedad.

Antes de intentar cualquier proceso de reforma, es importante conocer primero los valores vigentes sobre los que se va a trabajar, para luego organizar a la sociedad en base a ellos, "Hay pues, primero, la necesidad de conocer para vivir.." nos advierte Miguel de Unamuno. El conocimiento de "lo que hay" en los hombres nos dará la base para nuestra organización. Es cierto que el orden se impone, pero esta imposición puede ser mediante vías sutiles de persuasión que resultarían más eficaces que los de confrontación

frontal, brutal, despistada, que hacen que las soluciones se tornen inapropiadas, crueles, despóticas, creando y ejecutando medios de represión similares a los que se quiere evitar. El orden debe imponerse de acuerdo al contenido axiológico de la sociedad.

DERECHO COMO INSTRUMENTO DE ORGANIZACIÓN SOCIAL[37]

El Derecho se organiza, o es organización, y tiene como referencia al conflicto de intereses, esto es lo que intenta regular, estos conflictos de intereses, y las necesidades de relación intersubjetiva. Dentro de ese orden se pueden establecer ciertos órdenes, ciertas dimensiones de solución.

1.- DIMENSIÓN CONFLICTUALISTA DEL DERECHO

Esta concepción establece que el eje del Derecho es el intento de solucionar los conflictos de intereses, que todo tiene su marco dentro de estos conflictos de intereses, se dice así, que fue la teoría marxista la que definen a la sociedad como un ente en constante conflicto, por las diferencias económicas que existen, diferencias económicas que son medios de sojuzgamiento, de dominación de una clase a otra. "entienden que el Derecho tiene su origen en el conflicto y que surge no con la intención de solucionarlo, sino más bien de encubrirlo y legitimarlo."[38]

---

[37] *Esta determinación es expuesta por Luis Martín Roldán y Jesús A. Fernández Suárez. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Editorial Ariel. Pp. 4.*

[38] *Luis Martín Roldán y Jesús A. Fernández Suárez. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Editorial Ariel. Pp. 4.*

Sin embargo esa es sólo una proposición, porque el derecho indiferentemente de su origen, lo traspasa, y se desenvuelve o construye necesariamente dentro de un contexto actual. Así, incluso si aceptáramos que el Derecho surgió con una intención de "encubrir y legitimar" cierto tipo de poder, no puede decirse que hoy sirve sólo para ello, porque el derecho, no sólo encubre el conflicto, sino que intenta solucionarlo, o ser un método para solucionarlo, el método más legítimo, es decir, con aceptación de la totalidad, aceptación, claro está, por representación, pero al fin aceptación; que puede cambiar o variar.

Sin embargo Luis Martínez y Jesús Fernández piensan más bien que el Derecho surge para solucionar los conflictos de intereses y no para encubrirlos, así la teoría conflictualista "no se puede reducir a un enfrentamiento de intereses materiales, sino también y sobre todo a la diversidad de formas de 'ser' y de 'pensar" de cada individuo que le lleva a la reafirmación del 'yo' frente a los demás."[39]

Hay dos tipos de conflictos, los conflictos de intereses (o económicos) y los conflictos ideológicos. Existen pues conflictos negativos. conflictos de intereses materiales. Conflictos positivos. Conflictos de personalidad e ideológicos

[39] *Luis Martín Roldán y Jesús A. Fernández Suárez. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Editorial Ariel. Pp. 5.*

Causas de los conflictos negativos[40]:

Las causas de los conflictos negativos pueden ser:

1) Escases de bienes para satisfacer nuestras necesidades;
2) La indigencia de la naturaleza humana;
3) La vulnerabilidad del individuo frente a las agresiones de los demás;
4) La relativa similitud física e intelectual que hace difícil que ninguno por separado pueda dominar al resto;
5) La falta de solidaridad;
6) La limitada racionalidad de los individuos en la persecución y defensa de sus propios intereses.

Luis Diez-Picazo clasifica los conflictos en dos:

a) Conflictos económicos
b) Conflictos jurídicos

2.- DIMENSIÓN FUNCIONAL DEL DERECHO

Por "La concepción funcional de la sociedad, (…), entiende principalmente a la sociedad como un todo coordinado y en equilibrio, en la que la misión fundamental del Derecho consiste en mitigar los elementos potenciales del conflicto y facilitar las relaciones sociales previniendo y reprimiendo las conductas desviadas. En definitiva, el Derecho es más un instrumento de organización y de conservación que un instrumento de transformación y de cambio."[41]

---

[40] *Luis Martín Roldán y Jesús A. Fernández Suárez. Curso de Teoría del Derecho y Metolodología Jurídica. Editorial Ariel. Pp. 5.*

[41] *Luis Martín Roldán y Jesús A. Fernández Suárez. Curso de Teoría del Derecho y Metolodología Jurídica. Editorial Ariel. Pp. 8.*

Se trata de destacar el rol preventivo antes que el coactivo y represivo. Existen las siguientes funciones:

1) Función integradora
2) Función de resolución de conflictos
3) Función de orientación social
4) Función de legitimación del poder
5) Función distributiva
6) Función educativa
7) Función represiva y función promocional

Capítulo: LA JUSTICIA

---------- & ----------

> "La Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo". Ulpiano

GIORGIO DEL VECCHIO Y LA JUSTICIA.-

Giorgio Del Vecchio en un capítulo de su libro Derecho y Vida, hace una interesante descripción de lo que es la Justicia. Haremos, pues, una reseña.

Del Vecchio empieza descifrándonos lo que para los Pitagóricos o Itálicos era la justicia, y escribe que -para estos- "La justicia consiste esencialmente en una igualdad", y la Igualdad es una "relación que se aplica a todas las especies cognoscibles de la realidad" es un "instrumento lógico de pensamiento", "una categoría". La justicia era pues la igualdad. La igualdad era una ecuación, que indica comparación y correspondencia entre términos contrapuestos".

Con Platón la Justicia significaba "armonía entre las diversas partes que integran un todo".

Pero aquí se olvida que la justicia es más que eso, es una "Regla de vida en sentido ético", afirma Giorgio del Vecchio.

Aristóteles cree más bien en la justicia como "idea de proporción". Y hace una división: justicia distributiva, justica correctiva, justicia conmutativa.

La justica es, además, orden "La justicia no es otra cosa que orden". Sin orden no hay siquiera posibilidad de injusticia, y menos de justicia. La justicia es "cierta regla de las acciones humanas".

La justicia es más que eso, es una relación intersubjetiva. La justicia es una "regla determinada de convivencia en las relaciones entre sujeto y sujeto".

Más allá la justicia es propuesta como una virtud, pero no una virtud aislada, sino mucho más, es decir, "la justicia no es sola y simplemente una virtud, sino una virtud que se refiere al otro".

Eso indica que la característica es que la justicia establece una relación entre sujetos, ese por tanto, una relación jurídica; "la relación jurídica es esencialmente un vínculo entre personas".

Eso indica que la justicia relaciona a los sujetos, pero un sujeto o persona debe pensarse en relación a otra persona, "todo sujeto debe pensarse como contrapuesto a otro sujeto", por una razón primordial, debe "reconocer la subjetividad ajena".

La justicia como paradigma o modelo ideal, como ideal de virtud, como imperativo del deber, y el deber es "no hacer a otro aquello que no quisieras que te fuere hecho a ti".

LA JUSTICIA DE SAN AGUSTÍN.-

Es a través de Michel Villey desde donde vamos a analizar la Justicia de San Agustín.

Cuando Michel Villey[42] habla sobre la Justicia, usando como elemento de análisis a la justicia cristiana según San Agustín, lo que pretende es darle cierto contenido a la institución justicia.

El análisis de Michel Vlilley empieza haciendo una diferencia. La diferencia del marco de entendimiento del término justicia. El propósito de San Agustín, dice Villey, es diferenciar la justicia clásica de la justicia divina. La primera no tendría mayor relevancia, o sería indeterminable. Y así el concepto de justicia proclamado por San Agustín empieza con dos fórmulas: "Amarás a Dios y a tu prójimo como a ti mismo", y "Haz a los demás lo que quieres que te hagan a ti.".

La fórmula es perfecta si lo que se quiere es lograr penetrar en el interés del individuo. La justicia no parte de Dios, sino del ser humano en relación con Dios. Decír, amarás a Dios y a tu prójimo como a ti mismo, lo que se está diciendo es que no es Dios el eje de

[42] *Trazegnies Granda, Fernando de. Introducción a la Filosofía del Derecho y a la teroría general del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 79.*

referencia de tu acción sino uno mismo. Ese "como a ti mismo", que es la causa del actuar del ser humano determina toda la conducta posterior. Porque no se puede amar a Dios y al prójimo sino en referencia a uno mismo. Este es el primer bumerang lanzado por el cristianismo, apela no al resto, sino a uno mismo, no el resto es lo importante, sino uno mismo, porque San Agustín sabe que uno no quiere lo mejor para los demás, sino lo mejor para uno mismo, por lo mismo no podrá amar a Dios y al prójimo como si fueran Dios y el prójimo, sino como si ellos –Dios y el prójimo- fueran uno mismo. Ese es el truco. La vuelta a uno mismo. Aunque el principio haya sido corrompido en su interpretación histórica cristiana.

La otra fórmula sólo refuerza la primera: "Haz a los demás lo que quieres que te hagan a ti", similar a la que uso Kant: "Que tu obrar responda a una ley universal". San Agustín propuso y difundió esta fórmula porque llevaba en si otra vez el principio de referencia al individuo. No son los demás lo importante sino uno. Sólo se puede hacer lo que quieres que te hagan a ti, y por supuesto nadie querrá verse mancillado, humillado, violado, etc, etc. La referencia está clara. San Agustín apela al interés individual, parte del individuo y no de la sociedad. Y por eso esta fórmula funciona. Yo no voy a hacer nada que me perjudique, al menos no conscientemente, o al menos no si puede evitarlo y sustituirlo por algo más placentero y beneficioso. Lo justo es entonces sólo marcado por nuestra propia visión. No es la fuerza la que intenta normarnos y regular nuestra relación con los demás, nuestra conducta en relación con los demás, sino la persuasión,

la persuasión que dice que lo justo es que nadie debe hacer algo que no le gustaría que le hagan. Autorrestricción. El gran arma del cristianismo. La autocensura, la autocomposición (que luego fue llevada a la perversión). Lo justo es entonces hacer lo correcto, y lo correcto es medido por uno mismo, por un no hacer lo que no queremos que nos hagan a nosotros. El principio se plantea negativo, pues se trata en un "no hacer", "no hagas lo que no quieres que te hagan".
Esta idea va empatada con la idea del pecado. El pecado, en sus inicios no es la trasgresión de las normas religiosas simplemente, es "no equivocar el camino". Pecar significaba: no equivocar el camino correcto. Pero como nadie sabe cual es el camino correcto, y nadie puede aún determinarlo del todo, lo que el hombre tiene que saber, al menos, es que es lo que no debe hacer, qué camino no recorrer. Y el pecado encierra ese significado, pues indica que quien comete pecado, ha equivocado el camino, el buen camino.

A lo que quiere llegar San Agustín, para Michel Villey, es a determinar a la justicia, pero esta no se deja aprehender tal fácilmente, puesto que "La justicia, en sus consecuencias concretas, es informulable."

Villey hace referencia a las "Confesiones" de San Agustín "..la justicia en sí misma no puede cambiar ni variar..." eso indica que hay algo perseguido por el hombre, hay alguna cosa, o concepto que intenta siempre el hombre, a ese algo que lo coloca en una posición favorable en la vida lo llama justicia, y justicia porque el hombre considera que es justo vivir bien, y mejor en relación al interés del otro.

¿Cómo es esta justicia inmutable, y que es en sí misma? ¿Cómo definirla? La justicia no puede ser algo acabado, pero si puede ser una intención, un deseo, una meta, que explica, más que el hecho de haber justicia, la necesidad del hombre para utilizar moldes a los cuales someter su experiencia existencia, su experiencia de vida. Esta intención y búsqueda del hombre es constante en todos los tiempos, esta forma de medir su vida, su conducta, y su relación con los demás. Pero este interés se ve chocado con dos fenómenos: el tiempo y el interés de los demás. El tiempo registra las infinitas variaciones o la "Inmensa diversidad de las circunstancias históricas" El tiempo pone en evidencia luego, que el hombre busca ciertos moldes, pero que no son los mismos moldes, porque la urgencia de vivir bien y mejor es diversa en cada tiempo. Cada tiempo engendra sus propias necesidades, cada tiempo decide y determina sus requerimientos. La justicia cambia en el efecto, y no en la consecuencia. El hombre sigue buscando justicia, pero llama justicia al logro o necesidad de obtener ciertos efectos. Los efectos siempre son, o por lo general, diversos, diferentes, y hasta a veces –muchas- contrarias y opuestas.

¿Que es lo que hace visualizar esta diversidad de efectos llamados justicia? Pues pueden ser las costumbres. Estas determinan, en parte el efecto buscado con la justicia. Pero no son la justicia (ese deseo ineludible del ser humano de adecuar su vida a ciertos patrones de vida). A eso llega, entonces Michel Villey: "La justicia, en sus consecuencias concretas en informulable". El tiempo lo demuestra. No hay fórmula que nos diga qué actos o hechos humanos son siempre

injustos, porque el hombre en el tiempo cambia su percepción de lo que es justo y lo que no lo es; cambia en sus prioridades, cambia en sus propios criterios de decisión de lo que es o no es válido, legítimo, justo. Pero en lo que no cambia es en esa búsqueda, o en la necesidad de buscar "justicia".

Villey aclara que San Agustín sabe al formular la justicia cristiana que se está enfrentando a la noción de justo de los filósofos paganos. Y sabe, además, que tiene que trabajar sobre el concepto de la distribución justa de la riqueza, de "esas fórmulas matemáticas de Pitágoras y de Aristóteles en la distribución social de los bienes"[43]

Michel Villey encuentra ciertos caracteres en la Justicia Cristiana de San Agustín, y las enumera:

a) Imprecisión.-

La justicia de San Agustín no se formula y justifica en certezas objetivizables, u objetivas, y por lo tanto "no hay justicia verdadera sino en la adhesión mítica a Dios"[44]. Entonces la justicia no es objetiva, porque si la justicia se da en relación con Dios, y Dios es espíritu, y todas las manifestaciones divinas se dan a través del espíritu, entonces, la justicia es también "espíritu", "no puede ser de otra manera debido a que la justicia es un

[43] *Fernando de Trazegnies. Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 80.*

[44] *Fernando de Trazegnies. Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 79.*

espíritu". Por eso mismo, por esa condición divina "la justicia es informulable", o mejor "la justicia, en sus consecuencias concretas, es informulable"[45], no se puede formular. Porque estas consecuencias son temporales, se manejan y dan en el tiempo, y San Agustín "gusta e mostrar la movilidad de las instituciones jurídicas", y es la historia quien demuestra la movilidad de las consecuencias, y porque la aplicación de la justicia -sus consecuencias concretas- si son movibles, o variables. Pero esta variabilidad o diversidad de consecuencias en la aplicación de la justicia no niega la existencia de la justicia, porque esta se propone como invariable, pero, otra vez, no sus consecuencias. Aquí el hombre entra en conflicto con su entendimiento, porque imagina que las consecuencias variables son lo mimo que la inexistencia de justicia. Aclarando esta visión Villey parafrasea a San Agustín anotando: "Se imaginan, dice, en De Doctrina Cristiana (III, 7), que ´porque la costumbre es diferente según los países y la justicia debe ser inmutable, no existe justicia. No han comprendido que este precepto: 'quod tibi fieri non vi alii en feceris' no ha viariado con la diversidad de países'. Pero entonces no se puede dar una fórmula precisa."[46]

Y no se puede dar una fórmula precisa porque esta

[45] *Fernando de Trazegnies. Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 79.*

[46] *Fernando de Trazegnies. Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 79 y 80.*

justicia proviene del espíritu, es espíritu, y por lo tanto incognoscible por medio de la razón, es decir, no puede ser conocida por la razón, o por nuestros sentidos (vista, olfato, tacto, oído, gusto, o razón). Es algo que escapa a cualquier racionalización u objetivización. Según parece explicar San Agustín.

b) Exigencia de perfección.-

Parece, para Villey, que San Agustín busca fundamentar a la justicia en la otra vida, es decir, dejaba a un lado el "interés temporal", porque, como sabemos, profesaba la otra vida, la otra ciudad, la Ciudad de Dios. Las razones de la justicia estaban en llegar a esa ciudad de Dios. Pero el problema se enfoca, en todo acto de justicia, en toda determinación de la justicia, desde un orden temporal, desde, por ejemplo, la "distribución de los bienes" que hay en la sociedad. San Agustín, sabe, o parece saber, que no podrá lograr hacer entender su justicia Cristiana, "la renuncia total de todo interés temporal" -dice Villey. Si no entrelaza lo corporal y terrenal a su discurso.

Sin embargo, San Agustín defiende la propiedad privada. ¿por qué? Villey explica que esto no contradecía la concepción de justicia de San Agustín, porque la propiedad privada "procede de las leyes del Estado. Eso no impide que su ideal de justicia sea comunitario."[47]

Hay una teoría que más bien espanta, en la concepción

[47] *Fernando de Trazegnies. Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 80.*

de San Agustín. De pronto dice que la propiedad pervierte, porque el poseedor se convierte luego en poseído. Intenta darle vuelta a la naturaleza, y decide que quien es amo será esclavo. Parece una revolución de los pobres, que, mediante el discurso y la argumentación propone o ponen las cosas de cabeza.

"Ya que la apropiación privada no tiene raíces en el 'Derecho Divino'; pervierte a los poseedores que pronto dejan de poseer las cosas para ser poseídos por ellas. Ha que abandonar sus bienes, para dejarle sitio a Dios. Según la justicia cristiana, nada tampoco de sumisión violenta: el verdadero orden divino, el de los orígenes, será que el amo sea esclavo de sus esclavos, que 'aquellos que mandan se preocupen de los otros y sirvan a aquellos a quienes parecen mandar'.

La justicia es el préstamo gratuito, el perdón de las deudas, la limosna. Es el obrero que llega en el último momento y que, sin embargo, recibe la misma paga que los otros. Es una paradoja permanente. Es incluso misericordia: 'non enim sic est Deus miseriors tu injustu sit, nec sit justus, tu misericors non sit'. El juez terrenal justo será también aquel que upo tener gracia respecto de las personas a quienes juzga."[48]

El comentario hecho por Villey es alucinante, propio de un cuento. Recién de leído esto se entiende la transfiguración que se ha hecho del hombre y su relación con el resto. Que más tarde comentaremos,

[48] *Fernando de Trazegnies. Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 80.*

con los ánimos ya calmados. Pero previas preguntas ¿quién era este hombre, San Agustín, que proclamaba esta clase de sociedad, esta clase de justicia, y cuáles eran sus motivos?

c) Inaptitud de la sanción.-

Este es otro carácter que le da Villey a la Justicia propuesta por San Agustín.

Lo interesante o más relevante está en que "las sanciones dejan de tener efecto sobre el hombre que renuncia a sus intereses", porque el nivel no es temporal, es decir, no es terrenal, sino espiritual. Y como tal "la justicia cristiana en principio no utiliza medio de coerción."[49]

[49] *Fernando de Trazegnies. Introducción a la Filosofía del Derecho y a la Teoría General del Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 81.*

Capítulo: LA SEGURIDAD JURÍDICA

---------- & ----------

La Seguridad Jurídica, podemos clasificarla de la siguiente manera[50]:

1) Como principio general inspirador de todo ordenamiento jurídico
2) Como sinónimo de certeza y conocimiento de las normas, es decir como previsibilidad de las consecuencias jurídicas
3) Como ausencia de riesgo en ele ejercicio de las libertades personales, como protección personal como seguridad ciudadana.

Desde otro ángulo podemos decir que para que existe Seguridad jurídica es necesario lo siguiente[51]:

1) Determinación del Derecho Positivo. Es decir que se hayan estatuido ciertas leyes.
2) Afirmación del Derecho basado en hecho y no en juicios de valor.

[50] *Luis Martín Roldán y Jesús A. Fernández Suárez. Curso de Teoría del Derecho y Metolodología Jurídica. Editorial Ariel. Pp. 198.*
[51] *Escribe Máximo Pacheco.*

3) Aspecto Fáctico tomados como supuestos válidos, con el menor margen de error.
4) Que este Derecho no esté sometido a cambios frecuentes e inestabilizadores.

Capítulo: CORRIENTES DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

---------- & ----------

Existe en la biografía teórica del Derecho ciertas visiones, generalizantes (concepciones) de cómo se entiende el Derecho; a éstas se les ha denominado de diversas maneras; unos usan la conjunción lingüística "doctrinas jurídicas**",** otros las denominan "teorías", algunos utilizan sólo el significante "pensamiento", y aquellos otros "corrientes filosóficas jurídicas". Todas estas denominaciones tienen como objeto de estudio al Derecho desde visiones panorámicas centradas en ciertos factores, a modo de ejes centrales, que permitirían legitimar, o poner en evidencia, a prueba, la validez de la aplicación o no del Derecho, la dirección que se debe o no tomar al usar el Derecho, y las múltiples manifestaciones que se derivan de estos "ejes centrales".

Nosotros hemos optado por el título de "corrientes del pensamiento jurídico", por que esta conjunción de palabras demarcan de manera más directa a qué se

está uno refiriendo, es decir, al fluir de las estructuras mentales en el ámbito de la juridicidad; a aquel terreno mental, cosmovisión psíquica con que se ha abordado el problema del Derecho, su existencia y aplicación.

Debido al radio de acción de nuestra investigación, al marco delineador de nuestro trabajo, hemos visto por conveniente, trabajar sólo en dos factores, o percepciones jurídicas de estas "corrientes de pensamiento jurídico", que son el iusnaturalismo y el positivismo, por ser, a nuestro parecer, las que, determinadas históricamente, aún persisten, difusas, opacas, o poco claras, pero efectivas y practicadas en la actualidad, como visiones con las cuales se trabaja, la mayor parte de las veces inconsciente y mezcladamente, en el mundo jurídico.

Es necesario anotar, por último, que no vamos a tocar estas direcciones mentales (iusnaturalismo, positivismo) en referencia exclusiva al dato histórico (esto está bastante definido, pero no siempre en forma clara, por innumerables autores, así que decir lo que ellos decían no sería nada productivo o creativo), sino que vamos a usar más bien ciertos elementos característicos, factores comunes, que centralicen el significado de estas concepciones o guías del pensamiento jurídico.

> "El iusnaturalismo sitúa al Derecho en una dimensión *valorativa o moral*; el iuspositivismo lo sitúa más bien en un ámbito *científico-normativo*,..." [52]

[52] *Luis Martínez Roldán. Jesús A. Fernández Suárez. Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica, Editorial Ariel S.A., pp. 34..*

1) Jusnaturalismo

> "El principal denominador común de todas las doctrinas iusnaturalistas consiste en que todas ellas afirman que la elaboración del Derecho Positivo, debe obedecer a ciertas normas ideales, cuya validez en sentido ideal, es previa, independiente y superior a la vigencia eventual, histórica, de las reglas positivas del Derecho producido por los hombres en cada situación histórica. Este Derecho no es de hoy ni de ayer, vive eternamente y nadie sabe cuando apareció" [53].

Este hecho (la hegemonía de las normas ideales sobre las normas positivas) nos significa la supremacía de lo ético valorativo sobre el texto o Derecho Positivo. La superposición de lo axiológico sobre lo objetivo, la categorización vertical del Derecho subjetivo sobre el objetivo. Esta relación, o superposición es la que nos interesa, por un hecho claro, e importante: su trascendencia en la resolución de los problemas

[53] *César Angeles Caballero, Investigación Jurídica, pág. 75. El subrayado es nuestro.*

jurídicos y del uso del Derecho, es decir, aquello que determina la "validez" de los actos, decisiones, resoluciones, etc., jurídicas.

> "El problema del Derecho natural, si se especifica, es mucho más preciso. Consiste en preguntarse si, en una organización social dada, es posible admitir que el Derecho positivo, o sea el Derecho tal como es definido por las autoridades, puede llegar a ser anulado por hallarse en oposición al Derecho natural, independientemente de cualquier regla del Derecho positivo. Me parece bien clara la dificultad del problema técnico. Se trata de saber, por ejemplo, si una ley que viola los derechos del hombre es una ley aplicable." [54]

El iusnaturalismo es una concepción del pensamiento jurídico que toma como principio rector del orden jurídico al encuadramiento en la ley universal (del que es adherida). Es decir postula la idea de la existencia de una ley universal que tiene, por su carácter metafísico, hegemonía sobre cualquier norma o regla humana. "Parte del concepto de que sobre el derecho vigente, es decir, las reglas dictadas por los hombres, existe un derecho superior"

El jusnaturalismo presupone que existen leyes en la esencia misma de las cosas. Estas leyes o principios universales es lo que se debe descubrir y asimilar al Derecho, para lograr una armonía en la convivencia social.

[54] *Justicia y Derecho, Salvat Editores, pp. 11.*

Se impone, por cuestión estructural, de orden, una breve síntesis retrospectiva del Derecho natural. Nuestra posición geográfica y cultural nos traslada al espacio temporal del mundo occidental, a sus orígenes: Grecia, que representa el inicio de la filosofía, respaldado en "que no tiene a su espalda ninguna tradición filosófica".

En el pensamiento Griego "el mundo aparece como algo ordenado y sometido a ley; esta es la noción del cosmos" -escribe Julián Marías). Este orden cósmico fue trasladado a las leyes de la conducta humana.

Existe, en este entendido, la necesidad de encontrar las leyes naturales generales que concilien su existencia con la esencia humana. Principios universales con particularidad inmutable. Entonces, la naturaleza se presenta como el elemento generador de las cosas, de donde todo parte. El principio universal es la sustancia natural, que hay que hallar, descubrir, en el sentido típico de la suposición de preexistencia de ese algo. El orden ya está dado, y sus principios también. Sólo se requiere descubrirlos y apegarse a los lineamientos de la esencia de la naturaleza.

Los principios originales -para los griegos- estaban basados en la cosmología o leyes generales que rigen el universo. En este pensamiento Pitágoras cree que el universo es un todo ordenado y coherente y que es regido por la justicia cósmica y sus principios. La armonía universal con un tono matemático.[55]

[55] *Pitágoras según escribe Julían Marías- "probablemente no se ocupó nunca de matemáticas, aunque sí posteriormente su escuela". (pág. 15 de su "Historia de la Filosofía").*

Más tarde aparecieron otros exponentes, como por ejemplo la Antropológica planteada por los sofistas que creen en la oposición existente entre lo justo por la naturaleza y lo justo según la ley. Entre ellos Caliclés[56] y Trasimaco "asignan como derecho natural la prescripción del fuerte sobre el débil".

Entre tanto Sócrates cree en la existencia de normas de carácter absoluto. Platón cree que las normas verdaderas están en el terreno de las ideas y que las positivas son sólo sobras de las primeras. Aristóteles (Padre del Derecho Natural) cree que hay principios generales absolutos, invariables, pero también cree en la mutabilidad de algunas cosas naturales, y en la mayor mutabilidad de las leyes humanas. Los Estoicos creen en la naturaleza como ley universal y proponen "vivir conforme a la naturaleza". (Séneca, Marco Aurelio).

Con Roma el jusnaturalismo se ve involucrado con las ideas griegas, y los estoicos. Aparece Cicerón que cree en la ley natural como la razón de ser del Derecho. Luego viene Ulpiano con la Prima Naturalia.

Con el Cristianismo, aparece la noción de un sólo Dios, legislador, absoluto y justo. Se hace presente la Iglesia como la encargada de velar por los hombres y como

[56] *Calicés afirma que: "Son los hombres débiles y la masa los que establecen las leyes. Para sí mismo, para su propia unidad, implantan leyes, prodigan alabanzas y censuras; quieren atemorizar a los fuertes, a los que están capacitados para tener más; y para evitarlo dicen que es feo o injusto poseer más cosas que los demás (...) la misma naturaleza demuestra que es justo que el fuerte y superior tenga más que el inferior y el capaz ostente primacía sobre el inepto."*

poder paralelo al Estado. Surge la noción de persona con objetivos supraterrenales.

Santo Tomás de Aquino -uno de los máximos exponentes del cristianismo- estudia al Derecho como una virtud final y especial: la Justicia. Y nos habla de que el Derecho natural proviene o nace de la misma naturaleza de las cosas.

La base de la concepción Tomista es el orden, "El orden del universo es consecuencia de la causalidad que Dios ejerce; es expresión de su inteligencia y su voluntad."[57], el Derecho por lo tanto es sólo real si cumple con el orden divino, dado por Dios.

Tomás de Aquino cree en la existencia de una LEY ETERNA, venida de Dios, de esta se desprende la LEY NATURAL, que es "norma inscrita en la conciencia del hombre para prescribirle que debe obrar de acuerdo con su naturaleza. Santo Tomás cree en la existencia de elementos inalterables del Derecho.

Un punto importante de esta posición iusnaturalista es: la supremacía o superioridad de la Ley natural sobre la ley humana.

> "De la LEY ETERNA, se desprende la LEY NATURAL, que es norma inscrita en la conciencia del hombre para prescribirle que debe obrar de acuerdo con su naturaleza"[58].

[57] *GARCÍA TOMA, Víctor. Teoría del Derecho. Lima. Concytec.1998, p. 282.*
[58] *Ibid. p. 282.*

Además, "En síntesis, el pensamiento de Santo Tomás afirmó en conjunto; que la naturaleza es un producto de la voluntad racional; pudiendo la razón humana afirmar la facultad de interpretarla."[59].

Por esta concepción la Iglesia afirmaba que la Ley Natural se encontraba por encima del Emperador y de la comunidad. Todo lo demás no era Derecho.

Grocio, exponente del Jusnaturalismo Moderno, "...señala que el instinto de sociabilidad era la base del derecho natural -dictada por la razón- y cuyas normas resultaban del consentimiento de los Estados, por lo que conservaron su valor aunque Dios no existiese."[60]

Más allá se expresa que "la naturaleza del hombre es la fuente directa del Derecho. Samuel Pufendorf (1632) cree que el ser humano es un animal sociable y no social, y que el derecho natural se encuentra en el ejercicio y el mantenimiento de la sociabilidad del hombre. Así el Derecho nace de la naturaleza humana, y el Estado es creado por un pacto entre los hombres.

En el siglo XVII y XIX, Circulan las ideas del Contrato Social, derechos naturales y humanos, y Estado de naturaleza, ideas políticas y jurídicas.

Rousseau habla del Estado de Naturaleza como el paraíso.

Con Kant, Rudolf Stammler "No existe, ningún precepto

[59] *Ibid. p. 282,283.*
[60] *Ibid. p. 283.*

jurídico que por razón de su contenido pueda establecerse de manera absoluta", por consiguiente sólo queda "establecer con método formal universalmente válido capaz a determinar cuando la substancia necesariamente mudable del derecho, históricamente condicionado recibe la propiedad de ser objetivamente justa". Se trata de "un derecho inmutable en la forma pero mudable en su contenido"

Para Hobbes el hombre es un egoísta y malvado, pero por conveniencia debe asociarse a los demás mediante un contrato "impuesto por la ley de conservación que es el Derecho natural. De ese pacto nació el Estado"[61]

* *

Explicando este tema desde otro ángulo, cabe mencionar que el Derecho Natural "ha sido considerado algunas veces como la expresión de la voluntad divina y otras veces fue deducida analíticamente de la pura razón humana, o como expresión de las leyes físicas de la vida."[62]

Por otro lado hay una interrogante a analizar: ¿Está renaciendo el gusto por el Derecho Natural, el iusnaturalismo? ¿está siendo superado el positivismo jurídico. Massini afirmaba que este proceso sucede.

> "Esta superación del positivismo jurídico va acompañada de un nuevo reconocimiento de la cuasi-perenne doctrinal del derecho natural. Este hecho, reconocido por un autor tan poco

[61] *ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la ciencia del Derecho. Lima, Eddili, Décina Edición, 1964, p. 326.*

[62]. *CASTILLO, Melquiades. Filosofía del Derecho. Lima, Edifraf, p. 237.*

> sospechoso de iusnaturalismo como Hans Kelsen."[63]

Esta operación se va realizando entre quienes piensan el Derecho, en vista de que, ante la exigencia de nuevas teorías que justifiquen un justo equilibrio entre la realidad y la normas de Derecho, el positivismo jurídico ha fracasado como único elemento del actuar jurídico y de la solución de los conflictos de intereses. El Derecho Natural parece haber vuelto a tomar aliento, y se muestra -pero no exclusiva ni excluyentemente- entremezclado, en el cerebro de los pensadores y usuarios del Derecho.

Y es que las relaciones jurídicas son demasiado complejas para caber todas ellas encerradas en los cuadros del positivismo; o para estar contenidas en una construcción puramente lógica, pero tampoco pueden caber solamente en una concepción iusnaturalista.

La filosofía positivista heredada está siendo contradicha, atacada por nuevos aires postmodernos que instigan a la vuelta, -no absoluta sino complementaria o vinculatoria- del iusnaturalismo. Las cosas, los hechos jurídicos no serían ya meras experiencias probables lógica y científicamente, (como lo sugiere e impone el positivismo) válidas por estas características, sino que alternarían -en la solución de conflictos- con las concepciones positivistas,

63. *MASSINI, Carlos Ignacio. Sobre el Realismo Jurídico. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 31.*

naturalistas, que hacen -de alguna manera- más humano a la aplicación del Derecho.

Por otra parte, la caída del naturalismo, derecho natural, iusnaturalismo, tiene su explicación en la falta de corporeidad, transmitido en el tiempo, y por la cual el iusnaturalismo no era completo sino informe, aislándose cada vez de su genealogía primaria. Quedando de ella tan sólo la etiqueta tradicional, "doctrinas que no han conservado del Derecho Natural nada más que la etiqueta tradicional, pero perdiendo su sustancia; doctrinas realizadas en forma incompleta y que se prestan fácilmente a la crítica del positivismo jurídico (...) Las críticas que Kelsen cree dirigir contra la idea del Derecho Natural, demuestran que no conoce en lo más mínimo su forma principal. La forma primera y auténtica del derecho natural, debe ser estudiada directamente en sus creadores: Aristóteles, padre de la doctrina y Santo Tomás, que la corona con una teología..."[64]

El naturalismo se propondría frente al positivismo estéril, como elemento para salir del error en que el matiz positivista ha encuadrado al Derecho. El iusnaturalismo no sería "cosa muerta", sino viva, regeneradora, útil, apta a estos tiempos de efervescencia social y jurídica. El iusnaturalismo puede, y en efecto lo hace, aportar criterios más valiosos para la solución de los intereses, de conflictos (relaciones jurídicas) por lo que es necesario repensarla a la luz de las nuevas circunstancias e

[64] *Ibid. p. 35.*

incorporarle lo que pueda haber de valioso en las otras doctrinas.

Ahora bien, ¿qué supone el Derecho Natural? "El presupuesto sobre el que se levanta la concepción clásica del Derecho Natural, es el de la capacidad del intelecto humano para aprehender -aunque sea en forma incompleta- la esencia de las cosas."[65] Esto significa la presuposición de comprender como funcionan las cosas por su propia naturaleza, por su propia y natural forma de ser.

¿Qué es el Derecho Natural si no ese "ser" de las cosas?

El problema del Derecho Natural surge cuando se trata de comprenderlo en referencia a los conceptos empiristas o idealistas. El empirismo, apegado a los hechos, a las cosas palpables, a la experiencia, y el idealismo que supone que el intelecto diagrama, pone la forma propia de las cosas. Ambas facciones niegan la capacidad de aprehensión del intelecto para captar la esencia de las cosas, lo que anularía la posibilidad de la aceptación de un orden jurídico emergente de la naturaleza de las cosas: "Tanto si negamos lisa y llanamente esta capacidad, tal como lo hacen las corrientes empiristas, como si suponemos que la forma propia de las cosas es puesto por el intelecto, como sostiene el idealismo, el camino del Derecho Natural queda cortado."[66]

[65] *Ibid. p. 36.*
[66] *Ibid. p. 36.*

El Derecho Natural tiene su fundamento en la esencia misma de las cosas, a partir de esta esencia es que surgen las demás. Al respecto Massini parafraseando a Michel Villey trascribe: "No existe ningún conocimiento concreto en nuestra mente que no preexista en las cosas y que no provenga de ellas" Es decir que todo está en las cosas y nuestro intelecto tiene la actividad de comprenderlas, o aprehenderlas.

La concepción de la naturaleza clásica concibe la idea de que en ella se engloba todos los aspectos o elementos del mundo; lo material y lo espiritual; no se exime en las cosas materiales y relaciones de causalidad, sino que trasciende más allá de ello, lo que viene a revelar -en conjunto- un determinado orden del mundo, Massini, otra vez parafraseando a Michey Villey trascribe lo que significa el Derecho Natural Clásico: "La naturaleza de los clásicos, engloba sin excepción todo lo que existe en nuestro mundo; es decir, no solamente los objetos físicos, materiales (como en la naturaleza post-cartesiana), sino la integridad del hombre, cuerpo y espíritu, las instituciones humanas y las instituciones sociales: la polis, los grupos sociales, los grupos profesionales. Para Aristóteles todas estas cosas estaban en la naturaleza (...). Pero sobre todo, la naturaleza clásica es un objeto mucho más basto y rico que la naturaleza de los filósofos modernos, porque incluye mucho más que las cosas puramente materiales y las relaciones de causalidad eficiente entre las mismas. Hay en ella un sentido espiritual, una belleza; aquello que nosotros llamamos hoy en día valores. (...), Aristóteles vio en la naturaleza (más allá de esas realidades primeras que

son los seres individuales), formas, esencias generales (como las de viviente, de ser humano), por los cuales se revelaba el orden del mundo, que no solamente es un conglomerado amorfo de individuos, sino un cosmos ordenado."[67] Aristóteles vio en las cosas finalidades, causas finales. Santo Tomas por su lado creía que la ley fundamental del universo era la aspiración a un fin o finalidad, y no la ley de causalidad (causa y efecto). El factor que impulsa el movimiento de las relaciones sociales es el fin. Este determinará la dirección, pero no el proceso.

Aristóteles y Santo Tomas de Aquino creen y postulan la necesidad de conocer el fin de las cosas, sin embargo, desde otra óptica Augusto Salazar Bondy y Friedrich Nietzsche no creen en la finalidad de las cosas (y si no me equivoco también Sartre dice que "la existencia precede a la esencia", no cree en la naturaleza de las cosas). O como en otras palabras, podría decirse que "Ahora sabe que nada está preestablecido en el cosmos, que no hay fines consistentes y plenos, capaces de guiar nuestra acción y el proceso del mundo. Con Zaratustra bien puede decirse: "He liberado a las cosas de la tiranía del fin."[68]

Pero a pesar de lo trascrito, es necesario conocer el fin a que se dirigen las cosas, ya sea un fin natural o inventado (creado, para comprender cual es la función a que se debe tal o cual cosa o institución, o etc., "para comprender cualquiera de las instituciones que el ser

[67] *Ibid. p. 39.*

[68] *ARRIOLA GRANDE, Maurilio. Diccionario Literario del Perú. Lima, Editorial Universo S.A, Segunda Edición , corregida y comenada, Tomo I, 1980, p. 469.*

humano edifica, ya sea libremente o siguiendo una inclinación natural, es imprescindible conocer la finalidad a la que se ordena. De lo contrario, nos sería imposible distinguir un estado de una banda de ladrones o a una empresa comercial de un club deportivo."[69]

Para los clásicos del Derecho Natural, el hombre era, no un producto del azar o las circunstancias sociales, exteriores, sino era la confirmación de su esencia, aquello para lo que por naturaleza estaba inclinado a ser. Esa era su finalidad innata, propia, es decir: "la finalidad que persigue cada ser en su movimiento no es arbitraria, sino que viene prefigurada en su esencia, en su forma particular, en la estructuración profunda que lo hace ser eso que es y no otra cosa"[70]

El espíritu de la naturaleza, o mejor dicho, la inclinación a ser lo que se es en esencia tiene, en las personas, un obstáculo: la libertad. Por la libertad el hombre, que según su naturaleza debería dirigirse hacia un fin preestablecido, puede desviarse, y "decidir" su finalidad última, desvincularse de su esencia natural, para formar la propia suya, independiente del orden natural de las cosas, "el hombre tiene el privilegio de ser libre, es decir, tiene la posibilidad de desviarse del plan de la naturaleza."[71] Esto produce un desenfoque del orden a seguir, y de conocer en forma absoluta las finalidades naturales de los hombres.

[69] *MASSINI, Carlos Ignacio. Sobre el Realismo Jurídico. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 41.*
[70] *Ibid. 41.*
[71] *Ibid. p. 42.*

Haciendo esta observación, Michey Villey nos propone un análisis de las actividades humanas, discerniendo de ellas las que más se apeguen al orden natural de la esencia del hombre, para luego desprender de ellas el derecho a moldear. Villey expone que haya organizaciones sociales que se aproximen más que otras a la esencia natural de las cosas, a ser lo que por naturaleza estamos destinados a ser. Esto servirá de modelos con los cuales podremos forjar el Derecho, más acorde a la esencia misma de nuestra naturaleza.

* *

Según el concepto del iusnaturalismo, el Derecho tiende a posibilitar la realización de las virtualidades contenidas en la naturaleza humana. Y para conocer el Derecho Natural es "la observación" el instrumento de conocimiento.

Un último dato aclaratorio: "De lo expuesto surge con toda claridad que es imposible pretender un conocimiento acabado e indubitable de los preceptos del Derecho Natural; que el Derecho Natural no es un ordenamiento, perfecto racionalmente, de normas expresamente formuladas y que se superpone al ordenamiento jurídico-positivo. Por esto escribe Villey que "es seguro que la naturaleza no encontraremos nunca una legislación formulada. Si entendemos el término ley en el sentido de regla expresamente formulada, no existen leyes naturales." En el Derecho Natural no podemos encontrar nada más que direcciones generales, tendencias, orientaciones, pero nunca reglas estrictamente definidas[72]

[72] *Ibid. p. 46.*

El iusnaturalismo ha tenido a lo largo de la historia varias etapas y clases: Iusnaturalismo Cristiano, Patrística (padres de la iglesia), Escolástica, neo Del Renacimiento, - neo y Neotomista, Iusnaturalismo Racionalista (Descartes, "La razón reemplaza a Dios como origen de la ley y del Derecho"), Derecho Natural Estoico, Derecho Natural Aristotélico, Derecho Natural Clásico, Derecho Natural Moderno.

Por último podemos decir que el "El Jusnaturalismo de la época precedente fue el instrumento de una determinada sociedad: permitió una modernización controlada, bajo la dirección de una clase dominante que no ocupaba directamente el poder político"[73]

[73] *TRAZEGNIES GRANDA, Fernando De. La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979, p. 256.*

2) POSITIVISMO

---------- & ----------

El dato histórico ubica su genealogía en la medianía del siglo XIX, y se la reconoce como fundador a Augusto Comte[74] (1798-1857)

Se trata de una corriente pegada al cientismo; su esencia está en las leyes que rigen a los fenómenos.

Comte estudia al conocimiento y concluye que este pasa por tres estados teóricos: teológico, metafísico y positivo.

---

[74]. Hijo de una familia católica, monárquica y conservadora, tiene -a pesar de su descendencia- orientación inhalada por la Revolución Francesa. Escribe de el Julían Marías: "La vida de Comte fue difícil y desgraciada. En su vida privada fue infeliz, y nunca logró la menor holgura económica, a pesar de su indiscutible genialidad y de su esfuerzo. En sus últimos años vivía sostenido por sus amigos y partidarios, sobre todo franceses e ingleses. (...) Tiene caracteres de desequilibrio mental..." / MARÍAS, Julían. Historia de la Filosofía. Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición, p. 338.

Para Eduardo Galeano "Nunca han faltado pensadores capaces de elevar a categoría científica los prejuicios de la clase dominante, pero el siglo XIX fue pródigo en Europa. El filósofo Augusto Comte, uno de los fundadores de la sociología moderna, creía en la superioridad de la raza blanca y en la perpetua infancia de la mujer. Como casi todos sus colegas, Comte no tenía dudas sobre este principio esencial: Blancos son los hombre aptos para ejercer el mando sobre los condenados a las posiciones sociales subalternas"(Galeano, Eduardo. Patas Arriba. La escuela del mundo al revés. Editorial siglo XXI, p. 54.

El primero se enfrasca en una concepción de religión. El segundo busca explicar la naturaleza de los seres, su esencia, sus causas primeras. El tercero es el definitivo, el real.

En el estado positivo o real el hombre se desliga de las ideas y centra su conocimiento en la observación, crea su cosmovisión a partir del dato, de lo que está puesto en la realidad, "En el la imaginación queda subordinada a la observación. La mente humana se atiene a las cosas. El positivismo busca sólo hechos y sus leyes. No causas ni principios de las esencias o sustancias. Todo esto es inaccesible. El positivismo se atiene a lo positivo, a lo que está puesto o dado: es la filosofía del dato. La mente en un largo retroceso, se detiene al fin ante las cosas. Renuncia a lo que es vano intentar conocer, y busca sólo las leyes de los fenómenos."[75]

El método del positivismo es el de causa-efecto. Su carácter se apega al cientismo, a la ciencia, es excluyente; cerca al conocimiento en la observación y en la ley de causa efecto.

El positivismo resulta de una reacción contra la initidez del Derecho Natural, que se había convertido en inmanejables concepciones abstractas y vagas sobre el orden jurídico y de la necesidad de tener certeza en los actos jurídicos.

Víctor García Toma dice que las características del Positivismo son:

[75] *MARÍAS, Julían. Historia de la Filosofía. Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición, p. 339,340.*

1.- Separación entre el Derecho y la Moral; osea entre lo que "es" y lo que "debe ser";
2.- Existencia de una imperatividad normativa, que faculta al Estado a ejercitar la fuerza.

Para el Positivismo, según Alzamora Valdez "no existe nada más allá de lo percibido; que sus elementos integrantes se influyen recíprocamente en virtud de la ley de la causalidad, cuyo señorío exclusivo es para el positivismo "la piedra" angular de su idea del mundo" y que el método es el de las ciencias físico naturales."[76]

Desde una perspectiva histórica, "En el campo de las disciplinas jurídicas, el positivismo surgió como lógica reacción contra las abstracciones y vaguedades del jusnaturalismo decadente, contra las incoherencias de la filosofía postkantiana y, como fruto de una necesidad de certeza de los juristas que buscaron apoyo en el método de las ciencias naturales como el único capaz de garantizar un auténtico saber."[77]

La realidad debía ser explicada en sus efectos, no en sus causas, metafísicas. El positivismo así, se presentaba como un organizador, de datos, clasificándolos y manejándolos de acuerdo al método científico que probaba su validez o invalidez. De esto se sucede que la organización jurídica se aferra a la letra de la ley: " La ley es la ley". La colección, recolección de datos es el esquema de organización jurídica, es el método, "La ciencia jurídica positivista, infecunda en

[76] *ALZAMORA VALDEZ, Mario. Introducción a la ciencia del Derecho. Lima, Eddili, Décina Edición, 1964, p. 332.*
[77] *Ibid. p. 333.*

sus dos manifestaciones, no buscó otra cosa "que coleccionar, registrar y clasificar datos" o la explicación "sociológica" de la producción del derecho."[78]

* *

¿Cómo se independiza el Derecho del iusnaturalismo y se independiza del positivismo?. El ambiente confuso, lleno de abstracciones que tienden a lograr aprehender verdades universales, cosa que parece imposible y demasiado limitativo para la necesidad de ser práctico, realista; de dejar la idea, y las especulaciones meramente filosóficas, el hombre requiere de realidades concretas, puestos a la vista sin duda alguna, sin atormentados métodos de conocimiento metafísico, poco observables y percibibles, "Dentro de ese clima cargado de frases huecas, de conceptos sin espesor porque han sido adelgazados hasta perder todo significado con el objeto de darles aspecto de verdades universales, dentro de un tal ambiente jusfilosófico el positivismo va a presentarse como una filosofía seria, que pretende atenerse al rigor científico, que elimina toda falsa metafísica, que se limita a una interpretación de lo real sin pretender vender un catecismo jurídico cualquiera.[79] Es esta necesidad de independencia de todo lo oscuro y abstracto por lo que "...el orden jurídico positivo inicia su independización del Derecho Natural, orientación que alcanzará su apogeo a mediados del S. XX con la recepción del Kelsenismo."[80].

[78] *Ibid. p. 333*

[79] *TRAZEGNIES GRANDA, Fernando De. La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979, p. 223.*

[80] *Ibid. p. 222.*

La aceptación del positivismo tiene un matiz revolucionario. Las ideas y las praxis entrechocan. El positivismo se acomoda, se inserta como la posibilidad del cambio, como un factor liberador del maniqueo y oscurantismo del iusnaturalismo; tiene repercusión semejante al romanticismo frente al clasicismo, es decir, propone una ruptura, un giro en las nuevas concepciones del orden. Se muestra como el orden ideal a la exigencias prácticas de la sociedad. Se sabe que los estudiantes de Derecho, por ejemplo, lo aceptaron -en sus inicios- como teoría contra la tradición, como la novedad que niega el carácter metafísico que no les incumbe y no les resuelve, de inmediato, sus problemas de relaciones jurídicas. El positivismo es mostrado así como el camino para la celeridad y practicidad, para el conocimiento real y necesario.

> "El atractivo del positivismo va a ser grande entre estudiantes de Derecho (que lo ven como la nueva filosofía revolucionaria que denuncia la tradición) y entre los profesionales (que reciben una versión muy simplificada del positivismo, pero para quienes esta corriente significa una revalorización de ese Derecho positivo con el que trabajan diariamente)."[81]

La figura se presentaba ideal o más conforme con las necesidades sociales vigentes. El iusnaturalismo y sus implacables verdades universales ya no serían el centro, de organización social, pero sí un elemento importante, "El positivismo resulta así una atmósfera

[81] *Ibid. p. 223.*

que corroe las verdades universales del jusnaturalismo pero que, en la mayoría de los casos, tiende también a un cierto compromiso con ellas."[82] El Derecho Natural no desaparece totalmente, sino que se cerca, se limita, "el campo del Derecho Natural es aquel que existe hasta la dación de una ley; a partir de entonces, reina el método positivo."[83] En todo caso, lo que sucede es una división de funciones. El legislador deberá preocuparse por las verdades universales, y su fundamento; el abogado -mediante el método positivo- interpretará las leyes, "En otras palabras, el legislador debe preocuparse por los fundamentos universales de las leyes que se propone dar; en cambio, el abogado, el jurista, debe limitarse a interpretar estrictamente esas leyes ateniéndose al método positivo. En esta forma, el Derecho queda sometido tanto a la influencia del jusnaturalismo como del positivismo, a pesar de la contradicción aparente que esta doble influencia implica."[84]

* *

Como dijéramos anteriormente, para el positivismo lo que importa preponderantemente es el dato, la ley, el carácter científico de los fenómenos sociales, "el dato positivo es la ley a la que se le debe el respeto más absoluto. En otras palabras, la ciencia del Derecho no es sino la ciencia de la ley."[85]

Sin embargo, el carácter especial del positivismo es su relatividad; el espíritu positivo es relativo. No existe un

[82] *Ibid. p. 255.*
[83] *Ibid. p. 255.*
[84] *Ibid. p. 255.*
[85] *Ibid. p. 255.*

estudio absoluto de los fenómenos, sino en referencia dependiente al tipo de organización, a nuestros sentidos, o a las condiciones de nuestra existencia; el saber no es absoluto, perfecto pero "El saber tiene que aproximarse incesantemente al límite ideal fijado por nuestras necesidades. Y el fin del saber es la previsión racional."[86] El sentido positivista, mediante el uso de la razón, pretende preservarnos del futuro, o al menos ordenarlo en la máxima aproximación. El positivismo duda de las verdades universales; pero la relatividad en las formas se perderá, al tomar "las formas" un carácter de verdades universales, "el positivismo desconfía de todo lo universal, considera que toda verdad es relativa y quiere comprender las verdades de su tiempo en relación con las circunstancias históricas de su tiempo (...) Esta lucidez del primer positivismo se perderá en algunos de los positivismos del S. XX, cuando las estructuras formales asuman también el carácter de verdades universales: la relatividad sólo será válida entonces con relación al contenido, pero no con relación a la forma de la ley."[87]

Como sabemos la relatividad tiene que ver mucho con los fundamentos de las concepciones postmodernas del Derecho, que más luego analizaremos.

* *

El positivismo en el Perú, apareció precedido de grandes promesas de cambio. Un elemento para coordinar la realidad, la praxis y el orden. La ubicación

[86] *MARÍAS, Julían. Historia de la Filosofía. Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición, p. 340.*

[87] *TRAZEGNIES GRANDA, Fernando De. La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979, p. 256.*

temporal nos la explica David Sobrevilla, "El positivismo fue introducido en el Perú hacia 1860, según Augusto Salazar Bondy (...) No obstante, sólo alcanzó a prender con la generación surgida luego de la guerra con Chile. Se trata del periodo que Basadre ha llamado del Segundo Militarismo: el nacido del fracaso del ejército."[88]

Luego de la guerra con Chile el Perú estaba conmocionado por la derrota.

Por otro lado, pero dentro del mismo tema, la filosofía -para Sobrevilla- no tenía el carácter de tal: "Nosotros hemos escrito antes que la filosofía llegó a América Latina como una actividad importada heterogénea a las culturas aborígenes, que en los periodos precedentes a la guerra con Chile no hubo en rigor una filosofía peruana y que ésta comienza en verdad entre nosotros con el positivismo."[89]

Frente a la derrota peruana ante Chile surge Manuel González Prada que se adhiere al Positivismo como ataque a la escolástica reinante, causa de la derrota:

> "Las primeras referencias al positivismo se encuentran en el Perú a mediados del siglo XIX, pero es sólo hacia 1870 cuando este movimiento se afirma entre nosotros en el ambiente de la Facultad de Medicina. Luego de la Guerra con Chile, es un intelectual no perteneciente al medio universitario, Don Manuel González Prada, quien iba a marcar a fuego la adhesión a la escolástica

[88] *SOBREVILLA, David. La filosofía contemporánea. Lima, Carlos Matta editor, 1996, p. 44.*
[89] *Ibid. p. 85*

> como la causante de la derrota e iba a señalar que es el positivismo el que indica el camino del progreso y de la superación de la crisis nacional."[90]

González Prada no se resigna a las teorías conservadoras y propicia "no admitir más verdades que las sometidas a la observación y el experimento."[91] González Prada es la gran figura intelectual de su época "que adhiere al positivismo porque ve en él la doctrina que permitirá superar la crisis de la época. En su discurso del Teatro Politeama del 28 de julio de 1888 y en el del Teatro Olimpo del 30 de octubre del mismo año, González Prada invitó a los jóvenes a acudir a la ciencia positiva, suavizadora de la tiranía de la naturaleza y gran benefactora de la humanidad, y a recusar la teología y la metafísica, lucubraciones de la mentira"[92] Sin embargo hay que anotar que González Prada, no cree en la certeza absoluta de la ciencia, para él las matemáticas es la única ciencia exacta. Dice Gonzales Prada: "Nosotros no tenemos sino verdades provisorias, puntos de mira individuales, sujetos a perenne rectificación; y no podemos exigir que los demás cerebros acepten lo mismo que nosotros aceptamos"

* *

El positivismo se presentaba como instrumento contemporáneo con los hombres y sus exigencias. Su fundamento está en los efectos, no busca causas sino

[90] *Ibid. p. 86.*

[91] *ARRIOLA GRANDE, Maurilio. Diccionario Literario del Perú. Lima, Editorial Universo S.A, Segunda Edición , corregida y comenada, Tomo I, 1980, p. 414.*

[92] *SOBREVILLA, David. La filosofía contemporánea. Lima, Carlos Matta editor, 1996, p. 44.*

realidades, no busca ser visionaria, mística, pero sí lograr atrapar las experiencias y manejarlas de acuerdo a métodos de observación y relación científica: "Esta ciencia positiva es una disciplina de modestia; y esto es su virtud. El saber positivo se atiene humildemente a las cosas; se queda ante ellas, sin intervenir, sin saltar por encima para lanzarse falaces juegos de ideas; ya no pide causas, sino sólo leyes. Y gracias a esta austeridad logra esas leyes; y las posee con precisión y certeza. Pero el caso es que esta situación no es primaria, sino al contrario: es el resultado de los esfuerzos milenarios por retener a la mente, que se escapaba a todas las lejanías, y forzarla a ceñirse dócilmente a las cosas."[93] El positivismo no es sino un resultado.

En el Perú "Para muchos el positivismo se limitó a una desconfianza frente al Derecho Natural, una atracción casi escolar por la ciencia y una justificación para los estudios de Derecho positivo sin el sentimiento de culpa por sentirse al margen de "lo universal" del Derecho. En esta forma, era posible proclamar al positivismo y, al mismo tiempo justificar la República Aristocrática."[94]

El positivismo en sus orígenes se mostraba como la conexión entre realidad y texto, el Derecho, según esto, era las experiencias y prácticas jurídicas. El Derecho tendría que deducirse de la realidad. "Ahora bien, la

[93] *MARÍAS, Julían. Historia de la Filosofía. Madrid, Ediciones Revista de Occidente, 1974, 26ª. Edición, p. 343.*

[94] *TRAZEGNIES GRANDA, Fernando De. La idea del Derecho en el Perú republicano del siglo XIX. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1979, p. 223.*

realidad da la preponderancia al derecho tal como es aplicado; poco le interesa la letra muerta como tampoco el rigor lógico. Cuando una regla dictada por la autoridad estatal queda sin efecto, es una rama en que no circula la savia; se seca. El derecho positivo es el derecho viviente...."[95], esto significaba una reconexión del mundo textual con el mundo real.

Sin embargo, en la actualidad parece, que el positivismo hace al jurista un "técnico sin principios, intérprete pasivo de los textos legales."[96]

* *

Por último recalcaremos que para el **positivismo** la norma jurídica es su máxima expresión, es decir ; encerrar en unas cuantas líneas las conductas humanas y las respuestas a estas conductas. Algo lógico, matemático como el positivismo dejo de lado la subjetividad del hombre, su carácter eminentemente evolutivo, y su naturaleza dinámica, generaliza no individualiza. Se ubica en la razón. Paradójicamente la razón es un fundamento de la modernidad que proviene de la exaltación del hombre, y de la desacralización de la iglesia.

Para el positivismo todo está o debiera estar establecido por la norma, sin embargo, cabe aclarar que:

> "El derecho no es un dato o algo que nos venga ya dado, sino algo que hay que ir buscando

[95] *DU PASQUIER, Claude. Introducción al Derecho. Lima, Edinar, 4ta. Edición: 1990. Trad. Dr. Julio Ayasta Gonzales. p. 257.*

[96] *Massini, Carlos Ignacio. Sobre el Realismo Jurídico. Argentina, Abeledo-Perrot, 1978, p. 35. Parafrasea Massini a Villey.*

incesantemente y las normas no son formulaciones de validez general, sino las pautas o las guías que ha de seguir esta investigación y esta búsqueda."[97]

[97] *DIEZ PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Madrid, Editorial Ariel, 1975, p. 231.*

Capítulo: PRINCIPALES TEORÍAS FILOSÓFICAS-JURÍDICAS DE LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO

---------- & ----------

Hemos de exponer muy brevemente, para darnos un marco referencial, las principales teorías filosóficas-jurídicas. Por eso, siguiendo el análisis que hacen Luis Martínez R. Y Jesús Fernández S., la determinación del objeto de estudio del Derecho se perfila como un elemento poco claro, en sus otras palabras, el "Derecho no tiene claro ni delimitado cuál es su objeto, no se sabe con precisión en qué consiste la realidad del Derecho. Y por otro lado, ofrece también dificultades a la hora de distinguir con precisión la realidad del derecho de los medios lógicos que el jurista utiliza para enunciar y describir esa realidad."[98]

Como un medio de alternar medios de solucionar este tipo de fenómenos se exponen a continuación teorías filosóficas-jurídicas que intentarán explicar la realidad y el objeto del Derecho desde enfoques distintos:

[98] *MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Barcelona. Editorial Ariel, 1994, p. 24.*

1) Concepción Normativista:

Según esta concepción de la realidad del Derecho, el foco central y fundamental de la esencia del Derecho son las normas. Las normas configurarían ese objeto de estudio, esa integración total del Derecho, etc. Esto es, a nuestro parecer, inexacto. Si bien las normas son partes constitutivas del Derecho, no lo constituyen todo, no son todo el Derecho.

El problema de tomar como objeto de estudio del Derecho a la norma, es decir tener una concepción normativista del Derecho, reside en que se excluye de este estudio todo aquello que no tenga que ver con la norma. A mi parecer, lo que ha habido es una exagerada convicción de que el enfoque normativista era el medio más adecuado para entender al Derecho.

Para Bobbio, por ejemplo, el mejor medio para acercarse a la experiencia jurídica es a través de los sistemas normativos, considerar al Derecho como un sistema de normas; desde este enfoque la experiencia jurídica es una experiencia normativa,[99] la vida misma es sólo una representación normativa, un conjunto de normas dentro de las cuales nos desenvolvemos o estamos encerrados; son estas normas las que dirigen nuestras acciones a lo largo de nuestra vida. Son estas normas las que a manera de carteles indicativos conducen nuestro comportamiento y manera de vivir.

> "Toda nuestra vida está llena de carteles indicativos, algunos que ordenan tener cierto comportamiento, otros que lo prohíben. Muchos

[99] *BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Editorial Temis, p. 3.*

> de estos carteles indicativos son reglas del derecho. Desde ahora podemos decir, así sea en términos todavía generales, que el derecho constituye una parte notable, tal vez la más sobresaliente de nuestra experiencia normativa."[100]

Bobbio ha partido de esta concepción normativa, pero entiende que este sólo es un medio del cual partir para estudiar al Derecho y acercarse a la experiencia jurídica. Su advertencia de que el "derecho constituye una parte notable... de nuestra experiencia normativa", aclara que no considera al Derecho como puramente normativo, que no es sólo norma, sino que es "una parte notable". La vida esta repleta de experiencias normativas, es en sí una gran experiencia normativa, pero el Derecho no constituye toda la experiencia normativa de la vida humana.

El problema consiste en que la concepción normativista se la asimila con carácter cerrado, con amarras literales, con imprecisiones conceptuales, etc. El Derecho así entendido sería sólo norma. Esto no es así, el Derecho es mucho más que norma, es experiencia, es conflicto de intereses[101], es lucha para alcanzar un medio[102], etc.

No obstante se entiende que la concepción normativista del Derecho identifica al Derecho con la norma, es decir la realidad del Derecho es la norma.

---

[100] *Ibid. p. 3.*
[101] *Como lo proponía Luis Diez Picazo.*
[102] *Concepción expuesta por Ihering.*

> "Esta teoría ... entiende al Derecho como una realidad normativa, es decir, identifica la realidad del Derecho con las normas o, mejor, con el ordenamiento jurídico."[103]

Conductas y normas se encuentran condicionadas para ser jurídicas, sin esta unión no existen orden jurídico. Lo jurídico será aquello que esté regulado en las normas jurídicas. Las conductas sociales sólo serán jurídicas si están normadas. La legitimidad de un acto social sólo será dado a través de una norma previamente establecida.

> "Para esta teoría, las conductas sólo serán conductas jurídicas cuando estén reguladas por normas jurídicas. De la misma forma, las relaciones sociales sólo alcanzarán el rango de jurídicas cuando estén previstas y contempladas en normas jurídicas. Y la sociedad sólo dispondrá de una auténtica organización cuando ésta sea establecida por un conjunto de normas jurídicas"[104]

Esto pareciera significar una exacerbada acentuación en la forma, o el formalismo. La extensión de esta concepción afectaría a todo lo referente al Derecho, incluso las relaciones jurídicas[105], serían manejadas

---

[103] MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Barcelona. Editorial Ariel, 1994, p. 24.

[104] Ibid. p. 24.

[105] En lo que respecta a la relación jurídica, para esclarecer esta dinámica, citaremos a Norberto Bobbio que escribe: "lo que caracteriza la relación jurídica no es el contenido sino la forma, y esto significa que no se puede determinar si una relación es jurídica con base en los intereses que están en juego, sino por el hecho de estar regulada o no por una norma jurídica. ... una relación es jurídica porque es regulada por una norma jurídica." / BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Editorial Temis, pp. 18.

desde este enfoque normativista, donde conducta y norma deben estar legitimadas por la existencia o constitución formal de las conductas sociales. Es decir que para la existencia del Derecho, las conductas sociales deben ser transformadas en conductas normadas, formalmente normadas, jurídicamente existentes. Los hechos sociales deberán ser transformados en hechos jurídicos a través de su formalización jurídica. De su existencia real en normas jurídicas, para ser válidas.

Esta concepción normativista, extendida aún hoy en nuestro medios, ha provocado cierta separación de las prácticas y experiencias sociales con las formulaciones jurídicas. La desconexión entre hecho y norma se ha acentuado por la distancia puesta por la forma. El Derecho se ha entendido como mera expresión de la forma jurídica, y no de los valores sociales. La conceptualización del normativismo como objeto de estudio del Derecho ha trascendido y escapado a niveles más jerárquicos y dogmáticos. Se ha acentuado la ley sobre el hecho social. Se ha confundido los medios de estudio, con la esencia del Derecho, se ha tornado al Derecho como mero "conjunto de normas", formulación literal, y falseada por los intérpretes y/o usuarios del Derecho, que han concebido esta proposición como la materialización formal del Derecho. Por ello el Derecho sería la norma, la norma sería la ley, y la ley sería la palabra escrita, reduciendo al Derecho a este compacto parámetro, al texto y no al contexto.

El Derecho entendido de esta forma ha devenido en

conjunto de normas, "De una manera más o menos consciente, se encuentra muy extendida entre nosotros una concepción normativista del derecho. Según esta concepción, el derecho es un conjunto de normas. Son normas que poseen una u otras características, pero son normas al fin y al cabo."[106].Los que así intuyen al orden jurídico, al Derecho como conjunto de normas, presuponen que el Derecho es algo ya dado previamente en las normas, formalmente empotradas en la normatividad, orden preestablecido por la sociedad; hay una dirección ya formulada, un orden deseable, al intentan adecuarse las normas, mediante toda una estructura organizativa. Incluso los que planteaban al Derecho como ciencia, la postulan como ciencia normativa, y basados en esta concepción hacen al Derecho dependiente de la norma:

> "La ciencia del derecho es sustancialmente una ciencia normativa. Una consecuencia de esta concepción es que el derecho es algo que se encuentra previamente dado. Lo encontramos formulado o cristalizado en las normas. El derecho se nos aparece como una previa formalización normativa, abstracta y general, que nos viene ya dada. De acuerdo con esta idea, el derecho es el orden previsto o preestablecido para una sociedad, comunidad o grupo humano. Para que este orden se realice, para que una comunidad viva ordenadamente, es necesario ante todo un previo planeamiento o una previsión del orden que es considerado como deseable. Este orden se ofrece a través de toda

[106] *DIEZ PICAZO, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Barcelona. Editorial Ariel, 1975, p. 6.*

> una serie de reglas o de preceptos, que son estatuidos con una eficacia social de organización y mediante los cuales aquel orden se intenta o se ensaya."[107]

Las normas, en el esquema normativista del Derecho, constituyen lo primero, son portadoras del germen de lo deseable para la sociedad, y están revestidas con mantos de previsibilidad, como configurando de antemano las relaciones sociales y jurídicas. Hay en ellas también una doble función, la de prever el orden establecido y la de sancionar la contravención a este orden determinado por la norma.

> "Para una concepción normativista del derecho, no cabe duda que las normas constituyen lo primero. (...) Las normas prefiguran la realidad deseable y esta última debe ajustarse a ellas. Además, las normas prevén las consecuencias que han de producirse cuando la realidad discrepe del mandato en ellas contenido. Esta previsión es fundamentalmente una sanción. Así, las normas, al mismo tiempo que plantean el orden deseable, sancionan las contravenciones o desviaciones de este orden, para conseguir que en el futuro tales contravenciones o desviaciones no se produzcan."[108]

Una de las características esenciales de esta concepción normativista del Derecho es su fundamentación material, condición esencial para la existencia del Derecho, "El normativismo puro exige

[107] *Ibid. p. 6.*
[108] *Ibid. p. 7.*

una absoluta fidelidad a la letra de la ley, que se considerará la norma prototípica. Sin ley no hay nada que hacer." [109] Pero además, esta concepción normativista juega en un ambiente de normalización, es decir, sujetarse al Derecho es estar normalizado, haciendo de los que no se adecuan al Derecho unos rebeldes, delincuentes, etc., esta normalización esta determinada por la norma, que en su expresión formal se muestra como ley.

El problema es que aún hoy, está muy difundida la noción normativista en nuestra sociedad. La letra de la ley cómo exclusiva posibilidad de hallar Derecho, así lo demuestra[110]. En este entendido el Derecho sería sólo lo que la norma formal prefigura, dejando de lado todo otro aspecto. La frase popular: "los papeles hablan", tan extendida hoy, no es más que un producto de esta concepción normativista, que ha limitado la concepción del Derecho, su operatividad, y extraviado su condición de realidad social.

> "Todos sabemos que hoy está harto difundida, aun entre quienes no son positivistas, la convicción de que el derecho es un conjunto de normas. Y con eso se extravía totalmente la noción de que el derecho es una realidad social, algo que los hombres hacen en sus relaciones sociales. (...) el orden normativo es sólo un sector o una dimensión del mundo jurídico, que de ningún modo agota su totalidad. El orden de

[109] *Ibid. p. 9.*

[110] *Esto indica que el Derecho se fundamenta en la ley, pero no que los hombres crean que el Derecho lo puedan obtener sólo únicamente a través de la utilización de la ley. Es decir, no se cree en la justicia y el Derecho, pero sí en la aplicabilidad de tales por medio de la norma, o ley, adecuada según los intereses.*

> conductas, al contrario, aparece como el centro de gravedad de ese mundo jurídico, donde se sitúa la eficacia y la vigencia."[111]

El Derecho no puede ser sólo norma, porque también es acto social, es relación, es experiencia y práctica, es teoría y expresión, etc, El Derecho es un mecanismo que sirve para mantener y limpiar las arterias del orden de la sociedad, y permitir el flujo de las relaciones sociales y jurídicas.

2) Concepción Institucionalista:

Esto significa que el Derecho es institución, "El Derecho antes que norma es organización, es institución.[112] Santi Romano contrapone a la concepción normativa del Derecho, la concepción del Derecho como institución. Hay en Romano tres elementos que constituyen la realidad del Derecho, estos son: La sociedad, el orden social y la organización. Hay primero una organización de la sociedad, para luego poder existir, a posteriori las normas.

Como lo dijimos anteriormente, el mérito de esta concepción institucionalista, consiste en que ha negado el criterio por el cual el Estado era el único creador del Derecho, es decir la contraposición a la teoría estatalista[113].

---

[111] Escribe Germán J. Bidart Campos en el prólogo hecho al libro Sobre el Realismo Jurídico. Massini, Carlos Ignacio, Sobre el realismo jurídico, Editorial Abeledo-Perrot S.A., pág. 11.

[112] MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Barcelona. Editorial Ariel, 1994, p. 24.

[113] "La teoría estatalista del derecho es el producto histórico de la formación de los grandes Estados que surgieron de la disolución de la sociedd medieval. Esta sociedad fue una sociedad pluralista, es decir formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o

> "La doctrina de la institución representa una reacción contra el estatalismo y es uno de los tantos medios con los cuales los teóricos del derecho y de la política han tratado de oponerse a la expansión del estatalismo.[114]

La teoría normativista estipula que la experiencia jurídica se origina en la norma de conducta, por su lado la teoría estatalista adhiere otros elementos, como la existencia de la coacción para configurarse como Derecho.

La teoría de la institución considera que no hay derecho allí donde se cumplen tres elementos, sociedad, orden social y organización. "La sociedad, como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el orden, como fin a la cual tiende el derecho y la organización, como medio para realizar el orden. Se puede decir, en síntesis, que según ROMANO existe derecho cuando hay una organización de una sociedad ordenada, o también, con palabras análogas, una

que se integraban: por encima de los que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos universales como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en la tradición del pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en sí misma un ordenamiento. El Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de monopolización de la producción jurídica. (...), la formación del Estado moderno corre paralela a la formación de un poder coactivo cada vez más centralizado y, por lo tanto, a la supresión gradual de los centros de poder inferiores y superiores al Estado, lo que tuvo como consecuencia la eliminación de todo centro de producción jurídica que no fuera el mismo 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 el surgimiento del Estado nacional moderno." / BOBBIO, Norberto, Teoría General del Derecho, Editorial Temis, pp. 9.

[114] BOBBIO, Norberto, Teoría general del Derecho, Editorial Temis, pp. 10.

sociedad ordenada por medio de una organización o un orden social organizado."[115]

De lo que se desprende que el elemento esencial es la organización, "Esto significa que el derecho nace en el momento en que un grupo social pasa de una fase inorgánica a una fase orgánica, de la fase de grupo inorgánico o inorganizado a la fase de grupo organizado.(...) El fenómeno del paso de la fase inorgánica a la fase orgánica se llama también institucionalización. Se dice que un grupo social se institucionaliza cuando crea su propia organización, y por medio de ella llega a ser, según ROMANO, un ordenamiento jurídico."[116]

No habría Derecho, pues, si no hay organización, y si no hay organización no hay grupo organizado, y si no hay esto último no hay institución. Para el paso de un grupo inorgánico a grupo organizado, a institución, es necesario -según explica Bobbio- tres cosas:

"1. Que se determinen los fines propios de la institución.
2. Que se establezca los "medios", o por lo menos los medios principales, que se consideren necesarios para lograr aquellos fines.
3. Que se distribuya las funciones específicas de los individuos que componen el grupo para que cada uno colabore, a través de los medios previstos, para el logro del fin."[117]

[115] *Ibid. p. 8.*
[116] *Ibid. p. 8.*
[117] *Ibid. p. 12.*

En la teoría institucionalista el Derecho escapa a las fronteras que imponía el Estado como creador del Derecho, pero esto también tiene cierto problema, la dificultad que existe de aceptar algún tipo de organización sin normatividad. Además, es el producto de la sociedad en su conjunto y no del individuo. Puesto que parte de la idea de que el Derecho es un fenómeno social. Para los intitucionalistas la constitución del Derecho se da a través de una serie, vasta y compleja red de relaciones sociales.

La teoría institucionalista, por otra parte, no excluye sino refuerza la teoría normativista, puesto que vincula al proceso de institucionalización con el proceso de producción de normas, "por tanto, dondequiera que hallemos un grupo organizado estamos seguros de encontrar también un sistema de normas de conducta que dan vida a la organización"[118].

3) Concepción relacionista

Por esta teoría el Derecho es una relación entre individuos. Esta concepción se inspira en el individualismo, según la cual el Derecho sería producto de la voluntad de los particulares.

> "Para los partidarios de la teoría relacionista la realidad jurídica, el Derecho, más que una realidad normativa o institucional, es una relación entre individuos, resaltando principalmente el aspecto de alteridad e intersubjetividad del Derecho. Así lo entiende Guasp, que define el Derecho como "el conjunto

[118] *Ibid. p. 13.*

> de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias”.”[119]

Según Bobbio, esta concepción relacionista surgió también desde la observación de que el Derecho es un fenómeno eminentemente social que se origina en la sociedad.

La teoría relacionista, al parecer, tiene un fundamento importante, una inspiración en el individualismo, y en iusnaturalismo de siglos pasados, en los cuales el Derecho se presentaba como la voluntad de los individuos, que ha colocado en la cúspide de sus sistema social al contrato entre dos o más personas.

> “Se inspira [la teoría relacionista] en una concepción individualista del derecho, como también en las concepciones imperantes en el iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, según las cuales el derecho era producto de la voluntad de los particulares, considerados cada uno, como una mónada separada de las demás mónadas, y que, en realidad había elevado a categoría jurídica suprema el acuerdo de dos o más voluntades individuales, esto es, el contrato, hasta el punto de hacer surgir la sociedad por excelencia, o sea el Estado, mediante el acuerdo de las voluntades de cada uno de los individuos, que se ha llamado contrato social.”[120]

---

[119] *MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Barcelona. Editorial Ariel, 1994, p. 25.*

[120] *BOBBIO, Norberto, Teoría general del Derecho, Editorial Temis, pp. 14.*

Este individualismo abstracto, del que se basa la teoría relacionista, tiene sus raíces en los iluministas, entre ellos el iluminista jurídico Kant. Parece que Kant advirtió la trascendencia del Derecho como relación. Su preocupación por clarificar la relación entre sujetos y no entre sujetos y objeto es evidente. Para él, la relación de un sujeto que tiene derecho y deberes con un sujeto que también tiene derechos y deberes" constituye la relación jurídica. Kant está preocupado por definir el derecho como una relación entre dos sujetos.[121]

La concepción relacionista, que considera que el Derecho sólo se configura como una relación intersubjetiva, es decir entre sujetos, entre personas, es a nuestro parecer, la teoría más próxima a nuestra época. No obstante estar aún de boga la teoría normativista, que según Bobbio, engloba todas las otras doctrinas o teorías, nosotros pensamos que, dada las nuevas circunstancias mundiales, con la exaltación del individualismo, y el derecho de los particulares como eje central del movimiento social jurídico, es el planteamiento más cercano a la realidad actual. El Derecho sería prefigurado, hoy, por conceptos que integren el fenómeno del individualismo como eje central del movimiento jurídico. Lo que significa que lo que interesa en un mundo postmoderno, no sería ya la norma -como fundamento central- sino el individuo, sus intereses personales, pero con limitación de los intereses de los otros.

[121] *Ibid. p. 15.*

Hay, no obstante, una observación a la teoría relacionista. Según explica Bobbio, hay relación jurídica siempre y cuando existe forma que constituya esta relación, cuando exista -según Levi- una relación intersubjetiva, relación entre dos sujetos, uno de los cuales es titular de un deber y el otro de un derecho.[122] Esto distingue a la relación jurídica de la relación moral o económica. Entonces la relación jurídica vendría a ser una relación derecho-deber.

> "La relación jurídica, como relación de derecho-deber remite siempre a dos reglas de conducta, de las cuales la primera atribuye un poder y la segunda un deber."[123]

Hasta ahí todo va bien, el problema, que a nuestro parecer se presenta, es la sujeción a la forma a la cual se ha condicionado la teoría relacionista. La relación constituiría, así, esa conexión derecho-deber pero sólo a través de la formalización o cristalización material de la relación jurídica. No hay por tanto relación jurídica si no está expresada en la norma, y si no hay norma y no hay relación jurídica no habría tampoco Derecho. Este es el inconveniente de la teoría relacionista, su limitación formal. El requisito de esta relación jurídica a la forma. Bobbio explica que

> "...lo que caracteriza la relación jurídica no es el contenido sino la forma, y esto significa que no se puede determinar si una relación es jurídica con base en los intereses que están en juego, sino por el hecho de estar regulada o no por una norma jurídica (...) una relación es jurídica porque es

[122] *Ibid. p. 16.*
[123] *Ibid. p. 18.*

> regulada por una norma jurídica.(...) Relación jurídica es aquella que, cualquiera que sea su contenido, es tomada en consideración por una norma jurídica integrada en un ordenamiento jurídico, y calificada por una o varias normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico.[124]

Como dijimos, para nosotros ésta es una consideración exagerada de lo que constituye Derecho. Es cierto que la relación jurídica configura parte del Derecho, pero no nos parece que el Derecho deba limitarse a ser relación normada. No nos parece que la relación jurídica se deba limitar a la forma, o la norma materializada.

Por último, Fernández Sessarego aclara que una relación jurídica ya precisamente lo que Bobbio expresaba, sino que la concepción de relación ha sido observada desde otra perspectiva más total, menos formal, pero igualmente válida, por su condición intrínseca; fenómeno que explicaremos más adelante.

4) Concepción Conductista del Derecho:

La palabra que resume esta teoría es: conductas. Esto significa que son las conductas en lo que consiste el Derecho. De esta forma no son las normas, sino las conductas y comportamientos lo que hacen el Derecho. Para Luis Martínez y Jesús Fernández, es Carlos Cossio quién puede exponer con mayor precisión esta teoría. Según Cossio, que expone su teoría Egológica (conductas) del Derecho,

[124] *Ibid. p. 18.*

> "la realidad del Derecho no consiste en normas, ni en relaciones, ni en organización, sino que consiste en conductas, pero no en cuanto conducta hecha o ya realizada que se puede captar mediante una institución sensible en un marco espacio-temporal -este tipo de conducta sería objeto de la sociología-, sino la conducta en cuanto posibilidad, es decir, en cuanto libertad."[125]

La norma cumple una función de conocimiento, descriptiva, y expresión de la realidad. Las normas no podrían ser así imperativas, de mandato, sino simplemente descriptivas, lo que las propone como verdaderas o falsas. El Derecho serían las conductas y las normas los medio de conocimiento.

Como veremos, las conductas son las variables con los que trabajaremos, pero no como Derecho, sino como expresión de una determinada concepción del Derecho.

* *

Como anteriormente dijimos, todas estas teorías nos parecen complementarias, no excluyentes, ni anuladoras las unas de otras.

> "Las ...teorías no se excluyen mutuamente, y por lo tanto es estéril toda batalla doctrinal por hacer triunfar una u otra. Diré más bien que estas ... teorías se integran útilmente entre sí. Cada una de ellas pone de relieve un aspecto de la multiforme experiencia jurídica"[126]

---

[125] *MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica. Barcelona. Editorial Ariel, 1994, p. 26.*

[126] *BOBBIO, Norberto. Teoría general del Derecho. Editorial Temis, pp. 19.*

Por eso vamos a tener en cuenta sus expresiones, y coger eclécticamente lo mejor de cada cual, según sea el contexto dentro del que estemos haciendo referencia como discurso jurídico.

Capítulo
LA APLICACIÓN DEL DERECHO

---------- & ----------

"Aplicación del derecho como subsunción. Las dificultades de la operación jurídica. El silogismo de determinación de la consecuencia jurídica. La fijación de los hechos: el caso jurídico como historia. El descubrimiento de la sustancia jurídica del caso: trascendencia e intrascendencia de los hechos. El conocimiento de los hechos y las pruebas. Prueba judicial y prueba demostrativa. La actividad probatoria como actividad regida por reglas jurídicas. La tarea de selección de la norma aplicable al caso." (Luis Diez-Picazo)

Cuando de Aplicación del Derecho hablamos nos estamos refiriendo a como transformamos un hecho social cualquiera en un hecho jurídico, y como encajamos el Derecho en un caso determinado, el, derecho en general y abstracto en un caso concreto y singular.

Norma Jurídica y aplicación del Derecho.-

Si creemos que la aplicación del derecho se da a través de la norma jurídica, estaríamos proponiendo que esta, la norma jurídica, debe ser cumplida, ya sea que la norma jurídica sea concebida como: un "mandato", un "imperativo", una "regla de conducta", o como "un criterio de decisión de conflictos"[127]. Pero sabemos que la norma jurídica es, en el concepto de Luis Diez Picazo, nada más que "un mandato con eficacia social de organización".

Pues bien, la realización de esta norma jurídica expondría la aplicación del Derecho. Sin embargo, la existencia y validez de una norma está contenida, por así decirlo, en un principio: "la pretensión de que la vida social y la realidad social se ajusten a ella: que el mandato o el imperativo sea obedecido; que el deber-ser contenido en la regla sea cumplido; que los litigios qau ese susciten sean resueltos o decididos de acuerdo con ella."[128]

Es la vida social, o esta realidad social que tiene que

[127] *Diez Picazo, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 208.*
[128] *Diez Picazo, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 208.*

encajar, encuadrarse en lo que sea norma jurídica, independientemente de lo que por ella se entienda. Cuando esto se da recién hay "aplicación del derecho", presuponen algunos autores. Este encuadramiento de la vida social, la realidad social en la norma jurídica es llamado técnica "la subsunción". Y esta se produce por la necesidad del Derecho de "hacerse real".

Luis Diez-Picazo define lo que por Aplicación del Derecho en sentido tradicional se entiende, y escribe:

> "Desde el punto de vista tradicional, el conjunto de operaciones o actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad y la vida social a los dictados de las normas jurídicas se configura y se defino como 'aplicación del derecho'"[129]

¿Esta imposición, de llenar con la realidad el balde de la norma jurídica puede abarcar y acaparar todo lo que se entiende por aplicación del derecho?

Si fuera así, quien determinada el derecho no es la realidad sino las normas jurídicas. La realidad sólo sería un referente, pero no el plus del Derecho.

En esta operación la subsunción es determinante de lo que sería la aplicación del derecho. "Se sume o se subsume el caso concreto que ha sido planteado en el supuesto de hecho de una norma jurídica. Rigurosamente, la función será una función de constatación o de homologación: se trata de

[129] *Diez Picazo, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 208.*

determinar si la hipótesis de la ley se realiza en el supuesto de hecho. El juez o el que aplica una ley deben ser, como decía Montesquieu, la simple 'bouche de la loi', de tal manera que no tienen que hacer otra cosa que establecer los hechos, para que la consecuencia jurídica prevista en la norma se produzca de una manera automática." [130]

Lo importante aquí esta en determinar si el hecho social, o realidad social está encajada dentro de lo que se denomina el supuesto de hecho, que es un elemento de la norma jurídica. Si este hecho social puede contenerse en el supuesto de hecho entonces, por un criterio automático, más matemático que racional o valorativo, se produce una consecuencia jurídica. Esto es lo que se denominaría Silogismo jurídico.

Para que haya posibilidad de aplicación del Derecho no se tendría que hacer nada más que "constatar" que un hecho social o realidad social encaje dentro de un supuesto de hecho determinado. Es decir, si el objeto -realidad social- encaja en el molde –supuesto de hecho.

El fundamento de este planteamiento parece residir sólo en el supuesto de hecho, aquí yu sólo aquí hay valoración de los hechos, y fijación de los caracteres trascendentales de los hechos; por el contrario la consecuencia jurídica no tiene mayor valoración, porque es una imposición automática, previamente establecida y no sujeta a crítica o valoración.

[130] *Diez Picazo, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 209.*

El silogismo es la fórmula que se utiliza para explicar este tipo de operaciones, de tal forma que la subsunción se da a través de una fórmula: "dado una premisa menor (los hechos fijados por el juez o intérprete) y una premisa mayor (formada por la norma jurídica) se tiene que llegar a una conclusión. Así si : "si es A, debe ser B". Esta operación sería puramente lógica, pero como sabemos la vida, y el derecho no es lógico simplemente, sino que va más allá.

La selección:

No basta, pues, con intentar encuadrar un hecho dentro de una norma jurídica, porque la realidad, los hechos sociales no son tan encuadrables, o mejor, no pueden encuadrarse dentro de una sólo norma jurídica, sino que esta encuadración responderá siempre a ciertos criterios, como pueden ser, las pretensiones. Luis Diez Picazo pone un ejemplo: Si Ticio ha matado a Cayo, entonces Ticio debe ser castigado". Pero esto no es suficiente, porque el hecho no es tan simple, hay otros factores que determinar primero. Hay la necesidad de pulir el hecho, dejando de lado todos los fenómenos que no importen al derecho y sólo estableciendo aquellos que tengan necesariamente trascendencia jurídica, y para hacer esto hay que encuadrar el hecho dentro de determinadas perspectivas, por eso "La dificultad estriba ante todo en una selección de la norma jurídica

de la cual queremos hacer aplicación"[131]. Por ejemplo si hay un hecho: "Ticio ha Matado a Cayo", tendríamos que ver "los motivos del homicida", podría haber sido con alevosía, o con premeditación, o por imprudencia, o al contrario, en legítima defensa.

Ahora bien, el hecho de la constatación de los hechos, "presupone la utilización de unos criterios que son ya de algún modo valoraciones o que constituyen lo que se ha podido llamar deducciones volitivas" Dice Luis Diez Picazo. Determinar un hecho es determinarlo según una valoración, una valoración es hacer un juicio, es decir establecer los hechos no es sólo contar los hechos, sino, fijarlos, determinarlos, proponerlos, darle una estructura y forma a estos hechos. Así que el mismo hecho de contar implica también una valoración, una valoración de lo que han percibido nuestros sentidos. La función es "ligar" un hecho social con una norma jurídica.

Luis Diez Picazo habla de cuatro etapas que entran en juego para poder decidir y resolver un determinado conflicto de intereses:

1.- Seleccionar la norma:

Se trata de la búsqueda y captura de la norma, que debe ser encontrada en todo el material normativo. Determinación del orden dentro del cual se puede clasificar el hecho social dentro de una norma determinada, y luego la "exclusión" de las otras

[131] *Diez Picazo, Luis. Experiencias jurídicas y teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 210.*

normas. Es un proceso por medio del cual se "selecciona dentro del todo normativo", la norma más idónea, o adecuada al hecho social, que por ello tiene que convertirse en jurídica.

2.- Fijación de los hechos concretos:

En este punto lo que se hace es establecer las características relevantes del caso, constatarlos y describirlos, puliéndolo de todos los otros elementos que no sean relevantes. . Es decir se tiene que fijar, limitar, encuadrar, determinar un hecho, y establecer que es ese hecho y no otro hecho.

3.- Contrastación entre el caso y el supuesto de hecho.-

Esta operación mental consiste en establecer si el caso, el hecho social, encaja, puede encuadrar en un supuesto de hecho. Para ello debemos recordar que el supuesto de hecho no es más que un elemento de la norma jurídica. Explicando diremos que la Norma jurídica tiene los siguientes elementos:

1) Supuesto de hecho;
2) nexo;
3) Consecuencia jurídica.

El supuesto de hecho es el hecho social pero determinado por una ley.

El gráfico es el siguiente:

SH + CJ = Norma Jurídica

Supuesto de hecho + Consecuencia jurídica = Norma Jurídica.

4.- Fijación del sentido y alcance de la consecuencia establecida por la norma.-

Pero hay una oposición a esta formulación intelectual de establecer las soluciones de los conflictos de intereses, es decir a la aplicación del Derecho.

Si usamos estas fórmulas estaríamos creyendo que el Derecho es como un ideal cristalizado, inamovible, previamente dado, determinado a priori por las normas, es decir que el derecho sería ante que el hecho. Esto no es así porque las normas jurídicas si bien son determinaciones a priori de los hechos sociales, los hechos sociales se configuran independientemente de las normas jurídicas; es más es luego que se intenta encajonar los hechos en las normas jurídicas. Las normas jurídicas pueden preexistir antes que los hechos sociales, pero no son los hechos sociales determinados por las normas jurídicas, es decir no disponen su cumplimiento. Lo que sucede es más bien que la hipótesis contenida en las normas jurídicas se cumple cuando un hecho social encaja dentro de una norma jurídica. El Derecho, y más propiamente, la norma jurídica es una "formulación abstracta y general", pero los hechos no son generales sino casos concretos, claro que esto no signifique que para aplicar el derecho lo que se pretenda es "un ajuste o un encaje del caso en una norma". Pero esto es sólo para poder operar, no porque la norma mande se cumpla su hipótesis. Esto es más un instrumento de organización de la solución de los conflictos de intereses.

Lo que Diez-Picazo intenta poner en claro es la fórmula del silogismo de subsunción, como le llama a todo este proceso de hacer encajar un hecho social, una realidad social dentro de una norma jurídica, no es tan simple, y no determina la aplicación del derecho, porque el derecho no es encaje de un caso dentro de un supuesto de hecho, sino mucho más; y puesto que el derecho es más bien "una serie de experiencias vividas o experiencias existenciales, que son rigurosamente hablando decisiones de casos concretos", por lo que el Derecho si no es preestablecido, si no esta ya determinado a priori, no es, por lo tanto, un dato, no es un 'datum', Sino una invención, una creación constante, una reformulación constante, que tiene, eso si, ciertos elementos de construcción, Asi, dice Luis Diez Picazo, "Los textos legales, las costumbres y los principios manifestados a través de las creencias, las convicciones o las estimativas generales del grupo humano proporcionan pautas o guías para encontrar, en cada caso, precisamente en cada caso, 'lo que es derecho', es decir, un 'iustum' concreto."[132] En esta situación, el planteamiento de lo que es la aplicación del derecho cambia. Si el Derecho, o la aplicación del derecho no es encajonamiento del caso, hecho social, realidad social, dentro de una norma jurídica, tomada esta como un mandato imperativo con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, entonces, tenemos que ensayar otra forma de entender la aplicación del derecho, y esta es la que el derecho se crea a cada rato, con la reconstrucción y transformación de un hecho social en

[132] *Diez Picazo, Luis, Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 212.*

un hecho jurídico, pero no a través del silogismo de subsunción, sino a través de otros elementos más, a través de la consideración, primero de que el derecho tiene que encontrarse dentro de una determinación abstracta y general, para encuadrarlo dentro de un caso concreto y singular, este procedimiento permite que exista la convicción de la existencia de un principio de "igualdad", es decir que a casos iguales las soluciones, o las respuestas jurídicas (el derecho es una respuesta a una fenómeno social) tienen que ser semejantes; además este forma de solucionar los problemas, los casos, debe realizar contando con la existencia y conocimiento de ciertos criterios de decisión, que por lo tal se puedan prever, por este conocimiento, y que además deben coincidir con un "común y general 'consensus'".

La aplicación del derecho ya no será el tradicional, es decir:

> "(…) el conjunto de operaciones o actividades llevadas a cabo para ajustar la realidad y la vida social a los dictados de las normas jurídicas"[133]

Lo que queda claro es que el caso no puede ser sometido a un simple silogismo, y que más bien, puede ser determinado, de acuerdo a la perspectiva de operación de donde se origine, así el caso, un hecho determinado, un hecho social, puede ser visto –Dice Diez Picazo- para consejo u opinión, que podrá ser resuelto por un jurista; o puede ser visto para

[133] *Diez Picazo, Luis, Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 208.*

determinar unas pretensiones, en este caso es la función de un abogado quien responderá exactamente con establecer el plus del caso, y el derecho de este caso; o puede ser sometido el caso para ser decidido, en cuyo radio entra la actuación de un juez. Como se verá, explica Diez Picazo, todas las variantes son válidas, y en cada caso se ha determinado y establecido un forma de hacer derecho, o de aplicar derecho. Lo que no hay duda es que es el caso el punto de partida. Y además ".. existe entre las tres un evidente paralelismo, pues en todas ellas se trata de extraer del caso o de encontrar partiendo del caso aquello que para el caso 'es derecho'"[134]

Las fases de la aplicación del derecho son:

1.- Fijación de los hechos que constituyen el caso concreto. Estos hechos son fijados a través de la historia, porque los hechos en la aplicación del derecho no son vistos, necesariamente, sino conocidos a través de una narración, o de documentos, pero no a través del mismo hecho, o caso. Así, lo primero que se constituye es la historia del caso, y la historia –para Diez Picazo- es:

> "una transmisión de sucesos pretéritos, peor una transmisión en la que se han introducido ya los criterios valorativos propios de quien realiza la transmisión,..."[135]

[134] *Diez Picazo, Luis, Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 214.*

[135] *Diez Picazo, Luis, Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 214.*

Cosa que no había advertido es esto de la transmisión en la historia. Si la historia tiene su carácter en la transmisión, lo que significa es que importa, no por el registro de hechos pasados más relevantes, sino porque estos hechos aún se suceden en nuestro tiempo, porque han son transmisión, es decir, algo así como darle la posta a otro tiempo para que la carrera siga en pie.

Y cuando un caso o hecho social es relatado a través de la historia eso supone que no es conocido como una experiencia personal, sino por medio de un tipo de comunicación.

Ahora bien, lo que se trata es de confirmar si esos hechos, narrados por la historia son ciertos o no, por eso hay que separar las afirmaciones valorativas ("esta pobre señora" "este sinvergüenza") Es decir, el proceso es de decantación, porque las formulaciones de los hechos, que llevan en si una carga valorativa (esta pobre señora, este sinvergüenza) no pueden entrar en el margen de la historia jurídica, o del caso como problema jurídico. Queda solo la sustancia jurídica, "El caso va siendo despojado de todos aquellos elementos o de todas aquellas características que resultan intrascendentes a efectos del problema jurídico que se plantea y el caso queda reducido a lo que podríamos llamar su sustancia jurídica", pero para esto se tiene que tener a la vista el contexto y el texto normativo donde podrían encajar los hechos o el caso, por eso el juez y el jurisconsulto tienen que trabajar con el caso como orfebres, es decir ir "moldeándola para que

pueda caber en algunas de las hipótesis normativas"[136]. Lo que en suma se está haciendo es interpretar.

Pero cuando el juez, por ejemplo, hace derecho, no se dedica sólo a demostrar la proposición histórica de un hecho, no sólo fabrica una historia, sino que, a diferencia del historiador, "no puede elegir los asuntos que tiene que juzgar"[137]

Además al intentar aplicar el derecho, no se puede tener un conocimiento exacto, o riguroso en sus afirmaciones, por eso hay que probar los hechos, pero la prueba, en los asuntos judiciales, no son tan simples, porque se trata de hechos sociales, de casos, y la prueba no demuestra la valoración de un hecho, sino intenta fijar como han ocurrido estos hechos, para tenerlos como puntos de partida del análiis y evaluación jurídica. El hecho de que la prueba judicial sea insuficiente está en que el derecho antes que demostrativo, es valorativo, es decir, se determina y fija por las valoraciones y juicios que de un determinado hecho social, o caso, se concluyen. Diez Picazo explica perfectamente este fenómeno o carácter no demostrativo del Derecho, al hablar de la prueba judicial:

> "La prueba judicial no es en rigor una 'prueba demostrativa', aunque algunas veces pueda intentar serlo, sino que es más bien un arte dialéctico que busca la persuasión del

[136] *Diez Picazo, Luis, Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 216.*
[137] *Diez Picazo, Luis, Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 218.*

> destinatario. Hay aquí rigurosamente una lucha y, como en un match, un éxito parcial puede conducir a la victoria si el contrario no reacciona a tiempo. Se trata de convencer más que demostrar, y el convencimiento no se forja sólo respecto de los hechos en sí mismos, sino de su mayor o menor probabilidad, atendidas las circunstancias, entre las cuales no está exenta de importancia la valoración moral del tipo de individuos (¡esta pobre señora!, ¡este sinvergüenza!).”[138]

Esta es una gran revelación, que por supuesto los positivistas no aceptarán, y menos porque el positivismo piensa que el derecho se aplica cuando un caso, un hecho social, una realidad social se encuadra dentro de una norma jurídica y nada más. Que el derecho existe siempre y cuando exista demostración, a la manera de la ciencia, pero, otra vez, se olvida que el derecho antes que demostrativo es valorativo, y el valor de algo no se demuestra, como se puede demostrar la existencia de la ley de la gravedad, sino que se construye, a través de la coordinación de muchos elementos, o criterios de decisión, diferentes a lo meramente racional.

[138] *Diez Picazo, Luis, Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. Editorial Ariel. Pp. 220.*

Capítulo: LOS DERECHOS OBJETIVO Y SUBJETIVO

---------- & ----------

DERECHO OBJETIVO.-

"Se llama derecho *objetivo* al conjunto de los mandato jurídicos, y en particular al conjunto de las leyes."(Carnelutti. Como nace el Derecho. Pp. 34.).

EL DERECHO SUBJETIVO.-

"Derecho *subjetivo* al poder de mandar en tutela de los propios, intereses, reconociendo al individuo, y en particular al propietario" (Carnelutti. Como nace el Derecho. Pp. 34.).

El Derecho subjetivo ha sido entendido como aquella facultad que tiene la persona. Así, los Derechos subjetivos son las "facultades que tienen los seres humanos para determinar normativamente la conducta de los otros"[139].

[139] *Concepto parafraseado a Máximo Pacheco. Teoría del Derecho. Editorial jurídica de Chile. Pp. 127.*

Esta conceptualización implica que el ser humano tiene un poder para exigir que el resto adopte una conducta determinada, pero conducta que tiene que tener referencia en el individuo. Eso indica que el individuo puede "exigir ciertas conductas a los otros", pero como facultad se queda en el marco de lo interno, de la potestad o potencia, algo que puede ser, que existe como idea, o como facultad, pero que para ser efectiva, o ejercida necesita de otro instrumento del derecho, el derecho objetivo. Así, el derecho subjetivo es la facultad para activar y poner en funcionamiento el derecho objetivo. Por eso se dice que el Derecho subjetivo está contenida siempre en el concepto de derecho objetivo (conjunto de normas). Así mismo "… nos dice Kelsen que el derecho subjetivo no es más que el derecho objetivo puesto a disposición de los particulares".[140]

Tener un derecho subjetivo es ser titular de un derecho, es decir alguien que tiene para si un derecho, y al ser este tal, significa que esta titularidad está reconocida por el Estado (recordemos que el Estado es concebido como Ente superior y jerárquico con ciertos elementos: soberanía, pueblo y territorio).

Por otro lado, existen doctrinas que consideran la voluntad o el interés como elementos del derecho subjetivo, por lo mismo conceptualizan al Derecho subjetivo como "el poder de la voluntad humana dirigido hacia un bien o interés' reconocido o protegido

[140] *Curso de Teoría del Derecho y Metodología del Jurídica. Luis Martínez Roldán y Jesús A. Fernández Suárez. Editoriales Ariel Derecho. Pp. 18.*

por el orden jurídico o que es un 'interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual"

El Derecho subjetivo como potencia.-

Hemos creído conveniente determinar el Derecho como potencia porque es el concepto que más representa su esencia, su carácter más relevante e importante.

Hay dos conceptos significados esenciales de la potencia -según escribe José Ferrater Mora-:

1.- La potencia es el poder que tiene una cosa de producir un cambio en otra cosa,

2.- La potencia es la potencialidad que reside en una cosa de pasar a otro estado. Paso de una cosa de un estado a otro estado"

Estas dos concepciones de potencia son válidas perfectamente para explicarnos de qué se trata el Derecho subjetivo. De tal forma que podemos decir que el Derecho subjetivo es esa potencia -en los dos sentidos aludidos- que tiene el ser humano.

Cuando hablamos de Derechos subjetivos, estamos refiriéndonos entonces a esa potencia, es decir el poder que tiene el ser humano para producir un cambio, un movimiento en otra persona o personas. Significa que hay la posibilidad de pasar de un estado a otro estado. Por ejemplo tener el derecho a la libertad implica primero tener un derecho subjetivo, o sea el reconocimiento de ese derecho a la libertad, y la

posibilidad, en vista de ese reconocimiento, de "hacer efectivo" ese derecho a la libertad. ¿Quién nos da el reconocimiento? Y ¿cómo haremos efectivo ese derecho subjetivo? El reconocimiento es un fenómeno social que tiene sus etapas. No se trata, pues de un reconocimiento individual, sino social. Es decir, producto del acuerdo social, o de lo que lo representa (el Estado). Es por eso que es el Estado, en representación de esa voluntad, de ese consenso social, quien debe, o está obligado a hacer efectivo el reconocimiento de nuestros derechos subjetivos, y para hacerlo necesita un instrumento de donde partir, ese es el Derecho objetivo, es decir, ese conjunto de normas, o mejor, ese sistema normativo, que servirá de base y de punto de referencia para ejercer el derecho subjetivo. Así el derecho subjetivo sin la existencia del derecho objetivo es impensable, puesto que la posibilidad de efectivizarse por medio del derecho objetivo es lo que le da posibilidad de existencia, o que se proponga como proposición.

El derecho subjetivo prevé ciertas condiciones, o facultades, del ser humano, por eso es potencia: condiciones para ser, en el futuro, algo; "condiciones que van a hacer posible. Por eso no basta con creer tener el derecho a la libertad, sin que existe esa condición de existencia, por eso "no basta suponer una potencia para poder explicar su actualización" (Ferrater Mora). No podemos hablar de libertad, si no hay implícita, previamente esa posibilidad de libertad. "Por ejemplo, la proposición 'x crece' es ininteligible si no aceptamos que la proposición 'x posee la potencia

de crecer' tiene sentido."[141]. Así no se puede establecer un derecho subjetivo sin previamente éste ser posible, ser una potencia, una posibilidad de ser, y que por tal existan las condiciones para que sea. Hay, entonces una cierta lógica previa, un reconocimiento previo, anterior al hecho, al hecho que predestina, como un oráculo, la potencialidad de algo. Por lo mismo la potencialidad indica que un ser, lleva dentro la posibilidad de ser. El acto de ser -por ejemplo la libertad- es siempre anterior al hecho, al ser mismo. Para ratificar esto Ferrater Mora parafraseando a Aristóteles escribe: "el acto es lógicamente anterior a la potencia"[142]

Los derechos subjetivos como potencia, como facultad, tienen una característica principal: "la capacidad de ser actuadas"; podemos decir por ello, que el ser humano que posee un derecho subjetivo está en la capacidad para poder actuarlas, si no hay esta capacidad no hay derecho subjetivo. Pero este Derecho subjetivo "representa un principio y no simplemente una condición", un principio porque es un fundamento, es decir, una "fuerza irresistible y última", un orden. Un principio que explica la relación del ser humano con los demás, las posibilidades de interrelación y de respeto de esas relaciones, por eso podríamos decir usando a Schelling, que el Derecho subjetivo, como potencia, son "relaciones determinadas entre lo objetivo y lo subjetivo, entre lo real y lo ideal." El Derecho subjetivo es una fuerza, es decir, como

[141] *Ferrater Mora, José. Diccionario de Filosofía Abreviado. Editorial Sudamericana. Buenos Aires Argentina. Pp. 338.*
[142] *Ferrater Mora, José. Diccionario de Filosofía Abreviado. Editorial Sudamericana. Buenos Aires Argentina. Pp. 338.*

relación de tensión y acción, "La potencia podrá ser racional o irracional; en todos los casos se la entenderá indisolublemente como 'fuerza'" -dice Ferrater Mora.

FORMAS DE MANIFESTACIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO.-

Máximo Pacheco expone las formas como se manifiesta el Derecho subjetivo de la siguiente manera:

1.- Como derecho de libertad jurídica

Cabanellas escribe que la Libertad es la "Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos".

Justiniano la definía como 'la facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo impedírselo la fuerza o el Derecho'.

Las Partidas, (…), decían que la libertad era 'poderío que ha todo hombre naturalmente de hacer lo que quisiese, sólo que fuerza o derecho de ley o de fuero se lo embargue."

Los elementos que constituyen el concepto de libertad son el obrar del hombre, pero un obrar que es materia de responsabilidad.

El concepto de libertad según Schopenhauer.-

La libertad, es "un concepto negativo", ¿por qué?, porque por el entendemos: "la ausencia de todo obstáculo" (Schopenhauer 209).

La libertad más bien es una fuerza que se representa, que se manifiesta, que se expresa, y como tal debe ser positiva. Schopenhauer, partiendo de este concepto distingue los tipos de libertad y los divide en: Libertad física, Libertad intelectual, y la Libertad moral.

a) Libertad física.-

Que para Schopenhauer no es más que la "ausencia de cualquier tipo de obstáculo *material,* "designa la ausencia de condiciones vejatorias" (209); "rasgo característico consiste en que sus movimientos proceden de su *voluntad,* son *voluntarios* y como tales son llamados *libres* cuando ningún obstáculo los imposibilita." (209).

Pero el eje del asunto, la clave es que "los obstáculos pueden ser de muy diversos tipos, lo obstaculizado es siempre la *voluntad*, por ello" (209).

"Ningún obstáculo *físico, material,* impiden su obrar, sino que éste procede de acuerdo con su *voluntad."* (209).

"Bajo este significado el concepto de la libertad no está expuesto a ninguna duda o controversia, pues siempre puede darse testimonio de su realidad a través de la experiencia." (209).

"El concepto de libertad, en este su significado original inmediato y popular, se refiere sólo al *poder* (poder obrar), es decir, a la ausencia de obstáculos en sus acciones." (209, 210)

b) Libertad intelectual.-

El intelecto es la facultad del conocimiento, a través del intelecto "kiss nituvis actúan sobre la voluntad".

El hombre intelectualmente libre, es aquel que cuando la voluntad puede decidirse de acuerdo con la naturaleza del hombre, o sea de acuerdo con el carácter individual del hombre, y manifestarse sin trabas según su propia esencia (Schopenhauer. 210).

un hombre es intelectualmente libre cuando "sus acciones son sólo el resultado de la reacción de su voluntad ante los motivos que se le presentan en el mundo externo de la misma manera que a todos los demás. Es entonces cando se le atribuyen sus acciones moral y jurídicamente." 210 Schopenhauer.

El Intelecto es el medio de los motivos: "el *medium* del motivo es el *conocimiento";* 54 "si falta el conocimiento, falta también necesariamente el movimiento por motivos" 54.

el intelecto: es el conjunto o sistema de conocimientos, intelecto es conocimiento. Y Schopenhauer le atribuye a este, a este conocer, la característica central de todos los animales, "…la verdadera característica del animal sea el conocer, el representar. El animal, como tal, se mueve siempre hacia un fin, con un propósito, el cual debe ser conocido por él, esto es, debe representársele como algo diferente de él mismo y tener conciencia de este algo. Por consiguiente, hay que definir al animal diciendo que es 'lo que conoce'" 54.

"*La motivación es la causalidad vista por dentro*" Schopenhauer 100.

"Esta libertad intelectual queda *suprimida*, o bien cuando el medio de los motivos, la facultad del conocimiento, está trastornado temporal o definitivamente, o cuando las circunstancias exteriores en determinados casos adulteran la aprehensión de los motivos. El primer caso es el de la ocra, el delirio, el paroxismo y el delirio de la borrachera; el segundo el de un error del cual no somos culpables, como, por ejemplo, cuando alguien sirve veneno en lugar de medicina o dispara contra el criado que ha entrado por la noche tomándolo por un ladrón. En ambos casos los motivos están adulterados y, por lo tanto, la voluntad no puede decidirse como lo haría bajo las mismas circunstancias si el intelecto se los suministrase correctamente." 210 Schopenhauer.

c) La libertad moral.-

Un motivo no tiene fuerza irresistible, porque puede ser vencida por otro motivo más fuerte. No es lo mismo que un obstáculo material.

***

Por este Derecho subjetivo el ser humano tiene la facultad de ejecutar o no la conducta a la que se refiere el derecho subjetivo. Esto es probado, por ejemplo, dice Máximo Pacheco, por el Derecho al Matrimonio. Uno puede casarse o no, es un derecho subjetivo, pero uno decide.

2.- El Derecho Subjetivo como poder de creación de derechos y deberes o poder jurídico.-

Este atañe a la facultad para crear nuevas relaciones, derechos y obligaciones, a través del uso de la autonomía de la voluntad. Ejemplo. Una fundación - escribe Pacheco.

En este sentido el Derecho subjetivo es un poder, que conlleva en si, la autonomía de la voluntad, y esta es simplemente el poder jurídico para gobernar nuestros propios intereses.

3.- Derecho subjetivo como pretensión o derecho a exigir el cumplimiento del deber ajeno.-

Aquí entra una característica esencial del derecho subjetivo, y es la facultad de exigir, el poder o la exigencia que tiene el individuo por medio del establecimiento de este derecho subjetivo. "El titular del derecho puede exigir de otro el cumplimiento de su deber correlativo. Por ejemplo el derecho que tiene el acreedor de exigir al deudor el pago de lo adeudado."[143]

4.- El Derecho Subjetivo como derecho de cumplir el propio deber.-

El hecho de tener un derecho subjetivo, que significa potestad implica además tener respecto de ese derecho subjetivo un deber. Este deber es siempre una relación jurídica. "Por ejemplo el Derecho que tiene el deudor

[143] *Pacheco. Máximo. Teoría del Derecho. Pp130.*

de pagar por consignación cuando el acreedor rehusa recibir el pago".[144]

CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Clasificación que hace, también Máximo Pacheco, quien señala que los Derechos Subjetivos se clasifican en:

1.- Clasificación que atiende al carácter público o privado.-

Por este concepto se entiende que el Derecho subjetivo puede ser de orden público (correspondiéndole este al Estado y a las instituciones determinadas) y de orden privado ("como el derecho electoral que le corresponde al ciudadano").

El Derecho subjetivo es la "facultad que el ordenamiento jurídico protege y garantiza".

A pesar que hay quienes consideran que el Derecho subjetivo no corresponde al Estado, y por lo tanto no pueden ser públicos, la teoría que aceptamos aquí es la de la existencia y validez de tanto el derecho subjetivo público, como privada.

"…podemos decir que existen derechos subjetivos públicos y derechos subjetivos privados. Los primeros pueden pertenecer al Estado y demás comunidades de orden político y también a los particulares; y los derechos privados a su vez pertenecen

[144] *Pacheco. Máximo. Teoría del Derecho. Pp130.*

fundamentalmente a los particulares, pero también pueden pertenecer al Estado"[145]

2.- Clasificación que atiende a la eficacia y naturaleza de los derechos subjetivos.-

Podemos explicarlo de la siguiente manera:

a) Los derechos son absolutos o relativos desde el punto de vista de su eficacia y del número de personas que son obligadas.-

Los Derechos absolutos obligan a todos los que pertenecen a la sociedad, es decir, su orden de referencia no es singular, sino general.

- Ejemplo: Los Derechos Reales

Los derechos subjetivos son relativos "son aquellos que implican sólo para algunas personas un deber u obligación, ya sea para hacer algo o para abstenerse de algo, con respecto al titular del derecho" Pacheco 139.

b) Derechos originarios y derivados.-

Derechos originarios son los que tiene el ser humano con independencia de su actividad, derecho de libertad, etc.

Los derechos derivados, son aquellos que por medio de la voluntad el individuo crea.

- Por ejemplo, puede tratarse de un contrato de compraventa.

[145] *Pacheco. Máximo. Teoría del Derecho. Pp138.*

c) Derechos puros o simples y sujetos a modalidades-

Los Derechos puros "no están sujetos a las modalidades de plazo y condición", por lo tanto pueden exigirse inmediatamente de efectuado el contrato.

Los Derechos sujetos a modalidades necesitan de plazos y condición.

d) Derechos transmisibles e intransmisibles

Se efectivizan por medio de la transmisión, son los derechos de la persona, por ejemplo, y no pueden desligarse del individuo porque desnaturalizarían al mismo.

3.- Clasificación que atiende al objeto y contenido de los derechos subjetivos.-

Tenemos:

a) Derechos Subjetivos Patrimoniales
b) Derechos subjetivos extrapatrimoniales

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS.-

Según Mario Alzamora Valdez, los elementos constitutivos de los derechos subjetivos son:

1. La pertenencia de un bien o de un valor a una persona;

2. El dominio o poder de disposición que sobre ellos le corresponde en orden a la realización de su fin racional.

CARACTERISTICAS DEL DERECHO SUBJETIVO.-

Las características del Derecho Subjetivo son:

1.- Inviolabilidad
2.- Exigibilidad

INCORPORCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO EN DOCUMENTOS CAMBIARIOS (TÍTULOS VALORES).-

Estamos hablando, para el ejemplo, de Principios cambiarios, como es el de "Incorporación del derecho subjetivo en el documento", que implica una forma de sistematización del sistema de créditos.

Pues bien, un derecho subjetivo es una facultad o un derecho; en principio. Ihering explica que el Derecho subjetivo implica tener un derecho, "Tener un derecho quiere decir que existe alguna cosa *para nosotros*, que el poder del Estado nos reconoce, y por la cual nos otorga su protección."

Por razones jurídicas se crea una figura por la cual en un documento determinado se imputa ciertos derechos y deberes. El documento representa una especie de contrato, sirve como conexión entre las partes, es muestra objetiva de un derecho subjetivo. El derecho subjetivo se materializa en un documento. La materialización significa que puede ser medido. Materia viene del sánscrito antiguo matra que significa lo que puede ser medido. El documento cambiario, en este caso la letra de cambio es una materia, es decir, pasible de medida y valoración; lo que aprovecha el derecho, o mejor lo que ha creado el derecho. Esta materialización del derecho confiere derechos subjetivos, incorporados, por ficción, a este

documento. Es un instrumento de seguridad y certeza jurídica que permite y asegura el juego de intercambio comercial.

Incorporar un derecho subjetivo en un documento significa precisamente que existe alguna cosa para alguien. Esa afirmación, esa determinación, ese objeto existente, ese existir alguna cosa para alguien no está conocida por un solo individuo, sino además, y especialmente, por el Estado, es decir , por aquello que representa a toda la sociedad. Es el Estado el que reconoce y protege esa situación; la existencia de alguna cosa para alguien. Incorporar un derecho subjetivo en un documento significa que allí materializado hay todo un sistema jurídico político presto a funcionar o funcionando.

Lo importante en el derecho subjetivo son los efectos con los cuales está cargado. Es la carga lo trascendente. Existe en todo tejido todo un sistema de seguridad, garantía, fuerza, legitimidad, coacción, validez, etc., jurídico, social, político. Si bien un fenómenos subjetivo está siempre en el interior, pertenece al mundo interno, esta internalidad tiene su fuerza en lo objetivo, en lo externo, en sus consecuencias o efectos, por eso tiene el sustantivo derecho, es subjetivo, es un derecho subjetivo. Al ser derecho subjetivo deja de pertenecer al mundo interno, al mundo de la psicología para tener disposición externa. El derecho siempre tiene que ver con lo externo, con lo social, y no sólo con lo individual, un derecho subjetivo alude a singularidad, pero esta tiene (al ser derecho) su conexión con el exterior.

El Derecho subjetivo funciona a manera de un dispositivo que activa todo el mecanismo jurídico, político. El hecho, por ejemplo, de que el Estado reconozca que existe un derecho subjetivo en un documento significa que no se hace de la vista gorda, que ha habido cierta estructura, cierto camino, forma de reconocibilidad, que hacen al Estado un ente que reconoce, y por la cual el poder del Estado, como poder, se impone. Que el Estado reconozca un derecho no es lo mismo que un tercero cualquiera (un individuo) reconozca un derecho. El Estado al reconocer un derecho, como representante de la sociedad en su totalidad puede ejercer la fuerza, la coacción para establecer el orden; y esa es la potencia que lleva en si el derecho subjetivo, posibilidad de poner en funcionamiento todo el mecanismo de la fuerza del Estado para ejercer un derecho, una posibilidad, una facultad.

Capítulo: LEGITIMIDAD y validez DEL DERECHO

---------- & ----------

Hay una complicación enorme cuando de legitimidad del derecho hablamos, porque no sabemos cómo asir este concepto; por ejemplo formulamos la legitimidad en el uso, las costumbres, en la aceptación social, etc., pero no sabemos que es lo que le da el fundamento a ese derecho exactamente. El problema de la legitimidad del Derecho es muy complejo, porque requiere de la determinación de los elementos mínimos para que sea configurado como tal. En el Derecho moderno, la legitimización tiene ha buscado su respaldo en la objetivización de una norma jurídica, y ésta última tiene su origen en "la actividad de una fuerza social o de un grupo social, que de alguna manera la produce y trata de implantarla"[146]. Sin embargo esto no es aún suficiente; una norma jurídica no puede responder sólo a un "deseo, voluntad, interés, mandato de un grupo social –Afirma Diez-Picazo.

[146] *Diez Picazo, Luis. Experiencias Jurídicas y teoría del Derecho. Ediciones Ariel. Pp. 182.*

Un deseo colectivo, la manifestación de la voluntad colectiva, el interés colectivo, y por último el mandato no son suficientes. Eso indica que debe haber algo más, una instancia superior que le da validez y vigencia a una norma, porque de lo contrario estaríamos entrando en el positivismo, es decir en el simple hecho impositivo por la cual una norma es tal si es dada por la autoridad; y como veremos que una norma provenga de una autoridad no determina el sentido y contenido de la norma o del derecho.

La voluntad, por ejemplo, de un Fuhrer, "Las proposiciones emanadas de los jefes o de los grupos que ejercen o que disfrutan el poder político pueden ser mandatos o proposiciones imperativas, pero pueden no ser, y no siempre son normas jurídicas".

Lo que pasa es que una norma jurídica no tiene su fundamento en ella misma, sino en una instancia superior a ella, ¿cuál es esta instancia?

El valor normativo.-

¿Cuál es el valor normativo, cuando valen las normas? Puede pensarse que estas valen por su simple incorporación en el texto, o por otro lado, en las costumbres, es decir en la reiteración. Pero no es exactamente así. Porque la validez y legitimidad de las normas pasa por una instancia superior, que cumple las veces de instancia de legitimización.

Qué legitima.-

Hay dos formas de abordar el asunto, por un lado tenemos la cuestión formal, y por otro lado la cuestión

informal.

1.- Legitimidad mediante criterios Formales.-

Este medio de pensar la legitimidad o validez de la norma tiene como referencia la idea de jerarquía y subordinación. La norma para ser tal, legítima, tiene que cumplir las formas requeridas. ¿Cuáles son estas formas? Una norma para ser tal, debe ser creada por otra norma, y es así como resulta luego válida. Si no hay forma, no hay legitimidad.

Quién crea al derecho es, entonces es ella misma, "según Kelsen, el derecho regula su propia creación" (Diez-Picazo)., así una norma jurídica es creada por otra norma jurídica, es decir "Es la norma jurídica la que determina la forma o el procedimiento en que otra es creada o producida"[147]. Al parecer esto resolvería el problema, porque no había necesidad de recurrir a ningún otro criterio sino a la comprobación de los requisitos preestablecidos, por tal, si no se han cumplido estos requisitos, estas formas no habría norma jurídica. El ente superior para la creación de la norma jurídica es la norma jurídica; pero observemos que no estamos hablando más que de una operación de constatación, de subordinación de una norma a otra, y no del contenido de esa misma norma. Se supone, entonces, que las formas que pide la norma ya contienen los elementos esenciales que justifiquen la existencia de otra norma. "Por consiguiente, una norma jurídica es válida o legítima cuando ha sido creada en

[147] *Diez Picazo, Luis. Experiencias Jurídicas y teoría del Derecho. Ediciones Ariel. Pp. 184.*

la forma establecida por la norma superior"[148]. La norma engendra otras normas, y la realidad queda de lado, no es la realidad sino la norma quien crea otra norma jurídica. Si esto es así donde dejaríamos la relación que tiene que existir entre una norma jurídica y la sociedad? La norma jurídica se da para la sociedad, y por tal no puede dejarse de lado a esta sociedad. Ahora bien cuál es esa norma superior que establece la creación de otras normas? Si partimos de Kelsen tendríamos que decir que se trata de la Constitución, una norma puede ser creada, luego, si se dispone de acuerdo a lo que la Constitución establece.

ES decir que la norma jurídica sólo puede ser creada por una norma superior, y ¿cómo establecemos la superioridad de la norma?, por su existencia temporal, por su la generalidad o singularidad –según sea el caso- de que está revestida? Diez Picazo explora el fenómeno y explica que la existencia de "una razón de validez" está en la superioridad de la norma, y por tal en su capacidad para crear –por ser superior- otra norma. Y el asunto se reduce a la constitucionalidad, es decir a la norma superior de todas las otras normas. El problema podría estar en que habría el problema de caer en una simple legalidad, y que esta sea considerada una razón suficiente para crear una norma.

[148] *Diez Picazo, Luis. Experiencias Jurídicas y teoría del Derecho. Ediciones Ariel. Pp. 184.*

SEGUNDA SECCIÓN
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

---------- & ----------

Capítulo: EL ORIGEN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

---------- & ----------

1.- Generalidades sobre derechos humanos.-

Los Derechos Humanos o Fundamentales son un concepto, un valor social y jurídico que viene cruzando todas las fronteras del mundo, como el intento de imponer el reconocimiento de una condición: la de "ser humano". Los Derechos Humanos son por lo tanto una declaración y un reconocimiento, porque aunque se intente decir que los individuos tienen derechos por el sólo hecho de serlo, eso no quiere decir que venimos ya con derechos, sino que se nos imputa derechos por nuestra condición de seres humanos. Así, que se nos reconozcan derechos no significa que los hemos tenido desde siempre sino que previamente hay una condición para el reconocimiento, esta condición es la de ser un "humano". Y esto ha sido determinado por la evolución humana. No puede decirse que hemos tenido derechos humanos desde siempre, porque en la antigüedad, incluso no éramos reconocidos como tales. La idea de humano, de humanidad y hasta la idea de

Derecho también han sido una fabricación que se ha ido adecuando y puliendo, insertándose poco a poco a la noción de derecho. Derecho y humanidad ahora se identifican, pero no fue siempre así. Los derechos no fueron siempre los mismos; por ejemplo, la *esclavitud* era un derecho de los nobles. Es decir que tenía consecuencias jurídicas, que era tutelado y protegido, en la institución denominada propiedad. En la época del descubrimiento, conquista y colonia, los indígenas no eran considerados humanos sino más bien eran considerados bestias o menos que bestias, podían ser sometidos a esclavitud y tratados como cosas. Por lo mismo, se demuestra que los derechos nunca fueron los mismos y que la condición de humano ha sido un descubrimiento y reconocimiento posterior al inicio de las sociedades. Los derechos humanos, los derechos fundamentales han sido definidos en la edad moderna.

2.- El origen de los derechos humanos.-

El origen nos obliga a conocer el "principio", aquello que ha forjado la materialidad de la institución estudiada. El origen nos revela la causa, que a su vez nos trasluce el "sentido social" que trae dicha institución, por la que ha nacido. Origen es "historia", "sentido", "causa", "valor" y "fundamento". Todo tiene origen en un "fundamento": razón, causa, motivo, justificación materializada como institución semántica.

HIPÓTESIS: ¿El origen supone la existencia de algo previo a ella?

Antes que algo se origine existe un hecho, este hecho (acto, voluntad, pensamiento, etc.), es previo al origen, que no es más que el metaprincipio de un principio.

¿Quién es primero?..- ¿El huevo o la gallina?, ¿El hombre o la mujer?, ¿Los Derecho o sus fundamentos?, ¿El origen o sus fundamentos?

La Cultura griega.- 1,200 AC al 30 AC.-

Griegos creían en leyes universales, los de la naturaleza, y en necesidad de encontrarlos, descubrirlos, para luego adaptar las conductas humanas a ese orden universal.

Capítulo: LOS DOCUMENTOS PRECURSORES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

---------- & ----------

DOCUMENTOS PRECURSORES.-

Encontramos los siguientes documentos precursores de los Derechos Fundamentales:

1) Carta Magna del 1215
2) El hábeas corpus del 1679
3) El Bill of Right de 1689
4) Independencia de las colonias inglesas de Norteamérica
5) Revolución francesa
6) Declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII en Norteamérica
7) Declaración de Derechos de Massachustts y Virginia
8) Diez primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, introducidas entre 1789 y 1791, conformando el Bill of Rights de la Constitución norteamericana
9) La Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776

10) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.
11) En los años siguientes a la Revolución francesa se generaron nuevas
12) declaraciones de derechos en 1791, 1793 y en 1798
13) Convención de la Haya de 1907
14) Convención de Ginebra de 1929
15) Convención de Ginebra de 1949
16) Protocolos complementarios de la Convención de Ginebra de 1977
17) Carta de las Naciones Unidas
18) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948
19) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948
20) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas
21) Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, de Naciones Unidas, del 16 de diciembre de 1966.
22) Convención Americana de Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, de 1969,
23) Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de San Salvador, de 1988

Las convenciones internacionales sectoriales.-

Encontramos las siguientes:

1) La Convención Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, adoptada en 1921;
2) La Convención sobre Condición de los Extranjeros, adoptada en 1928;

3) La Convención sobre Nacionalidad de la Mujer, adoptada en 1933;
4) La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, 1948;
5) La Convención sobre Estatuto de los Refugiados, adoptada en 1951;
6) La Convención sobre Derechos Políticos de la Mujer, adoptada en 1953;
7) La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptado en 1954;
8) La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, 1968;
9) La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, 1960;
10) La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, 1965;
11) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979;
12) La convención contra la Tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes, 1984;
13) Convención sobre los Derechos del Niño, 1989;
14) Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, 1994;
15) Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, 1994.

Capítulo: EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

---------- & ----------

I.- EL CONCEPTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.-

Un primer concepto: "La ciencia de los derechos humanos ha sido conceptuada por René Cassin como "una rama particular de las ciencias sociales, que tiene como objeto estudiar las relaciones entre los hombres en función de la dignidad humana, determinando los derechos y las facultades necesarias en conjunto para el desarrollo de la personalidad de cada ser humano", y nosotros agregaríamos de todo ser humano y de todos los seres humanos.

Esta ciencia se ha denominado también "derechos de los derechos humanos (law of humann rights), que es aquel ámbito del derecho general que tiene por objeto el estudio y análisis de los derechos humanos o derechos fundamentales.", parafrasea Humberto Noguera Alcalá.

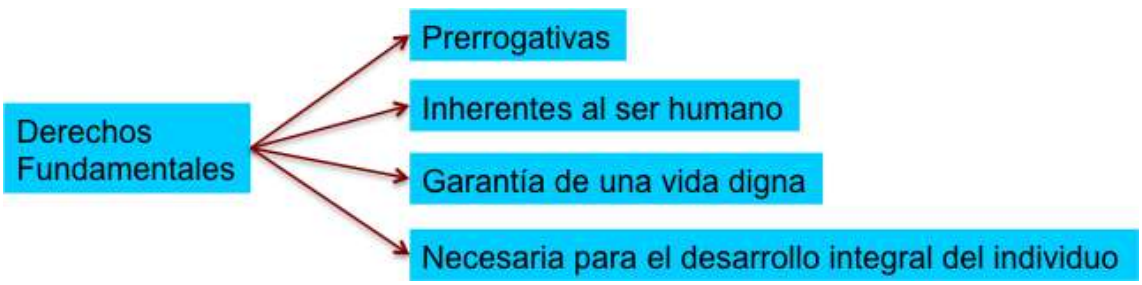
El gráfico sería el siguiente:



César Landa Arroyo escribe: " (…) se ha optado por la denominada teoría institucional de los derechos fundamentales que entiende a estos no solo como derechos del sujeto individual sino como instituciones o principios objetivos que informan al ordenamiento jurídico y a toda la actividad estatal (legislativa, administrativa y judicial). De tal modo, al Estado le corresponde asumir un rol de garantía y promoción de los derechos a fin de cumplir uno de los deberes esenciales que le impone el artículo 44 de la constitución: garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de la persona". (César Landa Arroyo. Derechos Fundamentales. Pág. 13).

Los Derechos Fundamentales son prerrogativas inherentes al ser humano, garantizan una vida digna, necesarias para el desarrollo integral del individuo:

El gráfico sería:



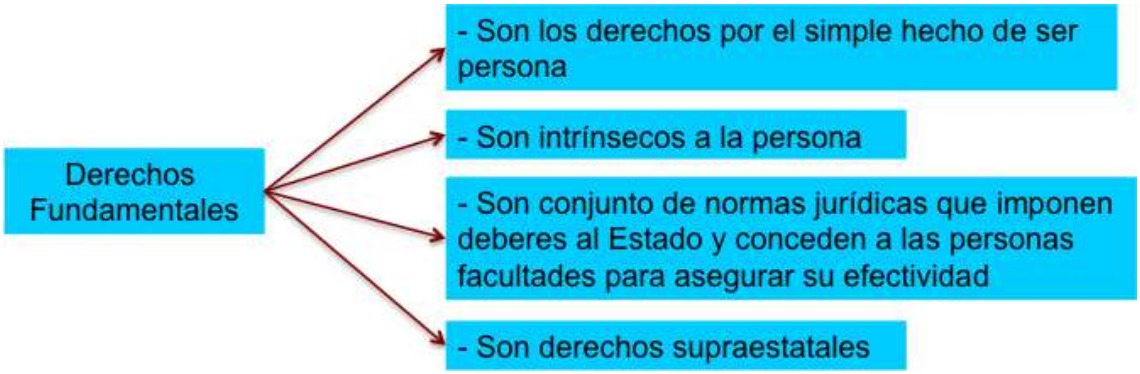
Según la doctrina digital (Internet): "Los derechos fundamentales son todos los privilegios o garantías que son inherentes a todas las personas, y que están plasmados en el ordenamiento jurídico de un país". Y "Se entiende por derechos fundamentales los atributos de toda persona inherentes a su dignidad, que el estado debe garantizar, respetar y satisfacer. En su aspecto positivo son los que otorga la constitución política de nuestro país y los que se recogen en los pactos, convenios y tratados internacionales suscritos y ratificados por el país."

Así también "Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obra; entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) negativas (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por "status" la condición de un sujeto , prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas." (Internet).

Además, los "Derechos fundamentales según la teoría iusnaturalista: son todos aquellos que tienen la persona por el simple hecho de serlo. Según la teoría positivista: son un conjunto de normas jurídicas que imponen deberes al Estado y conceden facultades a las personas, provistas de sanciones para asegurar su efectividad." (Internet).

Así, "Estos derechos están reconocidos en la totalidad de las constituciones actuales de los Estados cuyo régimen tiene forma de Estado de derecho.". "Estos derechos son derechos supraestatales a los que los estados están vinculados y subordinados en el plano del derecho internacional pues no son derecho de ciudadanía, sino derecho de personas con independencia de sus diversas ciudadanías gracias a la aprobación de cartas y convenios internacionales sobre los derechos humanos." (Internet).

Gráficamente sería:



Luigi Ferrajoli por su parte señala: "Propongo una definición teórica, puramente *formal* o *estructural*, de "derechos fundamentales": son "derechos fundamentales" todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a "todos" los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por "derecho subjetivo" cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por "*status*" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de

situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas".

Gráficamente sería así:



Los Derechos Fundamentales son: 1) Inherentes a la persona humana; 2) Garantizan una vida digna del ser humano; 3) Indispensables para el desarrollo integral del individuo; 4) Irrevocables; 5) Inalienables; 6) Intransmisibles; 7) Irrenunciables; 8) Universales, para todos los seres humanos; 9) Igualitarios; 10) Atemporales; 11) Independientes de los contextos sociales e históricos.

Gráficamente sería así:



DIVISIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-

Los Derechos Fundamentales se dividen en dos categorías, Derechos Fundamentales Positivos y Derechos Fundamentales Negativos.

Los Derechos Fundamentales son aquellos que definen obligaciones ajenas de no injerencia, como el derecho a la intimidad. Mientras que los Derechos Fundamentales positivos imponen actividades positivas.

Gráficamente sería:



PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-

Los Derechos Fundamentales también tienen principios, y según la doctrina estos son: 1) Universalidad; 2) Interdependencia; 3) Indivisibilidad;4) Progresividad.

Otra enumeración de los principios de los derechos fundamentales son: 1) Principio de dignidad humana; 2) principio de universalidad e inalienabilidad; 3) principio de interdependencia e indivisibilidad; 4) principio de progresividad y no regresividad; 5) principio de proporcionalidad y razonabilidad.

De acuerdo con la doctrina digital (IA Gemini):

- **"1) Principio de Dignidad Humana:** Es el principio supremo y presupuesto axiológico de todos los derechos. La persona no es un medio para un fin, sino el fin mismo del Estado y la sociedad.
- **2) Principio de Universalidad e Inalienabilidad:** Pertenecen a todos los seres humanos por el hecho de serlo, sin distinción, y no se pueden transferir, renunciar ni pactar en contra de ellos.
- **3) Principio de Interdependencia e Indivisibilidad:** Los derechos constituyen un todo integrado. El goce de un derecho civil o político (como la libertad de tránsito) depende del acceso a derechos económicos, sociales y culturales (como la salud o la educación).
- **4) Principio de Progresividad y No Regresividad:** Implica que la protección de estos derechos debe avanzar de forma gradual en cobertura y efectividad, estando prohibido retroceder en las garantías o niveles de protección ya alcanzados.
- **5) Principio de Proporcionalidad y Razonabilidad:** Constituye la herramienta que pondera y limita las restricciones estatales a un derecho fundamental, evitando la arbitrariedad de los poderes públicos."

2. Aplicación en la Normatividad Peruana, según la doctrina digital (IA Gemini):

La Constitución Política del Perú de 1993 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) articulan la aplicación práctica de estos principios en el país:

A. La Dignidad como Fin Supremo

El **Artículo 1.° de la Constitución** consagra el principio cardinal:

> *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."*

Toda la estructura administrativa, normativa y judicial del Perú debe subordinarse a la protección objetiva de la dignidad.

B. El Bloque de Constitucionalidad y Tratados Internacionales

En virtud de la **Cuarta Disposición Final y Transitoria** de la Constitución, las normas sobre derechos y libertades se interpretan obligatoriamente a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales ratificados por el Perú (como la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Asimismo, el Código Procesal Constitucional reconoce que la jurisprudencia de las cortes internacionales forma parte del parámetro de control constitucional interno.

C. Clausula de Derechos Implícitos (Numerus Apertus)

El **Artículo 3.° de la Constitución** establece que la enumeración de los derechos del Capítulo I no excluye otros que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo o el Estado democrático de derecho. Gracias a este principio, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido jurisprudencialmente derechos como:

- El derecho al agua potable.
- El derecho a la verdad.
- El derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- El derecho a la objeción de conciencia.

3. Mecanismos e Instrumentos de Aplicación Práctica, según la doctrina digital (IA Gemini):

Para garantizar la efectividad de estos principios en la normatividad cotidiana, el ordenamiento peruano cuenta con herramientas concretas:

1. **Test de Proporcionalidad (Judicial):** Aplicado frecuentemente por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial cuando dos derechos o bienes jurídicos entran en conflicto. Evalúa tres subprincipios:
    - **Idoneidad:** La medida limitativa debe perseguir un fin constitucional legítimo.
    - **Necesidad:** No debe existir una alternativa menos gravosa para alcanzar el mismo fin.
    - **Proporcionalidad en sentido estricto:** Los beneficios de limitar el derecho deben ser mayores que el grado de afectación producido.

2. **Garantías Constitucionales (Procesal):**
   - **Hábeas Corpus:** Protege la libertad individual y derechos conexos.
   - **Acción de Amparo:** Tutela el resto de derechos fundamentales contra actos u omisiones de autoridades o particulares.
   - **Hábeas Data:** Protege el acceso a la información pública y la autodeterminación informativa.

3. **Control Difuso y Control Concentrado:**
   - **Control Concentrado:** Ejercido exclusivamente por el Tribunal Constitucional para expulsar del ordenamiento leyes inconstitucionales.
   - **Control Difuso:** Obligación de cualquier juez del país de preferir la norma constitucional por encima de una ley u ordenanza cuando estas vulneren un derecho fundamental en un caso concreto.

CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.-

Los Derechos Fundamentales también han sido clasificados de la siguiente manera:

1.- **POR SU FUNCIÓN:**

a) Derechos civiles
b) Derechos Políticos
c) Derechos Sociales Derechos Colectivos

2.- POR SU ESTRUCTURA: (Facultad que otorga al titular)

a) Derechos de Defensa
b) Derechos de Participación
c) Derechos de Prestación

3.- FUNCIONES DE LOS DD.FF:

a) Función de protección (Salvaguarda del individuo frente a los poderes públicos)
b) Función legitimadora (DD.FF cómo criterios de lo justo y lo injusto)

4.- CRITERIO HISTÓRICO:

a) Primera generación
b) Segunda generación
c) Tercera generación
d) Cuarta generación

5.- POR SU FUNDAMENTO:

a) Derechos de Libertad
b) Derechos de Igualdad

6.- ÁMBITO PROTECCIÓN:

a) Derechos fundamentales
b) Derechos humanos

Capítulo: GENERACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

---------- & ----------

Los Derechos Humanos han sido clasificados y organizados a fin de poder ser garantizados. En esta parte vamos a exponer los instrumentos jurídicos que garantizan o hacen efectivo la tutela de los Derechos Humanos; previamente explicar su clasificación.

Los Derechos Humanos han sido clasificados de diversas maneras, de acuerdo con su naturaleza, origen, contenido y por la materia que refiere. La denominada Generaciones es de carácter histórico y considera cronológicamente su aparición o reconocimiento por parte del orden jurídico normativo de cada país.

Así se puede concebir los derechos humanos según la siguiente clasificación:

> "1.- La primera generación, el sujeto protegido es el individuo en sí mismo;

2.- En la segunda generación, se protege al sujeto en su relación o rol social;

3.- Los de tercera generación, protege al sujeto como integrante de un pueblo, una nación, o ser parte de toda la humanidad. Se toma en cuenta a las personas, como integrantes de una comunidad con conciencia de identidad colectiva;

4.- Los de cuarta generación, son los relacionados directamente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs) y su incidencia en la vida de las personas."

DERECHOS HUMANOS DE 1RA. GENERACIÓN (DERECHOS INDIVIDUALES) O DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Estos derechos son generados([149]) como reacción, como producto de un "desborde social", de una "insurgencia" contra el orden anterior, contra el régimen anterior, es decir, contra el "antiguo régimen", que era el del poder de los nobles, de los monarcas, poder absoluto, arbitrario, caprichoso, es decir, que respondía a la sola voluntad del monarca, y no a razones exteriores, externas, y menos a razones fundadas en toda la sociedad. La afirmación de la voluntad de todos los individuos contra la voluntad de un sólo individuo fue lo que generó el nacimiento de estos derechos. Una lucha contra el "poder desmedido político y jurídico" del antiguo régimen.

[149] *Escribe Waldo Núñez Molina- Cledy Núñez Molina. Curso de Derechos Humanos (Parte Geeneral). Wnm Ediciones. Pp. 102.*

Por eso, la caída de este antiguo régimen, "supuso la consolidación de los derechos individuales y las libertades públicas". Estos derechos individuales implicaban la afirmación de la capacidad del ser humano para hacer uso de su libertad en el ámbito privado, y la salvaguarda contra el atentado de esta libertad. Las libertades públicas, implica que el hombre, como individuo, como ciudadano tiene cierto poder, y representación sobre los asuntos públicos. Esto se da, por ejemplo, a través de su poder de elegir a sus gobernantes o de ser elegido, por medios del voto, del sufragio, que le hace ser poseedor de una fracción del poder social.

Los derechos humanos son producto pues de la idea de libertad y de respeto a esta libertad, de respeto a la dignidad del hombre, es decir de la conciencia que el hombre es "merecedor de" derechos trascendentales, fundamentales.

Los Derechos de Primera Generación o Derechos Individuales o Derechos Civiles y Políticos, son "aquellos derechos que se atribuyen a las personas, bien en cuanto personas en sí mismas consideradas, bien en cuanto que ciudadanos pertenecientes a un determinado Estado, y que suponen una serie de barreras y de exigencias frente al poder del Estado en cuanto que ámbitos de exclusión o autonomía respecto del poder mismo."[150]

[150] *Carruitero, Francisco y otros. Curso Sistemático de Derechos Humanos. Pp. 209.*

Derechos Humanos de 1ra. Generación como Derechos Individuales.-

Por lo general cuando se habla de individualidad se habla del ser humano como individuo, y pronto se llega a la concepción del ser humano como "individualista", y más pronto, se llega a la idea del egoísmo([151]) como definición del individualista. Error tras error, vamos perdiendo el contexto de lo que en Derechos Humanos se intenta describir como Derechos Humanos Individuales.

Por eso tenemos que aclarar que por individualismo se puede entender como aquella doctrina que explica que "el individuo -en cuanto 'individuo humano'- constituye el fundamento de toda ley."([152]). Esta idea es fundamental, porque hay una escisión en cuanto al régimen anterior, donde no había individuo, porque el sujeto, pertenecía a la comunidad, y se regía por los mandatos del soberano.

Pero la idea de individualismo, puede describirse en mediante una disección de su contenido o significado. Por un lado, el individuo puede significar "una especie de átomo social"([153]); concepción negativa: alguien es individuo cuando niega ser otro

---

[151] *Mario Vargas Llosa escribe en su novela Los Cuadernos de don Rigoberto, pp. 164: "Ser individualista es ser egoísta (Ayn Rand, The Virtue of Selfishness), pero no imbécil. Por lo demás, la imbecilidad me parece respetable si es genética, heredada, no si es elegida, una deliberada toma de posición."*

[152] *José Ferrater Mora. Diccionario de Filosofía Abreviado. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Pp. 221.*

[153] *José Ferrater Mora. Diccionario de Filosofía Abreviado. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Pp. 330.*

individuo, por eso la definición es negativa, por negación de otro, y afirmación de uno. Pero además, el individuo puede observarse como ente enfrentado, por ser tal, a otras realidades como la realidades colectivas (la sociedad, el estado), o simplemente frente a otro individuo o individuos.

Una segunda posición de lo que significaría el individualismo sería aquella según la cual el individuo es "una realidad singular no intercambiable con ninguna de la misma especie."([154]). Eso indica una peculiaridad importante: que no hay posibilidad de intercambio, y por lo tanto la existencia es simple total, es decir, que cada uno es el mundo, y el resto es sólo representación de lo que uno ve. El mundo es representación de uno, en tanto uno. Schopenhauer diría: "A esto hay que agregar que en los seres dotados de conocimiento, el individuo es el sustentador del sujeto que conoce y éste el portador del mundo; lo que quiere decir que la naturaleza exterior y, por lo tanto, también los demás individuos, no existen más que en su representación; no tienen conciencia de ellos más que como representación suya, es decir, de una manera mediata y como algo dependiente de su esencia y existencia (…) Cada uno de nosotros considera su muerte como el fin del mundo,.."([155]).

[154] *José Ferrater Mora. Diccionario de Filosofía Abreviado. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Pp. 330.*
[155] *Shopenhauer en sus páginas. Fondo de Cultura Económica. Pp. 274, 275.*

Lo anterior explica por qué el individuo es esa "realidad singular intercambiable"; porque con su muerte se acaba el mundo. Porque el mundo es sólo la representación de lo que el ve, de lo que es él. Él es el mundo. Los individuos existen sólo porque son su representación. Muerto el no queda ya más representación. Por eso es individuo singular e irrepetible.

Esta concepción es positiva porque el individuo humano, "se constituye en virtud de sus propias cualidades irreductibles". La de ser el eje del mundo. La de ser singular, individuo, único e irrepetible. La de ser una realidad diferente de las demás y por ello mismo digna de respeto. El individuo se constituye luego en persona. Y como diría Boecio "La persona es una substancia individual de naturaleza racional'. La persona es una substancia que existe por derecho propio y es perfectamente 'incomunicable'." ([156]). Y Kelsen diría que la persona es un ente ideal de imputación de derechos y deberes.

Sin embargo existen teorías que previenen sobre la diferencia existente entre individuo y persona, "Muchos propusieron la distinción entre la noción de individuo y la de persona. Por una parte la unidad de individuo se define negativamente: algo, o alguien, es individuo cuando no es otro individuo. La unidad de la persona en cambio puede definirse positivamente y mediante elementos procedentes de sí misma. Por

[156] *José Ferrater Mora. Diccionario de Filosofía Abreviado. Editorial Sudamericana. Buenos Aires. Pp. 329.*

otro lado cuando el individuo es un ser humano, es una entidad psicofísica; la persona, en cambio, es una entidad fundada en una realidad psicofísica, pero no reductible enteramente a ella. Finalmente el individuo está determinado en su ser; la persona es libre y aun consiste en ser tal."

Los Derechos Humanos toman más bien al ser humano como individuo y como persona. Y lo importante es la defensa de sus derechos.

Derechos reconocidos frente a los demás individuos.-

La primera categoría deducida del concepto anterior es la del reconocimiento de la persona en su singularidad, en su individualidad. No es el individuo importante por pertenecer a la sociedad sino por ser individuo en si, por ser persona en sí, es decir, porque importa como sujeto de derechos, existan o no los demás individuos. El ser humano es reconocido así como persona, como ser "único e irrepetible". Esta condición de ser único e irrepetible le da el valor en sí. Allí está el fundamento del derecho reconocido, y no en la sociedad. Por eso el atentado contra un sólo individuo es sancionado; porque no importa si sólo se le robó a una persona -por ejemplo-, puesto que esto implica que un individuo "único e irrepetible" ha sido lesionado en su patrimonio. Cada ser humano importa precisamente porque es único, y no es todos los demás e "irrepetible" (si muere no existirá más). De allí la conclusión de que la persona humana, como individuo, como parte indivisa, tiene por esta

condición derechos frente a los demás seres humanos, también únicos e irrepetibles. Primera inducción: el individuo tiene derechos "frente a los demás", que deben ser reconocidos por los demás individuos que tienen su misma condición, que están dentro de su misma categoría, la de individuos, la de personas (entes ideales de imputación de derechos y deberes -según Kelsen).

Derechos reconocidos frente al poder del Estado.- Estos derechos como individuo, deben ser reconocidos, no sólo por los otros individuos, sino, además, por el poder político, por el poder del Estado, por que el individuo es considerado como ciudadano, es decir, como sujeto de derechos y deberes político-jurídicos, y por lo tal pertenecientes a una realidad geográfica e institucional llamada Estado. El ciudadano es pues parte del Estado y por tal tiene derechos frente a este Estado, o contra el posible abuso de este Estado, como monopolizador de la fuerza pública y de la administración social, de la organización social. El ciudadano tiene, pues, con este reconocimiento, un medio o mecanismo contra el poder del Estado. El individuo tiene "ámbitos de exclusión o autonomía" respecto del Estado, "del poder mismo". Es esta autonomía la que tiene que reconocerse y respetarse, este ámbito privado de exclusión, que se pretende incluso en contradicción con el poder generalizante y público, con el poder del Estado. El Estado, sólo tiene que reconocer esta autonomía, este ámbito del individuo, hecho ciudadano.

Capítulo: EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIGNIDAD

---------- & ----------

I.- Concepto.-

La dignidad es un derecho fundamental. De acuerdo con Manuel Ossorio: "Dignidad. Calidad de digno. | Excelencia o mérito. | Gravedad, decoro o decencia. | Cargo honorífico. | Empleo o puesto que lleva aneja cierta autoridad. | En Derecho Canónico. v con relación a catedrales y colegiatas, prebenda propia de un oficio honorífico, como el deanato. | Prebenda de una catedral o colegiata. | Arzobispo u obispo."

Según César Landa: "(…), se entiende a la dignidad como un valor supremo de la constitución que, además de fundamentar los diferentes derechos humanos o fundamentales que se le reconocen a la persona, delimita y orienta los fines que el Estado debe cumplir. También se puede entender a la dignidad como el principio constitucional en virtual del cual el Estado debe estar al servicio de la defensa de la persona y de

su más pleno desarrollo y bienestar." (César Landa. Derechos Fundamentales. Pág 17).

El concepto de Landa es más normativo que filosófico, se encuadra dentro de lo que dice la Constitución en su artículo primero, dentro del capítulo Derechos Fundamentales de la persona: "Defensa de la persona humana. **Artículo 1.-** La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado."

La dignidad es un concepto constructivo, que ha logrado categoría de derecho porque trata de algo que le es inherente al ser humano, algo propio del ser humano, su calidad de derecho, derecho a respetar por los demás; así el ser humano es digno si es sujeto de derecho, porque con la dignidad adquiere calidad de sujeto de derecho, calidad de sujeto de respeto, y respeto es voluntad externa o de terceros que tiene que limitar su poder en el poder del individuo; este poder individual es la dignidad.

Según la etimología la palabra "dignidad" proviene del latín "dignitas" y ésta de "dignus" (merecedor), en consecuencia dignidad es aquella calidad del ser humano de ser "merecedor"; pero, ¿qué merece el ser humano? Respeto, tutela y garantía de sus derechos. El ser humano es digno porque se le garantiza sus derechos, esto es que sin dignidad no puede haber derecho, porque digno es merecer, ser merecedor de derecho.

La dignidad supone que el ser humano es “un fin en si mismo”, un ente “merecedor”.

César Landa explica que “(…) como derecho, la dignidad supone la consideración de la persona como fin en sí mismo y no como un medio. En otras palabras, entraña la prohibición de tratar al ser humano como instrumento para la consecución de fines ajenos a su propio desarrollo y bienestar. Por ello se prohíbe al estado y a los particulares instrumentalizar a la persona humano, en vista que esta debe ser considerada como un fin en sí mismo, como sujeto autónomo y libre pleno de derechos y deberes, y no como objeto”. (César Landa. Los Derechos Fundamentales. Pág. 18).

Kant, en su libro Principios metafísicos del Derecho, al enunciar y proclamar que el hombre debe ser honrado, enuncia el concepto de dignidad humana, que sería un deber. Kant escribe: “No te entregues a los demás como instrumento puramente pasivo; procura ser para ellos al mismo tiempo un fin. Este deber se definirá más adelante como una obligación deducida del derecho de la humanidad en nuestra propia persona (lex justi)”. (Kant. Principios metafísicos del Derecho. Pág. 52, 53).

De Kant se puede desprender también el alcance del ser humano en sus derechos y su relación con los mismos; así escribe: “3.° Entra (si no puedes evitarlo) con los hombres en una sociedad en que cada uno pueda conservar lo que le pertenece (suurn migue tribue). Si esta última fórmula se tradujera diciendo: «Dá á cada uno lo suyo,» seria, absurda; porque á nadie

se le puede dar lo que ya tiene. Para darle, pues, algún sentido, ha de ser este: «Entra en un estado en que cada uno pueda conservar lo suyo contra los demás (lex justitice).» (Kant. Principios metafísicos del Derecho. Pág. 53).

César Landa aclara que la dignidad supone el desarrollo pleno de la persona en el contexto social, económico y político, por lo que el Estado y los particulares tienen el deber de respetar esta proyección o dignidad de la persona y generar también un entorno institucional y social para que el ser humano desarrolle su dignidad.

Capítulo: LA PERSONA

---------- & ----------

I.- CONCEPTO.-

Persona es un concepto que identifica al ser humano con una calidad, su calidad jurídica, es decir, la atribución del ser humano de ser un ente jurídico, un ente con derechos y deberes. La persona es, entonces, aquel eje de imputación de deberes y derecho.

La persona, ha sido definido, desde una óptica jurídica, social, temporal por Marcial Rubio, quien escribe que "La persona es el ser humano entre su nacimiento y su muerte, con personalidad jurídica, es decir, con capacidad de tener deberes y derechos"[157]. Pero veamos porqué esta persona es sujeto de derecho.

Notemos, sin embargo que se está hablando de la persona natural como ser humano, y se olvida que la persona define también a ciertas instituciones.

[157] *RUBIO CORREA, Marcial. El Ser Humano como Persona Natural. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Para leer el Código Civil. Lima. pp. 22.*

Ahora bien, la persona es sujeto de derechos. La persona como sujeto es siempre un eje variable. Este sujeto que es diferente del objeto; sujeto "que no es macizo, compacto, sino lábil y proyectivo, historializado"[158]. Sujeto al que el derecho vuelve su angustiosa mirada, constituido como problema, colocado como centro y eje del derecho. Sujeto que es el ser que conoce y que siente, que constituye un ser de conocimiento y un ser conocedor. Este sujeto es susceptible de derechos y deberes. De allí su condición de sujeto de derecho.

No olvidemos que la constitución de un sujeto de derecho revela, además, el grado de cultura jurídica, y que ésta se constituye como una síntesis de los problemas y soluciones sociales que revelan el nivel jurídico de una sociedad[159]. Además, el sujeto de derecho, por ser tal, tiene necesidad de hallarse en permanente estado de solución. Pero en nuestro problema se observa cómo este sujeto no halla una solución uniforme, universal.

La persona es una "entidad jurídica capaz de ser sujeto de derechos y deberes", un "eje de imputación jurídica de deberes y derechos" .

En suma y síntesis, "El sujeto de derechos es aquel ser humano o institución susceptibles de derechos y deberes".

[158] *Fernández Sessarego, Carlos. Derecho y persona. Editorial Grijley. Lima. Pp. 28.*
[159] *FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho y persona. Editorial Grijley. Lima. Pp. 28.*

Por fin, "hoy definimos a la persona como entidad jurídica capaz de ser sujeto de deberes derechos. Es decir, es un eje de imputación jurídica de deberes y derechos."[160]

II.- PERSONA Y SUJETO DE DERECHOS.-

La trayectoria de vida del ser humano podemos clasificarla en dos etapas; la primera es aquella donde éste ser humano ha sido concebido, pero aún no ha nacido, es decir, está en el vientre de la madre, o en probeta (de ser el caso), pero tiene vida.

Las concepciones del momento en que se reputa un ser humano con vida es, en estos tiempos, siempre dispuesto como tema de debate, porque, según avanza la ciencia, las variables sobre esto también han variado. Así, los márgenes del problema van hasta determinar el momento de la fecundación, y diferenciarla incluso de la concepción.

Alternativamente los avances científicos han logrado, se rumorea, aislar el proceso de reproducción humana, y dan criterios también un poco confusos aún. Por estos avances científicos se dice que no toda unión de gametos, (esperma más óvulo) produce fecundación. Que esta fecundación no es simplemente unión de los gametos, sino es necesario que la unión produzca vida humana. Que dos gametos se junten no significa necesariamente la existencia de vida humana, puede

[160] *RUBIO CORREA, Marcial. El Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 25.*

haber vida independiente de gametos, pero estos aún no constituyen o conforman al ser humano.

III.- CLASIFICACIÓN O ETAPAS DE VIDA DEL SER HUMANO.-

La clasificación clásica del ser humano es como sujeto de derecho (No nacido, pero fecundado) y como persona natural (nacido).

1.- El ser humano concebido, aún no nacido.

Este ser que ha sido concebido y fecundado, pero aún no ha nacido (está en el vientre de la madre o en la probeta) se le considera como que tiene derechos, pero no tiene aún deberes.

Este ser humano es sujeto de derechos pero aún no es persona. Es lógico que, estando aún en el vientre de la madre, o en la probeta, este ser no pueda cumplir con deberes.

Concepción que contrapone la idea de la existencia del Derecho sólo si es que contiene o es una relación jurídica, es decir, la existencia de derechos y deberes. Así, existe derecho si existe relación jurídica, pero en el no nacido, ¿puede haber relación jurídica?, existencia de derechos y deberes frente a otro. El no nacido tiene derechos, que se le proteja, que se garantice los medios para su nacimiento, etc., pero a cambio de esto no tiene que aportar nada, ¿cómo pues puede tener derechos si no tiene deberes?, ¿qué criterios se usa para otorgarle derechos, si no puede tener deberes? Si alguien no quiere tener al concebido, fecundado, pero aún no nacido, porqué puede no tenerlo, o porqué tiene

que tenerlo –según sea la sociedad donde se encuentre?

Existirían dos teorías, pues, contrarias, las que niegan la existencia de derechos del no nacido pero concebido y fecundado, y las que le reconocen derechos.

2.- El ser humano nacido:

Es el ser humano que tiene derechos y también deberes, porque puede ejercerlos.

Etapas del ser humano como sujeto de derecho:

- Concebido pero aún no nacido: Tiene derecho pero no deberes.
- Nacido: En el que ya es Persona. Tiene derechos y deberes.

Hoy ser humano y persona son sinónimos.

IV.- TIPOS DE PERSONAS:

El término persona es un término jurídico, que, según datos históricos, proviene de ciertos hechos sociales, específicamente de ciertas representaciones teatrales. Así de ser un término social pasó a constituir un término jurídico, porque se constituyó como representación de derechos y deberes. Sólo puede ser persona quien tienen personalidad jurídica, es decir, quien tiene derechos y deberes

1.- Persona Natural:

Es aquella con la cual se significa al ser humano. Todo ser humano es persona.

2.- Persona Jurídica:

Instituciones, conformadas por personas (naturales o jurídicas) "... instituciones conformadas por otras personas (bien naturales, bien jurídicas) y que adquieren existencia legal propia por su inscripción en un registro público (...) o porque se les da una ley especial de creación (casos de las empresas públicas o de las universidades, entre otros)."[161]

"Se llama persona jurídica a la institución que se inscribe en el registro público que le corresponde, inscripción a partir de la cual se la considera existente para el Derecho. (Ciertas personas jurídicas pueden ser creadas por ley). Esta persona jurídica puede recibir por extensión, los derechos de los seres humanos que le fueren aplicables."[162]

V. CAPACIDAD DE LA PERSONA:

1.- TIPOS DE CAPACIDAD DE LA PERSONA

Esta persona como eje de imputación jurídica de derechos y deberes no tiene estos en forma discriminada y absoluta, desde su nacimiento; sino que le son imputados de acuerdo a ciertas condiciones físicas y mentales. Estas condiciones han sido llamadas capacidades, y se han subdividido en dos: capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

[161] *RUBIO CORREA, Marcial. El Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 27.*
[162] *RUBIO CORREA, Marcial. El Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 29.*

a) CAPACIDAD DE GOCE:

"Es la atribución que tiene toda persona de poder beneficiarse de sus derechos, lo haga directamente o lo debe hacer a través de un representante;"[163]

Por la Capacidad de goce el individuo, la persona, es "el titular de derechos jurídicamente establecidos", y ejercitados por el mismo individuo o por otro.

b) CAPACIDAD DE EJERCICIO:

Mientras que la Capacidad de ejercicio es la "atribución de la persona de ejercitar por sí misma sus derechos", es decir, no necesita recurrir a otro persona. Esta es la gran diferencia. Y esta la plenitud de la capacidad de ejercicio.

Para hablar en términos legales, podemos partir del hecho de la ubicación positivizada de la capacidad de ejercicio. Pues bien, esta se encuentra escrita en el Art. 42 de nuestro Código Civil; y entre sus condiciones y caracteres se establece que: la Capacidad de ejercicio es la "atribución de ejercer mis derechos por mi mismo"[164], a diferencia de la ciudadanía que no es más que " una condición de pertenencia a la comunidad política de la que formo parte y en la cual tengo derecho y deberes (votar, ser elegido, etc.) [165].

[163] *RUBIO CORREA, Marcial. El Derecho Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 29.*

[164] *RUBIO CORREA, Marcial. El Ser Humano como Persona Natural. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Para leer el Código Civil. Lima. pp. 153.*

[165] *RUBIO CORREA, Marcial. El Ser Humano como Persona Natural. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Para leer el Código Civil. Lima. pp. 153.*

La persona, por esta capacidad de ejercicio, ha delimitado su campo privado, ha cercado o establecido este aspecto privado, que le corresponde como derecho; así se puede discernir que "La capacidad de ejercicio tiene que ver con las dimensiones privadas de la persona humana.". y ¿cuáles son estas dimensiones privadas? Las dimensiones no es más que un nivel operativo, en el cual y dentro del cual se encuentra un determinado fenómeno. Y lo privado no es más que una señalización del contorno íntimo, personal, excluyente del individuo. Por privado entendemos aquello que no es público. Es decir es una oposición a lo público. Algo que pertenece sólo a la esfera singular, personal, íntima, exclusiva y excluyente del individuo o persona. A diferencia de la condición de ciudadano, que es más bien nada más que "participación en la vida pública".

Pero para tener capacidad de ejercicio hay otro requisito, indispensable, el discernimiento, que no es más que esa facultad que te permite ser selectivo y ecléctico, tener libre arbitrio, "El discernimiento parece ser la capacidad humana de distinguir el bien del mal y, al mismo tiempo, de desarrollar el pensamiento abstracto. Es el momento en el que el ser humano deja su ego y su mundo propio y concreto para proyectarse más allá, a un mundo complejo, de muchas y variadas interrelaciones, que no sólo tiene presente sino también sentido de previsión y de futuro." [166]. Discernimiento que le da a la persona la posibilidad de ser sujeto de derecho, es decir centro de imputación

[166] *RUBIO CORREA, Marcial. El Ser Humano como Persona Natural. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Para leer el Código Civil. Lima. pp. 156.*

jurídica de deberes derechos. No obstante este discernimiento tiene una categorización biológica, temporal, por la cual se estima que aparece más o menos a los diez años. Eso significa que hay en el individuo ya una formación conceptual suficiente y necesaria que le permite lograr diferenciar, seleccionar y decidir, prever el futuro, etc., así "…consideramos que confluyen la psicología moderna y las normas legislativas peruanas en considerar que el discernimiento puede aparecer aproximadamente a los diez años, y que ya estaría en pleno proceso de formación y consolidación hacia los 14 años …" cada ser humano alcanza el discernimiento en distinto momento de su desarrollo…"[167]. Sin embargo la categorización biológica es sólo referencial y general, porque formarse un intelecto -es decir un conjunto de conocimientos con los cuales conocemos y a través del cuál procesamos datos, información y por último, valoramos-, no es tan fácil como parece, y no todos logran hacerlo en el mismo periodo. El discernimiento es un fenómeno es, entonces, un fenómeno cultural, una aprensión de los saberes dominantes; por eso incluso "…el cociente intelectual; es no sólo una estipulación biológica, sino una ficción jurídica, científica que determina la autocomposición de o la correspondencia del hombre con su entorno, medir en que grado el hombre se corresponde con la sociedad que la está evaluando, por eso la "mención del cociente intelectual está condicionada culturalmente"[168]. Sólo

[167] *RUBIO CORREA, Marcial. El Ser Humano como Persona Natural. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Para leer el Código Civil. Lima. pp. 159.*
[168] *RUBIO CORREA, Marcial. El Ser Humano como Persona Natural. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Para leer el Código Civil. Lima. pp. 163.*

así se puede comprender el proceso de sociabilización del hombre, el carácter relacionante del hombre con la sociedad. La cultura y lo jurídico van, luego, entrelazados y determinados por las mismas condiciones intelectuales.

VI. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD[169]

Usando otra vez a Rubio Correa podemos decir que los derechos de la personalidad pueden ser clasificados en dos grupos:

1.- Los del sector físico de la personalidad:

- Derecho a la vida,
- a la integridad física,
- disposición del cuerpo y al cadáver.

2.- Los del sector incorporal de la personalidad:

- derecho a la propia individualidad,
- imagen,
- intimidad,
- honor,
- nombre propios.

En el segundo grupo está dispuesto directamente el derecho a la intimidad, el cual es un derecho de la personalidad, una característica atribuible a nuestra personalidad jurídica, esa facultad de tener derechos y deberes; puesto que sabemos que la persona tiene "personalidad jurídica", y la personalidad jurídica es la atribución de la persona de tener deberes y derechos".

[169] RUBIO CORREA, Marcial. *El Ser Humano como Persona Natural. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Para leer el Código Civil. Lima. pp. 41.*

Capitulo: **DERECHO A LA VIDA O A LA CONSERVACIÓN DE LA VIDA**

---------- & ----------

1.- DERECHO A LA VIDA.-

El Derecho a la Vida es el reconocimiento y respeto de la sociedad respecto a la vida de los demás. Es además "…el derecho que tenemos a conservar nuestra vida y a que nadie atente contra ella". Derecho de conservación, que significa derecho de exclusión de los demás de interferir o impedir la vida de los demás. En sentido negativo es aquella limitación a quitar la vida de las demás personas humanas, seres humanos.

Por un lado es ese derecho a exigir que los demás respeten nuestra vida, que no atenten, violenten, anulen nuestra vida, a cambio también se exige que respetemos la vida de los demás.

El Derecho a la vida es un sistema jurídico de protección del ser humano, de la viabilidad, permanencia y proyectibilidad de la vida del ser humano. En el sentido del iusnaturalista sería la defensa del curso normal de la vida (concepción,

nacimiento, vida en si, y muerte natural).

Art. 5°.- El derecho a la vida, a (a integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión.

Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el articulo 6.

2.- EXCEPCIONES AL DERECHO A LA VIDA:

Existen excepciones al derecho a la vida, como los siguientes:

1) La pena de muerte:
2) La guerra justa:
3) La legítima defensa:
4) El estado de necesidad:

TIPOS DE EXTINCIÓN DE LA VIDA.-

Los tipos de extinción de la vida son:

1) Muerte natural
2) Muerte no natural

En nuestro sistema penal tenemos los siguientes tipos de muerte ilegítimas:

1.- DELITOS CONTRA LA VIDA, EL CUERPO Y LA SALUD:

1.- Homicidio:
a) Homicidio simple;
b) Parricidio;
c) Asesinato;
d) Homicidio por emoción violenta;

e) Infanticidio;
f) Homicidio culposo;
g) Homicidio piadoso;
h) Instigación o ayuda al suicidio.

2.- Aborto:

a) Autoaborto;
b) Aborto consentido;
c) Aborto no consentido;
d) Aborto agravado por la cualificación del sujeto activo;
e) Aborto preterintencional;
f) Aborto terapéutico impune;
g) Aborto sentimental y eugenésico.

5.- Genocidio

Capitulo: DERECHO A LA LIBERTAD

---------- & ----------

1.- DERECHO A LA LIBERTAD.-

Shopenhauer, partiendo de este concepto distingue los tipos de libertad y los divide en: Libertad física, Libertad intelectual, y la Libertad moral; las cuales intentaremos explicar brevemente:

a) Libertad física:

Que para Shopenhauer no es más que la "ausencia de cualquier tipo de obstáculo *material.*

"Designa la ausencia de condiciones vejatorias",[170] y esas condiciones vejatorias serían las que disminuyen al hombre en su condición de hombre y de sujeto de derecho y dignidad. Pero cuando algo se dice que es voluntario, se dice que tiene raíz en su voluntad, es por que es una acción libre, es decir cuando los actos no son imposibilitados por ningún obstáculo. Sin embargo, no siempre sucede que la voluntad es el libre discurrir de la fuerza del hombre, no siempre se pueda

[170] *SCHOPENHAUER, ARTURO. Schopenhauer en sus Páginas. Editorial Fondo de Cultura Económica de México. pp. 209.*

dar rienda suelta a las potencialidades y quereres del hombre. La libertad se halla obstruida por factores muy diversos. Cuando esos obstáculos son físicos, materiales, como un muro, una montaña, etc., entonces la voluntad sufre no por razones inmateriales sino por condiciones físicas -valga la redundancia-, y la voluntad queda fuera del radio operativo del individuo. La experiencia, la observación demuestra el obstáculo, y "bajo este significado el concepto de la libertad no está expuesto a ninguna duda o controversia, pues siempre puede darse testimonio de su realidad a través de la experiencia."[171] Así: "El concepto de libertad, en este su significado original inmediato y popular, se refiere sólo al *poder* (poder obrar), es decir, a la ausencia de obstáculos en sus acciones." [172] No hay duda de cual es el obstáculo. Las razones son, pasibles de ser verificados por medio de los sentidos.

b) Libertad intelectual:

Hay que establecer que para hablar de este tipo de libertad lo primero es establecer qué es el intelecto, y decir, luego, que el intelecto es la facultad del conocimiento, que como fenómeno psíquico luego actúa sobre la voluntad. Así: "El hombre intelectualmente libre, es aquel que cuando la voluntad puede decidirse de acuerdo con la naturaleza del hombre, o sea de acuerdo con el carácter individual del hombre, y manifestarse sin trabas según su propia

[171] *SCHOPENHAUER, ARTURO. Schopenhauer en sus Páginas. Editorial Fondo de Cultura Económica de México. pp. 209.*
[172] *SCHOPENHAUER, ARTURO. Schopenhauer en sus Páginas. Editorial Fondo de Cultura Económica de México. pp. 209,210.*

esencia.[173] Por lo tanto la libertad intelectual se manifiesta en las acciones, en el resultado de las acciones y conductas del hombre. Es decir, un hombre es intelectualmente libre cuando "sus acciones son sólo el resultado de la reacción de su voluntad ante los motivos que se le presentan en el mundo externo de la misma manera que a todos los demás. Es entonces cuando se le atribuyen sus acciones moral y jurídicamente." [174] Existe relación entre el individuo y sus conocimientos, y sus motivos; puesto que el intelecto es el medio de los motivos: "el *medium* del motivo es el *conocimiento"*[175], "si falta el conocimiento, falta también necesariamente el movimiento por motivos".[176] La libertad intelectual parte, entonces, del conocimiento y del tratamiento que el ser humano da a estos conocimientos, a esos saberes. Es el intelecto el dominante, es éste el conjunto o sistema de conocimientos; pues en síntesis el intelecto es conocimiento que responde a motivaciones. Schopenhauer le atribuye a este conocer, la característica central de todos los animales; y claro, dentro de los animales están los seres humanos de carne y hueso -como diría Unamuno-. No olvidemos que la característica diferenciable del ser humano es su condición de animal de conocimiento, sujeto y objeto de conocimiento, es más "…la verdadera característica del animal sea el conocer, el representar. El animal,

[173] SCHOPENHAUER, ARTURO. Schopenhauer en sus Páginas. Editorial Fondo de Cultura Económica de México. pp. 210.
[174] SCHOPENHAUER, ARTURO. Schopenhauer en sus Páginas. Editorial Fondo de Cultura Económica de México. pp. 210.
[175] SCHOPENHAUER, ARTURO. Schopenhauer en sus Páginas. Editorial Fondo de Cultura Económica de México. pp. 54.
[176] SCHOPENHAUER, ARTURO. Schopenhauer en sus Páginas. Editorial Fondo de Cultura Económica de México. pp. 54.

como tal, se mueve siempre hacia un fin, con un propósito, el cual debe ser conocido por él, esto es, debe representársele como algo diferente de él mismo y tener conciencia de este algo. Por consiguiente, hay que definir al animal diciendo que es 'lo que conoce".[177] Y el hombre es ese animal que conoce, y por lo tanto tiene intelecto, por que es nada más que conjunto de conocimientos y de representaciones conceptuales.

Bueno, cuando la libertad intelectual se ve obstaculizada, ya no hay voluntad, podemos explicarlo reseñando a Schopenhauer quien escribe que: "Esta libertad intelectual queda *suprimida*, o bien cuando el medio de los motivos, la facultad del conocimiento, está trastornado temporal o definitivamente, o cuando las circunstancias exteriores en determinados casos adulteran la aprehensión de los motivos. El primer caso es el de la locura, el delirio, el paroxismo y el delirio de la borrachera; el segundo el de un error del cual no somos culpables, como, por ejemplo, cuando alguien sirve veneno en lugar de medicina o dispara contra el criado que ha entrado por la noche tomándolo por un ladrón. En ambos casos los motivos están adulterados y, por lo tanto, la voluntad no puede decidirse como lo haría bajo las mismas circunstancias si el intelecto se los suministrase correctamente."[178] La pregunta sería luego, en el caso del derecho a la información, ¿cuándo la voluntad de conocer está intelectualmente limitada?, o ¿cuándo debería estar limitada la libertad intelectual de conocer?

[177] *SCHOPENHAUER, ARTURO. Schopenhauer en sus Páginas. Editorial Fondo de Cultura Económica de México. pp. 54.*
[178] *SCHOPENHAUER, ARTURO. Schopenhauer en sus Páginas. Editorial Fondo de Cultura Económica de México. pp. 210.*

c) La libertad moral:

Lo interesante de la libertad moral es la apreciación de que un motivo no tiene fuerza irresistible, porque puede ser vencida por otro motivo más fuerte. No es lo mismo que un obstáculo material.

T÷

Las anécdotas de Sartre no las contaré yo, no puedo hablar de Sartre desde su historia, es decir, desde el registro de los acontecimientos que hicieron de él un ser único y exclusivo, sui generis.

La libertad para Jean Paúl Sartre dejó un pequeño legajo, un registro en la historia, un registro social, político, económico, moral, religioso, y también un registro "jurídico". Lo jurídico, como ustedes podrán observar, en la conglomeración extraordinaria y concreta, una síntesis de todo lo social, es decir, es un resumen de los factores que mueven al mundo, al ser humano, es decir, un resumen de los factores económicos, sociales, políticos, morales y religiosos. Eso es lo jurídico, resumen de estos factores; armonización de los mismos, con un principio, el monopolio y el respaldo de dicho monopolio a través de la fuerza coactiva.

IV.- DELITOS CONTRA LA LIBERTAD:

Los delitos contra la libertad son:

1.- Violación de la libertad personal;
2.- Violación de la intimidad;
3.- Violación de domicilio;
4.- Violación del Secreto de las comunicaciones;
5.- Violación del secreto profesional;
6.- Violación de la libertad de reunión;

7.- Violación de la libertad de trabajo;
8.- Violación de la libertad de expresión;
9.- Violación de la libertad sexual;
10.- Proxenetismo;
11.- Ofensas al pudor público.

Capítulo: LA HISTORIA DEL ESTADO, INFLUENCIA EN EL DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN

---------- & ----------

La construcción histórica del Estado moderno ha influido decididamente en la creación del Derecho. Rubio explica que la evolución del Estado "desde la Baja Edad Media hasta fines del siglo XVIII en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de Norteamérica" determinan ya una concepción más clara de lo que hoy viene a ser un Estado contemporáneo. Esto se desarrolla hasta principios del siglo XIX, y los aportes sintéticamente, según Rubio Correa, son:

1.- La idea de Democracia se asienta y consolida. Los que fundamentaron esta idea fueron principalmente Rousseau y Sieyes, "a través de la Revolución Francesa". La evolución fue hasta el tipo de Democracia Representativa.

2.- El reconocimiento de que ciertos principios deben ser garantizados a las personas, como el derecho a la libertad y la igualdad ante la ley. Se declaran a partir de este momento y se desarrollan en las Constituciones.

3.- Aparece y se consolida la idea de la separación de los poderes del Estado, en diversos órganos, el Legislativo, Ejecutivo y el Judicial. Esta viene a constituir ya "la forma predominante de organización del Estado" (Rubio Correa, El sistema jurídico. Introducción al Derecho, 1988, pág. 19).

4.- El afianzamiento del concepto de *nación*. Los fundamentan su organización sobre la idea de nación, es decir, de pueblos "integrados cultural y económicamente".

Los rasgos anteriormente mencionados vendrían a constituir lo que se dio en denominar el *Estado Liberal***,** Pero este se forma no en forma total, sino secuencial e históricamente.

Además, la transformación ha producido deliberados trastocamientos, reformas en la organización social. Los antiguos gobernantes del pueblo que eran por reyes y aristócratas en base a su riqueza y las teorías legitimadoras de su soberanía, habían de transformarse. Las teorías del mandato divino o del pacto divino, no quedaron inmunes al cambio. El poder de gobernar pasaría ahora a ser dispuesto por representación del pueblo, es decir los gobernantes ya no ejercerían su poder de gobernar "por derecho

propio", sino por "encargo del pueblo", nos explica Rubio Correa.

Sin embargo, el Derecho seguía siendo más o menos el mismo que regía con el anterior régimen; seguía siendo "una amalgama" de "costumbres, normas legisladas, Derecho Canónico, resoluciones de tribunales y teorías provenientes del Derecho Romano". Este Derecho era ciertamente incompatible con los nuevos principios esbozados por la realidad histórica, y por las ideas liberales como la libertad, igualdad ante la ley y la democracia. Sin embargo se perfila y se va insertando nuevos principios de gobierno. El Estado ha de dictar normas que deben cumplirse obligatoriamente. Y el fundamento de estas normas estaba, ya no en la antigüedad de las mismas, ni en las costumbres, sino en el mismo hecho de "emanar" o ser "originarias" del poder del Estado. Este acto es lo que les daba validez y legitimidad. En razón a ello, a la potestad del Estado de emitir derecho, de crear derecho, de monopolizar el derecho, se sistematiza este mismo, y se centraliza el poder en manos del Estado, a través de "sus mandatos".

El concepto de democracia representativa se gesta en la Revolución Francesa, pero la idea del voto universal se generaliza recién en el siglo XX. "…recién en el siglo XX podemos decir que se generalizan la idea del voto universal, del recambio periódico de los gobernantes…", dice Rubio (Rubio Correa, El sistema jurídico. Introducción al Derecho, 1988, pág. 20).

Se produce también una transformación de legitimación del poder, de las teorías legitimadores de la soberanía, como la del Mandato divino (que eran los monarcas encargados de Dios para gobernar), como o el del "Pacto de soberanía" (que el pueblo encarga al monarca el gobierno, para dar seguridades). Estas teorías sufren un cambio fundamental, porque los dos justificaban el poder absoluto de los monarcas. "Plantear el cambio de la soberanía de manos de estos gobernantes hacia los representantes elegidos por el pueblo, significaba todo un gran trastocamiento de la concepción del mismo poder: el gobernante ya no lo es por derecho propio sino por encargo del pueblo", reseña Rubio Correa (Rubio Correa, El sistema jurídico. Introducción al Derecho, 1988, pág. 20).

Estas transformaciones sociales significaron que no era la antigüedad ni las costumbres, sino el poder del Estado quien debería regular o normar las conductas sociales. Con la concepción del Estado se sistematizaba el Derecho, es decir que todo tendía a depender de todos. Todo influía a todos. Cualquier conducta era interdependiente. De esta forma "El Estado controlaba el poder con sus mandatos".

Rubio Correa agrega que estos fenómenos produjeron dos tipos de instrumentos legales: 1) Las Constituciones; 2) La Legislación.

1.- Las Constituciones

Las Constituciones en si cumplían dos objetivos: a) Determinaban los Derechos de las personas y b) Generaban la organización del Estado. Por eso las

Constituciones vienen a ser en un primer momento, "un instrumento legislativo", que logran o cumplen la finalidad de "constituir" a los Estados; Rubio diría: "Originalmente, Constitución viene de constituir el Estado" (Rubio Correa, El sistema jurídico. Introducción al Derecho, 1988, pág. 24).

Esta Constitución plantea específicamente las nuevas funciones, derechos que tienen las personas, distintas al antiguo régimen, y las funciones de organización y control del Estado y sus órganos. La Constitución es pues una "forma de organizar al Estado". La evolución y las necesidades históricas hacen que sea oportuno darle a la Constitución un status jurídico. Si crea y determina los derechos de las personas en base a los nuevos principios liberales y frente a los del antiguo régimen; y si además organiza y distribuye el poder del Estado, la Constitución, no se basta ya como simple instrumento legal, es indispensable dotarlo de cierta supremacía, frente a las otras formas de legislación. Y se le da la supremacía, dentro del Derecho, como "Norma Suprema", de un ordenamiento jurídico.

En el siglo XIX el Derecho es pues "presidido" por la Constitución Política del Estado", y es en mérito a esto que puede surgir el "principio de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes", desarrollado por los Estados Unidos.

2.- La Legislación

Podemos, siguiendo la doctrina de Rubio Correa, explicitar que fue con Napoleón que parece iniciarse la gran idea de sistematización, de codificación, a pesar

de haber existido en Roma un Corpus Iuris Civilis. Fue al finalizar el siglo XVIII cuando Napoleón aparece en escenario, toma el poder; y en 1804 promulga el Código Civil Francés o Código Napoleónico.

Este ha sido un hito en la historia, porque el Código representaba los grandes principios de la revolución francesa, los principios liberales, como el Derecho de las Personas, de la Familia, de las Sucesiones, de la Contratación, de la Propiedad Privada. Había consolidado una nueva estructura social, la que la burguesía revolucionaria había anhelado.

Este Código, junto con los otros que publicó, fueron impuestos en todos los territorios conquistados, y logró producir grandes transformaciones referentes a "supresión de privilegios aristocráticos" y "diferencias de las personas frente a la ley". Además fue un modelo de copia, o imitación de otros países.

Por su parte Perú dio un código en 1852. Alemania desarrolló la Escuela Pandectista, que desarrolló el Código Civil Alemán en 1896.

En esta evolución, en el siglo XIX el Derecho fue concebido y dado por los órganos del Estado, específicamente por el Poder Legislativo, en sus diversas nominaciones, como Parlamento, Congreso, Asamblea, Dieta, Cortes, etc., que eran elegidos mediante el sistema de democracia-representativa, "Por lo tal el Estado aparecía como un mero ejecutor de esta legislación. El Estado aparecía como Estado policía, es decir como aquel que vigilaba, controlaba y garantizara que la "libre iniciativa se desarrollara por

las personas en igualdad de condiciones", el Estado no se concebía aún como promotor e interventor. El monarca, en los países europeos había sido recortado en sus decisiones políticas".

"Apareció entonces la preeminencia del Órgano Legislativo en materia de producción de normas jurídicas y, en el transcurso de los años ocurrió que el Derecho empezó a identificarse con la Ley producida por el Estado. En consecuencia el Derecho pasó a ser el conjunto de normas aprobadas por el Estado mediante sus órganos o poderes.", reseña Marcial Rubio (Rubio Correa, El sistema jurídico. Introducción al Derecho, 1988, pág. 22). Este tipo de hecho era evidentemente necesario en aquella época, porque había que darle orden y un nuevo sentido a las regulaciones sociales, pues el Derecho ya no podía estar en manos de los Reyes, sino de la Legislación, es decir, de los representantes del pueblo.

La transformación social había de proseguir, apareció la idea del Estado policía, que era una primera concepción liberal, después de la revolución, y que consistía en la no intervención del Estado, sino de un Estado sólo en una función vigilante. Pero fueron la Primera Guerra Mundial y la Revolución Mexicana -en América Latina-, las que promovieron otro tipo de organización social, y de función del Estado; ya no el de simple garante de la libre iniciativa en igualdad de condiciones de las personas, sino que el Estado debía ahora "promover el bienestar", ser un ente "promotor en la prestación de servicios".

Con la Gran Depresión de 1929 se desarrolla la idea del

Estado Reformador y promotor de servicios. El poder Ejecutivo comenzó a desarrollar "obra pública, seguridad social, beneficios a los más desposeídos, etc. Eso produjo que el Estado tenía que crecer, tenía que instalar dependencias administrativas para lograr sus nuevos objetivos, para "promover y servir".

El Poder Ejecutivo además, necesitaba dictar normas, producir derecho masivamente, dictó reglamentos, decretos y resoluciones. Necesita luego dictar normas con rango de ley, por la capacidad de efectivización de estas, por eso apareció la "legislación delegada" por la cual el Poder Legislativo delega el dictado de normas con rango de ley en el Poder Ejecutivo. Nace el "Estado Social de Derecho", –nos explica Rubio Correa,

Concluyendo, señala Rubio: "Así llegamos a la concepción actual del Estado y del Derecho: un Poder Legislativo que tiene la atribución de dictar las leyes y que retienen su antigua atribución de controlar políticamente al Poder Ejecutivo mediante la investigación de sus actos y la eventual arma de censura ministerial; un Poder Ejecutivo enorme, con buena parte de la Administración Pública bajo su mando, y con creciente capacidad de dictar normas jurídicas mediante reglamentos, decretos y resoluciones cuando no mediante la legislación delegada; y un Poder Judicial que tiene también desde antiguo la atribución de resolver los conflictos en nombre del estado mediante resoluciones." (Rubio Correa, El sistema jurídico. Introducción al Derecho, 1988, pág. 23).

Sin embargo en el siglo XIX surgió la idea de socializar el Estado, es decir de que el Estado se convirtiera en promotor del bienestar de la sociedad. Estas corrientes "abogaban por una estructuración del sistema social que socializará los medios de producción y los pusiera al servicio y en manos de los trabajadores." (Rubio Correa, El sistema jurídico. Introducción al Derecho, 1988, pág. 24).

Por último, el mayor grado de expresión de estas corrientes puede haberse plasmado en la Revolución Rusa, en 1917. Sin embargo, como lo explica Rubio, no hubo estrictamente hablando una modificación estructural totalmente distinta, porque, a pesar de todo, "también existen un órgano legislativo, un sistema judicial y un inmenso aparato político y administrativo en el Poder Ejecutivo. El Derecho es también similar en lo estructural, aun cuando obedece a principios y conceptos distintos" (Rubio Correa, El sistema jurídico. Introducción al Derecho, 1988, pág. 24).

8.- LOS ANTECEDENTES DEL ESTADO PERUANO. SISTEMA POLITICO Y TEXTO LEGAL CONTRADICTORIOS

El Estado peruano nace como Estado independiente en 1821 y aprueba su primera Constitución en 1823, según refiere Marcial Rubio Correa (Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Marcial Rubio Correa). Aún no se consolidaba como nación pero esa era la tendencia, a pesar de ser nuestro país multicultural, puesto que para ser nación tiene que haber "cierta integración económica y cultural", siendo el Perú "un

pueblo cultural", con "rasgos comunes con otros Estados latinoamericanos –nos dice Rubio Correa. El Perú se había formado con las líneas del liberalismo como teoría política, por lo que lo que se denominaba "élites criollas", habían bebido de dicha fuente, del liberalismo europeo, pero no con el sentido del viejo continente, ni aún entendiendo muy bien los postulados de dicha corriente política, económica –afirma Rubio. Ante esto se produjo un primer problema con la asimilación del sistema política a aplicarse en nuestro país, que se trajeron los modelos europeos y norteamericanos pero sin pasarlos por el tamiz de la crítica y "adaptación creativa a nuestras sociedades –advierte Rubio. Pero aquella copia respondió más bien a la necesidad de urgencia, de velocidad necesaria, para construir nuestra propia sociedad, porque "la libertad se estaba haciendo", por lo que la sola copia de dichos modelos no fue el verdadero problema, "el problema no fue la copia, sino la mala copia, o la mala adaptación de ciertos principios políticos"; de esa contradicción entre necesidad y realidad surgieron los conflictos entre norma y realidad, de tal forma que "existieron derechos que nunca se pudieron cumplir, o que eran imposibles de cumplir; además, en el extremo del fenómeno incluso se intentó "establecer una estructura política en base a la teoría de división de los poderes que no era aplicable a nuestra realidad. Se habló de democracia representativa en el contexto de un pueblo que no podía practicarla en la forma que se normaba" (Rubio Correa, 1988, pág. 33). Como consecuencia de todo ello resultó la evidente contradicción entre el sistema político y la normatividad, entre la realidad en

los hechos y la realidad en los textos normativos. El hecho no encajaba en el texto porque no había compatibilidad entre la necesidad y naturaleza de la realidad individual y social con la naturaleza y realidad social del sistema político normado.

Sin embargo, a pesar de todo ello, se produjeron, entre otros –siguiendo a Rubio- dos hechos relevantes en esta época de controversias: a) La construcción de la nación a partir del Estado; b) La consolidación del Estado. Esto fue lo realmente importante, porque una sociedad para organizarse y gobernarse tiene que definirse como sociedad, unitaria o federada, y se definió como nación, con lo que supone su "calidad y naturaleza de integración de todos los fenómenos culturales, políticos y económicos" dentro de un mismo sistema cultural y político en todo el país. El gobierno se enlazaría, concentrándolo y no desperdigándolo. A pesar de la natural multidiversidad de nuestra sociedad esta sirvió como una línea de acción, presente y proyección del futuro, y fue en esa línea en que se establecieron los demás factores de organización político-social.

En síntesis, siguiendo a Rubio Correa, en nuestro país se producen los siguientes hechos de su conformación: 1) nace como Estado independiente en 1821 y se consolida con su Constitución de 1823; 2) se forma como un pueblo plural en raza y cultura y con ello se fijan diferencias e integración de las mismas dentro de un solo esquema político, el de nación; 3) En estos inicios el Perú no era aún una nación, lo que va a ser luego, como un sistema distinto al federal y la

integración de este principio, valor cultural político dentro de nuestras constituciones y referenciado desde ese ámbito como un Estado-Nación; 4) desde la etapa colonial, nuestra sociedad criolla bebieron de las fuentes del liberalismo europeo y estadounidense, trayendo dichas nociones al país aún sin entenderlas del todo; 5) La élite criolla de aquel tiempo trajo como fuentes de organización social al liberalismo, pero como una mala copia, sin "matizarla con la crítica" y adaptación a nuestras realidades; 6) Se produce un conflicto entre la copia importada, puesta en textos normativos y la propia realidad y necesidades; 7) La influencia del liberalismo importado influyó a la "independencia de nuestro subcontinente"; 8) Resultado de dicha evolución política, los "grupos nacionales de ese entonces colaboraron a formar el Estado peruano", a configurarlo. 9) La asunción de políticas copiadas del extranjero produjeron que "las Constituciones del siglo XIX y XX mantuvieron un divorcio con la realidad", pues se insertaron derechos que nunca pudieron cumplirse o acaso eran imposibles de cumplir; 10) La teoría de la "división de poderes", se intentó implementar en una sociedad no aplicable a nuestra realidad; 11) Se "establecieron mecanismos de democracia representativos que no eran acordes con la realidad nacional; 12) Caudillismo (antes de la guerra del Pacífico), República Aristocrática (hasta 1930), Estado oligárquico (1970) no escaparon a esta realidad o divorcio entre realidad y normas; 13) En el periodo republicano hubo un real "esfuerzo sostenido de construir una nación a partir del Estado"; 14) También en el periodo republicano, "hay una progresiva consolidación del aparato del Estado" ; 15) Al margen

de las discrepancias sobre el Estado se concluye que éste debe ser: a) moderno; b) eficiente; c) con capacidad de control; d) poder de fiscalización; e) obligación de servicio, a "las que no puede renunciar – dice Rubio.

EL PERÚ EN 1998.-

Un resumen de las estrategias utilizadas en 1998 se encuentra detallada en el libro: "Guía Legal de Negocios – Invirtiendo en el Perú" Editora: Beatriz Boza, del que haremos un repaso para darnos una visión panorámica del fenómeno del Estado peruano.

1.- Reformas para un futuro mejor.-

Felipe Ortiz de Zevallos señala que desde 1990 en el Perú se habría mejorado el entorno legal que existía a la inversión privada, con la dación de la Constitución de 1993 aprobada por "referéndum popular de 1993". Desarrollándose un "entorno legal distinto al que existía antes de 1990"; y anota las siguientes orientaciones de las reformas estructurales al Estado: 1) liberalizar y desregular la economía; 2) recomposición de la relación entre el sector privado y público; 3) reevaluación del mercado y la competencia para evaluar la asignación eficiente de los recursos.

Ortiz escribe que fue con la dación de la "Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada" (DL 757, con la que se imponen los principios generales que "garantizan la propiedad privada y la libertad empresarial" y son los siguientes: 1) "Se otorgan garantías a la libre iniciativa privada al margen de la forma empresarial que adopte"; 2) "Se limita la

intervención del Estado" en la fijación de precios y tarifas; 3) se garantiza la libre distribución de utilidades; 4) se eliminan todas las reservas, parcial o total a favor del Estado para las actividades productivas o de explotación de recursos; 5) se eliminan las regulaciones que interfieran en los procesos productivos de las empresas –menos los de salud y medio ambiente; 6) se establece la igualdad de condiciones para las empresas privadas y el Estado;) Se establece mecanismos legales de seguridad jurídica a las empresas; 8) se abre la posibilidad de convenios de estabilidad jurídica y tributaria con el Estado para garantizar la permanencia de derechos reconocidos por la norma; 9) se establecen mecanismos para dar seguridad respecto de los regímenes tributarios y laborales vigentes – reseña Ortiz de Zevallos. (Guía Legal de Negocios. Editora Beatriz Boza).

1) La promoción de la inversión extranjera.-

Se expide la Ley de Fomento de la Inversión Extranjera, mediante Decreto Ley 662, en el año 1991, -según Ortiz de Zevallos, a fin de "eliminar las restricciones existentes en los años setenta y ochenta", como a) la prohibición de remisión de capitales y utilidades al exterior; b) limitaciones al crédito interno". Mediante esta ley s resume en los siguientes factores: 1.- Se otorgan una serie de garantías generales como: a) La no discriminación entre capitales nacionales y extranjeros; b) la igualdad de trato para ambos; c) el derecho a transferir al exterior, sin autorización previa, y solo habiendo pagado los impuestos correspondientes, el íntegro de los capitales y dividendos, o las utilidades netas, provenientes de la

inversión; d) derecho a transferir al exterior las regalías por el uso y transferencia de tecnología; e) Se preocupan por que no existan restricciones al capital extranjero para invertir en el Perú, en cualquier sector de la actividad económica. 2.- Se crean regímenes de estabilidad tributaria para los inversionistas extranjeros: a) Se autoriza al organismo competente encargada de la inversión extranjera, a celebrar contratos de estabilidad jurídica con inversionistas extranjeros; b) Los contratos de estabilidad jurídica con inversores extranjeros no pueden ser modificados por el Estado; c) Los contratos garantizan como máxima tasa del impuesto a la renta la tasa vigente; d) se establece la estabilidad de los regímenes de disponibilidad y convertibiidad de moneda extranjera; e) se establece la estabilidad de los regímenes de remisión de utilidades y capitales; f) Los convenios con inversionistas extranjeros se aprueban con la condición de que los inversionistas realicen aportes de capital en empresas establecidas o por establecerse; g) Se implementó un programa de inmigración de ciudadanos extranjeros que aporten fondos o realicen inversiones en el Perú, para lo cual se dio el Decreto Ley 663 – Migración-Inversión; h) se suscribieron convenios multilaterales de garantías a la inversión extranjera; i) Se suscribieron convenios multilateral con MIGA, que es una agencia que otorgaba garantías a los inversionistas extranjeros contra riesgos no comerciales; j) se suscribió el convenio multilateral con ICSID, que era un tribunal de resolución de controversias. K) Se firmaron convenios bilaterales para promover la inversión extranjera en el Perú; l) En 1992 se suscribió un acuerdo con OPIC, agencia del

gobierno norteamericano a la que podían acudir las empresas norteamericanas para proteger sus inversiones en el Perú; ll) Se suscribieron similares convenios con Francia, Colombia, Argentina, España, Holanda, Alemania, Finlandia, Malasia y Australia; m) Acuerdos de protección de las inversiones extranjeras con los gobiernos de Suiza, Tailandia, Corea del Sur, Bolivia, Reino Unido, Paraguay, República Checa, Suecia, Italia, Rumanía, China, Portugal, Dinamarca, Noruega y Venezuela, y se promovía la suscripción de convenios similares con otros veinticinco países más, según refiere Ortiz de Zevallos.

Capítulo: EL ESTADO COMO REPÚBLICA.-

---------- & ----------

Al ser el Estado una "república" adquiere todos los derechos y obligaciones respecto a este tipo o forma de gobierno, entre los que se encuentran: a) El Estado solo lo es si es que tiene como fin último, thelos, el bien público, el bien común; b) El Estado es en sí una cosa pública, algo de todos y por todos aceptada; c) El Estado no es propiedad ni puede pertenecer a un individuo o gobernante, como los monarcas, reyes, zares o dictadores –cuya característica es ostentar el poder absoluto-, el Estado tampoco es propiedad de un grupo de individuos como los oligarcas, aristócratas, etc., sino que la propiedad le pertenece a toda la sociedad; aclarando que no nos estamos refiriendo a la "propiedad" como un fenómeno patrimonial, como un capital económico, sino a la relación de subordinación que existe entre todos los individuos y el Estado. Aclaramos que la "subordinación", ya no es aquel método de dominación de una clase o casta hacia otra clase inferior, sino se trata de una "relación de jerarquía" basada en la necesidad de establecer un "orden social", un orden que permita la convivencia y

la administración necesaria para el flujo de la vida en sociedad, por lo que la subordinación no es dominación sino necesaria jerarquía organizativa de la sociedad para lograr los fines de la propia sociedad; d) Un Estado republicano no es propiedad del poder de gobernar sino delegación social del poder de gobernar, esto significa que quien ostenta el poder para gobernar siempre lo hará en forma temporal y este poder no es enajenable, ni puede ser transmitido –como antaño- por herencia, de esta forma el poder no está en una persona sino en todos, siendo que para la organización o forma de vida republicana la sociedad "delega" parte de su poder. El poder deja de tener dueño y se convierte solo en un "instrumento", algo que sirve para lograr un fin determinado. El individuo delega parte de su poder privado y al delegarlo en alguien para que lo represente se convierte en poder público, por el origen del que provino (poder privado) y por la finalidad de la deligación (resolver los problemas públicos, lograr el bien común, etc.); e) En el Estado republicano, como cosa pública, cosa de todos, los ciudadanos cumplen una función no solo para delegar parte de su poder a quiénes van a ostentar el poder temporal de gobernar, sino que como ciudadanos tienen deberes que cumplir con el propio Estado; siendo cosa de todos, también es preocupación y deber de cuidarla por todos, de allí se desprende el deber de tributar como un mecanismo que responde a cuidar y generar los recursos necesarios para la existencia y funcionamiento de aquella cosa que es de todos por ser pública; f) Un Estado republicano también significa que éste puede y debe ser conocida por todos, de ahí que tiene que haber "transparencia" (que se puedan conocer) en

todos los actos de gobierno, administración y disposiciones del poder público, como la asunción en los cargos o poderes públicos como funcionarios, servidores o trabajadores públicos; transparencia en cómo se usan los recursos humanos y logísticos, etc. g) En un Estado republicano el poder público es temporal no eterno, ni se puede heredar, porque al ser una cosa de todos su consistencia está en la rotación de quienes manejan el poder de gobernar, en la traslación de la representación y nunca en la continuidad o permanencia de aquel poder en un solo individuo; La transparencia permite además que sea la propia sociedad -la que ha delegado su poder privado para que exista un poder público- la que actúe como "vigilante" de los actos públicos y además pueda "controlar" por medio de esta vigilancia que se usen bien los recursos públicos; h) El origen del poder público proviene de la sociedad, de cada ciudadano que lo delega, no proviene de la tradición, ni por herencia, o disposición divina o religiosa. I) Permite el control del uso del poder publico porque el poder no se concentra en un individuo o grupo, sino en una institución, lo permanente es la institución llamada Estado, no las personas que la integran temporalmente, los cuales tienen el poder público con un requisito y función esencial: servir a la sociedad; este servicio social lo despersonaliza, vuelve impersonal a quienes temporalmente integran el Estado, y no el individuo sino la institución es lo realmente importante, sin olvidar que el Estado existe para garantizar los servicios al individuo dentro de una sociedad determinada; j) Estado al ser republicano tiene como elemento fundamental la división de poderes, etc.

como control y balance de la utilización del poder público, quien no cumple su función pública va perdiendo poder, por lo que cada entidad con poder público debe cumplir sus objetivos y esmerarse en cuidar su "cuota de poder", que sólo existe en mérito a la funcionalidad o ejercicio de sus funciones públicas; de esta forma ninguna institución pública puede relajarse de su fin, no obstante si sucediera están los otros poderes que equilibran la actividad, como una especie de retroalimentación o conexión circular en donde todos los poderes se tienen que impulsar por el control que ejercer sobre el otro, siendo que el control no termina en uno específico sino que circula permanentemente.

¿Qué pasaría si una autoridad, funcionario, servidor público, trabajador, sociedad civil, persona natural, persona jurídica, grupo de personas, etc. incumplen, niegan, contradicen o violan inconsciente o conscientemente los postulados o garantías de una "República"? y/o ¿cuándo y dónde están estos límites o prohibiciones a no salirse en nuestras conductas de los marcos que definen el concepto de "República", como una forma de gobierno con sus propias características? En una "República" se previenen sobre estos casos y están establecidos los mecanismos para contradecir cualquier violación a su propia noción, estipulados desde la Constitución, leyes y demás normas, y apoyadas por los propios órganos del Estado, como la Policía Nacional, la fiscalía, el Poder Judicial, etc. que son instrumentos para impedir que se altere el orden social dentro de una república. Como ejemplos podemos poner lo regulado por el Código procesal

constitucional en el que se encuentran los procedimientos para impedir la violación a las libertades y derechos de los ciudadanos, como el despido arbitrario, falta de transparencia, detención arbitraria, inconstitucionalidad de las normas emitidas, a través de la acción de inconstitucionalidad, o incluso ante la falta de cumplimiento de las disposiciones legales, normativas, a través de las acciones de cumplimiento, etc. Además hay acciones de derecho y acciones de hecho, porque ante una implantación de una dictadura puede sucederse el derecho a la insurgencia, constitucionalmente garantizado, etc. Estas garantías son propias de una "república", y sólo porque siendo una cosa de todos, el bien común, el bien público, todo se puede hacer siempre y cuando se tenga el consentimiento social, ya sea mediante delegación inmediata o mediata, pero siempre necesariamente a través de la delegación y legitimidad social propia de las repúblicas. En una dictadura estas formas de contradecir las irregularidades o arbitrariedad no es posible.

Capítulo: EL CONCEPTO DE REPÚBLICA EN LA DOCTRINA.-

---------- & ----------

Manuel Ossorio, en su diccionario jurídico, escribe que el término "República" es una "Forma de gobierno representativo en que el poder reside en el pueblo, personificado éste por un jefe supremo llamado presidente. (…) / Como forma de gobierno fue conocida en Grecia y Roma, mantenida en la Italia medioeval y generalizada en Europa luego de la Revolución francesa y sobre todo tras las conflagraciones mundiales que barrieron con docenas de tronos en los países derrotados."

Ossorio explica que la República puede ser 1) Por la concentración del poder en: a) unitarias; o, b) federales; 2) Por el enfoque clasista y de los bienes en: a) burguesas, o, b) socialistas; 3) Por las atribuciones del jefe del Estado y del Poder Legislativo en: a) presidencialistas, o, b) parlamentarias.

Cabanellas escribe en su Diccionario Jurídico: “En sentido estricto, la Academia Española la define como Estado que se gobierna sin monarca.” Y agrega que “es, en su auténtica expresión, la forma de gobierno de origen electivo y popular; caracterizada por la duración determinada de la representación o mandato, atribuciones limitadas y responsabilidad de todos sus órganos y miembros, incluso el jefe de Estado, que la simboliza, y denominado, en todos los países en que está instaurada, presidente. ”De lo que se desprenden las características de una república: a) electivo; b) popular; c) representación temporal; d) atribuciones limitadas; e) responsabilidad; f) gobernada por un presidente.

La república producto de las revoluciones sociales no fueron, como es de entenderse fácilmente aceptadas y existieron personajes de fuerte raigambre como Joseph de Maistre (1753-1821), que según José Ferrater, “Es cierto que predica la exterminación de los protestantes, de los judíos, de los republicanos, de los intelectuales, de todos los que pongan en duda los fundamentos de la autoridad papal y real. Pero ello se hace más con vistas a formar el futuro que a volver al pasado.”(José Ferrater Mora. Diccionario filosófico). Cosas tan asombrosas y disparatadas, que no se pueden pensar actualmente, salían de las más racionales personas; recuérdese sino que “Platón quería expulsar a los poetas de la República por mentirosos”.

EL ESTADO COMO DEMOCRACIA.-

Según Manuel Ossorio: "Democracia. Doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno y también mejoramiento de la condición del pueblo. Proviene de las palabras griegas dêmos (pueblo) y krátos (fuerza, autoridad). En sentido político es muy difícil determinar el contenido de la democracia, ya que ni siquiera existe conformidad entre los autores con respecto alo que debe entenderse por pueblo. | En acepción moderna y generalizada, democracia es el sistema en que el pueblo en su conjunto ostenta la soberanía y en uso de ella elige su forma de gobierno y, consecuentemente, sus gobernantes. Es, según la conocida frase de Lincoln, el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo. / La forma democrática de gobierno es incompatible con los regímenes aristocráticos y autocráticos."

Guillermo Cabanellas escribe: "Democracia. Esta palabra procede del griego demos, pueblo, y cratos, poder, autoridad. Significa el predominio popular en el Estado, el gobierno del pueblo por el pueblo; o, al menos, a través de sus representantes legítimamente elegidos, que ejercen indirectamente la soberanía popular, en ellos delegada."

Alexis de Tocqueville, escribe en su obra: "La Democracia en América", que los nobles –clase social y económica- daban cierta prioridad al pueblo con la finalidad de combatir a la autoridad o a sus rivales; así también los reyes también "daban participación en el gobierno a las clases inferiores del Estado, a fin de rebajar a la aristocracia", esto en un periodo de setecientos años. Esto se pudo apreciar con mayor

acento en Francia, donde los reyes "trabajaron para elevar al pueblo al nivel de los nobles" y –cuando estaban débiles políticamente- hasta permitieron incluso que el pueblo se colocase por encima de ellos mismos, los reyes. Tocqueville afirma que los reyes ayudaron a la democracia tanto por sus talentos como por sus vicios, así Luis XI y Luis XIV igualaron todo "por debajo del trono", mientras que Luis XV descendió la corte "hasta el último peldaño". (Alexis de Tocqueville. La Democracia en América)