Dr. Reinaldo Valarezo García

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

LA APLICACIÓN CORRECTA DE LAS NORMAS JURÍDICAS POR PARTE DE LOS JUECES EN EL ECUADOR.

ESQUEMA PRÁCTICOS Y EJEMPLOS PARA EL EJERCICIO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.

Primera Edición
Loja - Ecuador

SIB-UCE LABORATORIO DE DIGITALIZACIÓN
Campus Central, calle Jerónimo Leyton y Gatto Sobral
+593 2230757 ext: 808 biblioteca.general@uce.edu.ec
©2022-2024

BASE LEGAL PARA DIGITALIZACIÓN DE LIBROS CON DERECHOS DE AUTOR

El Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador, digitalizará su acervo bibliográfico siempre y cuando sea para fines educativos y de investigación. No se permite la reproducción y distribución para la comercialización directa e indirecta de este.

La digitalización del material bibliográfico se lo realiza de acuerdo al Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación **Art. 212 numeral 9, Literal ii** "(…) Una biblioteca o archivo podrá, además, realizar los siguientes actos (…) La reproducción electrónica y comunicación pública de obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución o para usuarios de esa institución bajo su control, en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones" y **literal vii** "La reproducción, adaptación, traducción, transformación, arreglo, distribución y comunicación de una obra protegida por derechos de autor o una prestación protegida por derechos conexos, en uno o más formatos accesibles para el uso exclusivo de personas con discapacidad".

Este material se considera un producto intelectual a favor de su autor; por tanto, la titularidad de sus derechos se encuentra protegida por el Código Orgánico De La Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. La violación a dichos derechos constituye un delito que será responsabilidad del usuario.

Este libro está disponible físicamente en

Biblioteca:

Biblioteca Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales

Piso:	**Estante:**	**Bandeja:**
PB	04	08

Convenio interinstitucional:

Enlace al catálogo:



Dr. Reinaldo Valarezo García

TITULOS:

- Licenciado en Ciencias Sociales, Políticas y Económicas, 1968, U.N.L.
- Doctor en Jurisprudencia, 1971, U.N.L.
- Abogado, 1971, U.N.L.

POSTGRADOS:

- Diploma en Administración de Servicios Culturales, 1986, Universidad Andrés Bello, Caracas – Venezuela.
- Magíster en Docencia Universitaria e Investigación Educativa, 1998, U.N.L.
- Diplomado en Planificación Estratégica Universitaria, 1999, U.N.L.
- Especialista en Informática Educativa y Multimedia, 2000, Universidad de Los Lagos - Chile.
- Diploma en Políticas y Transparencia Anticorrupción, 2003. Universidad Georgetown.
- Magister en Educación Superior, ESPEC, 2009,
- Diploma Superior en Derecho Notarial y de Registraduría, 2010.

EXPERIENCIA PROFESIONAL Y ACADEMICA:

- Profesor Principal de la Escuela de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, de la Universidad Nacional de Loja, desde enero de 1972 hasta septiembre de 2008.
- Subdecano y Decano de la Facultad de Jurisprudencia, 1978 – 1981.
- Vicerrector Académico de la Universidad Nacional de Loja, reelecto, 1983 - 1993.
- Rector de la Universidad Nacional de

340.1
V137

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

340.1
V137
ID: 12816

P: PB
E: 4
B: 8

Dr. Reinaldo Valarezo García

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Edición 2012

Editorial Jurídica

Tel.: 052-735624

Queda hecho el depósito que marca la ley
Derecho de Autor N°. CUE-000781
I.S.B.N: 978-9942-03-517-2

ISBN: 978-9942-03-517-2
9 789942 035172

Derechos reservados. Prohibida su reproducción total y parcial por cualquier medio, impreso o magnético, sin el permiso del autor y de la editorial.

Nota Importante:



Este libro debe llevar la firma y el sello del Editor;
si no llevan no es original.

TEORIA GENERAL DEL DERECHO

SUMARIO:

PRIMERA UNIDAD: LA CIENCIA DEL DERECHO

Cap. 1: CONCEPTO DE DERECHO:

1.1. ¿Qué es el Derecho? Etimología. 13
1.2. Definición y elementos del Derecho. 16
1.3. El deber ser como categoría del Derecho. 18
1.4. El Derecho como orden coactivo. 21
1.5. El Derecho es un sistema de normas. 28

Cap. 2: OBJETO Y FINES DEL DERECHO:

2.1. Fines del Derecho. 37
2.2. Validez de la norma. 39
2.3. La obligación y la responsabilidad jurídica. 51
2.4. El Derecho y la Justicia. 55
2.5. Validez, eficacia y justicia. 65

Cap. 3. CONOCIMIENTO CIENTIFICO DEL DERECHO:

3.1. Fundadores y Escuelas, 79
3.2. Derecho Positivo y Derecho Natural, 81
3.3. El Derecho Positivo y la Moral, 86
3.4. Ciencia del Derecho e Ideología, 93
3.5. Los conceptos jurídicos fundamentales: 107

INGR. 047-2013

3.5.1. ¿Qué son los conceptos jurídicos fundamentales?, 107
3.5.2. La relación jurídica, 115
3.5.3. El deber jurídico. 123
3.6.- Los derechos fundamentales 132

Cap. 4: EL DERECHO Y OTROS ÓRDENES NORMATIVOS:
4.1. Las reglas del trato social. 141
4.2. El Derecho y la Moral 149
4.3. Ética pública y ética privada, 167
4.4. La Ciencia del Derecho, 179
4.5. La Filosofía del Derecho. 188
4.6. El ordenamiento jurídico. 192

SEGUNDA UNIDAD: ESTRUCTURA Y DIVISION DEL DERECHO

Cap. 5: DIVISIÓN DEL DERECHO:
5.1. Derecho Público, Derecho Privado y Derecho Social. 205
5.2. Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo. 209
5.3. Derecho Sustantivo y Derecho Adjetivo. 220
5.4. Derecho Natural y el Derecho Positivo. 222
5.4.1. Derecho Natural, 222
5.4.2. El Iusnaturalismo: concepto y características. 230
5.4.3. Un Derecho Natural renovado. 239
5.4.4. El Positivismo Jurídico. 241

Cap. 6: **EL DUALISMO EN LA TEORIA DEL DERECHO:**
6.1. Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo, 249
6.2. Reducción del Derecho Subjetivo al Derecho Objetivo, 256
6.3. La noción de persona. 260
6.4. La Ciencia del Derecho. 267

Cap. 7: **LAS DISCIPLINAS JURIDICAS**
7.1. Filosofía del Derecho. 275
7.2. Introducción al Derecho. 280
7.3. Sociología Jurídica. 283
7.4. El Derecho Comparado. 288
7.5. Historia del Derecho. 290

Cap. 8: **LA TECNICA JURIDICA:**
8.1. El Derecho como ciencia y como arte. 290
8.2. Procedimientos de la Técnica Jurídica. 305
8.2.1. Procedimientos Materiales. 307
8.2.2. Procedimientos Intelectuales. 311
8.3. Agrupación de las normas jurídicas. 318
8.4. El formalismo en el Derecho. 320
8.5. Fundamentos y límites de la Técnica Jurídica. 324

TERCERA UNIDAD: FUENTES DEL DERECHO

Cap. 9: **FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL:**
9.1. Las Fuentes del Derecho. 327

9.2. Clasificación de las fuentes del Derecho. 330
9.2.1. Fuentes reales o materiales. 330
9.2.2. Fuentes formales. 333
9.3. Las leyes. 334
9.4. La Costumbre. 342
9.4.1. Concepto y elementos. 342
9.4.2. Relación entre la costumbre y la ley. 346
9.4.3. Clasificación de la costumbre. 348
9.4.4. Costumbres y usos sociales. 349
Diferencias 349
9.5. La doctrina. 350
9.6. La jurisprudencia. 359

Cap. 10: **LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ECUADOR:**
10.1. Generalidades sobre las Fuentes del Derecho. 365
10.2. Las Fuentes del Derecho en el Ecuador. 367
10.3. Las normas jurídicas. 368
10.3.1. La Constitución. 371
10.3.2. Convenios y Tratados Internacionales. 377
10.3.3. La ley. 379
10.3.4. Decretos y Reglamentos del Ejecutivo. 384
10.3.5. Estatutos y Reglamentos. 385
10.3.6. Ordenanzas, acuerdos y resoluciones. 385
10.4. La Costumbre 387
10. 5. La Jurisprudencia. 387

10.6. La doctrina. 388
10.7. Actos jurídicos y contratos. 388

Cap. 11: LAS NUEVAS FUENTES DEL DERECHO:
11.1. Nuevo concepto de fuentes del Derecho, 391
11.2. Las fuentes del Common Law, 396
11.3. La costumbre como fuente del Derecho. 398
11.4. El negocio jurídico como fuente. 402
11.5. Los principios generales del derecho. 405
11.6. Determinación y crítica de las fuentes. 406

CUARTA UNIDAD: APLICACIÓN, INTERPRETACION E INTEGRACION DEL DERECHO

Cap. 12: JUSTICIA Y JUECES:
12.1. La Función Judicial y la función del Juez. 411
12.2. El buen juez de primera instancia. 416
12.3. El juez distante. 437
12.4. ¿Cómo piensan los jueces que piensan? 450
12.5. Los jueces aplicadores de normas y la doctrina. 458
12.6. ¿Cómo piensan los jueces que ya tienen resuelto hacerlo? 469

Cap. 13: ORGANIZACIÓN DE LA FUNCION JURISDICCIONAL:
13.1. Jueces y órgano jurisdiccional. 485
13.2. Principios fundamentales de la organización judicial. 488

13.3. Selección, nombramientos y ascenso de los funcionarios judiciales. 498
13.4. Características de la Función Judicial. 503
13.5. El Juez como sujeto principal de la relación procesal 508
13.6. Actos decisorios del Juez: autos y sentencias. 516

Cap. 14: APLICACIÓN E INTERPRETACION DERECHO:
14.1. Aplicación del Derecho. 531
14.2. Interpretación del Derecho. 539
14.3. Métodos y escuelas de interpretación. 550
14.4. La nueva hermenéutica jurídica. 564

Cap. 15: INTERPRETACION E INTEGRACION DEL DERECHO:
15.1. Plenitud del orden jurídico. 571
15.2. La interpretación y la integración según la ley. 575
15.3. Interpretación e integración según Leny. 579
15.4. Procedimientos de integración. 582
15.5. De los límites de la actividad interpretativa. 587
15.6 Teorias de argumentación jurídica. 589

ANEXO PRÁCTICO:
LA APLICACIÓN CORRECTA DE LAS NORMAS JURIDICAS POR PARTE DE LOS JUECES EN EL ECUADOR: 597

PRESENTACIÓN

En el nivel de pregrado o en el posgrado el módulo TEORIA GENERAL DEL DERECHO, resulta básico e indispensable pues tiene por objeto construir los conceptos necesarios para estudiar eso que la propia teoría denomina DERECHO: su origen, esencia, diferentes escuelas y posiciones, las nuevas fuentes del Derecho, su forma de creación o elaboración, su aplicación por parte de los jueces, la interpretación e integración, todo tal como el Derecho es, esto es que se trata del estudio de las normas jurídicas tal como existen, con sus características de jerarquización, obligatoriedad y coercitividad.

La Teoría General del Derecho estudia al Derecho como un conjunto o sistema de normas jurídicas, que tienen características propias y que nos otorgan seguridad jurídica para una convivencia pacífica; y aunque se ha dudado de que el Derecho sea una ciencia no podemos dejar de reconocer que es una disciplina indispensable para regular las relaciones de las personas: sus derechos y obligaciones y el órgano encargado de aplicarlos que es la Función Judicial, por lo que es importante conocer las nuevas fuentes del Derecho y su aplicación, interpretación e integración.

El estudio de la jerarquía y las fuentes del Derecho es de suma importancia para una correcta aplicación de la norma jurídica y para alcanzar la justicia como objetivo supremo del Derecho, pues en el Ecuador y en América Latina se nos ha caracterizado como cultores de la ley, los reglamentos y la jurisprudencia, cuando a partir de la segunda guerra mundial hemos pasado del estado de

legalidad al estado de constitucionalidad como parte del Estado Social de derecho que reconoce a la Constitución como la norma suprema y la primera fuente del Derecho, que prevalece aún contra los Tratados y Convenios Internacionales y contra toda clase de leyes, como lo señala el Art. 274 de la actual Constitución del Ecuador que dispone que los jueces o tribunales deben declarar de oficio o a petición de parte la inaplicabilidad de la ley u otra norma secundaria contraria a la Constitución.

La Teoría General del Derecho estudia al Derecho como un sistema normativo que es el resultado más depurado del intelecto humano que determina la conducta de los hombres frente a sus semejantes y a la realidad en la que interactúan, analiza los aspectos metodológicos que guían la creación, aplicación y ejecución de la norma jurídica a partir de las fuentes establecidas y jerarquizadas por la Constitución de cada Estado Nacional; y finalmente estudia la técnica jurídica, lógica jurídica, razonamiento jurídico. La interpretación jurídica y la argumentación jurídica. Se ha superado la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen y el dualismo del Derecho Natural y en Derecho Positivo con el tridimensionalismo que considera que el Derecho es hecho, valor y norma.

Para lograr una visión global de la moderna Teoría General del Derecho hemos recurrido a los diferentes tratadistas ya las últimas publicaciones que sobre la materia se han realizado y hemos dividido nuestro estudio en cuatro unidades: La Primera Unidad la hemos denominado LA CIENCIA DEL DERECHO y consta de cuatro capítulos: concepto de derecho, objeto y fines del Derecho, conocimiento científico del Derecho y el Derecho y otros órdenes normativos. La Segunda Unidad se denomina ESTRUCTURA Y

DIVISION DEL DERECHO y comprende cuatro capítulos: División del Derecho, el dualismo en la Teoría del Derecho, las disciplinas jurídicas y la técnica jurídica. La Tercera Unidad se denomina FUENTES DEL DERECHO y comprende tres capítulos: Fuentes del Derecho en general, las fuentes del Derecho en el Ecuador y las nuevas fuentes del Derecho. La Cuarta Unidad comprende cuatro capítulos: Justicia y jueces, organización de la Función Jurisdiccional, aplicación e interpretación del Derecho y interpretación e integración del derecho

Aspiramos que los maestrantes adquieran una práctica emergente en su ejercicio profesional con dominio de las fuentes del Derecho, la jerarquización de las normas y una correcta aplicación, interpretación ye integración de las normas jurídicas, ya sea como defensor, asesor, consultor , fiscal, juez o magistrado, a fin de lograr seguridad jurídica y alcanzar la justicia.

Loja, febrero de 2012

El autor

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST QUAM PRETIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

PRIMERA UNIDAD: LA CIENCIA DEL DERECHO:

CAPÍTULO 1. CONCEPTO DE DERECHO:

1.1. ¿Qué es el Derecho? Etimología.
1.2. Definición y elementos del Derecho,
1.3. El deber ser como categoría,
1.4. El Derecho como orden coactivo,
1.5. El Derecho como sistema de normas,
1.6. La ciencia del Derecho.

1.1. ¿QUÉ ES EL DERECHO? ETIMOLOGIA

La palabra Derecho proviene de la voz latina "directus" que significa directo y del latín "dirigere" que significa encausar. Etimológicamente Derecho equivale a obrar con rectitud, encausar nuestra conducta con honradez, justicia y equidad, obrar correctamente conforme a las reglas que establece la sociedad a través del Estado.

La conducta de los hombres y la vida en sociedad siempre ha estado regulada por normas: religiosas, morales y jurídicas. El Derecho como lo analizaremos luego es un conjunto de normas jurídicas y como tal es producto de evolución histórica, lo que

significa que no ha existido siempre, apareció cuando aparece el Estado en el siglo V antes de Cristo.

Hart nos dice: "Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas y aun paradójicas como la pregunta "qué es el Derecho?"...Y es que en efecto, el Derecho es uno de los aspectos de la realidad que no son fácilmente definibles o, por lo menos, en los que no hay una cuerdo generalizado en cuanto a su concepto...Así hay que tener en cuenta que el derecho es un fenómeno multidimensional. Por otra parte, en la definición del Derecho influyen de manera sobresaliente las distintas concepciones del mismo" Luego agrega "...podemos comenzar reconociendo que la experiencia cotidiana demuestra que el Derecho...es algo muy próximo a múltiples y diversos aspectos de nuestra existencia. En efecto, el Derecho nos rodea y nos acompaña constantemente. Podríamos pensar que el Derecho regula los momentos o las actividades más importantes de la vida de los individuos o de los grupos... interviene, a través del establecimiento de pautas de conducta en todos aquellos aspectos de la vida humana...el Derecho se identifica precisamente por constituir un mecanismo específico de ordenación de la existencia social".[1]

[1]H.L.A. Hart, "El Concepto de Derecho", editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1990, págs. 1–5).

Sabemos que el hombre es un ser social que convive en un determinado entorno con otros seres humanos y la ordenación de esa coexistencia explica la naturaleza social y la necesidad del Derecho, pues se requiere de determinadas pautas de conducta que establezcan normas de comportamiento a seguir. Cuando afirmamos que el Derecho es un fenómeno humano estamos diciendo que es producto humano, que regula comportamientos humanos y por otra que es producido por seres humanos en un marco de circunstancias determinadas.

Está claro que el contenido del mundo del Derecho pertenece al deber ser, porque pretende que los individuos actúen de una determinada manera y allí surge la noción de coacción destinada a asegurar el cumplimiento de las normas de conducta, como lo señala Kelsen y en caso necesario "...recurriendo a la fuerza física, es decir, coactivamente".[2]

El Derecho establece normas de comportamiento porque considera que dichas normas son necesarias para el mantenimiento del orden y la paz. De ello se deduce necesariamente que el Derecho es expresión de un sistema de valores que e manifiestan a través de modelos de comportamiento. Detrás del Derecho encontramos determinados valores que son los que precisamente se pretenden materializarse a través de las normas jurídicas, y, por ello en la

[2] Ob. cit., pág. 47.

definición de Derecho influyen necesariamente las concepciones que los individuos tienen sobre el fenómeno jurídico.

Derecho en castellano se traduce en francés droit, en Italiano diritto, en portugués direcito, en inglés right, en griego erecktos y en alemán recth; y, tiene la misma significación: derecho, recto. En todo caso el derecho significa que hay que obrar rectamente, conforme a las reglas que establece la sociedad a través del Estado.

Pero, cualquiera que sea la concepción que tengamos, lo único cierto y en lo que todos los tratadistas están de acuerdo es que el Derecho es un conjunto de normas o un sistema normativo que regula la conducta de los hombres y por ello hemos superado la definición tradicional de considerar que el Derecho es igual a ley, pues hoy la ley es una de las normas jurídicas y como veremos más adelante las normas jurídicas están jerarquizadas y existen normas de mayor jerarquía que la ley como los Convenios y Tratados Internacionales y la Constitución Política de los Estados.

1.2. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL DERECHO

Se considera al Derecho como un sistema de normas jurídicas: obligatorias y jerarquizadas, que rigen la conducta de los hombres en sociedad, dictadas y aplicadas por el Estado, cuyo fin es alcanzar: la justicia, la paz, el orden y la seguridad. En esta concepción están las partes y los elementos del Derecho que los vamos a explicar brevemente:

a) Sistema de normas jurídicas. Antes se creía y hasta hoy se confunde el Derecho con la Ley. Las normas jurídicas en su conjunto constituyen el Derecho y la Ley es una parte de las normas jurídicas.

b) Normas obligatorias. Hay varias clases de normas: religiosas, morales y jurídicas. Lo que caracteriza a las normas jurídicas es la coercitividad, esto es que son obligatorias y si se incumplen se los obliga a cumplir por la fuerza.

c) Normas Jerarquizadas. Las normas jurídicas son jerarquizadas esto es que estén subordinadas unas a otras según su jerarquía. La jerarquía de las normas jurídicas es: Constitución, Convenios Internacionales, Leyes Orgánicas, Leyes especiales, Leyes generales, Decretos, Estatutos, Reglamentos especiales, Reglamentos generales, Acuerdos, Ordenanzas y Resoluciones.

d) Normas dictadas y aplicadas por el Estado. El Estado a través de sus funciones crea el derecho, lo aplica y lo impone. Técnicamente corresponde a la Función Legislativa dictar las normas a la Función Judicial aplicarlas y al Ejecutivo ejecutarlas; pero en el Ecuador el Presidente también es "Colegislador", conforme lo veremos.

e) Fin: justicia, paz, orden y seguridad jurídica. El fin del Derecho es el bien común, unas relaciones jurídicas sanas y armonía en la convivencia social y para ello deben lograrse algunos valores

comenzando por la justicia que es el fin último del derecho (el mundo actual siente sed de justicia social). Si hay justicia habrá paz, orden y seguridad jurídica tan venidas a menos en nuestro tiempo. Sobre ello trataremos más adelante.

Ahora bien, para la teoría Marxista - Leninista, al decir del Ex Decano de Ciencias Jurídicas de Chile, Máximo Pacheco, ni el Estado ni el Derecho son elementos esenciales de la sociedad "...El Estado y el Derecho constituyen la maquinaria coactiva de que se vale la clase explotadora...El Estado y el Derecho son por lo tanto productos del conflicto de clases".[3] Luego, el mismo autor cita a Vishinsky, así: "A. Y. Vishinsky define al Derecho "como el conjunto de reglas de conducta que expresan la voluntad de la clase dominante, establecidas en el orden jurídico, así como de las costumbres y reglas de la vida en comunidad, confirmadas por la autoridad del Estado".[4]

1.3. EL DEBER SER COMO CATEGORIA

Kelsen nos señala que luego de haber establecido que el derecho es una ciencia normativa, es necesario establecer cuál es su objeto y la influencia que existe de la teoría conservadora del derecho natural; y, por ello nos habla del deber ser como categoría, así:

[3]Máximo Pacheco G., "Teoría del Derecho", 4ta. Edición, editorial Tenis S.A., Colombia, 1993, pág. 740).

[4]Ob. cit., pág. 743.

a) El deber ser considerado como idea trascendente

"Esta adhesión reticente al positivismo aparece claramente en el concepto de norma bajo el cual se subsume el derecho positivo. Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho, el simple hecho de que la existencia de un valor absoluto no sea puesta en duda por la ciencia jurídica tiene fuerza suficiente para influir sobre la noción misma del derecho. Ahora bien, si tanto el derecho como la moral tienen un carácter normativo y si el sentido de la norma jurídica se expresa, como el de la moral, en la idea del deber, el valor absoluto que es propio de la moral se comunica, en cierta medida, a la noción de norma jurídica. Si de una acción se dice que está prescrita por el derecho, que debe ser, no podremos liberarnos enteramente de la idea de que esa acción es buena, justa y equitativa. En este sentido la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, cuando define al derecho con la ayuda de la noción de norma, no está exenta de cierto elemento ideológico".[5]

b) El deber ser considerado corno categoría de la lógica trascendental

[5] Hans Kelsen, "Teoría Pura del Derecho", Editorial Porrúa, México, 1995, pág. 44.

La Teoría Pura del Derecho se esfuerza por eliminar este elemento ideológico al brindar una definición de la norma jurídica totalmente independiente de la noción de norma moral y al afirmar la autonomía del derecho respecto de la moral.

Como lo hemos visto, la regla de derecho establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. "Pero esta expresión "debe ser" está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación, mientras que en la ley natural hay una relación causal entre la condición y la consecuencia. Pero tanto en un caso como en el otro se trata de una relación funcional específica establecida entre los elementos de un sistema dado, el del derecho o el de la naturaleza. La causalidad, en particular, no tiene otra significación, si se la despoja del sentido mágico-metafísico que tenía primitivamente, cuando se veía en la causa, de manera completamente animista, alguna fuerza secreta que extraía de sí misma su efecto. Las ciencias de la naturaleza no pueden, por otra parte, renunciar a una causalidad así purificada, porque al establecer una relación entre los hechos dados a nuestro conocimiento responde, de la única manera posible, al postulado de la inteligibilidad de la naturaleza"[6].

[6]H. Kelsen, ob. cit., pág 45.

La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad. Kant ha demostrado que la causalidad no es una idea trascendente, por lo tanto metafísica, sino una categoría de la lógica trascendental, un principio gnoseológico que permite comprender la realidad natural. También es verdad que para este filósofo el deber es una idea moral y no una categoría lógica. Tampoco supo eliminar la metafísica, a la que conmoviera en su filosofía de la naturaleza, cuando formuló su filosofía del derecho inspirada en la doctrina tradicional del derecho natural. La Teoría Pura del Derecho de Kelsen, es una teoría del derecho positivo, o sea de la realidad jurídica, traspone el principio de la lógica trascendental de Kant y ve en el deber ser, una categoría lógica de las ciencias sociales normativas en general y de la ciencia del derecho en particular. Coloca así la imputación en el mismo plano que la causalidad y le asigna un carácter radicalmente antimetafísico y anti ideológico, posición que es rechazada con vigor por la doctrina tradicional del derecho, como lo veremos más adelante.

La Teoría Pura del Derecho, al extraer las últimas consecuencias de la filosofía y de las ciencias jurídicas del siglo XIX, originariamente positivistas y anti ideológicas, se opone de la manera más clara a los teóricos que reniegan de la filosofía trascendental de Kant y el positivismo jurídico.

1.4. EL DERECHO COMO ORDEN COACTIVO.

Kelsen, en la obra que venimos citando, se refiere a la sanción, así:

"La categoría lógica del deber ser o de la norma nos da tan solo el concepto genérico y no la diferencia específica del derecho. Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos, y las reglas que sirven para describirlos tienen la misma forma lógica; en ambos casos una consecuencia está ligada a su condición por vía de una imputación. Se impone, por tanto, buscar en otra parte la diferencia entre el derecho y la moral. Ella aparece en el contenido de las reglas que los describen. En una regla de derecho la consecuencia imputada a la condición es un acto coactivo que consiste en la privación, forzada si es necesario, de bienes tales como la vida, la libertad cualquier otro valor, tenga o no contenido económico. Este acto coactivo se llama sanción. En el marco de un derecho estatal la sanción se presenta bajo la forma de una pena o de una ejecución forzada. Es la reacción específica del derecho contra los actos de conducta humana calificados de ilícitos o contrarios al derecho; es, pues, la consecuencia de tales actos.[7]

En las normas morales la sanción respecto de los actos de conducta humana calificados de inmorales, es el remordimiento. La sanción, en cambio, desempeña un papel esencial en las normas religiosas. Para los pueblos primitivos la muerte, la enfermedad, la derrota militar, la mala cosecha, son sanciones infligidas a causa de los pecados. Las religiones más evolucionadas enseñan que el alma será castigada en otro mundo por los pecados cometidos en éste. Pero todas estas sanciones son de naturaleza trascendente, pues se

[7]Kelsen, ob. cit. Pág. 49.

reputan emanadas de seres sobrehumanos. Las sanciones jurídicas, por el contrario, son actos de seres humanos prescritos por normas que han sido creadas por los hombres. Constituyen, pues, un elemento de la organización social. Desde este ángulo el derecho aparece como un orden coactivo, como un sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas.

Los juristas del siglo XIX y XX, estuvieron casi todos de acuerdo en considerar la norma jurídica como una norma coercitiva, que prescribe o permite el empleo de la coacción, y en admitir que la coacción es el carácter distintivo de la norma jurídica. En este punto la Teoría Pura del Derecho continúa la tradición positivista del siglo pasado.

La afirmación de que el derecho es un orden coactivo se funda en un estudio comparativo de los órdenes denominados jurídicos que existen actualmente y que han existido en el curso de la historia. Ello es el resultado de investigaciones empíricas sobre el contenido de los órdenes sociales positivos. La ciencia jurídica puede, pues, elaborar reglas de derecho verificando que un acto coactivo que tenga el carácter de una sanción debe ser ejecutado cuando tal condición se haya cumplido. Con esta labor no solo define la estructura lógica de las reglas de derecho, sino también su contenido, dado que indica uno de los elementos materiales de los órdenes sociales que califica de jurídicos.

La regla de derecho, que habíamos considerado en primer término en su aspecto puramente formal de ley normativa, adquiere así un contenido material específico, de la misma manera que la forma lógica de la ley causal se convierte en ley natural (por ejemplo, la ley de la gravitación universal) cuando expresa el resultado de una serie de observaciones empíricas.

Los problemas lógicos que hemos examinado precedentemente son comunes a todas las ciencias normativas, puesto que la forma lógica de las reglas de derecho es idéntica a la de las otras leyes sociales normativas. Si la ciencia del derecho se limitara a estos problemas constituiría solamente una parte de la lógica. Pero en cuanto aborda la cuestión del contenido específico de las reglas de derecho, sale del dominio de la lógica para pasar al del derecho propiamente dicho. El problema jurídico por excelencia consiste en determinar la nota distintiva de las reglas de derecho respecto de las otras leyes sociales. Y en este punto, la lógica es impotente para resolverlo. Únicamente la ciencia jurídica puede lograrlo examinando el contenido de los diversos derechos positivos, de la misma manera que el contenido de las leyes naturales no resulta de un examen lógico sino de observaciones empíricas referidas a los fenómenos de la naturaleza.

Considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada. El autor de una norma jurídica supone

evidentemente que los hombres cuya conducta es así regulada considerarán tales actos de coacción como un mal y se esforzarán por evitarlos. Su meta es, pues, encauzarlos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de una conducta contraria, y es por la presión que así ejerce sobre ellos como obtiene lo que desea.

Por consiguiente, las normas jurídicas, lo mismo que todas las otras normas sociales, solo se aplican a las conductas humanas; únicamente el hombre dotado de razón y voluntad puede ser inducido por la representación de una norma a actuar de acuerdo con ésta. Los hechos que no consisten en una acción o una omisión de un ser humano, los acontecimientos exteriores al hombre, no pueden figurar en una norma jurídica, salvo que estén en estrecha relación con una conducta humana, ya sea como condición o como consecuencia. Cuando los órdenes jurídicos primitivos aplican sanciones a los animales o a las cosas e intentan así regular su conducta, actúan según la concepción animista en virtud de la cual los animales y las cosas tienen un alma y se conducen de la misma manera que los hombres.

Si el derecho es una técnica social utilizada para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada, falta examinar en qué medida alcanza su fin. Puede preguntarse a este respecto por qué razones la mayor parte de los hombres se conducen de la manera prescrita por el derecho. Ahora bien, es difícil establecer que su obediencia al derecho esté ciada por la amenaza de un acto de coacción. En muchos casos intervienen más bien motivos

religiosos o morales, el respeto a los usos, el temor de perder la consideración de su medio social o simplemente la ausencia de toda tendencia a conducirse de modo contrario al derecho.

Como veremos más adelante, la concordancia entre un orden jurídico y la conducta de los individuos a los cuales se dirige tiene una gran importancia para la validez de este orden, pero de aquí no se sigue que haya que atribuirla necesariamente a la eficacia del orden mismo. Tal concordancia nace a menudo de ideologías, cuya función es la de suscitar o de facilitar el acuerdo entre el derecho y los hechos sociales.

La técnica específica del derecho, que consiste en hacer seguir un acto de coacción visto como un mal a una conducta humana considerada como socialmente nociva, puede ser utilizada con miras a alcanzar no importa qué fin social, ya que el derecho no es un fin sino un medio. Desde este punto de vista, el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener.

El derecho se distingue de otros órdenes normativos por el hecho de que vincula a conductas determinadas la consecuencia de un acto de coacción. Quien dice acto de coacción, dice empleo de la fuerza. Al definir al derecho como un orden de coacción, queremos indicar que su función esencial es la de reglamentar el empleo de la fuerza en las relaciones entre los hombres. El derecho aparece así como una organización de la fuerza. El derecho fija en qué condiciones y de qué manera un individuo puede hacer uso de la

fuerza con respecto a otro. La fuerza solo debe ser empleada por ciertos individuos especialmente autorizados a este efecto. Todo otro acto de coacción tiene, cualquiera que sea el orden jurídico positivo, el carácter de un acto ilícito.

Los individuos autorizados por un orden jurídico para ejecutar actos coactivos actúan en calidad de órganos de la comunidad constituida por este orden. Podemos decir, pues, que la función esencial del derecho es la de establecer un monopolio de la fuerza en favor de las diversas comunidades jurídicas.

La norma fundamental de un orden jurídico estatal puede, por lo tanto, ser formulada así: si una condición determinada conforme a la primera Constitución se realiza, un acto coactivo, determinado de la misma manera, debe ser ejecutado.

Todas las reglas de derecho por las cuales la ciencia jurídica describe el derecho positivo de un Estado reposan sobre la hipótesis de esa norma fundamental y son construidas además sobre el mismo esquema, dado que comprueban una relación entre una condición y un acto coactivo que debe ser la consecuencia. Expresan la significación objetiva de los actos por los cuales el derecho es creado y luego aplicado. En su sentido subjetivo estos actos son normas, pues prescriben o permiten una conducta determinada, pero es la ciencia del derecho la que les atribuye la significación objetiva de normas jurídicas. Puede darse el caso de que un órgano de una comunidad jurídica realice actos que no tengan la significación subjetiva de una norma. Por ejemplo: un

legislador o un juez que enuncie una teoría, emita un juicio de valor moral o compruebe un hecho. Una Constitución puede declarar que los hombres nacen libres e iguales entre ellos, o que el fin del Estado es el de asegurar la felicidad de los ciudadanos. Una ley puede afirmar que la costumbre no es un hecho creador de derecho, sino simplemente la prueba de una norma jurídica existente.

"Un juez puede declarar en su sentencia que considera su decisión como justa o que tiene el deber de proteger a los pobres contra los ricos. Estas afirmaciones no tienen ninguna relación con la norma fundamental del orden jurídico y la ciencia del derecho no está en condiciones de reconocerles una significación jurídica objetiva. Se trata de elementos jurídicamente indiferentes respecto de la Constitución, de la ley o de la sentencia judicial de las que forman parte. La jurisprudencia romana diría: "pro non scripto habeantur"[8].

1.5. EL DERECHO ES UN SISTEMA DE NORMAS

Considerado desde el punto de vista estático, el derecho es solamente un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad. Los actos por los cuales estas normas son creadas y aquellos con los cuales se relacionen solo tienen importancia para el derecho así concebido en la medida en que son determinados por normas jurídicas. Desde este punto de vista, tienen el carácter de

[8]Kelsen, ob. cit. pág. 50.

actos jurídicos, pero no forman parte del sistema de normas jurídicas.

Al dictar una ley el parlamento aplica la Constitución; realiza un acto legislativo conforme a la Constitución, pero el derecho no está constituido por este acto, sino por la Constitución y por la ley dictada por el parlamento. Del mismo modo cuando el juez, fundándose en el código penal, pronuncia una condena de reclusión y cuando se ejecuta la sentencia, los actos de estos dos funcionarios son conformes a derecho; se trata de actos jurídicos por los cuales el derecho es aplicado, pero el derecho mismo no actúa. Es solamente el hombre quien actúa observando o violando el derecho.

En cambio, si consideramos al derecho desde el punto de vista dinámico, o sea la manera en que es creado y aplicado, debemos poner el acento sobre la conducta humana a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. El derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación. La Constitución regula la legislación, o sea la creación de normas jurídicas generales bajo la forma de leyes. Las leyes regulan a su vez los actos creadores de normas jurídicas particulares (decisiones judiciales, actos administrativos, actos jurídicos de derecho privado). Por último los actos por los cuales las sanciones son ejecutadas aplican las normas jurídicas sin crear otras nuevas. También ellos tienen el carácter de

actos jurídicos en la medida en que son regidos por las normas jurídicas.

Una teoría dinámica del derecho tiene así por objeto un sistema de actos que son determinados por las normas de un orden jurídico y que crean o aplican dichas normas.

Los actos por los cuales el derecho es creado o aplicado no son, por otra parte, los únicos determinados por las normas jurídicas. Así un delito no tiene el carácter de un acto creador de derecho ni tampoco el de un acto de aplicación del derecho. Lo mismo sucede con aquellos actos por los cuales se ejecuta una obligación jurídica o se ejerce un derecho subjetivo. Puede decirse que toda conducta humana está directa o indirectamente determinada por el derecho. Cuando el acto de un individuo no está prohibido por una norma jurídica, el derecho positivo impone a los demás la obligación de no impedir su cumplimiento. En el Derecho Privado, una conducta que no está jurídicamente prohibida está jurídicamente permitida y en este sentido está indirectamente determinada por el derecho. La única conducta directamente determinada por el derecho es, entonces, aquella que tiene por efecto impedir el cumplimiento de un acto permitido por la norma.

La afirmación de que la conducta de los hombres está eternamente determinada por el derecho no significa que esta conducta sea necesariamente motivada por las nociones que los hombres se han formado de las normas jurídicas. Quiere decir que las normas de un orden jurídico se refieren a todos los actos de conducta de los

individuos regidos por este orden; que las normas las determinan en manera normativa y no causal. En otros términos no hay conducta humana que no pueda ser juzgada desde el punto de vista jurídico o a la cual no sea aplicable el derecho positivo, nacional e internacional.

La ciencia jurídica puede, pues brindar una doble definición del derecho, según se coloque en el punto de vista de una teoría estática o de una teoría dinámica. En el primer caso, el derecho aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas; y en el segundo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. La primera fórmula pone el acento sobre las normas, la segunda sobre las conductas, pero ambas indican que la ciencia del derecho tiene por objeto las normas creadas por individuos que poseen la calidad de órganos o sujetos de un orden jurídico, a lo que es lo mismo, órganos o miembros de la comunidad constituida por tal orden.

Como ya hemos señalado, el Derecho es, en definitiva, una técnica de organización de las conductas humanas que pretende conseguir sus objetivos a través del establecimiento de determinados modelos o patrones de conducta, expresados a través de normas. Pero esas normas, las normas jurídicas, no existen aisladas e independientes. Al contrario, se agrupan en lo que denominamos ordenamiento jurídico. Por eso podemos afirmar que el Derecho, además de tener naturaleza normativa, constituye un sistema de normas. En el interior de dicho sistema se incluyen, entre otras, normas de conducta, normas que regulan los criterios o procedimientos que se

han de seguir a la hora de producir normas de conducta, normas que establecen de qué manera y en qué sentido se debe reaccionar frente a los incumplimientos de normas, imponiendo en su caso sanciones. Por otra parte, también cabe señalar aquí que ese sistema normativo que es el Derecho constituye un conjunto del que se predican determinadas características, como son la unidad, la coherencia y la plenitud.

Hay que recordar también la multidimensionalidad del Derecho y la posibilidad de emplear diferentes perspectivas en su análisis. La teoría tridimensional del Derecho ha tenido el mérito de subrayar las tres dimensiones básicas a través de las cuales se manifiesta el Derecho, que en todo caso deben ser tenidas en cuenta. Así, cuando se afirma que el Derecho se manifiesta como norma, como hecho y como valor, se está haciendo referencia a la dimensión normativa, a la dimensión fáctica y a la dimensión axiológica o valorativa del Derecho, respectivamente. Antes de continuar conviene señalar que estas tres dimensiones no reflejan por sí solas la totalidad del sentido del Derecho. Cualquier explicación del fenómeno jurídico basada exclusivamente en alguna de ellas es incompleta. Una visión completa del Derecho exige la concurrencia de las tres perspectivas. Cuando se señala que el Derecho es norma se está aludiendo a que está compuesto por normas, esto es, por expresiones del deber ser, a través de las cuales se consideran determinadas conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas. Es en este punto concreto en donde se puede percibir más claramente la presencia de una voluntad tras el Derecho, en este caso tras las normas jurídicas que lo componen.

Al subrayar la dimensión fáctica del Derecho, afirmando que el Derecho es un hecho, se hace referencia a la existencia en sociedad del fenómeno jurídico. Dicha existencia es una característica, con uno u otros rasgos, de todos los grupos humanos, ya que todos están organizados a partir de la existencia de imperativos que se vinculan a lo que hoy conocemos y estudiamos como Derecho. El Derecho existe en la sociedad humana y adquiere significado en el marco de ella. Entre el Derecho y la sociedad se establecen relaciones y ambas realidades se condicionan respectivamente. Es un hecho social de la misma manera que la economía y la política, por ejemplo, también lo son, y como tal puede ser estudiado.

En tercer lugar, el Derecho presenta una evidente dimensión valorativa. Ya se ha adelantado la idea de que el Derecho tiene un trasfondo valorativo: es el resultado de determinadas ideologías, concepciones, etc., en definitiva, de determinadas opciones axiológicas. Las normas jurídicas son expresión de dichas opciones. Pero al mismo tiempo las normas jurídicas actúan como criterios de valoración aplicables a las acciones de los individuos. A partir de las normas jurídicas se pueden evaluar positiva o negativamente las acciones de los individuos sometidos a ellas.

Por tanto, norma, hecho y valor son las tres dimensiones básicas del Derecho. Ya hemos señalado que por sí solas constituyen enfoques parciales y por tanto incompletos del fenómeno jurídico. En todo caso, son los elementos que suelen ser tenidos en cuenta de manera principal por tres aproximaciones al Derecho. En efecto, la Teoría del Derecho centra su atención en la consideración del Derecho

como norma o como conjunto de normas, analizando los rasgos estructurales y de funcionamiento del mismo; la Sociología del Derecho analiza cuáles son las funciones del Derecho en la sociedad, qué otros componentes sociales influyen en el Derecho y cómo éste influye en aquellos; la Axiología jurídica o Teoría de la justicia constituye el marco teórico en el que se reflexiona sobre la dimensión valorativa del Derecho, analizando cuál es la relación entre el Derecho y determinados valores. En todo caso, constituye la plataforma más propicia para una aproximación crítica al fenómeno jurídico.

Para inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada el derecho relaciona una sanción con la conducta contraria. La conducta que es la condición de la sanción se encuentra así prohibida, en tanto que la conducta que permite evitar la sanción es prescrita. Inversamente, una conducta está jurídicamente prescrita sólo si la conducta opuesta es la condición de una sanción.

Una norma jurídica puede ser formulada en términos que prescriban o prohíban una conducta determinada, pero esto no es indispensable. Así, la mayor parte de los códigos penales no prohíben expresamente la comisión de un crimen o un delito. No dicen que los hombres no deben cometer crímenes o delitos. Se limitan a definir los diversos crímenes y delitos y a indicar las penas que son la consecuencia. De igual modo, los códigos civiles no prescriben al deudor pagar su deuda; definen las distintas clases de contratos y prevén que, en caso de inejecución por una de las

partes, el acreedor puede demandar ante un tribunal para que ordene la ejecución forzada de los bienes del deudor.

Por el contrario, encontramos leyes que prescriben una conducta determinada sin que la conducta contraria sea la condición de una sanción. En este caso estamos en presencia de una simple expresión de deseos del legislador que no tiene alcance jurídico. Es lo que hemos denominado un elemento jurídicamente indiferente. Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la Constitución, pero no prevé ninguna Sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no traer aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica.

Para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esta sanción; por ejemplo: "El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión". Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica.

Por último tenemos normas primarias y normas secundarias. Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el

hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superflua, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición "todos los hombres son mortales" a la conclusión de que Pablo es mortal. Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.

CAPÍTULO 2: OBJETO Y FINES DEL DERECHO:

2.1. Fines del Derecho.
2.2. Validez de la norma.
2.3. La obligación y la responsabilidad jurídica.
2.4. El Derecho y la justicia.
2.5. Validez, eficacia y justicia.

2.1. FINES DEL DERECHO:

Personalmente, siempre he sostenido, en las aulas de pregrado y posgrado, que los fines del Derecho son: la Justicia y la Verdad. Sería bueno también recordar el Decálogo de COUTURE. Los tratadistas sostienen también que son fines del Derecho: la igualdad, la libertad, la paz, el orden y la seguridad. Veamos brevemente en qué consiste cada uno:

La Justicia, es un valor y es un ideal y como tal es siempre subjetivo en su doble sentido; lo justo y lo injusto. La justicia pretende ser un valor absoluto, un principio válido siempre independiente del tiempo y del espacio y por ello se dice que es eterna e inmutable, pero la justicia absoluta no ha podido ser definida racionalmente. Se dice "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantener el justo medio".

Aristóteles la dividió en a) justicia conmutativa, esto es igualdad matemática; b) distributiva, esto es igualdad geométrica; y, c) legal esto es según el Derecho. Lo ideal es que se cumpla la ecuación D=J pero ello es una entelequia, una utopía. Los jueces dictan sentencia "administrando justicia" pero aplican la ley cometiendo muchas injusticias (ejemplo apremio-alimentos). Hoy hablamos mucho de la justicia social como igualdad de oportunidades y posibilidades para todos los hombres.

La igualdad, está reconocida en la Constitución y es un derecho fundamental del hombre y del ciudadano.

La libertad, tiene igual trato que la igualdad en la Constitución y se la respeta dentro de los límites del orden jurídico,

La paz, también está garantizada como tranquilidad, armonía, buenas relaciones.

El orden, está a cargo del Estado como un sistema de normalidad, a través de la fuerza pública.

La seguridad jurídica, es entendida como el derecho a la integridad de las personas y sus bienes que es constantemente irrespetada en estos tiempos de gran inequidad social cuando los niveles de pobreza son extremos y se agudizan.

La verdad, para mí es la base de la justicia y de los otros valores que hemos señalado. Desgraciadamente el Derecho es formalista y tenemos una verdad legal (presunciones de derecho), una verdad

procesal en materia civil y una verdad real, ontológica, en materia penal, pero que también es procesal. La prueba tiene que ser pedida, ordenada y actuada en el tiempo y la forma que establece el derecho procesal. Ello contraría la justicia muchas veces.

2.2. VALIDEZ DE LA NORMA

Desde el punto de vista estático, el derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; hablamos también de su validez.

La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida, pero se trata de una existencia especial diferente de la de los hechos naturales, aunque la norma se encuentre en estrecha relación con tales hechos. Para que una norma positiva exista es preciso que haya sido creada por un acto, a saber, por un hecho natural que transcurra en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, una norma regula la conducta de los individuos; se aplica, pues, a hechos que también transcurren en el espacio y en el tiempo.

Cada norma debe determinar en qué lugar y en qué momento debe realizarse la conducta que prescribe, de tal manera que su validez tiene un carácter a la vez espacial y temporal. Cuando una norma

es válida solo para un lugar y un tiempo determinados, no se aplica sino a los hechos que transcurren en ese tiempo y en ese lugar. Su validez espacial y temporal es limitada. Por el contrario, cuando una norma es válida siempre y en todas partes, se aplica a los hechos cualesquiera sean el lugar y el tiempo en que se produzcan. Su validez es ilimitada, pero ello no significa que sea independiente del espacio y tiempo, pues los hechos a los cuales la norma se aplica transcurren siempre en un lugar y en un tiempo determinados.

Una norma no tiene solamente una validez espacial y una validez temporal. Tiene también una validez material, si se consideran los hechos particulares, las diversas conductas a las cuales se aplica, sean del orden religioso, económico o político. Tiene, por último, una validez personal, referida a los individuos cuya conducta regula. Estas dos clases de validez, material y personal, son ilimitadas cuando la norma puede aplicarse a cualquier hecho que sea o a la humanidad entera. Tal el caso de la Constitución de un Estado federal cuando distribuye el ámbito material de validez de las normas jurídicas entre el Estado central y los diversos Estados federados o cuando una norma moral se refiere, en principio, a todos los seres humanos.

Existe todavía otra relación entre la validez de una norma y los hechos a los cuales se aplica. Veremos más adelante que una norma cesa de ser válida cuando los individuos cuya conducta regula no la observan en una medida suficiente. La eficacia de una norma es, pues, una condición de validez.

Si toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica, no se la puede identificar, sin embargo, ni con ese acto ni con estos hechos. Es preciso también distinguir lo más claramente posible la norma del acto que la ha creado. Esta labor, por otra parte, no presenta dificultad alguna para el jurista, acostumbrado como está a ver dos cosas diferentes en el procedimiento legislativo y en la ley que es su resultado.

Si analizamos uno cualquiera de los hechos denominados jurídicos (resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito), se pueden distinguir dos elementos: por una parte un acto, perceptible por los sentidos, que acaece en el espacio y en el tiempo, un acontecimiento exterior que consiste frecuentemente en una conducta humana; por otra parte un sentido, una significación específica, de alguna manera inherente a este acto o a este acontecimiento. Un grupo de hombres se reúnen en una sala, pronuncian discursos, algunos se levantan, otros permanecen sentados: estos acontecimientos exteriores significan que una ley ha sido votada. Un hombre vestido de toga se dirige desde un estrado a otro hombre que se encuentra frente a él: este hecho significa que ha sido pronunciada una sentencia. Un comerciante envía una carta a otro comerciante, quien se la contesta: esto significa que han celebrado un contrato. Un hombre actúa y provoca la muerte de otro: esto constituye jurídicamente un homicidio o la ejecución de una condena de muerte.

El acto es un fenómeno exterior. Su significación por el contrario no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se

perciben las propiedades de un objeto, su color, dureza o peso. Sin duda, en la medida en que el acto se expresa por las palabras del lenguaje oral o escrito puede, por sí mismo, enunciar su propia significación. Esta es una de las particularidades de los hechos estudiados por las ciencias sociales y especialmente por la ciencia del derecho. Una planta no puede comunicar nada sobre sí misma al botánico que la examina: no trata de dar de sí misma una interpretación científica. Un acto social, por el contrario, puede muy bien pronunciarse sobre su propia significación, dado que su autor le atribuye cierto sentido, que se expresa de una manera o de otra y que es comprendido por aquellos a los cuales se dirige. Los miembros de un parlamento pueden declarar su voluntad de votar una ley y dos comerciantes la de concluir un contrato. La ciencia del derecho se encuentra así, muy a menudo, en presencia de una interpretación que es suministrada por los mismos hechos y que se anticipa a la que deberá establecer un examen científico.

Por ello es indispensable distinguir entre el sentido subjetivo y el sentido objetivo de un acto. Estos dos sentidos pueden, pero no tienen necesariamente que coincidir. Una sociedad secreta condena a muerte a un individuo por considerarlo traidor a la patria y ordena a una persona de su confianza ejecutar la sentencia; esto que subjetivamente es la ejecución de una condena de muerte, desde el punto de vista del derecho objetivo es un crimen, a pesar de que los hechos mismos en nada se distingan de la ejecución de una sentencia de muerte.

Considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos; dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual. En muchos casos esta interpretación objetiva debe hacer abstracción del sentido subjetivo dado al hecho. Cuando un agitador político incita a matar a un compatriota que considera como enemigo de la nación, no estamos en presencia de una norma moralmente obligatoria. Por el contrario, encontramos esa norma en la palabra de Cristo que nos exhorta a amar a nuestros enemigos. Se trata aquí de una norma positiva, dado que ha sido establecida, de acuerdo con el Evangelio, en el Sermón de la Montaña, o sea por un acto que ha sucedido en una época y en un lugar determinados. Pero para que este acto constituya una norma moral es preciso suponer la existencia de otra norma que prescriba la obediencia a los mandatos de Cristo. Hay, por lo tanto, en la base del conjunto de estos mandatos una norma fundamental que prescribe el deber de conducirnos de la manera indicada por Cristo. Esta norma fundamental no es una norma positiva, dado que no ha sido "puesta", sino solamente supuesta. La incitación a la muerte que emana de un agitador político no tiene la significación de una norma moral, pues no se encuentra fundada sobre alguna otra norma que confiera directa o indirectamente a este agitador la autoridad de dictar normas obligatorias.

Encontramos la misma diferencia entre el acto de un bandido que constriñe a su víctima a entregarle una suma de dinero y el acto de

un funcionario que obliga a un contribuyente a abonar sus impuestos. Subjetivamente ambos actos tienen la misma significación, pero solamente el segundo constituye una norma jurídica desde el punto de vista objetivo, ya que las normas de carácter general crean la obligación de pagar impuestos y atribuyen el carácter de funcionario al recaudador. A su vez, estas normas generales han sido creadas por actos que son interpretados como aplicaciones de la Constitución. La validez de la ley fiscal reposa, pues, sobre la Constitución y la validez del mandato de pagar el impuesto deriva de esta ley, en tanto que la orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.

Otro ejemplo: ¿cómo distinguir la ejecución de una condena de muerte de un asesinato? Exteriormente estos dos hechos son semejantes. Solo una operación intelectual, la confrontación del hecho con el código penal y el código de procedimiento penal, permite ver en el primero un acto estatal y en el segundo un crimen. De la misma manera, un cambio de cartas constituye la conclusión de un contrato si es conforme a las reglas del código civil, y el documento que denominamos código civil es una ley si ha sido dictado por el órgano legislativo instituido por la Constitución siguiendo el procedimiento prescrito a ese efecto. La Constitución, a su vez, puede haber sido establecida conforme a las reglas contenidas en una Constitución anterior, pero siempre habrá una primera Constitución más allá de la cual no es posible remontarse.

Pero ahora cabría preguntarse: ¿Por qué es preciso observar las reglas contenidas en esta primera Constitución? ¿Por qué tienen la

significación objetiva de normas jurídicas? El acto por el cual la primera Constitución ha sido creada no puede ser interpretado como la aplicación de una norma jurídica anterior. Dicho acto es, pues, el hecho fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. Su carácter jurídico solamente puede ser supuesto y el orden jurídico todo entero se funda sobre la suposición de que la primera Constitución era un agrupamiento de normas jurídicas válidas.

Esta suposición es en sí misma una norma, ya que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución. Se trata, pues, de la norma fundamental del orden jurídico derivado de esta Constitución. No es, sin embargo, una norma de derecho positivo. Nunca fue "puesta", sino solamente supuesta. Nos ocuparemos más adelante de su significación y del papel que desempeña en un orden jurídico, pero desde luego podemos afirmar que para atribuir a ciertos hechos la calidad de hechos creadores de normas válidas es necesario suponer la existencia de una norma fundamental. En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece.

Una norma fundamental confiere a un hecho fundamental, como los mandamientos de Cristo o el establecimiento de la primera Constitución de un Estado, la cualidad de hecho creador de normas. Solamente tiene un puro carácter formal, dado que no

representa en sí misma ningún valor moral o jurídico, pero permite la creación de tales valores por medio de normas positivas.

La existencia o, lo que es lo mismo, la validez de las normas positivas (en particular la de las normas jurídicas) no depende solamente de la suposición de una norma fundamental, sino también, como lo hemos visto, de hechos que se desenvuelven en el espacio y en el tiempo, a saber, de actos por los cuales estas normas han sido creadas y luego aplicadas. Las normas jurídicas expresan la significación de ciertos hechos y éstos son determinados a su vez por otras normas jurídicas. Para describir este conjunto de relaciones la ciencia del derecho formula proposiciones que pueden ser verificadas por la experiencia. Son, pues, verdaderas o falsas, a la manera de las proposiciones por las cuales una ciencia de la naturaleza describe su objeto. Se puede considerar así al derecho positivo, objeto de la ciencia jurídica, como una realidad específica. Esta realidad jurídica se distingue de la realidad natural por su significación normativa específica que se funda sobre una norma fundamental supuesta.

El sentido subjetivo de los actos creadores de derecho es el de prescribir o permitir una conducta determinada. Su sentido objetivo, tal como es aclarado por la ciencia jurídica, es el de ser normas jurídicas. Estas normas se expresan con la ayuda de fórmulas diversas. Pueden recurrir a la forma imperativa ("pagarás tus deudas", "no robarás", "castigarás al ladrón") o limitarse a verificar que el ladrón es castigado, será castigado o debe ser castigado. Cuando se trata de permitir una conducta determinada,

las normas pueden declarar que cada uno tiene el derecho de comportarse de tal o cual manera, pero también pueden omitir simplemente prohibir esta conducta. La mayoría de las veces la fórmula empleada por el legislador peca por su falta de claridad y es difícil determinar si su sentido subjetivo es el de una prescripción o el de una autorización. Así un código penal definirá primeramente un delito enunciando, por ejemplo, que el hurto es el apoderamiento de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario; luego establecerá que el ladrón es pasible de la pena de seis meses a diez años de prisión. ¿Está esa pena entonces prescrita o solamente autorizada?

El jurista llamado a determinar el sentido objetivo del acto del legislador dirá: "El que se apoderare de un objeto mueble sin el consentimiento de su propietario debe ser sancionado con la pena de seis meses a diez años de prisión por la autoridad competente". La palabra "debe" deja entonces abierta la cuestión de saber si se trata de una norma jurídica que prescribe o permite una conducta determinada. Un miembro de un parlamento puede tener solo un conocimiento muy superficial de las proposiciones sobre las cuales es llamado a pronunciarse, pero su decisión influirá sobre la del parlamento.

Como acabamos de ver, las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación entre una condición y una consecuencia según el esquema "Sí A, entonces B". La naturaleza de esta relación no es sin embargo la misma en los dos

casos. La ley natural enuncia: "Si A es, entonces B es". Dicho en otros términos: si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B le sigue necesaria o probablemente. Ejemplo: "Si se calienta un cuerpo metálico, se produce su dilatación".

La regla de derecho recurre a un esquema diferente: "Si A es, entonces B debe ser", es decir, si el acontecimiento A se produce efectivamente, el acontecimiento B debe seguir (aunque efectivamente no lo siguiera). Ejemplo: "Si un individuo comete un robo, debe ser condenado a una pena de prisión".

En la ley natural la relación entre la condición y la consecuencia es una relación de causa a efecto, mientras que en la regla de derecho la consecuencia es imputada a la condición. Pero en ambos casos se trata de un juicio hipotético. Esto permite establecer una analogía entre la regla de derecho y la ley natural, entre el principio de imputación y el de causalidad. La imputación es el principio de las leyes sociales merced al cual las ciencias normativas describen su objeto. En este sentido, la regla de derecho es una ley social y expresa el carácter normativo de su objeto afirmando que tal consecuencia debe seguir a tal condición. Solo la circunstancia de que el derecho sea un sistema de normas aplicables a la conducta de los hombres permite a la regla de derecho describir estas normas según el esquema de la imputación de una consecuencia a una condición.

El derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o

del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas del derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo" únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado.

El error característico de la doctrina del derecho natural consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falla derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Kelsen señala que contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho solo si la Constitución con la cual se relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho solo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a

las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

2.3. LA OBLIGACION Y LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA:

Toda persona natural o jurídica tiene derechos y obligaciones. Hay derechos que se fundamentan en la esencia de la naturaleza humana y que son irrenunciables. Entre estos derechos tenemos: derecho al trabajo, a la vida e integridad personal, a la salud, vestido, vivienda y asistencia médica, a la propiedad, a la educación y cultura, a la libertad y expresión del pensamiento, de conciencia y de religión, de contratación, de libre tránsito, habeas corpus, habeas data y amparo, etc.

Las obligaciones son los deberes que se debe cumplir con responsabilidad. Los funcionarios públicos deben cumplir con la ley. Los deberes y obligaciones de las personas, son entre sí para con los hijos y padres, con el Estado: sufragio, pago de impuestos, etc. Las obligaciones son diferentes: condicionales y modales, a plazo, alternativas, facultativas, divisible e indivisible, principales y accesorios o con cláusula penal. Las fuentes de las obligaciones pueden ser: la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito.

La responsabilidad jurídica puede ser individual o colectiva. La responsabilidad nace de las obligaciones o de un acto jurídico. Para que el acto jurídico sea valido debe cumplir requisitos de fondo y forma. Los requisitos de fondo son: voluntad, competencia, objeto,

causa y fin lícitos. La voluntad puede adolecer de vacíos: error, fuerza y dolo. Todo acto jurídico produce efectos jurídicos. Los actos jurídicos pueden ser públicos o privados. Los efectos jurídicos pueden ser: crear, modificar, reconocer o extinguir derechos y obligaciones

La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral. La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada. El que acata la norma cumple una obligación moral y el que no la acata enfrenta o viola dicha obligación.

Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo.

Como ya lo hemos visto, el legislador omite a veces establecer un acto coactivo para sancionar la conducta contraria a la prescrita. En

este caso no hay verdadera obligación jurídica de conducirse de la manera prescrita. Hay solamente lo que los romanos llamaban una obligatio naturalis, opuesta a la obligatio juris. Sin duda, el acto del legislador tiene subjetivamente el sentido de prescribir una conducta determinada, pero objetivamente ese acto no es una norma jurídica y de él no puede resultar ninguna obligación jurídica. En efecto, es imposible referir este acto a la norma fundamental del orden estatal como la hemos formulado más arriba.

La situación sería diferente si el derecho no estuviera definido como un orden coactivo, pues la regla de derecho no establecería una relación entre una condición y un acto coactivo. Diría simplemente que en ciertas condiciones un individuo debe conducirse de una manera determinada. En este caso la norma fundamental se enunciaría así: "Los hombres deben conducirse de la manera prescrita por las autoridades establecidas conforme a las reglas contenidas en la primera Constitución". La sanción dejaría de ser un elemento esencial del derecho y cualquier prescripción de una autoridad que establece la Constitución, o establecida conforme a la misma sería una norma jurídica. La conducta prescrita constituiría el contenido de una obligación jurídica sin que pudiera preguntarse si existe una norma complementaria que establezca una sanción para la conducta opuesta.

En esta hipótesis, las normas jurídicas no se distinguirían de las normas de una moral positiva. Esto es evidente en los casos en que las unas o las otras han sido creadas por vía de la costumbre. Pero

inclusive el hecho de que una norma jurídica haya sido dictada por una autoridad específica, por un legislador, no la distinguiría de las normas emanadas de una autoridad moral, tal como Jesucristo o Zoroastro, pues en tal caso la autoridad jurídica y la autoridad moral estarían basadas cada una, en último análisis, sobre una norma fundamental presupuesta.

Si la coacción no fuera un elemento esencial del derecho, sería necesario distinguir dos clases de obligaciones jurídicas: aquellas cuya violación es sancionada con un acto coactivo y las que carecen de este carácter. Pero ambas serían verdaderas obligaciones jurídicas y en el caso en que su violación no fuera sancionada por un acto coactivo no habría ninguna diferencia entre la conducta del individuo que ejecuta su obligación y la del que viola. Una ciencia del derecho que formula la norma fundamental sin introducir en ella la noción del acto coactivo fallaría, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho -como técnica social específica- y los otros órdenes sociales. El derecho es el único que tiene el carácter de orden coactivo. De la misma manera, si la comunidad jurídica (el Estado en particular) no es caracterizada por el hecho de estar constituida por un orden coactivo, no es posible distinguirla de otras comunidades igualmente constituidas por órdenes normativos.

La distinción que hemos hecho más arriba entre norma primaria y norma secundaria, entre regla de derecho primaria y regla de derecho secundaria, ya no tiene razón de ser si el acto coactivo no es un elemento esencial del derecho. La proposición de que en tales

condiciones los hombres deben conducirse de una manera determinada es entonces una regla de derecho completa y no una regla de derecho secundaria subordinada a una regla de derecho primaria que relaciona una sanción a un hecho ilícito. En el supuesto de que el legislador no se contentara con prescribir una conducta determinada, sino que prescribiera o permitiera una sanción para la conducta opuesta, la ciencia jurídica podría formular dos reglas de derecho: la primera hace constar la obligación de conducirse de una manera determinada y la segunda la obligación o la autorización de ejecutar un acto coactivo en caso de conducta contraria. Tendríamos así dos reglas de derecho para describir las situaciones jurídicas en las cuales interviene una sanción y una sola regla de derecho cuando el legislador se limita a prescribir una conducta determinada sin prever sanción para la conducta contraria. Pero esto supone que el derecho no sea definido como un orden coactivo.

2.4. EL DERECHO Y LA JUSTICIA

Cuando Kelsen se preguntaba ¿qué es justicia?, se respondía explicando el concepto del bien absoluto que Platón tenía, pero no le era posible explicar el concepto de justicia, como no le fue posible explicar a Platón el concepto de bien absoluto "en virtud de que la justicia es un secreto que Dios revela, en el mejor de los casos, a personas selectas que no pueden comunicárselo a los demás"[9].

[9]Hans Kelsen, "Qué es Justicia", Editorial Planeta Agostini, España, 1993, pág. 47.

En el Derecho Romano se concebía a la justicia como "darle a cada cual o que le corresponde", pero era una sociedad estamental. Hoy es más difícil establecer que le corresponde a cada quién; y, por ello en los tiempos actuales tenemos valores como: dignidad, honor, libertad, igualdad, seguridad jurídica, orden social, bien común, paz que se asimilan a la justicia y forman parte de los fines y objetivos del derecho, y cuando una norma jurídica no contempla esos valores axiológicos se cuestiona su validez como una norma injusta. La justicia es pues en valor subjetivo al alcance de todas las personas.

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto del moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica, adquiere

por tal circunstancia el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado,

tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

Igualmente la ciencia jurídica carece de competencia para decidir si una ley es conforme a la Constitución. Esta decisión pertenece ya al parlamento, ya al tribunal encargado de aplicar la ley o a un tribunal especial. Si la autoridad competente ha declarado que la

ley es constitucional, el jurista no puede considerarla como desprovista de efectos jurídicos.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o sí un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Se ha objetado esta tesis afirmando que para describir el derecho creado por los órganos competentes la ciencia jurídica debe decidir cuáles son estos órganos y, más especialmente, si tal individuo tiene la competencia que se atribuye y si ha obrado conforme a las normas que se la otorgan, puesto que una decisión sobre la legalidad de un órgano se apoya, en definitiva, sobre la legalidad de sus actos.

Está claro que el derecho positivo no puede prever siempre el recurso ante un órgano superior para decidir sobre la legalidad de un órgano inferior, particularmente cuando se trata de la legalidad

del órgano supremo de un orden jurídico. En un caso semejante la legalidad depende de la actitud de los órganos inferiores. Así, cuando es dudoso que un fallo de la Corte Suprema sea realmente lo que pretende ser, porque los individuos que la componen no han sido designados conforme a la Constitución, la cuestión no es zanjada por la ciencia del derecho, sino por los órganos encargados de ejecutar las decisiones de la Corte Suprema. Si deciden ejecutar un fallo dudoso, el jurista sólo tiene la posibilidad de considerarlo como una sentencia de la Corte Suprema. Si se niegan a ejecutarlo, el fallo es nulo. No tiene existencia jurídica y no puede ser objeto de la ciencia del derecho.

El que considera justo o injusto un orden jurídico o alguna de sus normas se funda, a menudo, no sobre una norma de una moral positiva, es decir, sobre una norma que ha sido "puesta", sino sobre una norma simplemente "supuesta" por él. Así considerará, por ejemplo, que un orden jurídico comunista es injusto puesto que no garantiza la libertad individual. Con ello supone, entonces, que existe una norma que dice que el hombre debe ser libre. Ahora bien, tal norma no ha sido establecida por la costumbre ni por el mandato de un profeta: solamente ha sido supuesta como constituyendo un valor supremo, inmediatamente evidente. También podemos colocarnos en un punto de vista opuesto y considerar que un orden jurídico comunista es justo puesto que garantiza la seguridad social. Suponemos entonces que el valor supremo e inmediatamente evidente es una norma que dice que el hombre debe vivir en seguridad.

Las opiniones de los hombres divergen en cuanto a los valores que han de considerarse como evidentes y no es posible realizar todos estos valores en el mismo orden social. Es necesario, entonces, elegir entre la libertad individual y la seguridad social, con la consecuencia de que los partidarios de la libertad juzgarán injusto un orden jurídico fundado sobre la seguridad, y viceversa.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden -o tal norma jurídica- es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva, es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo, o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido que varía al infinito.

Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la

experiencia, cuál es la naturaleza de la Idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia.

Todas las tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

También el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto, que A es A y no no-A. Ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional solo existen intereses y en consecuencia conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor

absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.

Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

La justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al

derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

2.5. VALIDEZ, EFICACIA Y JUSTICIA:

El Derecho tiene naturaleza normativa. Es decir, sirve para ordenar las conductas de los individuos o de los grupos en los que éstos se integran, en un determinado sentido. Esa ordenación se lleva a cabo a partir de la producción de determinados enunciados, que en términos generales conocemos como normas jurídicas. Esos enunciados pertenecen al mundo del deber ser, es decir, intentan ordenar de determinada manera las conductas de los individuos destinatarios del sistema jurídico.

Cuando hablamos de los enunciados del Derecho hacemos referencia a aquellas proposiciones lingüísticas que conforman el ordenamiento. La naturaleza normativa del Derecho permite afirmar que, en general, las normas jurídicas pertenecen al mundo de las proposiciones prescriptivas a través de las que se expresa el deber ser y que se diferencian en este sentido de las proposiciones descriptivas que intentan ofrecer información sobre la realidad. Ciertamente, todas y cada una de las proposiciones que configuran un ordenamiento no tienen una forma prescriptiva. En efecto, existen enunciados que se configuran como descripciones o definiciones. Pero en todo caso también esas descripciones configuran la realidad, y de esa manera podemos afirmar que tienen un sentido o finalidad prescriptiva o normativa.

Afirmar el carácter normativo del Derecho y de los enunciados que lo componen tiene consecuencias muy importantes para la comprensión y el análisis del fenómeno jurídico, que en todo caso deben ser tenidas en cuenta. Sabido es que de las proposiciones descriptivas podemos predicar ciertos rasgos o características. Así, podemos afirmar su verdad o su falsedad en función del grado de adecuación entre dichas proposiciones y la realidad que pretenden representar o a la que se refieren: tiene pleno sentido aplicar criterios de verdad / falsedad a una proposición como: "los pupitres de la Universidad Nacional de Loja son grises". No ocurre lo mismo con las proposiciones prescriptivas y, por tanto, con las normas jurídicas.

En efecto, en relación con las normas jurídicas podemos predicar su validez (o invalidez), su eficacia (o ineficacia) y su justicia (o injusticia). Validez, eficacia y justicia son los tres parámetros que sirven para analizar las normas jurídicas y el ordenamiento jurídico en su conjunto. No obstante, es necesario apuntar que estos rasgos no son predicables en exclusiva de los sistemas jurídicos, sino que afectan a los sistemas normativos de la conducta humana en general. Nos detendremos a continuación en ellos.

Validez de una norma se identifica con su pertenencia a un determinado sistema normativo. Trasladado esto al mundo del Derecho, podemos afirmar que la validez de una norma deriva de su pertenencia a un determinado ordenamiento jurídico, y si entendemos que no se puede hablar de normas jurídicas más allá de los ordenamientos jurídicos, debemos concluir que la validez de

una norma significa la existencia de tal norma como norma jurídica. En definitiva, cuando afirmamos la validez de una norma estamos formulando un juicio de hecho relativo a la pertenencia de una norma a un ordenamiento.

En este sentido conviene señalar que el concepto de validez es un concepto referencial o relativo. Quiere decirse con esto que en realidad debe ser entendido en relación con cada sistema normativo (y el sistema jurídico es un tipo específico de sistema normativo). Todos los sistemas normativos incluyen determinados parámetros o criterios de validez o pertenencia que deben ser satisfechos por las normas para poder predicar su pertenencia a los mismos. De manera que puede que una determinada norma sea válida en el marco de un determinado sistema y no lo sea en relación con otro. De la misma manera, puede que una norma sea válida en dos sistemas normativos a la vez, es decir, pertenezca a ambos. Existen normas morales (válidas en sus respectivos sistemas) que carecen de validez jurídica y al mismo tiempo hay normas morales que están positivizadas.

Todos los sistemas normativos y, por lo que a nosotros nos interesa en este momento, todos los sistemas jurídicos incluyen criterios de pertenencia o validez, es decir, requisitos que deben ser satisfechos por las normas para poder considerar que éstas pertenecen a aquellos, es decir, son válidas en relación con aquellos. En términos generales podemos afirmar que para que una norma jurídica sea válida debe satisfacer las siguientes exigencias:

a) Debe haber sido producida por el órgano competente; en efecto, en el seno de un ordenamiento jurídico existen específicas habilitaciones en favor de determinadas autoridades para producir normas, de manera que una norma que no ha sido dictada por el sujeto competente al efecto no puede ser considerada como válida: el Parlamento no puede dictar un reglamento, de la misma manera que un juez no puede dictar una ley orgánica.

b) A través del procedimiento adecuado; las normas jurídicas son el resultado final de un procedimiento, más o menos complejamente articulado, a través del cual se va construyendo y definiendo la voluntad del órgano productor. La falta de respeto de las exigencias formales de dicho procedimiento determina la invalidez de la norma: por ejemplo, en la elaboración de las leyes por el Parlamento debe respetarse lo establecido por los respectivos Reglamentos de las Cámaras y por la Constitución al respecto.

c) No debe haber sido derogada por una norma posterior (evidentemente, de rango igual o superior); debido al principio de coherencia, no deben existir en un ordenamiento dos normas contradictorias entre sí. Es una exigencia derivada de la función de ordenación social que desempeña el sistema jurídico. Por tanto, una norma pierde su validez cuando es contradicha por otra posterior que se encuentra en el mismo o superior nivel jerárquico.

d) No puede estar en contradicción con las normas superiores a ella en el sistema jurídico; el sistema jurídico se estructura de un modo jerárquico, y por tanto las normas inferiores no pueden contradecir lo establecido en las superiores. Dicha contradicción también es un motivo de invalidez de la norma inferior.

De lo inmediatamente anterior se debe deducir que, en realidad, los criterios de validez no son exclusivamente formales. En efecto, para que una norma sea válida se debe exigir, además del cumplimiento de requisitos formales, que esa norma respete unos determinados contenidos. Esos contenidos van a venir determinados por la adecuación del mandato de la norma concreta a lo establecido en las normas jerárquicamente más elevadas y, en última instancia, por la norma superior del ordenamiento. Por ello, frente a la distinción kelseniana entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos debemos reconocer que el Derecho en realidad puede ser considerado como un sistema normativo mixto.

Eficacia de una norma puede ser entendida de varias maneras. En primer lugar, podemos afirmar que una norma es eficaz cuando los destinatarios de la misma ajustan efectivamente sus conductas al modelo de conducta establecido en la norma. Es decir, una norma es eficaz cuando los sujetos a los que la norma va dirigida la cumplen, se comportan de acuerdo con la misma o, en un momento ulterior, cuando de ser violada se puede aplicar la correspondiente sanción. En segundo lugar, la eficacia puede ser entendida como la adecuación entre el mandato de la norma y los fines que se

pretenden alcanzar con la misma. Las normas pueden ser entendidas como instrumentos para alcanzar determinados objetivos o finalidades. En este sentido puede existir una inadecuación entre los medios y los fines, y así se puede afirmar que una norma no es eficaz cuando no sirve para alcanzar los objetivos propuestos. Esta segunda acepción será tratada en otra lección, al ocuparnos del Derecho como instrumento de control social. En todo caso, cabe apuntar aquí que, como ocurre también en relación con la validez, el juicio sobre la eficacia de una norma es un juicio de hecho.

Las normas jurídicas tienen como destinatarios a los seres humanos, de cuyos comportamientos depende en última instancia su eficacia. Por eso, al analizar los problemas de eficacia de las normas jurídicas hay que contar con la capacidad que tienen los individuos de tomar decisiones en cuanto al cumplimiento de las mismas. Son variadas las causas por las que los individuos pueden decidir cumplir o no las normas jurídicas. En todo caso, hay que reconocer que en muchas ocasiones, quizá la mayoría, todos nosotros cumplimos normas jurídicas, es decir, actuamos de acuerdo con lo establecido por ellas, sin que seamos conscientes de ello. Se debe a que las normas jurídicas, como producto cultural que son, tienden a confundirse e integrarse en el conjunto de patrones de comportamientos normales y admitidos en una comunidad. Pero muchas otras veces cumplimos las normas jurídicas y somos conscientes de ello. En estas ocasiones podemos estar convencidos de la bondad de la norma y cumplirla voluntariamente, o actuamos conforme a ella como resultado de un

cálculo de intereses, pudiendo llegar incluso a estar en desacuerdo con ella, pero pensamos que podemos extraer beneficios de la actuación conforme a ella; otras veces la cumplimos por la exclusiva razón de evitar la sanción que se nos puede imponer si la desobedecemos. En definitiva, como señala Bobbio[10], hay normas que son cumplidas por todos los individuos de manera espontánea, otras que sólo son cumplidas cuando van acompañadas de la amenaza de una sanción, otras que no se cumplen aun estando acompañadas de una amenaza de sanción y otras que, finalmente, se incumplen sin que tan siquiera se aplique la correspondiente sanción. Y de la misma manera también hay muchas razones que pueden explicar la desobediencia a las normas jurídicas. Pero esta cuestión será tratada en una lección posterior.

El tratadista citado establece que, debemos ser conscientes de que podemos plantearnos problemas vinculados a la eficacia del Derecho precisamente porque éste regula conductas humanas. Dicho de otra manera, el Derecho se desenvuelve en el ámbito de la libertad y no en el de la causalidad o necesidad. Los individuos tienen capacidad de decisión y, por tanto, pueden ajustar o no sus comportamientos a lo establecido en el modelo normativo jurídico (y en otros). Al contrario de lo que ocurre en el ámbito de lo regulado por las leyes de la naturaleza, que se puede explicar como una sucesión de acontecimientos resultado de una cadena de causas

[10] N Bobbio, "Teoría General del Derecho", Editorial Debate, Madrid, 1992, pág. 35.

y efectos, el ámbito de lo humano es el ámbito de la libertad, de la decisión y de la voluntad.

Justicia. Como ha señalado Bobbio, "el problema de la justicia es el problema de la más o menos correspondencia entre la norma y los valores superiores finales que inspiran un determinado orden jurídico"[11] la idea de justicia constituye posiblemente el criterio de valoración último del sistema jurídico. Tradicionalmente se ha afirmado que la justicia se encuentra entre los grandes fines o valores a alcanzar por parte de los ordenamientos jurídicos, aunque hay que reconocer que no es el único. En efecto, los sistemas jurídicos pueden estar encaminados a alcanzar otros fines. La historia nos ha dado y nos da buena muestra de ello.

En todo caso, sí cabe afirmar en este momento que cualquier sistema jurídico constituye un punto de vista sobre la justicia. El Derecho -ya lo hemos señalado- no es neutro desde el punto de vista axiológico; es un sistema de ordenación de las conductas humanas de acuerdo con determinados modelos de conducta, que son asumidos como criterios de corrección a partir de los cuales valorar esos comportamientos. El juicio sobre la justicia de una norma es en este sentido un juicio de valor que surge de la constatación de la adecuación (o inadecuación) entre el ser de la norma y el deber ser de la misma.

[11] N. Bobio, ob. cit. Pág. 36.

A la hora de determinar si los conceptos de validez, eficacia y justicia se implican o no respectivamente, es necesario distinguir dos planos: el de las normas individualmente consideradas y el del ordenamiento jurídico. Así, podemos llegar a la conclusión de que, desde la perspectiva de la norma, se puede afirmar la independencia conceptual entre validez, eficacia y justicia; por el contrario, no podemos afirmar lo mismo si nos situamos en la perspectiva de conjunto.

En efecto, desde la perspectiva de la norma podemos encontrar:

- Normas válidas, ineficaces e injustas.
- Normas válidas, ineficaces y justas.
- Normas válidas, eficaces e injustas.
- Normas válidas, eficaces y justas.
- Normas inválidas, ineficaces e injustas.
- Normas inválidas, ineficaces y justas.
- Normas inválidas, eficaces e injustas.
- Normas inválidas, eficaces y justas.

Si nos situamos en la perspectiva del ordenamiento, vemos que la validez de un sistema jurídico depende en última instancia de su eficacia. En efecto, un ordenamiento que en su conjunto no sea obedecido decae en sus funciones y en su existencia y es sustituido por otro sistema normativo al que los individuos prestan efectiva obediencia y que, por tanto, desempeña la función de ordenación de la vida humana social, que es la propia del Derecho. Por ello, la identificación del sistema normativo jurídico tiene mucho que ver

con la aceptación y reconocimiento -general y genérico- de sus destinatarios.

Hasta el momento hemos visto que validez, eficacia y justicia son predicados de las normas jurídicas respectivamente independientes. Ello puede ser mantenido siempre que se entienda que esa independencia es conceptual. Si observamos el funcionamiento y el desarrollo ordinario de los ordenamientos jurídicos podemos llegar a la conclusión de que la independencia conceptual no se mantiene en la práctica.

Pensemos en la relación entre la validez y la eficacia. Sabemos que las normas son eficaces cuando los destinatarios de las mismas adecuan sus comportamientos al modelo de conducta establecido por ellas. Sabemos también que para que los individuos se comporten de determinada manera no es necesario que esa conducta venga establecida en una norma. Sin embargo, el apoyo que el aparato coactivo institucional configurado por el ordenamiento jurídico presta a los modelos de conducta previstos en las normas jurídicas (y por tanto válidas) constituye un dato a tener en cuenta a la hora de comprender la eficacia de esas normas.

Planteémonos ahora la relación entre la eficacia y la justicia. Las normas jurídicas son eficaces cuando, en definitiva, son cumplidas. No obstante, ese cumplimiento puede depender de muy diversos factores. Aunque estas cuestiones serán tratadas con más profundidad en lecciones posteriores, podemos adelantar en este momento que los destinatarios de un sistema jurídico pueden

cumplir las normas jurídicas por temor a la sanción, porque han llegado a la conclusión de que les conviene hacerlo tras haber efectuado un cálculo de intereses, o incluso porque están de acuerdo con el contenido de la norma, que les parece justo. En este caso parece evidente que el carácter justo de una norma es un elemento que puede colaborar a lograr su eficacia -y por extensión, en este caso, de un ordenamiento jurídico-, ya que los individuos van a obedecer más fácil y gustosamente una norma justa que una norma injusta. Ello no quiere decir que las normas injustas sean siempre y necesariamente menos eficaces que las normas justas: dicha eficacia se puede lograr empleando importantes dosis de coacción y fuerza. Tenemos, por desgracia, múltiples ejemplos que nos demuestran que también en los sistemas no democráticos las normas jurídicas injustas pueden ser eficaces.

Por lo que se refiere a la vinculación práctica entre validez y justicia, atendamos a lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos democráticos, que se caracterizan por incluir en sus normas superiores determinados contenidos de justicia (por ejemplo, el art. 1.1 de nuestra Constitución o el título I de la misma). Hemos señalado que una de las condiciones de la validez de las normas es precisamente que éstas no sean contradictorias con las normas superiores del sistema. Pues bien, si en esas normas superiores -en la Constitución, por ejemplo- se positivizan determinados contenidos de justicia, estaremos obligados a concluir que en ese ordenamiento las normas, para poder ser válidas, no pueden contradecir, al menos, los reflejos de la idea de justicia que se encuentran en la norma superior.

En las líneas precedentes hemos partido de la base de que valid eficacia y justicia son rasgos de las normas jurídicas y de ordenamientos en los que éstas se integran, que pueden consideradas y entendidas independientemente. No obstante, honesto reconocer que esto supone asumir un determina planteamiento doctrinal y, por tanto, una opción intelectual a hora de comprender el Derecho y construir un concepto del misn

Hay que señalar, por tanto, que existen otros planteamientos c no admiten dicha independencia y que vinculan necesariame alguno de los anteriores conceptos como exigencia de la corre comprensión de lo que el Derecho es. Norberto Bobbio, en la o citada, se ha referido a estos planteamientos y los ha denomina posiciones reduccionistas desde el momento en que reducen algu de los tres conceptos a otro, es decir, condicionan respectivame los conceptos entre sí. Siguiendo al iusfilósofo italiano, poden identificar tres reduccionismos, que a su vez se identifican con t corrientes de pensamiento que mantienen respectivos conceptos Derecho:

a) El positivismo ideológico, que reduce la justicia a la validez: normas jurídicas son justas por el mero hecho de ser válidas.
b) El iusnaturalismo, que reduce la validez a la justicia: normas son válidas por el mero hecho de ser justas.
c) Y el realismo jurídico, que reduce la validez a la eficacia: normas válidas, para serlo, deben ser eficaces.

Es cierto que el realismo ha tenido el acierto de poner de relieve la importancia de los factores sociales en la comprensión del Derecho y la necesidad de tener en cuenta la incidencia de éstos en aquél. Al mismo tiempo ha llamado la atención de los peligros derivados de los excesos del formalismo jurídico, que podrían desembocar en la construcción de un concepto de Derecho y de ciencia jurídica desvinculados de la realidad social y de la fuerza derivada de la evolución transformadora de ésta. Sin embargo, también es criticable en algunos aspectos. El realismo construye un concepto de Derecho referido exclusivamente a lo que podríamos considerar situaciones de patología del Derecho, que son aquellas en las que intervienen los jueces. En efecto, si observamos el funcionamiento cotidiano de la sociedad y del sistema jurídico enseguida nos damos cuenta de que lo normal es que los individuos se comporten de acuerdo con las normas jurídicas; los jueces intervienen en determinadas circunstancias en las que se producen incumplimientos o conflictos y que son una minoría respecto a todas aquellas en las que las normas jurídicas son efectivas guía de las conductas de los sujetos. Por eso, afirmamos que el realismo toma como elemento nuclear de su definición del Derecho, basada en la eficacia, un aspecto sumamente reducido de ésta. Es normal que el realismo, a la hora de definir el Derecho, se centre además en aquello que le importa al hombre malo, que es aquel que se las va a tener que ver con un juez.

Por otra parte, de la centralidad de la acción del juez en la definición del Derecho realista también se pueden derivar algunas consideraciones críticas. Hemos visto que el realismo propone que

es Derecho lo contenido en las decisiones de los jueces, por tanto los mandatos realmente eficaces. Pero frente a esta consideración enseguida surge la pregunta sobre el origen de la capacidad reconocida al juez para intervenir en un determinado caso conflictivo y para emitir una sentencia. Si el juez lo es, es porque existen normas jurídicas que le habilitan para desempeñar una determinada función, porque ha satisfecho ciertas exigencias establecidas en algunas normas y, además, la sentencia o decisión es el resultado final de un proceso, que se desarrolla a partir de lo que establecen determinadas normas. De la afirmación según la cual Derecho es lo que dicen los jueces en sus sentencias se desprendería entonces la asombrosa conclusión de que todas esas normas a las que acabamos de hacer alusión no pertenecen al ordenamiento jurídico. Y además nos veríamos obligados a negar que los jueces apliquen el Derecho.

CAPITULO 3: CONOCIMIENTO CIENTIFICO DEL DERECHO:

3.1. Fundadores y Escuelas.
3.2. Derecho Positivo y Derecho Natural.
3.3. El Derecho Positivo y la Moral.
3.4. Ciencia del Derecho e Ideología.
3.5. Los Conceptos jurídicos fundamentales:
3.5.1. ¿Qué son los conceptos jurídicos fundamentales?
3.5.2. La Relación jurídica.
3.5.3. El deber jurídico
3.6. Los derechos fundamentales.

3.1. FUNDADORES Y ESCUELAS

En el desarrollo histórico del Derecho existen dos grandes sistemas jurídicos: a) El Common-law o Derecho Común practicado en Inglaterra y Estados Unidos de Norte América, basado en la costumbre y, b) El Románico-Germánico, desarrollando en Grecia y Roma que se extendió en la mayor parte de Europa y luego en América Latina. Los griegos crearon códigos de conducta como el Código Civil, el Jus Gentium, el Jus Naturale, el Digesto y las Institutas. Luego el Derecho Romano constituye la fuente y el antecedente del moderno Derecho, especialmente el Derecho Civil que ha prevalecido por miles de años.

Pero el derecho adquiere madurez científica con Federico Carlos Von Savigny (1779-1861) jurista y político alemán fundador de la

Escuela Histórica que estableció con precisión lógica el concepto de relación jurídica esto es el vínculo entre el hecho y la norma o entre el acto y la norma como un nexo de causa a efecto.

Luego tenemos a Hansn Kelsen (1881-1973) jurista estadounidense de origen austriaco, seguidor de la Escuela Positivista que estableció que el Derecho es una ciencia social normativa y que las Ciencias Sociales pueden ser causales como la Sociología o normativas como el Derecho y la Moral. Sostiene que la norma es un esquema de interpretación de la conducta jurídica o antijurídica. Es el creador de la Teoría Pura del Derecho esto es del ser del derecho y no del deber ser.

Alf Ross sostiene la tesis que el Derecho es un hecho social de doble faz: la acción y la norma. Del Derecho como acción se ocupa de Sociología Jurídica y del derecho como norma de Teoría General del Derecho que debe estudiar el contenido abstracto de las normas jurídicas.

La Escuela Analítica inglesa, encabezada por John Austin (1790-1858) desarrolló bajo el nombre de Jurisprudencia General lo que hoy se llama Teoría General del Derecho, exponiendo los principios, nociones y distinciones de los sistemas jurídicos y se refiere a las leyes tales como son, la que se consolida con la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen que nos dio una teoría autónoma del derecho señalando que debemos "descubrir el derecho tal como es" y no como debería ser.

3.2. DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL:

Kelsen en su Teoría Pura del Derecho sostiene que el derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica es el derecho positivo, ya se trate del derecho de un Estado particular o del derecho internacional. Sólo un orden jurídico positivo puede ser descrito por las reglas del derecho y una regla de derecho se relaciona necesariamente con tal orden. La regla de derecho que afirma: "Si alguien comete un robo, un tribunal debe penarlo" únicamente tiene sentido en el marco de un orden jurídico determinado. Para hacer explícita dicha regla es necesario precisarla diciendo por ejemplo: "Si el órgano legislativo del Estado francés ha dictado una norma general que prescribe a todo tribunal francés penar a los que cometan un robo en el territorio sometido a su jurisdicción y si el tribunal competente respecto de dicha horma general comprueba que un individuo ha cometido un robo, debe condenarlo a la pena fijada por el órgano legislativo del Estado francés"[12].

Luego, añade que sería vano intento el de describir los fenómenos naturales con la ayuda de proposiciones normativas. Decir que un metal sometido al calor debe dilatarse no tiene sentido, puesto que la relación entre el calor y la dilatación, tal como es descrita por las leyes físicas según el principio de causalidad, no es establecida por un acto de voluntad que tenga la significación de una norma, como es el caso para las reglas de derecho. Entre un robo y el castigo del

[12]H . Kelsen, ob. cit. Pág. 26.

ladrón no hay una relación de causa a efecto, sino una relación fundada sobre el principio de imputación. Ella supone la existencia de una norma que prescriba castigar a los ladrones, perteneciente al derecho positivo, es decir, establecida por un acto de voluntad realizado en el espacio y en el tiempo. Por otra parte, esta norma no es afectada por la comprobación de que algunos robos son cometidos sin que el ladrón sea luego castigado.

El error característico de la doctrina del derecho natural consiste en ignorar esta diferencia entre la naturaleza y el derecho, o más exactamente entre las leyes causales formuladas por las ciencias de la naturaleza y las reglas de derecho formuladas por la ciencia jurídica. Para esta doctrina, en efecto, las leyes naturales son reglas de derecho, reglas de un derecho natural. Su punto de partida es la idea de una naturaleza legisladora, que sería una creación de Dios, una manifestación de su voluntad. La relación entre la causa y el efecto, tal como es formulada en las leyes naturales, sería establecida por la voluntad de Dios, de la misma manera que la relación entre el acto ilícito y la sanción es establecida por la voluntad de un legislador humano, autor de normas jurídicas positivas. Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social-normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios ("Hágase la luz, y la luz fue") y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falla derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.

Contrariamente a la doctrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, para la Teoría Pura del Derecho, la ciencia jurídica únicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres. Esto importa la idea de que el derecho positivo es un orden social eficaz, dado que para el jurista un orden jurídico sólo es válido si de una manera general individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Sin duda no es necesario que estos individuos se conduzcan, en toda circunstancia y sin excepción, de la manera prescrita las normas jurídicas, ya que siempre hay cierto desacuerdo entre la conducta de los hombres y las normas que la regulan. Mas un orden jurídico puede ser considerado eficaz cuando la amplitud de este desacuerdo no traspasa cierto límite.

No hay, pues, identidad entre la validez y la eficacia de un orden jurídico. Un orden jurídico extrae su validez de su norma fundamental, que es una hipótesis científica que atribuye a la primera Constitución de un Estado el carácter de un sistema de normas válidas. Ahora bien: tal norma fundamental es supuesta por la ciencia del derecho solo si la Constitución con la cual se relaciona forma la base de un orden jurídico eficaz. En otros términos, cuando un documento se presenta subjetivamente como la primera Constitución de un Estado, la ciencia del derecho solo le atribuye la significación objetiva de un sistema de normas válidas cuando llega a instaurar un orden jurídico eficaz. Pero, aun si un orden jurídico es válido solamente cuando los individuos a los cuales se dirige conforman sus conductas de una manera general a

las normas que lo constituyen, son siempre las normas jurídicas las que forman el derecho y no la conducta efectiva de los hombres.

El carácter ideológico de la doctrina tradicional, a la cual se opone la Teoría Pura del Derecho, aparece ya en la definición que da del concepto del derecho. Ella sufre aún hoy la influencia de la teoría conservadora del derecho natural, que, como lo hemos ya destacado, parte de una noción trascendente del derecho. En la época en que esta teoría estaba en su apogeo, la filosofía tenía también un carácter esencialmente metafísico y el sistema político imperante era el de la monarquía absoluta, con su organización policial. Cuando la burguesía liberal la traslada al siglo XIX, se manifiesta una reacción muy clara contra la metafísica y la doctrina del derecho natural. En correlación estrecha con el progreso de las ciencias experimentales y con el análisis crítico de la ideología religiosa, la ciencia burguesa del derecho abandona el derecho natural y se vuelve hacia el positivismo, que en su tiempo significo un gran avance de la filosofía y de la ciencia.

Pero esta evolución, por radical que haya sido, jamás fue completa. El derecho ya no es más considerado como una categoría eterna y absoluta. Se reconoce que su contenido varía según las épocas y que el derecho positivo es un fenómeno condicionado por las circunstancias de tiempo y de lugar. No obstante, la idea de un valor jurídico absoluto no ha desaparecido del todo. Subsiste en la idea moral de justicia, que la ciencia jurídica positivista no ha abandonado. Por más que el derecho sea netamente distinguido de la justicia, estas dos nociones permanecen ligadas por lazos más o

menos visibles. Se enseña que un orden estatal positivo no puede pertenecer al dominio del derecho si de alguna manera no tiene un contacto con la idea de justicia, ya sea alcanzando un mínimo moral, ya esforzándose, aunque de modo insuficiente, por ser un derecho equitativo y justo. El derecho positivo debe, pues, responder, en alguna medida, por modesta que sea, a la idea del derecho. Pero el carácter jurídico de un orden estatal, es admitido naturalmente de antemano, de tal manera que la teoría del mínimo moral no es más que una forma bastarda de la doctrina del derecho natural, cuya finalidad es legitimar el derecho positivo.

Esta teoría bastaba en los tiempos relativamente tranquilos en que la burguesía había consolidado su poder y reinaba cierto equilibrio social. La ciencia jurídica no extraía, sin duda, todas las consecuencias posibles del principio positivista al que oficialmente adhería, pero en él se inspiraba, sin embargo, en amplísima medida.

Ventajosamente hoy el dualismo Derecho Natural o Derecho Positivo ha sido superado ya con la teoría del tridimensionalismo jurídico que ha sido generalmente aceptada, desde fines del siglo pasado; y, que considera que el Derecho no solo es norma como lo sostiene el Derecho Positivo, ni es solo valor como lo sostiene el Derecho Natural, sino que es al mismo tiempo: hecho, norma y valor; y, a esas tres dimensiones del derecho hemos hecho ya referencia en líneas anteriores.

3.3. EL DERECHO POSITIVO Y LA MORAL

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, sólo considerando al orden jurídico como distinto del moral cabe calificarlo de bueno o de malo.

Sin duda, el derecho positivo puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica, adquiere por tal circunstancia el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional. Como ya lo hemos destacado, tales juicios de valor son en realidad juicios de hecho, ya que las normas con las cuales se relacionan han sido creadas por actos que son hechos acaecidos en el espacio y en el tiempo. La ciencia jurídica no puede, sin embargo, pronunciarse, puesto que el derecho positivo tiene la particularidad de reservar a ciertos órganos el poder de decidir si un hecho es lícito o ilícito. Tal decisión tiene, en efecto, un carácter constitutivo y no simplemente declarativo. Tiene efectos jurídicos y equivale, por lo tanto, a un acto creador de derecho. Cuando se trata de determinar si un

individuo ha cometido un crimen y debe ser castigado, únicamente el tribunal competente puede pronunciarse sobre el punto, y desde el momento en que ha tomado su decisión en última instancia se dice que la misma tiene fuerza de ley. El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto.

Cuando un acto que se presenta bajo la forma de un acto creador de derecho no es conforme a las prescripciones de la norma que lo rige, no adquiere la calidad de acto jurídico y no tiene los efectos que pretende tener. Carece, pues, de la significación objetiva de un acto creador de derecho; pero solamente la autoridad competente puede hacer en forma válida la verificación.

A veces sucede que el derecho positivo confiere a todo individuo interesado el poder de pronunciarse sobre el carácter lícito o ilícito de un acto jurídico. Este poder resulta entonces descentralizado, como en el caso de los órdenes jurídicos primitivos y especialmente en el derecho internacional. Pero el individuo o el Estado que ejerce este poder actúa como órgano de la comunidad jurídica con el mismo título que los órganos centralizados encargados de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley. La ciencia del derecho no tiene competencia para decidir si un Estado ha violado el derecho internacional o sí un órgano de la comunidad internacional no ha cumplido con las normas del tratado que lo instituyó. Solamente puede describir el derecho tal como ha sido creado y aplicado por los órganos competentes.

Por el mismo hecho de que estos valores son supuestos supremos no es posible darles una justificación normativa, ya que por encima de ellos no hay normas superiores de las cuales se los pueda considerar derivados. Son móviles de orden psicológico los que conducen al individuo a preferir la libertad o la seguridad, y tienen su fundamento en el carácter. El que tiene confianza en sí mismo optará probablemente por la libertad, y el que sufre un complejo de inferioridad preferirá sin duda la seguridad.

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

En consecuencia, la ciencia del derecho no puede declarar que tal orden -o tal norma jurídica- es justo o injusto, pues tal juicio se funda, ya sea en una moral positiva, es decir, en un orden normativo diferente e independiente del derecho positivo, o en un verdadero juicio de valor, con carácter subjetivo.

Además, la idea de la justicia no se presenta casi nunca como un valor relativo, fundado sobre una moral positiva, establecida por la costumbre, y por esta razón diferente de un lugar a otro, de una época a otra. En su sentido propio la idea de justicia es un valor absoluto, un principio que pretende ser válido siempre y en todas partes, independientemente del espacio y del tiempo: es eterna e inmutable. Ni la ciencia del derecho positivo ni ninguna otra ciencia pueden determinar su contenido que varía al infinito.

"Más aún, la historia del espíritu humano que se esfuerza en vano desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la justicia absoluta no puede ser definida racionalmente"[13] El autor citado agrega que dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí es trascendente a los fenómenos. El carácter metafísico de este dualismo ontológico lo reencontramos en el dualismo de la justicia y el derecho, en el cual la función es doble: por un lado permite a los espíritus optimistas o conservadores justificar un Estado o un orden social pretendiendo que es conforme al ideal, y por otro lado a los espíritus pesimistas o revolucionarios criticarlo por la razón contraria. De esto se desprende que es tan imposible determinar científicamente, es decir, de manera racional y fundándose sobre la experiencia, cuál es la naturaleza de la Idea o de la cosa en sí, como obtener por la misma vía una definición de la noción de justicia. Todas las

[13]H. Kelsen, Qué es la Justicia, ob. cit. Pág. 46.

tentativas hechas en esta dirección solamente han conducido a fórmulas completamente vacías de sentido, tales como "haz el bien y evita el mal", "a cada cual lo suyo", "hay que mantenerse en el justo medio".

Por otro lado Kelsen nos dice que el imperativo categórico se encuentra desprovisto de toda significación. Si se pregunta a la ciencia la definición del deber considerado como el valor absoluto, deberá limitarse a responder: "Tú debes lo que debes". Esta tautología a la cual se ha dado formas variadas y disfraces laboriosos, aplica el principio de identidad, dado que se limita a la comprobación de que el bien es el bien y no el mal, que lo justo es justo y no injusto. El ideal propuesto a la voluntad y a la acción, la justicia no puede convertirse en un objeto del conocimiento racional si no transformándose involuntariamente en la idea de verdad, que encuentra su expresión negativa en el principio de identidad. Esta transformación del problema, que desnaturaliza su sentido, es la consecuencia inevitable de la aplicación de la lógica a un objeto por definición refractario a tal operación.

Para el conocimiento racional solo existen intereses y en consecuencia conflictos de intereses que son resueltos favoreciendo a uno en detrimento de otro o estableciendo un equilibrio, un compromiso entre ellos. Racionalmente no es posible demostrar que alguna de las dos soluciones tiene respecto de la otra un valor absoluto y debe ser calificada de justa. Si existiera una justicia, en el sentido en que se tiene el hábito de invocarla cuando se desea hacer

prevalecer ciertos intereses sobre otros, el derecho positivo sería totalmente superfluo y su existencia incomprensible.
Se objeta habitualmente que si bien existe una justicia ella no puede ser definida o, lo que es lo mismo, que puede serlo de diversas maneras. Esta tesis se contradice a sí misma. Pertenece al tipo de ideología destinada a encubrir una realidad demasiado desagradable.

Según Kelsen la justicia absoluta es un ideal irracional. Por indispensable que pueda ser a la voluntad y a la acción, escapa al conocimiento racional, y la ciencia del derecho sólo puede explorar el dominio del derecho positivo. Cuanto menos nos empeñamos en separar netamente el derecho de la justicia, en mayor grado mostramos indulgencia con respecto al deseo del legislador de que el derecho sea considerado como justo y más cedemos a la tendencia ideológica que caracteriza la doctrina clásica y conservadora del derecho natural. Esta doctrina no busca tanto conocer el derecho en vigor como justificarlo y transfigurarlo, destacando que emana de un orden natural, divino o racional; por lo tanto absolutamente justo y equitativo. La doctrina revolucionaria del derecho natural, que desempeña en la historia de la ciencia del derecho un papel relativamente oscuro, tiende al fin opuesto. Pone en duda la validez del derecho positivo, afirmando que está en contradicción con un orden absoluto cuya existencia postula. Presenta así al derecho bajo una luz que lo hace aparecer a veces mucho más imperfecto de lo que lo es en la realidad.

3.4. CIENCIA DEL DERECHO E IDEOLOGÍA

Kelsen nos dice que las tendencias ideológicas, cuyas intenciones y repercusiones políticas son evidentes, imperan hoy todavía en la ciencia del derecho, aun después del abandono aparente de la doctrina del derecho natural. La Teoría Pura del Derecho manifiesta combatirlas exponiendo el derecho tal cual es, sin tratar de justificarlo o criticarlo. Se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo. En este sentido es una teoría radicalmente realista. Se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura. Rehúsa en particular favorecer cualquier interés político suministrándole ideologías que le permitan justificar o criticar tal o cual orden social. Se opone así, en forma terminante, a la ciencia tradicional del derecho, que tiene siempre, consciente o inconscientemente, un carácter ideológico más o menos acentuado.

Es precisamente esta tendencia anti ideología la que hace de la Teoría Pura del Derecho una verdadera ciencia del derecho, dado que toda ciencia tiene la tendencia inmanente a conocer su objeto, en tanto que la ideología encubre la realidad, sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, sea desfigurándola para atacarla, destruirla y remplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o, más exactamente, a intereses diversos del de la verdad, cualquiera sea, por otra parte, su importancia o su valor. Pero el conocimiento concluirá siempre

por desgarrar los velos con los cuales la voluntad envuelve las cosas.

La autoridad que crea el derecho y que naturalmente trata de mantenerlo en vigor puede preguntarse si es útil un conocimiento exento de toda ideología. También las fuerzas que quieren destruir el orden social existente y remplazarlo por otro que consideran mejor pueden no prestar gran atención a tal conocimiento del derecho. Pero una ciencia del derecho es indiferente tanto a una como a las otras. Ésta es la actitud adoptada por la Teoría Pura del Derecho de Kelsen.

Habermas nos dice que la presencia continua del "Derecho" en los diferentes tipos de organización social que a lo largo de la historia han existido ha motivado siempre una necesidad de formalizarlo como objeto de conocimiento humano. Lo cual ha dado lugar también a una interesante búsqueda de elementos epistemológicos que permitieran el desarrollo de un conocimiento científico sobre el Derecho. "Todo ello ha motivado constantemente una serie de cuestiones, tales como las siguientes: ¿le es realmente posible al hombre el conocimiento científico sobre el Derecho?, ¿Qué tipo de conocimiento filosófico o saber científico se puede desarrollar sobre el Derecho y cómo ha de estructurarse?, ¿Existe un único tipo de

conocimiento científico sobre el Derecho o varios?, ¿Qué funciones teóricas o prácticas han de cumplir tales conocimientos?"[14].

Habermas, agrega que, la respuesta a este tipo de preguntas cognitivas ha sido variable a lo largo de la historia, dependiendo, por una parte, de la propia concepción que sobre el Derecho se adopte (como norma lógico-formal o como conjunto de textos legales, como experiencia social o psicológica, como conjunto de valores ético-jurídicos o como expresión de leyes naturales), lo cual ha dado lugar también a posturas reduccionistas (iusnaturalismo, positivismo, historicismo, sociologismo) y unilaterales en relación con la comprensión científica o filosófica del Derecho y, por otra parte, ha dependido también de los modelos epistemológicos o de los paradigmas cognitivos, que en cada época han imperado y dominado en el ámbito del conocimiento humano y que han condicionado una determinada manera de formalizar y estructurar el conocimiento del Derecho como conocimiento racional, abstracto, exegético, analítico, pragmático, sociológico e histórico.

Así, por ejemplo, dice Habermas, en la época de los romanos se desarrolló un tipo de conocimiento científico sobre el Derecho de carácter básicamente práctico, la iurisprudentia (que coincide con el viejo concepto griego de frónesis) y, por tanto, un conocimiento no absoluto ni incuestionable, sino derivado de la recta ratio agibilium.

[14] J. Habermas, "Facticidad y Validez", Edición Manuel Jiménez Redondo, Madrid, 1998, pág. 656.

El desarrollo de la iurisprudentia romana que ha sido considerada posteriormente como el origen de la ciencia jurídica europea, se inició en el siglo V a. C. cuando, con la aparición del primer texto legal conocido -la ley de las XII Tablas- los juristas romanos comenzaron una labor básicamente interpretativa y técnica dirigida al desarrollo y aplicación prácticos del Derecho y, por tanto, dirigida a la toma de decisiones jurídicas. Posteriormente, en la Edad Media, el conocimiento científico del Derecho se convierte en un conocimiento de tipo dogmático, basado en interpretaciones exegéticas de los textos del Derecho Romano. Con la aparición en el siglo XII primero de los "glosadores" (juristas teóricos formalistas del Derecho) y después de los "comentaristas" (juristas prácticos del Derecho), se fueron elaborando las grandes exégesis, codificaciones y comentarios jurídicos con base en el Derecho Romano, el cual era tomado siempre como argumento de autoridad incuestionable. Esta labor favoreció una concepción dogmática del Derecho, al igual que la concepción desarrollada en la teología y en la medicina escolástica.

Esta similitud entre la labor de los teólogos escolásticos y la labor científica de los juristas dogmáticos fue puesta de manifiesto a principios del siglo XX por Kantorowicz y utilizada, a su vez, por él mismo para desvalorizar científicamente a la Dogmática Jurídica realizada en Europa a principios del siglo XX, la cual, al igual que la Teología escolástica, no era más que "un conjunto de reglas para la interpretación de textos legales" que se consideraban, al igual que los dogmas de fe de la teología, como un argumento de autoridad

indiscutible y absoluto, dando lugar a una sacralización de los contenidos normativos del texto legal y del legislador.

Más adelante, el autor citado, nos dice que con la llegada de la Modernidad el conocimiento se convierte en racionalista, abstracto, lógico y deductivo, adoptando como modelo cognitivo a seguir el de las ciencias lógico-matemáticas. En relación con el conocimiento científico del Derecho el modelo epistemológico dominante dio lugar a una concepción iusnaturalista y racionalista del Derecho. El iusnaturalismo racionalista aspiró a la construcción de conceptos jurídicos de validez universal, basados no ya en los argumentos de autoridad escolásticos, propios de la Edad Media, sino en la deducción lógica y racional de unos principios apriorísticos y metafísicos. Es decir, se toma como punto de partida la existencia de leyes naturales, inmutables, eternas y universales, que rigen la conducta humana, y a cuyo conocimiento llega el hombre mediante un procedimiento cognitivo lógico, racional y deductivo, que parte de la propia naturaleza racional del ser humano, lo cual significa el triunfo definitivo de la "razón abstracta", que busca fundamentos absolutos y firmes en que basar sus decisiones. El conocimiento científico sobre el Derecho se torna en esta etapa en un conocimiento teórico, formal, abstracto, racional y metafísico y, por tanto, bastante alejado de la realidad histórica y de las experiencias sociales del Derecho positivo.

A partir del siglo XIX el auge de la epistemología positivista, junto con las corrientes historicistas y con el triunfo definitivo del paradigma de las ciencias físico-naturales como modelo cognitivo

dominante, produjeron un cambio radical de orientación en el conocimiento científico sobre el Derecho. La epistemología positivista se enfrentó a cualquier tipo de concepción metafísica del Derecho como las anteriormente existentes (las diferentes teorías del iusnaturalismo) y centró la reflexión científica sobre el "Derecho positivo", es decir, el Derecho que es realmente, en cuanto "dato real" que debe ser analizado y descrito. El positivismo jurídico, en sus diversas manifestaciones, parte de la concepción básica del "positivismo filosófico o científico", según el cual "la ciencia se ocupa únicamente de los fenómenos observables", es decir, lo dado en el ámbito del "ser", de la experiencia real. En este sentido, la filosofía positivista rompe con el "ser ideal" y separa radicalmente los hechos de los valores, el mundo del "ser" del mundo del "deber ser", rechazando todo tipo de concepción metafísica y reivindicando lo real, los hechos y sus leyes. El modelo epistemológico que triunfa en esta época consiste, por tanto, en lo siguiente: observación de la realidad sensible, de los fenómenos naturales y de los hechos "brutos", generalización de las características comunes a los hechos mediante el método inductivo con la finalidad de descubrir las leyes generales del acontecer, y verificación o comprobación empírica. Todo ello, a su vez, tiene como base una concepción meramente descriptivista y objetivista de la realidad. El observador es un sujeto pasivo y acrítico, y como señala González Vicen[15]. "el conocer no es más que el proceso de

[15]G. González Vicen, "El Positivismo en la Filosofía del Derecho Contemporáneo", Universidad de la Laguna, 1979, pág. 467

recepción a través de nuestros sentidos de las imágenes de los objetos"; con lo cual la premisa cognitiva se centra en la separación radical del objeto de conocimiento y del sujeto cognoscente, con una supra ordenación de aquél sobre éste, es decir, el objeto trasciende siempre al sujeto y a éste no le está permitido interferir en aquél. La epistemología del positivismo asume, por tanto, plenamente el paradigma de cientificidad de las ciencias físico-naturales e intenta sacar consecuencias filosóficas del método cognitivo elaborado por ellas, lo cual implica, según el mismo González Vicen "un esfuerzo por dotar a la especulación de una certeza y una verdad medidas según el criterio del conocimiento científico. Su gran principio es, por eso, la limitación de la esfera de lo cognoscible a lo fenoménico y causal; la renuncia al planteamiento y a la solución de problemas valorativos, ontológicos y, en general, supraempíricos"[16].

Por su parte, la corriente historicista, especialmente representada en Alemania por la Escuela Histórica del Derecho (F. K. Von Savigny y Pucht), se ocupó de destacar la realidad histórica, evolutiva y variable del Derecho positivo, propugnando desde un punto de vista epistemológico un método cognitivo de carácter socio-histórico-comparativo. En palabras de Delgado Pinto, "el historicismo representó una justificada tendencia reactiva frente a la invasión de la razón teorizante y generalizadora en el dominio propio de la razón práctica y de la praxis jurídico-política vinculada

[16]Ob. cit., pág. 49.

al tiempo y al lugar"[17]. En pocas palabras, supuso el paso de la razón abstracta propia del iusnaturalismo racionalista a la razón "histórica" y "contextualizada". Al historicismo no le interesa estudiar lo que el Derecho debe ser, sino lo que realmente es, su origen y su evolución histórica y social; el Derecho, para los autores de la Escuela Histórica, no es ninguna abstracción racional, ni la expresión unilateral del acto de voluntad de un legislador (postura antilegalista), sino un fenómeno social e histórico, y como tal, variable y relativo. En este sentido se puede afirmar que la Escuela Histórica del Derecho aportó también una concepción positivista del Derecho o al menos, como señala Bobbio, preparó el terreno para el pleno desarrollo de las corrientes positivistas al rechazar las pretensiones iusnaturalistas de alcanzar un Derecho de validez universal y de fundamentación absoluta e inmutable, destacando, por el contrario, el desarrollo interno y espontáneo de cada Derecho.

La vertiente más destacada -y a la vez más criticada- del desarrollo de la epistemología positivista en el Derecho ha sido la corriente del formalismo jurídico, tanto en su versión meramente legalista (el positivismo legalista de la Escuela de la Exégesis o el legalismo de John Austin), la cual identifica el derecho real con el Derecho legislado por una autoridad estatal, es decir, reduce el Derecho a la ley escrita, aportando una concepción dogmática de los contenidos normativos del texto legal, como en su versión normativista (Hans

[17] J. Delgado Pinto, "Derecho. Historia. Derecho Natural" 1993. pág. 73.

Kelsen), la cual reduce el Derecho a un mero conjunto lógico-formal de normas, olvidando otras dimensiones de la realidad jurídica. El formalismo jurídico de Kelsen, por ejemplo, redujo la reflexión científica sobre el Derecho al análisis de la estructura lógico-formal de las normas jurídicas, prescindiendo de sus contenidos y de los desarrollos empíricos de las mismas, es decir, ignorando la realidad fáctica (social y económica) y la racionalidad político-material (los factores valorativos e ideológicos) del Derecho. Su finalidad fue crear una "ciencia pura del Derecho"

Como se ha señalado más arriba, la epistemología positivista impuso, como modelo de cientificidad, el denominado paradigma naturalista, siendo la metodología de las ciencias físico-naturales la que ejercía una especie de monismo metodológico sobre cualquier saber que pretendiera alcanzar el carácter de cientificidad; dicho paradigma se basaba, a su vez, en una errónea equiparación entre el objeto formal de conocimiento de las ciencias físico-naturales y el de las ciencias sociales, culturales o históricas. Esto dio lugar a un "cientificismo" o "dogmatismo científico". Y precisamente desde el pre epistemológico de dicho paradigma naturalista de cientificidad surgen algunas importantes críticas a la Ciencia Jurídica de principios del siglo XX. Dichas críticas pretendían descalificar y cuestionar la labor de teorización jurídica llevada a cabo por la Ciencia Jurídica, negándole el carácter de cientificidad exigido por el paradigma dominante. Se afirmaba que la Ciencia del Derecho nunca podría llegar a alcanzar un saber universalmente válido, porque su objeto material de conocimiento (los textos legales) era variable y contingente. En este sentido ha de entenderse la famosa

crítica del fiscal prusiano Julius Von Kirchmann, según la cual, y en base al criterio "aristotélico" de la inmutabilidad del objeto cognitivo, se negaba valor científico a la Ciencia del Derecho, porque ni el objeto material de conocimiento de la misma, ni su objeto formal, ni los resultados cognitivos coincidían con el modelo epistemológico de las ciencias físico-naturales. Este planteamiento le sirvió a Kirchmann para formular su famosísima sentencia: "En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura[18].

Frente al dominio del paradigma naturalista de la epistemología positivista, en primer lugar, y contra el imperialismo del formalismo y del legalismo en la Ciencia Jurídica, en segundo lugar, surgieron a principios del siglo XX una serie de corrientes críticas que aportaron otras dimensiones cognoscitivas, pero manteniéndose todas dentro del talante positivista de la época. En primer lugar, en contra del paradigma del naturalismo, "propiciado por una lectura caricaturesca e inexacta de la epistemología de las ciencias naturales y elaborado por la filosofía positivista-mecanicista", se alzan críticas provenientes de la filosofía historicista (Dilthey) y de la filosofía neokantiana (Rickert, Windelband y Weber), las cuales parten de un dualismo diferenciador entre una epistemología de las ciencias sociales en general -no dominada por el monismo epistemológico impuesto por el paradigma naturalista - y la epistemología de las ciencias

[18] J.H. Von Kirchmann, "La jurisprudencia no es ciencia". pág. 108.

físico-naturales. Dicha diferenciación, especialmente en los autores pertenecientes a las escuelas neokantianas, se centraba en la formalización del objeto material de conocimiento, esto es, en el método cognitivo, propugnando - como hizo Windelband - un método de conocimiento generalizante, propio de las denominadas ciencias nomotéticas, y otro individualizante, propio de las ciencias ideográficas, tales como las ciencias sociales, culturales, históricas. De esta manera salvaban el principio positivista de unidad de la ciencia, puesto que la realidad es única, al igual que lo es el sustrato empírico de "ser", pero se oponían al imperialismo del monismo metodológico impuesto por el paradigma "naturalista" de la ciencia.

En segundo lugar se produjeron también unos movimientos críticos del Derecho, cuyo denominador común fue lo que Treves ha denominado "la revuelta contra el formalismo"[19], tales como la Jurisprudencia de Intereses, el Movimiento del Derecho Libre o las diferentes corrientes realistas, tanto el Realismo Jurídico escandinavo, que representó, desde presupuestos empiristas, una fuerte crítica al formalismo normativista, como el Realismo Jurídico norteamericano, cuya crítica fue dirigida hacia el formalismo jurisprudencial. Dichos movimientos asumieron todos, en mayor o menor medida, una fuerte posición crítica frente a la labor de la Ciencia Jurídica (tanto en su vertiente práctica o dogmática como en su vertiente teórica), acusándola o bien de no aportar un verdadero

[19]Renato Treves, "La Sociología del Derecho", Ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 89

conocimiento científico sobre el Derecho, sino de limitarse a ser una mera técnica de interpretación de los contenidos de los textos legales (Ehrlich), o bien de "racionalizar ilegítimamente"... "meras vivencias revestidas de una peculiar ilusión de objetividad"[20]. Como alternativa proponen un conocimiento científico del Derecho de carácter social, realista y empirista que se ocupe de estudiar cuál y cómo es el Derecho vigente, y no cómo debería ser entendido el Derecho estructurado a través de formulaciones abstractas. De esta manera las corrientes sociologistas del Derecho reivindican también otras perspectivas cognitivas sobre el Derecho, tales como la Sociología del Derecho, la Historia del Derecho, la Antropología Jurídica, etc. Consideran, por tanto, que el Derecho no se puede limitar a un conjunto de normas legales estatales, sino que es también una realidad y una experiencia social y, por otra parte, la teorización de lo jurídico no puede limitarse a ser meramente estructural y formal, sino que ha de intentar ser también "realista" y "funcional", centrándose más en el análisis empírico y crítico del funcionamiento real y práctico de las normas y de las instituciones que forman parte del Derecho.

Finalmente, en la actualidad - y propiciado por el ámbito de pluralismo metodológico existente- se puede hablar de varios tipos de "saberes jurídicos" o incluso de ciencias jurídicas o de diferentes perspectivas científicas de análisis del Derecho. Este último es

[20]Alf Ross, "Hacia una ciencia realista del Derecho", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pág. 16.

considerado como un fenómeno complejo que no puede ser abordado unilateralmente en su totalidad por un único tipo de conocimiento científico, sino que debe ser estudiado desde diferentes perspectivas científicas - las cuales tienen todas ellas como objeto material de conocimiento al Derecho -, diferenciadas teórica y metodológicamente, pero complementadas entre sí en la práctica. A veces se ha establecido una distinción entre la Ciencia del Derecho, que sería aquella que estudia normativa e internamente el Derecho, es decir, en su doble versión de Teoría General del Derecho y Dogmática Jurídica, y las "ciencias sobre el Derecho", que serían aquellas que estudian el Derecho desde una perspectiva externa, analizándolo y describiéndolo como una realidad social y aplicando, por tanto, un método de conocimiento no jurídico, a saber: un método sociológico, histórico, psicológico, antropológico, económico, etc., y entre las que suelen existir conexiones y complementaciones muy estrechas. "Ciencias sobre el Derecho" serían, por ejemplo:

- La Sociología del Derecho, que estudia los diferentes contextos sociales en los que se desarrolla el Derecho en su interrelación mutua, entendiendo el Derecho como un subsistema integrado en el sistema social.

- La Antropología y la Etnografía Jurídicas, que desde las primeras obras de Malinowski y Levy-Bruhl se ocupan del estudio de las instituciones y de los sistemas jurídicos "primitivos" y de la organización de las culturas jurídicas no occidentales, es decir, lo que se ha denominado "los derechos

de los pueblos sin Derecho" (en el sentido del Derecho occidental, fundamentalmente escrito), así como de la búsqueda de fundamentos antropológicos del Derecho y de los problemas de internormatividad surgidos como consecuencia de la existencia de derechos de culturas "primitivas" que coexisten con los derechos estatales en un contexto de pluralismo jurídico.

- La Psicología Jurídica, consistente en la actualidad no sólo en considerar el Derecho como expresión de un fenómeno de naturaleza psicológica o psicosociológica (es decir, el Derecho entendido como la racionalización de vivencias de obligatoriedad), como hicieron algunos autores del Realismo Jurídico escandinavo, especialmente, Karl Olivecrona, sino también en la aplicación de las técnicas de la psicología experimental en diversos ámbitos del funcionamiento de los sistemas jurídicos, muy especialmente en los distintos campos de aplicación del Derecho penal y de la Criminología.

- La Informática Jurídica, que aparece cuando se empieza a generalizar el uso de los ordenadores y la aplicación del proceso de datos en el Derecho (la Cibernética Jurídica) y para fines jurídicos, junto a la denominada "Jurimetría", que hoy día es utilizada en el Análisis Económico del Derecho, especialmente en el uso de la estadística y otros medios de análisis empíricos cuantitativos y matemáticos y en la teoría de la decisión jurídica.

- La Lógica Jurídica, ciencia de difícil definición por la diversa utilización que de la lógica se ha realizado en el ámbito del Derecho, desde la lógica formal aplicada al estudio de las normas (la denominada lógica deóntica o lógica del Derecho) hasta la denominada lógica de los juristas, que entronca directamente con la llamada teoría de la argumentación jurídica, demostrando que el razonamiento seguido por los juristas no es el lógico-silogístico, sino la retórica o la dialéctica, entendidas en el sentido clásico del término.

3.5. LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

3.5.1. ¿Qué son los conceptos jurídicos fundamentales?

En el mundo del Derecho se utilizan múltiples conceptos, algunos de los cuales merecen ser entendidos o valorados como especialmente importantes. Este acercamiento intuitivo no nos sirve, sin embargo, para llegar muy lejos. Entre los motivos que apoyan esta insuficiencia cabe señalar, y por su orden, que:

a) Cuando se utiliza el término concepto se puede estar aludiendo, al menos, a dos tesis distintas;

b) Cuando se emplea el adjetivo jurídico se incluyen tres dimensiones diferentes y, finalmente,

c) Cuando se habla de fundamentales se hace en, al menos, otros dos sentidos.

Los conceptos, en este contexto, pueden ser entendidos elementalmente según dos tesis diferentes: la esencialista y la convencionalista.

La tesis esencialista entiende que los conceptos reflejan una determinada esencia que viene expresada mediante el lenguaje. De esta forma existe un vínculo o nexo metafísico entre el término empleado y la realidad aludida que los hombres deben captar y reconocer. Por tanto, el intento de definición de un concepto supone exponer las propiedades inherentes al mismo delimitando su naturaleza intrínseca. Esta tesis goza de un clasicismo innegable que se remonta a nociones aristotélicas sobre el conocimiento experimental de lo existente en el que la captación de la idea supone el conocimiento de su esencia intrínseca.

Es precisamente en el ámbito del Derecho donde quizá se haya producido la mayor consolidación de estos planteamientos metafísicos, a través de una larga tradición que se remonta al siglo XX con los glosadores de la escuela de Bolonia y que se desarrolló con la escolástica medieval, los grandes maestros del Derecho Natural del siglo XVIII y buena parte de la ciencia jurídica continental europea. Animados por este espíritu ontológico y clasificatorio, la elaboración de los conceptos jurídicos ha procedido a desarrollar su actividad intelectual como el intento de ofrecer una definición real de los mismos, entendiendo por ésta la búsqueda de

una esencia determinable mediante una clasificación por género y especies (per genus et differentiam). A través de este método, la gran empresa del conocimiento científico del Derecho, al menos continental, ha sido constituir conceptos cada vez más generales que llegasen a enunciar un genus generalissimum.

En esta lógica se han desarrollado las tendencias a la descripción esencialista de la naturaleza jurídica de diversas instituciones jurídicas, de tal forma que la definición de un concepto jurídico ha consistido en desentrañar los elementos inherentes y esenciales de la realidad aludida con el término correspondiente. Así, se puede hablar de la estructura ontológica de la obligación, del contrato, del derecho real, de la acción, etc., y de desarrollar una genealogía de los conceptos jurídicos. Un ejemplo de estos intentos es el propuesto por Puchta, uno de los grandes juristas del siglo XIX, en virtud del cual la definición del concepto de servidumbre de paso se determina por ser, y en orden de mayor a menor abstracción, un derecho subjetivo, real, sobre cosa ajena, perteneciente a los derechos de uso de las cosas, y así sucesivamente.

Esta tesis ha sido objeto de importantes y demoledoras críticas por la moderna teoría jurídica. Un autor norteamericano[21], ha expresado gráficamente esta postura: "nuestro sistema jurídico está repleto de conceptos sobrenaturales, es decir, de conceptos que no

[21]Félix S. COHEN, "El Método funcional en el Derecho, Colección Nueva Teoría, Buenos Aires, Abeledo-Perot, 1962, pag. 54.

pueden ser definidos en términos de experiencia, y de los cuales se supone que fluyen decisiones empíricas de todo tipo. La teoría jurídica moderna presenta un ultimátum a estos conceptos no verificables. Toda palabra que no tenga provisión de fondos en moneda de hechos, a la vista, es declarada en bancarrota".

La tesis convencionalista sostiene, por el contrario, que la relación entre lenguaje y realidad se establece libremente por los hombres. No existe vinculación alguna entre los conceptos y unas presuntas entidades esenciales que tratan de ser explicadas, sino que la determinación de aquellos supone la utilización de los criterios vigentes en el uso común para usar un determinado término y, en su caso, proceder a una estipulación que mejorase una efectiva comunicación.

En el ámbito del que nos estamos ocupando los conceptos jurídicos se definirán, según estas tesis, de manera contextualista porque no existe ninguna realidad que se corresponda a dichas palabras que pudiese explicarse mediante el método de género y diferencia. De esta manera, para formular un concepto jurídico es necesario considerar un enunciado jurídico en el que aparezca el término correspondiente y mostrar cómo se usa en dicho contexto. Así, frente al planteamiento de preguntar "¿qué es un derecho subjetivo?", el planteamiento contextualista supone analizar cómo se usa la oración "X tiene un derecho".

En esta línea contextualista el filósofo del Derecho argentino Bulygin, ha sostenido la propuesta de entender los conceptos

jurídicos como términos intermedios sistemáticamente ambiguos, con lo que sostiene que estas expresiones no nombran nada, sino que se utilizan como abreviaturas mediante las que exponer largas disyunciones de hechos condicionantes de las normas jurídicas y largas conjunciones de consecuencias jurídicas (Eugenio Bulyging, La Naturaleza de la letra de cambio"[22]. Este planteamiento se basa en las tesis de uno de los más importantes filósofos de Derecho del siglo XX, Alf Ross quién parte de que la estructura de la norma jurídica, sosteniendo que constituye una directiva para el juez (D), responderá a la siguiente estructura: D (si H, entonces C), donde (H) será un hecho condicionante y (C) la consecuencia jurídica. De esta forma, una primera aproximación de la ciencia jurídica podría presentar una serie de enunciados sobre normas vigentes en el contexto de una materia determinada.

El segundo aspecto al que se hacía referencia en el comienzo venía referido por los tres aspectos en que se podía, en este ámbito, aludir al carácter jurídico de estos conceptos. En este sentido, es necesario hacer referencia a tres formulaciones de estos conceptos en función de cuál sea el origen y la finalidad de su formulación. Así pueden distinguirse, en primer lugar, conceptos que han sido formulados por los órganos productores de normas, el legislador en sentido amplio; en segundo lugar, los formulados por la dogmática jurídica, y finalmente, los formulados por la teoría del Derecho.

[22]Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, pág. 286.

Los conceptos jurídicos que han sido establecidos por los órganos productores de normas se denominan definiciones legales. Se puede sostener que existen dos tesis en relación con las definiciones legales: la tesis normativista y la tesis de la función identificadora. La primera sostiene que las definiciones legales son normas que obligan a comprender el concepto en el sentido establecido por el legislador, esto es, prescribe una determinada conducta lingüística. Hans Kelsen podría quizá entenderse como un representante de esta postura, al considerar estas definiciones legales como un deber ser establecido en una norma no independiente que mantiene una vinculación esencial con otra que dispone una sanción. La segunda tesis sostiene que la definición legal tiene la misión de identificar la norma promulgada sobre la base de que el legislador instituye una definición para apartarse del uso común de una expresión. Por ello, la definición cumple la misión de permitir identificar la norma emitida en la disposición establecida, lo que sería, en el sentido de Von Wright, una regla técnica.

Los conceptos jurídicos que han sido formulados por la dogmática jurídica son, en sentido estricto, definiciones jurídicas. Estos conceptos suponen el resultado de un proceso de reconstrucción racional de los materiales normativos correspondientes. En este sentido se distinguen diferentes dogmáticas en función de los diversos sectores del ordenamiento jurídico por ellas conformadas. Se habla así de dogmática civil, penal, administrativista, etc., en la que se conforman los respectivos utillajes intelectuales mediante los que enunciar, sistematizar y explicar los contenidos de las correspondientes normas jurídicas. Cabe, finalmente, incluir dentro

de las funciones de la dogmática el llegar a formular conceptos que tengan un mayor grado de abstracción que el correspondiente a cada una de las sectoriales teorías generales, como puedan ser la teoría general de las obligaciones, la teoría general del delito o la teoría de los tributos o del proceso. Esta teoría general, que agrupa las diversas teorías generales sectoriales, resulta competente para enunciar, sistematizas y explicar los contenidos de las normas mediante conceptos jurídicos más abstractos, aunque, sin embargo, esta elaboración seguiría siendo, en palabras de Bobbio, "el último anillo de la cadena de un estudio (al que...) no se ve, en cambio (...), por qué razón (...) se le debe atribuir un nombre distinto al de ciencia del Derecho o de dogmática jurídica"[23].

Los conceptos jurídicos formulados por la Teoría General del Derecho no pueden delimitarse con fiabilidad fidedigna respecto de los conceptos más abstractos elaborados por la dogmática, de forma tal que no se produce una neta discontinuidad entre la elaboración más abstracta de la dogmática y la Teoría General del Derecho. Incluso puede aducirse en este sentido que el origen de esta disciplina fue, desde una perspectiva histórica, común a los intentos de conceptualización de la ciencia del Derecho más abstracta.

Estas características colocan a los conceptos jurídicos en un plano de subordinación respecto de las distintas teorías jurídicas. De esta

[23]Norberto Bobbio, Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho, Editorial Debate, Madrid, 1990, pág. 81.

forma, la formulación de algunos conceptos centrales del Derecho va a depender mucho más intensamente de las características de la teoría de que se trate que de las reelaboraciones conceptuales que se establezcan con determinadas normas, aun perteneciendo éstas a distintos ordenamientos jurídicos. Por adelantar un ejemplo que se verá más adelante, el concepto de deber jurídico resulta netamente diferente si consideramos que el Derecho se compone sólo de normas coactivas, en la línea de Kelsen, o que se compone de normas primarias y secundarias, en la de H. L. A. Hart. En breve la teoría de Derecho, en algún sentido, va a crear los conceptos jurídicos.

Puede sostenerse, siguiendo aquí a Nino[24], que estas expresiones jurídicas fundamentales forman un sistema que puede tener graduaciones internas en el sentido de que alguno o algunos de ellos resulten primitivos y otros derivados. Los términos primitivos serían aquellos no reductibles, mientras que los derivados serían aquellos cuya definición puede obtenerse directa o indirectamente de los primeros. Probablemente buena parte de las distinciones entre las diversas teorías jurídicas se proyecta de forma inmediata en la selección del concepto o conceptos fundamentales de carácter primitivo

[24]Carlos Santiago Nino, "Conceptos Jurídicos Fundamentales", Editorial Fontarama, México, 1995, pág. 8.

3.5.2. La Relación Jurídica

En el concepto de relación jurídica se replantean con especial incidencia las diferentes perspectivas que se han señalado en el punto anterior. De esta forma cabría ofrecer diversos conceptos de la misma, en función de en cuál de las diversas tesis nos encuadrásemos.

Desde una perspectiva tradicional se ha sostenido de manera persistente que la relación jurídica no era sino una más de las diversas relaciones sociales que se singularizaba por el hecho de estar regulada por normas jurídicas. De tal forma, se considera que la vida social se conforma por múltiples relaciones entre las personas y los grupos, denominándolas -evidentemente- relaciones sociales. De entre ellas cabe especificar un sector determinado, más o menos amplio, sobre la base de que vienen contempladas y reguladas por una o varias normas jurídicas.

Sobre este último inciso es necesario constatar dos cuestiones debatidas. Por un lado, el término norma "jurídica" puede entenderse en sentido iuspositivista como norma perteneciente a un determinado ordenamiento jurídico o en sentido iusnaturalista, incluyendo en el mismo también las normas correspondientes al denominado Derecho natural. Por otro, esa "contemplación y regulación" puede entenderse en un sentido declarativo o en uno constitutivo. Según el primero de ellos, "el Derecho no crea los elementos o términos de la relación, sino que los encuentra ya naturalmente constituidos y no hace más que determinarlos y

disciplinarios: reconoce algo preexistente a lo que da o imprime su forma, fijando los límites de las exigibilidades recíprocas"[25]. Según el segundo, las normas jurídicas constituyen las relaciones jurídicas en tanto que tales. Si bien en algunos casos éstas encuentran su base en relaciones ajenas al mundo del Derecho, como por ejemplo en la filiación o el matrimonio, la constitución de la relación específicamente jurídica se produce exclusivamente por la mediación de la norma de tal carácter[26]. Probablemente la influencia de la primera de las tesis ha podido explicar la tendencia a no incluir en el concepto de relación jurídica algunas relaciones típicas del Derecho público cuyo referente social es difícilmente explicable, como por ejemplo la relación jurídico-tributaria.

Tras estas consideraciones previas se puede ofrecer como una formulación clásica de relación jurídica la siguiente definición: "Un vínculo entre sujetos de Derecho, nacido de un determinado hecho, definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción" (L. Legaz y Lacambra, "Filosofía del Derecho", edi. Bosch, 1979, pág. 684)
Los elementos del concepto de relación jurídica, desde esta perspectiva tradicional, son:

[25]G. del Vechio, "Filosofía del Derecho, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pág. 401.

[26]Reale, "Introducción al Derecho", Ed. Pirámide, Madrid, 1979, pág. 172.

1) Vínculo: Supone la correspondencia establecida por la relación jurídica. Se basa en las ideas de alteridad y de bilateralidad. La primera alude al carácter intersubjetivo del Derecho y la segunda a la correlatividad entre los poderes y deberes atribuidos a cada interviniente.

2) Sujetos: Son aquellos entre los que se pueden constituir válidamente relaciones jurídicas. Pueden ser de dos clases: personas físicas o personas jurídicas. Las primeras tienen como referente general a los seres humanos, si bien cabe la posibilidad de establecer modulaciones en dicha homogeneización (por ejemplo, históricamente los esclavos no eran personas y actualmente se reputa como persona a efectos civiles al feto que tuviera figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Las personas jurídicas son entidades constituidas por conjuntos de personas y/o de bienes a las que les confiere unidad el hecho de estar organizadas para alcanzar un fin. Suelen clasificarse en corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones. Estas teorías tradicionales consideran que las personas físicas se definen básicamente por su correspondencia con un substrato real de naturaleza físico-psicológica, mientras que las personas jurídicas sólo son sujetos de Derecho en virtud de que el ordenamiento jurídico las considera como tales.

3) Hechos generadores: Los hechos generadores de las situaciones de poder y de deber son definidos, de conformidad con el método de las teorías tradicionales, por género y especie. Así,

los hechos generadores se diferencian en las siguientes categorías:

a) Hecho jurídico: Es el acontecimiento natural del que el Derecho hace derivar efectos jurídicos. Por ejemplo, cumplir dieciocho años y llegar a la mayoría de edad.

b) Acto jurídico: Es el acontecimiento producido por la voluntad humana del que el Derecho hace derivar efectos jurídicos. Por ejemplo, pedir una beca o ir en moto a más velocidad de la permitida.

c) Negocio jurídico: Es una declaración de voluntad que tiende a la consecución de un fin práctico, efecto que se produce precisamente como consecuencia de la expresión de voluntad y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, realizar un contrato de arrendamiento.

4) Situaciones jurídicas: Son las posiciones que ocupa cada sujeto en el entramado de la relación jurídica. Se denominan activas cuando atribuyen poderes y pasivas cuando imponen deberes.

5) Objeto: Son las ventajas patrimoniales y no patrimoniales que resultan el punto de incidencia de los intereses de los sujetos de la relación. Pueden ser:

Bienes: Se refiere a objetos con existencia propia susceptible de apropiación. Incluye tanto los bienes materiales como los inmateriales. Los primeros son las cosas entendidas como porciones materiales del mundo externo susceptibles de ser apropiadas y utilizadas por el sujeto. Por ejemplo, un coche, una vaca, un terreno o la energía eléctrica. Los segundos son el producto de la actividad intelectual y creativa del hombre. Por ejemplo, una obra de teatro o la fórmula de una vacuna médica.

a) Servicios: Se refiere a actividades humanas que satisfacen determinadas necesidades independientemente del objeto que pudieran producir. Por ejemplo, enseñar teoría del Derecho. Según su contenido se distinguen en comportamientos de hacer (facere), de no hacer (non facere) y de dejar que otro haga (pati).

b) La teoría kelseniana de la relación jurídica nos trae un concepto distinto de relación jurídica. Según Hans Kelsen, se puede sostener que la relación jurídica es una relación estrictamente normativa. Con ello se sostiene que este concepto se comprende exclusivamente como una relación entre normas jurídicas. La tesis del profesor austriaco consiste en que "el orden jurídico determina las circunstancias fácticas mediante las cuales han de producirse las normas jurídicas que enlazan sanciones como consecuencias, a conductas

humanas como condiciones[27]" Desde esta perspectiva, la relación jurídica es la competencia para la producción de normas jurídicas, puesto que la relación propiamente normativa consiste en el establecimiento por parte de una norma jurídica de las condiciones en cuya virtud puede producirse una nueva norma jurídica.

Concebir la relación jurídica como la relación establecida por una o varias normas jurídicas entre determinados acontecimientos (identificación de un órgano, establecimiento de determinados procedimientos, etc.) y el poder normativo de creación de una nueva norma jurídica conlleva importantes críticas al concepto diseñado por las teorías tradicionales. En primer lugar, esta tesis rechaza toda vinculación de la relación jurídica con las relaciones sociales que presuntamente se encuentran en la base de aquélla por la sencilla razón de que la relación jurídica es una institución jurídica, esto es, exclusivamente un conjunto de normas jurídicas. Por ejemplo, el matrimonio no es un conjunto de relaciones sexuales, personales y económicas entre dos individuos de sexo diferente, sino un conjunto de normas jurídicas.

En segundo lugar, la relación jurídica no es una relación entre individuos sino entre normas. Estas sólo consideran relaciones entre hechos determinados por las propias normas y la generación de otras nuevas. Estos hechos relevantes en la producción

[27]Kelsen, ob. cit. Pág. 177.

normativa siempre se refieren, en los ordenamientos modernos, a conductas humanas activas u omisivas, pero no a individuos como tales. Esta consideración tiene una especial implicación respecto de la categoría de sujeto de Derecho que veíamos con algún detenimiento en las teorías tradicionales. Las relaciones jurídicas, al definirse como relaciones entre normas, no requieren la existencia de la categoría de sujeto, sino que éste resulta una construcción artificial de la ciencia jurídica que sirve para representar metafóricamente la personificación de un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos en una determinada unidad de imputación. Esta representación metafórica del sujeto como centro de imputación normativo de carácter unitario implica la homologación de las denominadas personas físicas y las personas jurídicas: no sólo las personas jurídicas serán construcciones de la ciencia jurídica, sino que también las personas físicas tendrán el mismo carácter: un concepto auxiliar para la exposición de hechos jurídicamente relevantes. En este sentido toda persona física no es más que una persona jurídica.

En tercer lugar, la relación jurídica no puede entenderse, con propiedad, como una relación normativa entre una obligación jurídica y un derecho subjetivo. Kelsen sostiene que, en puridad, no existe ninguna relación entre ambos como una conexión entre dos fenómenos distintos jurídicamente relevantes. No existe relación porque ambos (presuntos) elementos de la relación sólo son el mismo y único dato jurídico que resulta simplemente observado desde dos perspectivas diferentes. Según la relación jurídica contemplada en una norma, se imputa un determinado resultado -

la sanción- a una serie de circunstancias de hecho que resultan exhaustivamente determinadas en la exposición de la conducta obligatoria que es condición de aquélla. Pues bien, el derecho subjetivo a que sean desarrolladas esa serie de circunstancias descritas no es otra cosa distinta de un mero reflejo de la obligación. Por ejemplo, su derecho de propiedad sobre este manual no es sino el reflejo de la obligación jurídicamente establecida en una o varias normas que establecen la obligación de respetar el uso privativo que usted hace del libro como condición de una sanción.

Finalmente, esta teoría, a diferencia de las tesis tradicionales, homologa las diferencias entre presuntas relaciones de carácter jurídico público y de carácter jurídico privado. Se apuntaba más arriba la tendencia, por parte de alguna de aquellas teorías, a restringir el concepto de relación jurídica a las relaciones de Derecho privado, y, por el contrario, aquellas que no tenían ese carácter reduccionista establecían una clara distinción entre las relaciones jurídicas de carácter público (por ejemplo la relación jurídico-tributaria) y las de carácter privado (por ejemplo, un contrato de compraventa).

El fundamento de la distinción radica en que aquéllas se basaban en relaciones de subordinación y supraordinación (el contribuyente y la Administración Tributaria, respectivamente) y éstas en relaciones de colaboración (el dar una cosa y pagar un precio, respectivamente). Pues bien, Kelsen sostiene, como veíamos, que la relación jurídica consiste en un poder normativo que denomina derecho en sentido técnico o estricto y que se suele denominar en

terminología procesal acción. Este poder consiste en que el afectado por el cumplimiento de una obligación derivada de la descripción de acontecimientos a los que una norma imputa una sanción (el derecho subjetivo reflejo de la obligación) tiene el poder jurídico de demandar al obligado, esto es, la competencia para intervenir en la producción de la norma individual mediante la cual se ordenará la sanción dirigida contra el individuo que viola su obligación. Por decirlo con más exactitud, existe una relación jurídica porque la norma describe una conducta humana (por ejemplo, no pagar el precio de una compraventa) como condición de la imposición de una sanción (imposición del deber de pago y, en su caso, ejecución forzosa del contrato) que se verificará por el órgano competente (el tribunal a quo) y mediante el procedimiento establecido (una demanda de reclamación de cantidad presentada por el vendedor demandante ante un determinado tribunal). Esta relación jurídica no es una relación de supra/sub-ordenación, porque el demandante se encuentra en el mismo nivel que el demandado respecto del cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico.

3.5.3. El Deber Jurídico

El concepto de deber jurídico resulta, en sentido estricto, una aportación de las teorías contemporáneas del Derecho. Desde una perspectiva clásica este concepto quedó oscurecido como concepto jurídico autónomo fundamentalmente por efecto de dos tesis. En primer lugar, el deber jurídico no era más que una mera subespecie del concepto de deber moral, asumiendo éste el

protagonismo en los análisis. En segundo lugar, desde una perspectiva propia del Derecho, el deber jurídico se manifestaba como el necesario concepto correlativo al concepto primitivo y central, cuál era el de derecho subjetivo.

En el primer sentido los planteamientos clásicos mantenían una continuidad necesaria entre la Moral y el Derecho, bien sea incluyendo a éste en aquélla, al modo del pensamiento griego clásico, bien procediendo a una cuasi-legalización de aquélla, como en la Patrística y en la Escolástica medieval. Algunos autores del iusnaturalismo racionalista comienzan a decantar una diferencia entre ambas. Thomasius, a principios del siglo XVI, trazó una primera diferenciación vinculando la Moral al ámbito de lo interno (forum internum) que generaba el principio de hacer el bien (honeste vivere), y el Derecho al ámbito de lo externo (forum externum), que generaba la prohibición de hacer el mal (neminem laedere); planteamiento que, retomado por Kant, se desarrolló en torno a las ideas del imperativo autónomo y del imperativo heterónomo. En cualquier caso, estos moderados procesos de diferenciación, que han sido criticados hasta la actualidad[28], seguían interpretando que la obligatoriedad del Derecho y, por tanto, el concepto de deber jurídico se encontraba en un tronco común con la Moral, manteniéndose la dependencia del deber jurídico sobre el deber moral. Esta perspectiva del deber jurídico como manifestación del deber de obediencia al Derecho sigue siendo uno

[28]Del Vechio, ob. cit., pág. 320.

de los temas centrales de la Filosofía del Derecho contemporánea y será objeto de estudio en la última lección. Sin embargo, el sentido metodológico de esta aproximación es diferente del que aquí se desarrolla. La determinación del concepto deber jurídico, en tanto que jurídico, opera a los efectos internos del sistema jurídico y ha de partir de una perspectiva positivista de separación conceptual entre el Derecho y la Moral.

En el segundo sentido, el concepto de deber jurídico tampoco obtuvo un tratamiento específico por parte de las teorías tradicionales porque resultó relegado a una consecuencia necesaria del concepto central del Derecho: el derecho subjetivo. Dicha marginación se produjo como resultado de la prioridad, tanto teórica como axiológica, otorgada a este último. Desde la perspectiva teórica, el derecho subjetivo aparecía como la primera representación cognoscitiva del Derecho, el meum juris decía Kant, desarrollándose el núcleo central de lo jurídico en torno a la relación entre norma agendi, la ley, y la facultas agendi, el derecho subjetivo. Desde la axiológica, especialmente como efecto de las teorías contractualistas clásicas, la justificación de un poder normativo heterónomo, el del Estado, se hallaba en el aseguramiento del respeto de los derechos naturales, de inseguro disfrute en el estado de naturaleza. Constituido el Estado y el Derecho (positivo), el elemento central de éste debía, lógicamente, venir definido por los derechos subjetivos que habían fundamentado la existencia de aquél. El corolario de este planteamiento es que el deber jurídico no sería más que la sombra

inseparable del verdadero protagonista conceptual: el derecho subjetivo.

Como conclusión, se puede sostener que las teorías tradicionales han relegado el tratamiento de este concepto, reduciendo su estudio a entenderlo como la obligación de realizar aquel comportamiento que otros, titulares de un derecho subjetivo, pueden tener la pretensión de exigirnos. En todo caso, han mantenido una especial atención a aquellas dimensiones específicas del deber jurídico que no son correlativas a un derecho subjetivo, agrupándolas bajo el término de carga. Por ella entienden aquellos deberes puramente instrumentales que prescriben las formalidades que los sujetos deben observar cuando quieren conseguir determinados objetivos (por ejemplo, las formalidades que hacen válido un testamento). Esta dimensión del deber jurídico no se relacionaba con la dimensión moral arriba señalada, entendiéndose como una norma técnica o, dicho en terminología kantiana, un imperativo hipotético (de carácter problemático).

Modernamente, existen cinco teorías para dar un concepto autónomo de deber jurídico:

Teorías de la predicción: estas teorías, cuya formulación clásica es obra de Bentham y Austin, consisten en sostener que una conducta es jurídicamente obligatoria cuando puede predecirse que aquel que realice la conducta opuesta probablemente sufrirá una sanción o un castigo. Este concepto de deber jurídico implica necesariamente la

existencia de un mandato cuyo cumplimiento se apoya en la amenaza de infringir un daño al que la desobedezca.

De esta forma, la estructura de la norma jurídica como un imperativo apoyado en la imposición de una sanción en caso de incumplimiento de la primera es el marco donde se desarrolla la existencia de un deber específicamente jurídico. La dimensión probabilística que acompaña esa formulación pretende evitar la inexistencia del deber para el caso en que efectivamente no se produjere la sanción correspondiente. En concreto, en estas teorías tendríamos una primera orden que dispone, por ejemplo, la prohibición de matar. Esta prohibición se apoyaría en una segunda disposición que impusiese una sanción de privación de libertad por un número determinado de años. El deber jurídico específico sería "no matar" y se justificaría en la posibilidad de sufrir el castigo previsto. Ahora bien, podemos imaginar la posibilidad de que el homicida no sufra finalmente el castigo correspondiente, bien porque no es descubierto, bien porque huye eludiendo la aplicación del mismo. En este caso, como no se ha verificado efectivamente la sanción correspondiente, debiéramos aceptar como consecuencia lógica del planteamiento que ese homicida no tenía el deber jurídico de no matar, y esta conclusión resulta inadmisible. La introducción del elemento probabilidad pretende responder a esta eventualidad. No es necesaria la imposición de la sanción en cada caso para sostener la existencia de un deber jurídico; basta que exista la probabilidad, y en la medida en que exista esa probabilidad, de la sanción para afirmar la existencia del deber.

Teorías psicologistas: estas teorías fueron formuladas fundamentalmente por autores de corte realista, de forma singular los integrados en el realismo jurídico escandinavo, tales como Hagerstrom, Lundstedt u Olivecrtona y, parcialmente, Ross. Estos autores tratan de ofrecer un referente empírico que explique los sentimientos que tienen los destinatarios del Derecho hacia el acatamiento de sus prescripciones. La existencia de los deberes jurídicos se determina empíricamente mediante el análisis de los procesos psicológicos o socio-psicológicos por los cuales los individuos se ven motivados a aceptar la adecuación de sus conductas. El deber jurídico se refiere así a la idea que tienen los destinatarios de aceptar de hecho tal práctica. Esta idea es un elemento contingente en una situación psicológicamente complicada en la que concurren múltiples factores, como el miedo, la costumbre, el respeto personal hacia el que manda, la sugestión o la idea de que aquel que manda "tiene derecho" a hacerlo.

Finalmente, siguiendo a Bayón, se puede señalar como asimilables a estos planteamientos a algunas teorías, denominadas como teorías del reconocimiento general (sostenidas por autores como Merkl o Jellinfk), sobre la base de que mantienen que la obligatoriedad del Derecho se basa en el hecho de la aceptación generalizada de las normas, que no es sino el dato empírico de un conjunto de estados mentales.

Teorías normativas puras: las teorías normativas vinculan la existencia del deber jurídico a la idea de norma jurídica y sanción. El autor paradigmático de esta teoría es Hans Kelsen. En su

planteamiento, el concepto de deber jurídico se concibe exclusivamente por su referencia al contenido prescriptivo establecido por una norma jurídica. La tesis que mantiene, en sus propias palabras, es la siguiente: "enunciar que un individuo está jurídicamente obligado a determinada conducta es lo mismo que afirmar que una norma jurídica ordena determinada conducta de un individuo, y una norma jurídica ordena determinada conducta en tanto enlaza al comportamiento opuesto un acto coactivo como sanción". A diferencia de las teorías anteriores, Kelsen no requiere del elemento empírico de la sanción ni de los componentes psicológicos de los destinatarios a aceptar lo dispuesto en las normas. La configuración del deber es estrictamente lógico-normativa y resulta independiente de ese tipo de consideraciones sociológicas o psicológicas. Por ello, Kelsen señala que la obligación jurídica es acatada no sólo cuando el individuo destinatario de una norma desarrolla la conducta opuesta a la dispuesta en una norma como condición de la imposición de una sanción, sino también cuando desarrollando la conducta descrita en ella se debe proceder a la imposición de la sanción prevista. Así, el acatamiento de la norma se produce tanto cuando no existe la comisión u omisión de la conducta prohibida como cuando producida se debe disponer la sanción. El deber jurídico resulta así estrictamente normativo. De esta forma, en el planteamiento kelseniano, que la sanción se imponga efectivamente en el caso concreto o que sea probable su imposición resultan elementos irrelevantes. El contenido del deber jurídico no es ninguna otra cosa -ni sentimiento de verse impelido a algo, ni la vinculación a un mandato sobre el que pende una probable sanción- que la propia existencia de la norma jurídica que,

por definición en Kelsen, es la que instituye una sanción. Llevada a extremo la concepción del austriaco, el deber jurídico de la norma supone la verificación de la sanción en caso de producción de su acontecimiento condicionante. Así, el Derecho, por decirlo gráficamente, no obliga a ninguna conducta a los destinatarios de las normas, sino que obligaría a los órganos productores de normas a imponer las sanciones debidas por la verificación de los antecedentes. En este último sentido se plantearía el problema de que los jueces tendrían el deber jurídico de aplicar la sanción (si se ha verificado el hecho condicionante de la misma) siempre que en otra norma existiese la previsión de una sanción que tuviera como su condicionante precisamente que el juez no actúe de tal modo. Como la serie de sanciones constitutivas de los correspondientes deberes jurídicos no puede ser infinita, Kelsen aduce, de forma poco clara, que el verbo "deber" no sólo se refiere a "estar ordenado", sino también a "estar facultado", de tal forma que la existencia de un poder normativo (de ejercicio no necesariamente obligatorio) también justifica en último término la existencia de un deber jurídico, que aquí se entenderá como el resultante de una sanción meramente estipulada.

Teorías normativas del punto de vista interno.- Entre estas teorías es necesario destacar especialmente a Hart, quien se constituye como su más solvente formulador. Hart parte de una crítica demoledora a las teorías anteriormente expuestas. Siguiendo su propia exposición sostiene la inadmisibilidad de éstas sobre la base de los siguientes argumentos:

1) Las normas, incluso las penales que responden mejor a ese planteamiento, no son reducibles a órdenes o mandatos porque se aplican también a los que establecen las sanciones

2) Las normas que confieren potestades para legislar, resolver litigios o crear o modificar relaciones jurídicas no puede, sin caer en el absurdo, ser reducidas a órdenes.

3) Hay normas que no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita.

El análisis del Derecho como soberano habitualmente obedecido no da cuenta de la continuidad de la autoridad legislativa.

Hart propone el ejemplo del asaltante como supuesto que permite diferenciar la situación de verse obligado a algo de la situación de tener una obligación a algo. En el caso de que un asaltante A ordene a B entregarle su dinero y lo amenace con disparar sobre él si no cumple su orden, Hart reconoce que B obedeció porque se vio obligado a ello. Sin embargo, esta situación resulta radicalmente diferente a la de reconocer que B tenía la obligación de entregar su dinero a A. Las diferencias entre uno y otro concepto radican en dos argumentos.

Teorías de la adhesión normativa: estas teorías son plenamente actuales y aunque parten de las consideraciones de Hart expuestas en el apartado anterior, llegan a una conclusión distinta a la del que fue profesor de Oxford. La tesis que sostienen parte del dato

consistente en que quien acepta, desde el punto de vista interno, el comportamiento previsto en la regla, adopta dicha pauta de comportamiento como un criterio justificatorio de sus acciones y decisiones y lo hace precisamente porque dicha regla es una regla jurídica. De esta forma, no la acepta necesariamente por su contenido, lo que le llevaría a realizar un juicio moral sobre la misma, extremo que resulta independiente de lo aquí sostenido.

Quien apela al Derecho como criterio justificatorio de su acción lo hace no por el contenido del mismo, sino porque es Derecho vigente. Ahora bien, en este punto la cuestión a plantear es: ¿qué razones pueden aducirse para justificar esta aceptación de la regla jurídica vigente como criterio que se usa para justificar la acción? Dado que son razones que afectan a la aceptación de un deber de actuar de conformidad con el Derecho, razones de adhesión normativa, las razones últimas justificatorias del mismo no pueden ser, a su vez, razones jurídicas. Planteada la cuestión de qué tipo de razones serían éstas, se descarta que puedan aducirse razones de tipo prudencial, porque la aceptación de las razones jurídicas puede implicar la imposición de decisiones que se imponen a otros, cualquiera que fuesen sus deseos o intereses. La única alternativa es entender que dichas razones justificatorias últimas son precisamente razones morales.

3.6.- Los Derechos Fundamentales.-

Los derechos fundamentales son el conjunto de derechos subjetivos y garantías reconocidos en la Constitución como propios de las

personas y que tienen como finalidad prioritaria garantizar la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad, la participación política y social, el pluralismo o cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de la persona en una comunidad de hombres libres. Tales derechos no sólo vinculan a los poderes públicos que deben respetarlos y garantizar su ejercicio estando su quebrantamiento protegido jurisdiccionalmente, sino que también constituyen el fundamento sustantivo del orden político y jurídico de la comunidad.

¿ Quién es el sujeto de los derechos fundamentales?. El sujeto: de los derechos fundamentales, el titular, para el primer liberalismo, era únicamente los particulares. Por tanto, los poderes públicos no lo pueden ser. El sujeto titular por excelencia es el ciudadano, únicamente las personas físicas son titulares de derechos fundamentales, las personas jurídicas, públicas o privadas no tienen la titularidad de los derechos fundamentales.

En relación con el objeto, lo que interesa proteger es la propiedad, la seguridad y las libertades individuales y privadas. Es la concepción negativa de la libertad. El sujeto pasivo de los derechos fundamentales son exclusivamente los poderes públicos que son los que están obligados a hacer o no hacer. De ahí que cuando se caracterizaba jurídicamente al derecho fundamental de esta etapa se decía que era un derecho público subjetivo. Y es un derecho que reconoce la Constitución y que tiene como destinatario exclusivamente a los poderes públicos.

En el momento actual, en relación con el titular, lo importante es que son los particulares los sujetos de los derechos por excelencia y de ahí hay matizaciones los poderes públicos de forma limitada pueden ser titulares de derechos fundamentales, la situación se plasma en el derecho a la tutela judicial efectiva. Una segunda matización de mayor entidad.

En relación con el titular hoy tienen la tendencia a situar a la persona como titular de los derechos, es decir, siendo de ámbito estatal, han acogido una tendencia al universalismo. Una última matización es que las personas jurídicas también de forma limitada tienen en algunos casos titularidad de derechos fundamentales.

En relación con el objeto sucede una gran expansión, se amplía el objeto de los derechos fundamentales. En este proceso va ampliando los derechos de participación, los derechos económicos, sociales y culturales.

En relación con los destinatarios, además de los poderes públicos, también los particulares pueden ser sujetos pasivos de los derechos fundamentales. La fuerza de los derechos fundamentales irradia condicionando también a los particulares.

Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto. La terminología de los derechos humanos se utiliza en el ámbito internacional porque lo que están expresando es la voluntad

planetaria de las declaraciones internacionales, la declaración universal de los derechos humanos frente al derecho fundamental.

Hay que destacar que los derechos humanos son propios de la condición humana y por tanto son universales, de la persona en cuanto tales, son también derechos naturales, también son derechos preestatales y superiores al poder político que debe respetar los derechos humanos. Se decía también que eran derechos ligados a la dignidad de la persona humana dentro del Estado y de la sociedad. Lo que interesa destacar es que si los derechos fundamentales son derechos humanos, tienen éstos también las características que hemos reconocido a los derechos humanos. Por tanto, a los derechos fundamentales no los crean el poder político, ni la Constitución, los derechos fundamentales se imponen al Estado, la Constitución se limita a reconocer los derechos fundamentales, la Constitución propugna los derechos fundamentales, pero no los crea.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos. El derecho fundamental jurídicamente tiene la estructura normativa de un derecho subjetivo, es decir, que los derechos fundamentales son instituciones jurídicas que tienen la forma del derecho subjetivo. Y la estructura del derecho subjetivo tiene tres elementos: titular del derecho subjetivo, el contenido del derecho subjetivo en el que vamos a distinguir las facultades, por otra parte el objeto del derecho, y un tercer elemento es el destinatario o sujeto pasivo, aquel que está obligado a hacer o no hacer.

Los derechos fundamentales son derechos constitucionales. Lo que caracteriza a los derechos fundamentales es que es la Constitución la que los reconoce y garantiza. Es un derecho subjetivo regulado por la Constitución. ¿Por qué se constitucionalizan estos derechos fundamentales? O ¿por qué a determinados derechos subjetivos se les da el rango de fundamentales? la respuesta la encontramos en una aproximación sustantiva que nos va a decir que se constitucionalizan éstos porque éstos son los que concretan los valores sobre los cuales se estructura el sistema político *pluralista.".* Se constitucionalizan al momento que los ciudadanos puedan vivir de acuerdo con valores que la Constitución detalla como valores superiores y se constitucionalizan aquellos valores que garantizan que la forma de Estado sea social y democrática de Derecho.

Para la clasificación de los derechos fundamentales existen diversidad de puntos de vista, es decir, en el derecho se suelen crear clasificaciones y tendríamos muchísimas.

Hay más dificultades porque hay derechos que es difícil de encuadrar en un solo criterio. Sucede también que existen problemas de denominación, es decir, que ni siquiera hay acuerdo en dar nombre a la realidad jurídica, con lo cual, todas las clasificaciones tienen un valor relativo.

Clasificación de los derechos por la naturaleza. Esta clasificación se fija en la naturaleza de la obligación. Se clasifica en las de hacer y no hacer.

En las de no hacer se sitúan las llamadas libertades públicas o derechos de libertad. Esto quiere decir que el destinatario no debe actuar. Lo que protege el derecho son esferas de autodeterminación exclusiva de las personas en las cuales no pueden intervenir ni los poderes públicos ni otros particulares. Este tipo de libertades van a tener como titularidad a la persona humana, la nacionalidad es irrelevante.

Frente a estos derechos aparecen los derechos de hacer, de prestar. Sucede que el destinatario está obligado a actuar para que el derecho sea efectivo. Aquí se sitúan básicamente los derechos económicos y sociales que para ser efectivos requieren que alguien desarrolle una actividad.

Esta clasificación es orientadora siempre que se matice, porque la libertad requiere prestaciones para garantizar su efectividad. En segundo lugar un mismo derecho puede tener doble naturaleza. Para que la garantía actúe se requiere una actividad de prestación, de hacer, para garantizar derecho de hacer y de abstenerse.

Clasificación de los derechos por su contenido. Lo que está marcando es que el Estado liberal de derecho toma los derechos de libertad más la propiedad y la seguridad. Vamos a distinguir en derechos de libertad, de participación, derechos sociales, derechos que son garantías, y derechos de solidaridad también llamados derechos de tercera generación.

Derechos de libertad: lo que se intenta proteger es que las personas

puedan comportarse libremente sin injerencias de otros. Ámbitos de protección física y moral, protección de la dignidad de la persona, protección frente a la detención arbitraria, y los que no relacionan con las demás personas.

Derechos de participación: es la dimensión activa de la libertad que comprende la participación en la adopción de las decisiones de los organismos públicos y que esta participación pueda hacerse de forma directa y en otras ocasiones por representación. Aquí están el derecho de reunión, sufragio activo y pasivo, etc.

Derechos sociales: en la Constitución, lo que constituye el contenido de los derechos sociales en el fondo hay dos estructuras normativas, porque unos están estructurados como derechos fundamentales y los otros se estructuran como principios rectores. La ley los convertirá en derechos subjetivos mientras son simples mandatos al legislador. El fenómeno afecta a los derechos sociales porque son los que requieren inversión, gasto. El legislador aquí actúa con mucho realismo, a unos los estructuran como derechos sociales en sentido estricto como el derecho a la educación, la libertad de enseñanza, libertad de cátedra, autonomía universitaria, etc. En el ámbito laboral también encontramos derechos en sentido estricto como la libertad sindical, negociación colectiva, conflicto colectivo, huelga, etc. El tercer ámbito serían los derechos económico-sociales como la propiedad privada, la libertad de empresa o el derecho a crear fundaciones. El resto se estructuran como principios que son por los contenidos derechos sociales, pero son principios.

Derechos de garantía: aquí está la tutela judicial efectiva, es un derecho, pero también es una garantía. Lo mismo sucedería con los recursos ante la Corte Constitucional como el recurso de protección, que es también un derecho y a la vez un instrumento de garantía. También situaríamos aquí el habeas corpus, que es un procedimiento específico de garantía de la libertad personal.

Derechos de solidaridad: la última generación de los derechos fundamentales no incorporada a los textos constitucionales porque el alcance del contenido de estos derechos es superior, va más allá de la de un Estado concreto. Aquí lo que se pretende básicamente es la protección de las condiciones que hacen posible la vida humana. Intentar garantizar la supervivencia de la humanidad, es decir, intentar proteger bienes comunes, bienes colectivos, de reposición imposible y que son condición esencial para la calidad de la vida de las personas. Aquí se sitúa la protección del medio ambiente, el patrimonio cultural, el agua potable, el aire limpio, etc. Aquí el bien protegido es distinto, las materias relevantes están en el ámbito internacional y el Protocolo de Kyoto es el documento fundamental.

CAPÍTULO 4: EL DERECHO Y OTROS ÓRDENES NORMATIVOS

4.1. Las reglas del trato social,
4.2. El Derecho y la Moral,
4.3. Ética pública y ética privada,
4.4. La Ciencia del Derecho,
4.5. La Filosofía del Derecho,
4.6. El ordenamiento jurídico.

4.1. LAS REGLAS DEL TRATO SOCIAL

Las conductas de los individuos están reguladas por diversos tipos de normas. Entre esos tipos encontramos determinadas normas que se identifican con lo que conocemos como reglas de cortesía, de urbanidad e incluso de educación. Tales reglas, que a primera vista pueden parecer mucho más débiles que las normas jurídicas, también rigen efectivamente las acciones de los sujetos.

Recaséns las denomina "reglas del trato social[29]" término que creemos más adecuado que el de usos sociales. En efecto, los usos sociales, definidos por Latorre como "prácticas generalmente admitidas en una comunidad o en alguno de sus sectores", pueden

[29]L. Recaséns Sinches, "Tratado General de Filosofía del Derecho", Ed. Porrúa, México, 1986, pág. 199.

ser normativos o no normativos. Así, existen modos de comportamiento social, a través de los cuales se desarrolla una efectiva función de control social, como la opinión pública y la enseñanza, que no están basadas en normas, no pudiéndose predicar, por tanto, su carácter normativo. Por el contrario, existen otros usos que se identifican con las normas jurídicas, las normas morales y las reglas del trato social, que están basadas en normas, adquiriendo pleno sentido, por tanto, denominarlos usos sociales normativos.

Así, dado que, de un lado, pueden existir usos sociales de distinto tipo y, de otro, el Derecho y la moral también se identifican con usos sociales normativos, preferimos utilizar la expresión "reglas del trato social". Como señala G. Peces-Barba, "la distinción que nos interesa es la de los comportamientos regulados por la normatividad y no la de los comportamientos regulares, derivados de la normalidad"[30] No obstante, dicha distinción debe ser completada con otra, la que existe entre la práctica meramente fáctica y el uso normativo. En efecto, la normalidad a la que se acaba de aludir y que se identifica con los usos debe ser entendida como una normalidad normativa y no una mera repetición de actos sin ningún tipo de componente de obligatoriedad.

Es cierto que en muchas ocasiones las reglas del trato social se nos presentan como una forma intermedia entre el Derecho y la moral,

[30]G. Peces Barba "Introducción a la Filosofía del Derecho", Ed. Debate, Madrid, 1983, pág. 131.

un conjunto de normas a caballo entre ambas que comparten caracteres distintivos de las mismas. Como señala Recaséns, estamos ante "una extraña casta de normas que presentan, ante todo, a primera vista, como dimensión común a todas ellas, dos caracteres comunes: el no ser ni normas morales ni normas jurídicas, aunque muchas veces se parezcan a las primeras y no pocas a las segundas. Cabalmente, en esto radica la dificultad del problema que suscita el intento de caracterización de tales reglas.

Ello ha podido justificar el que en algún momento se les haya negado sustantividad propia. Posiblemente una de las posiciones más conocidas al respecto es la de G. Radbruch, que señala la imposibilidad de llevar a cabo una distinción conceptual entre el decoro social (reglas del trato social) y las normas jurídicas o las morales. Para Radbruch las formas de decoro social constituyen la base de las que surgen como producto de la evolución histórica, el Derecho y la moral: "El decoro social está respecto al Derecho y la moral en una conexión histórica mejor que sistemática. Es la protoforma común, en que todavía se contienen indistintos el Derecho y la moral, el "estado de indiferencia del que se emancipan en direcciones distintas las formas del Derecho y de la moral" (Georg Simmel). De esta manera, el uso de la limosna se desarrolla, por un lado, en el deber moral de la misericordia, y por otro, en la institución jurídica de la beneficencia. El destino del convencionalismo social es el de ser absorbido por el Derecho y la

moral, luego que él preparó e hizo posibles tanto el Derecho como la moral"[31]

Hay que admitir que determinadas reglas del trato social han podido dar origen a ciertas normas jurídicas e incluso morales. Ello es el lógico resultado de que esos órdenes normativos son en definitiva productos culturales a través de los cuales se desarrollan procesos de socialización y que actúan como pautas de comportamiento que los individuos asumen e interiorizan. Además, también es cierto que determinadas reglas del trato social se encuentran en el origen de ciertas normas jurídicas, por ejemplo. Entre las reglas del trato social y el Derecho hay conexiones que en determinadas ocasiones son más densas y fluidas que en otras. Lo cual se observa en los casos en los que se produce una juridificación de los usos o reglas del trato social, de un lado, y una remisión del Derecho a aquéllas, de otro. No obstante, todo ello no impide ensayar una caracterización de las reglas del trato social, de manera que podamos distinguirlas de las normas jurídicas, siendo conscientes de que "el carácter difuso y heterogéneo de los usos hace difícil establecer una noción precisa de ellos, de contornos bien delimitados, rigurosos e inequívocos"[32]

Conviene aludir a una circunstancia que ha de tenerse en cuenta a la hora de caracterizar a las reglas del trato social y de establecer su diferenciación respecto a otras normas, especialmente las jurídicas.

[31]Recaséns, ob. cit., pág. 200.
[32]A. E. Pérez Lino y otros, "Teoría del Derecho", Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 149.

Las reglas del trato social no se diferencian de las normas jurídicas por la materia regulada respectivamente. En efecto, no hay materias que por definición sean exclusivas de uno u otro conjunto de normas. Lo que en un momento histórico ha podido ser objeto de regulación por parte de reglas del trato social en otro lo es por parte de normas jurídicas. En todo caso, y con independencia de lo anterior, sí parece adecuado que determinadas cuestiones, por su nivel de complejidad o por su importancia para un concreto modelo de organización social, sean reguladas por normas jurídicas, dada, por una parte, la estabilidad que dicha regulación confiere y, por otra, la presencia del respaldo coactivo estatal tras la misma. Lo cual puede ser puesto en relación con el hecho de que el progreso y la complejidad de las sociedades humanas determina en muchas ocasiones la conversión de antiguas reglas del trato social en normas jurídicas. Además, las reglas del trato social tampoco difieren mucho de las normas jurídicas en lo que se refiere a su estructura formal. En efecto, ambos son imperativos hipotéticos y se caracterizan por su exterioridad: regulan las conductas externas de los individuos.

Pero aludiendo ya a la comprensión de las reglas del trato social, podemos señalar su carácter heterónomo. Con independencia de que el individuo pueda asumir como propios los comportamientos establecidos por ellas, tienen un origen extraño al destinatario de las mismas. Son establecidas por alguien diferente al sujeto y el asentimiento de éste no condiciona su existencia. Este rasgo asemeja a las reglas del trato social con el Derecho y las distingue de las normas morales. En directa relación con lo anterior hay que señalar

también que, a diferencia de las normas jurídicas, en las que el sujeto creador está bien identificado, las reglas del trato social presentan grandes problemas en lo que se refiere al conocimiento exacto de quién, en qué circunstancias, en qué momento, fueron producidas. Muchas de ellas se difuminan en la historia y se confunden con tradiciones inmemoriales.

Por otra parte, el significado y sentido de las reglas del trato social es incomprensible sin la referencia al grupo o contexto en el que están vigentes. En efecto, sólo son obligatorias en el seno de ese grupo y no obligan más allá del mismo. Así, su obligatoriedad está en función de coordenadas temporales y geográficas, variando por tanto con el cambio de las mismas. Lo que hoy en España puede ser considerado como una regla del trato social, por ejemplo, una determinada manera de saludar, en otros contextos actualmente y en otros momentos históricos incluso en nuestro país no fue entendida como tal.

Junto a lo anterior hay que subrayar también que las reglas del trato social sólo exigen cumplimiento externo. Quiere decirse con ello que no exigen aceptación íntima e individual del contenido de las mismas. Al contrario, se cumplen cuando el individuo ajusta su conducta al modelo establecido en la regla. En este sentido se asemejan a las normas jurídicas y se distancian de las normas morales. En efecto, las reglas del trato social pueden ser incumplidas involuntariamente y dicho incumplimiento no tiene por qué generar en el sujeto un sentimiento de culpabilidad o de remordimiento. No obstante, González Vicén afirma que en este

punto la similitud entre el Derecho y las reglas del trato social no es total. Con independencia de la existencia de convencimiento interno, el cumplimiento de las reglas del trato social exige una apariencia externa de afabilidad, respeto, cordialidad: "¿quiere con ello decirse que mientras que el Derecho es el ámbito de la exterioridad, los usos sociales son el ámbito de la interioridad o intimidad individuales? De ninguna manera. Lo que la obligación social demanda es la apariencia de un ánimo propicio, no la existencia efectiva de este ánimo en el sujeto obligado; lo que pide es la apariencia de afabilidad, respeto, benevolencia, no que estos sentimientos se den realmente en el sujeto. El sentido de los usos sociales es el de un orden de las apariencias que no descansa en sentimientos auténticos, sino en la mostración de ellos.

Por otra parte, como las normas jurídicas y las normas morales, las reglas del trato social están acompañadas de sanciones. Existe una presión, que puede ser más o menos difusa, en el seno del grupo social en favor de su cumplimiento, y en el caso de que se produzca el incumplimiento, se genera una reacción en contrario. Por tanto, hay que reconocer que aunque en este caso existan diferencias con las sanciones jurídicas, que se caracterizan por ser sanciones organizadas e institucionalizadas, las reglas del trato social también son normas reforzadas por sanciones que pueden consistir en el desprecio, en la creación de una mala imagen pública, en la marginación dentro del grupo o incluso en la exclusión del mismo. La no institucionalización de las sanciones propias de las reglas del trato social no es sinónimo necesario de falta de gravedad o importancia. En muchas ocasiones pueden ser sentidas como más

fuertes por parte del individuo, al que le puede importar más el reproche del que es objeto por parte del grupo en el que se integra que una determinada sanción administrativa, por ejemplo. Como señala Henkel, "el acto de realización del Derecho (la sentencia, la orden de pago y de ejecución, por ejemplo) puede, bajo determinadas circunstancias, impresionar a un deudor menos que el miedo a la desaprobación y a las otras reacciones de su contorno inmediato o de un grupo estamental de cuya actitud amistosa depende el individuo". Por ello, la mayor o menor gravedad que se otorga a las sanciones derivadas del incumplimiento del Derecho o de las reglas del trato social depende de las situaciones concretas individuales en que se encuentran los sujetos y debe ser el resultado de una consideración caso por caso. Es difícil establecer reglas generales en este punto. Por otra parte, el carácter no institucionalizado de la sanción sería, precisamente, una de las semejanzas entre reglas del trato social y normas morales.

Con independencia del valor de la caracterización anterior parece que el criterio último y definitivo a la hora de establecer las diferencias entre las reglas del trato social y las normas jurídicas es el de la pertenencia o no al ordenamiento. Ya hemos visto que ambos tipos de normas no se pueden diferenciar por su contenido y que, por tanto, determinadas conductas humanas pueden estar sometidas, incluso al mismo tiempo, a ambas normas. Por tanto, habrá que recurrir a la inclusión o no de esas normas en un ordenamiento jurídico para saber si son normas jurídicas o si, por el contrario, son reglas del trato social. Así, el criterio de la validez jurídica nos permite identificar a las normas jurídicas respecto a las

reglas del trato social. Y en directa relación con lo anterior hay que señalar también que el Derecho tiene una naturaleza sistemática que permite una autorregulación de los criterios de pertenencia, no compartida por las reglas del trato social.

4. 2. DERECHO Y MORAL

El tema de las relaciones entre la Moral y el Derecho es una de las cuestiones más vitales, importantes y complejas de la Teoría y Filosofía del Derecho. Además, de ella dependen, o se ven afectadas, otras cuestiones referentes al concepto de Derecho, a su aplicación, a las relaciones entre legalidad y justicia o a la obediencia al Derecho.

Uno de los datos que avalan la exactitud de estos juicios es que a lo largo de la historia de la reflexión sobre el Derecho ningún filósofo o teórico del mismo ha dejado de enfrentarse a este asunto. Y lo mismo cabe decir de la filosofía del Derecho contemporánea. Las teorías que esta reflexión ha propiciado tienen diferente valor y significado, pero sirven de prueba convincente acerca de la oportunidad de los planteamientos utilizados.

Existe una explicación sencilla del por qué de todo esto. La Moral y el Derecho componen una parte sobresaliente del comportamiento humano. Además comparten una serie de términos: deber, obligación, culpa, responsabilidad, etc. El contenido del Derecho tiene una clara dependencia de la moral social vigente, de la misma forma que toda moral social pretende contar con el refuerzo

coactivo del Derecho para así lograr eficacia social. Las Constituciones suelen apelar a conceptos como justicia, libertad, dignidad humana o derechos fundamentales, que tienen un fuerte componente ético. Quizá esto no pueda ser de otra manera y de ahí que sea conveniente llamar la atención para evitar la confusión entre la Moral y el Derecho.

Hoy los nombres de H. Kelsen, Alf Ross, G. Radbruch, H. L. A. Hart, Lon L. Fuller, R. Dworkin, J. Rawls o Norberto Bobbio van unidos a interesantes polémicas, donde con frecuencia el asunto de fondo tiene que ver con la cuestión de las relaciones entre la Moral y el Derecho. En muchas de esas polémicas los asuntos planteados siguen abiertos porque, con uno u otro ropaje, con mejores o peores utensilios de análisis, han trasladado a nuestro tiempo preguntas eternas de la historia de la Filosofía del Derecho.

La tesis que aquí se mantiene es la de la necesaria distinción entre la Moral y el Derecho, en ningún caso separación tajante, acompañada de una serie de conexiones empíricas muy relevantes. Como ha señalado Gregorio Peces-Barba: "La distinción entre Derecho y Moral no debe dificultar el esfuerzo por constatar las conexiones entre ambas normatividades en la cultura moderna, ni la lucha por la incorporación de criterios razonables de moralidad en el

Derecho, ni tampoco la crítica desde criterios de moralidad al Derecho válido"[33]

Sobre la constitución moral de los seres humanos y el Derecho existen las dos tesis siguientes:

1. Que la persona humana es estructuralmente moral.
2. Que el Derecho, como consecuencia de la tesis anterior y de que se trata de una obra humana, es estructuralmente moral.

¿Qué significa que los seres humanos son estructuralmente morales? No pretendemos aquí ninguna descripción suficientemente completa de lo que deba ser entendido por moral. Simplemente deseamos insistir en que la moral tiene que ver no sólo con la perfección individual y con la vida buena y virtuosa (ética privada), sino también con el bienestar, la justicia o la felicidad de los que nos rodean (ética pública). Es algo que atañe a todos los seres humanos durante toda la vida y que tiene una importancia de primer grado para su adecuado desenvolvimiento.

La vida humana es un quehacer moral, un conjunto de elecciones, preferencias y formas de actuar que sirven para definirnos moralmente. De ahí que sea muy adecuada la distinción que López

[33]Gregorio Peces-Barba, "Introducción a la Filosofía del Derecho, Ed. Debate, Madrid, 1983, pág. 157.

Aranguren estableció entre tres perspectivas de la moral: la moral como estructura, la moral como contenido y la moral como actitud. La moral como estructura, que es la perspectiva que ahora nos interesan, significa que "el hombre, por inmoral que sea en cuanto al contenido que su comportamiento pueda, en ocasiones, ser, es estructuralmente moral en cuanto que, inexorablemente, le compete el quehacer de su vida (incluida la forma, deficiente por donde quiera que se le mire, de dejar que la hagan los demás). El hombre, personal y socialmente considerado, es el actor, el agente y el autor de su vida; representa un papel-o muchos- con el cual actúa sobre la realidad, siguiendo el hilo de su propia invención"[34]

En cuanto a la segunda tesis anteriormente expresada, que el Derecho es estructuralmente moral, significa que todo ordenamiento jurídico representa un punto de vista sobre la justicia y traduce, por medio de normas jurídicas, una legitimidad, es decir, unos valores, que le sirven de justificación e inspiración. Todo Derecho es legitimidad legalizada, es decir, una especie de justicia con minúscula que puede, siempre, ser objeto de valoración moral desde la legitimidad Justa, con J mayúscula, es decir, desde unos principios ideales de justicia que actúan críticamente. Como ha indicado Elías Díaz: "El Derecho aparece siempre... como realización de una cierta idea de justicia, una u otra, la que sea, como materialización de un cierto sistema de valores. Toda

[34]José Luis López Aranguren, "Etica de la felicidad y otros lenguajes", Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 106.

legalidad es, en este sentido, expresión de una determinada legitimidad, lo mismo que, viceversa, toda legitimidad tiende a realizarse a través de una concreta y efectiva legalidad"[35]

Un aspecto básico del análisis de toda esta cuestión es que la idea de la vida humana como quehacer moral, aunque se trate de una tarea fundamentalmente personal e individual, ello no significa que agote aquí su proyección. Se trata de una tarea compartida con otros sujetos morales, cada uno de ellos agente de otros tantos quehaceres. Es aquí donde entra en juego el Derecho como mecanismo social que posibilita, con una eficacia especial que le otorga ser la organización e institucionalización de la coacción, la paz social, la estabilidad y la convivencia humana.

La vida como quehacer moral, por tanto, trasciende la pura individualidad y se proyecta socialmente. Modelamos nuestra vida en convivencia con los otros; de ahí surgen las normas de organización social en general y gran parte de los deberes morales y los deberes jurídicos en particular.

De ahí también que se deba tener en cuenta que aunque el mundo de los valores es el mundo de la pluralidad de sistemas de valores, éstos deben coexistir en el marco del reconocimiento de un conjunto básico de intereses, necesidades y derechos comunes. El pluralismo de concepciones ideológicas, culturales y axiológicas tiene que

[35]Elias Díaz, "Sociología y Filosofía del Derecho", Ed. Taurus, 1980, pág. 52.

convivir con la idea de una humanidad común. Este es un importante reto de la época contemporánea. Como ha señalado A. Renaut: "El hombre democrático no está, por tanto, condenado en absoluto a vivir sin valores susceptibles de ser compartidos y capaces de imponer a la afirmación de sí mismo un principio de limitación"[36].

El tratamiento de las relaciones entre la Moral y el Derecho se puede llevar a cabo, a nuestro juicio, por medio de tres modelos generales: A) confusión; B) separación tajante, y C) distinciones y conexiones.

En este primer modelo se confunden los contenidos de la Moral y el Derecho. Al mismo tiempo se da una subordinación total del Derecho a la Moral: ni lógica ni prácticamente cabe la posibilidad de encontrar normas jurídicas inmorales.

Tradicionalmente se suele expresar esta postura a través de la idea de dos círculos concéntricos. La moral sería el círculo exterior y el Derecho el círculo interior. El Derecho es una parte de la moral, puesto que las normas jurídicas se refieren a las exigencias necesarias e imprescindibles para la convivencia humana y por ello precisan de coactividad en su cumplimiento. Sin embargo, aunque hay normas morales que no se transforman en normas jurídicas, todas las normas jurídicas son normas a las que se debe dar por presupuesta su moralidad.

[36]Elías Díaz, ob. cit. Pág. 91.

Esta es la postura realizada por aquellos ordenamientos jurídicos inspirados en planteamientos fundamentalistas e integristas, tanto religiosos como políticos, o en los Estados confesionales. También es posible encontrar ejemplos de ella en la historia de las teorías iusnaturalistas. La dependencia del Derecho en relación con una moral absoluta y excluyente es su rasgo más notable. No solo los contenidos del Derecho dependen de los contenidos de esa moral cerrada que se predica universal e inmutable, sino que todo ello se acompaña con una tendencia obsesiva a convertir lo calificado como inmoral en ilegal, traspasando también los límites de la moral personal o privada.

La tesis radicalmente contraria a la anterior es la de la separación tajante entre la Moral y el Derecho. Los criterios de moralidad e inmoralidad de una conducta son totalmente independientes de los criterios de legalidad e ilegalidad de la misma.

Este modelo encuentra su mejor expresión en el positivismo jurídico más radical, por ejemplo: se trata de la tesis mantenida por Hans Kelsen. La postura de H. Kelsen de separación e independencia total entre la Moral y el Derecho es consecuencia de dos tesis filosóficas que en su obra son determinantes: en primer lugar, la tesis de filosofía moral, que considera relativos todos los valores morales y de justicia, es decir, la tesis fuerte del relativismo moral, y en segundo lugar, su concepción de la racionalidad y de la ciencia jurídica, plasmada en su intento de elaborar una teoría pura del Derecho.

Así, cuando H. Kelsen se refiere a la tesis de la separación entre Moral y Derecho en Teoría Pura del Derecho escribe: "La exigencia, formulada presuponiendo una doctrina relativista de los valores, de separar Derecho y moral y también Derecho y justicia, sólo significa que cuando se evalúa un orden jurídico como moral o inmoral, justo o injusto, expresando así la relación del orden jurídico con uno de los muchos sistemas morales posibles y no con "la" moral, sólo efectúa un juicio de valor relativo, no absoluto, y expresa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o de su falta de correspondencia, con el sistema moral.."[37]

El tercer modelo es propio de la modernidad occidental e ilustrada. Sugiere la existencia de distinciones importantes entre la Moral y el Derecho al mismo tiempo que no pasa por alto conexiones igualmente fundamentales. Aunque la convivencia entre Moral y Derecho no esté exenta de tensiones, pueden ser complementarios como órdenes de comportamiento humano.

La génesis histórica de esta postura está más o menos clara: el intento de solucionar las guerras de religión, la reivindicación de la tolerancia y la libertad religiosa. Más tarde, con el triunfo de las convicciones ilustradas y liberales, se considerará que una sociedad plural precisa, para su realización y mantenimiento, tener claras las

[37]H. Kelsen, Teoría Pura del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pág. 79.

fronteras entre la Moral y el Derecho. Dentro de esta postura se señala que hay un campo común a la Moral y al Derecho y es el que tiene que ver con las exigencias necesarias para una convivencia social estable y suficientemente justa. Un Derecho que se pretenda correcto ha de incluir, por tanto, en grado aceptable, unos mínimos éticos. Pero además hay un campo de la moral que, a pesar de su excelencia, no tiene como objetivo transformarse en normas jurídicas. Y también un ámbito dentro del Derecho que puede ser indiferente desde el punto de vista moral.

Esta postura, consistente en la existencia, conjuntamente, de distinciones y conexiones entre la Moral y el Derecho es la que aquí se mantiene. Quizá sea la única compatible con los valores del pluralismo, las libertades de creencias, pensamiento y de expresión y con los principios que inspiran la tradición liberal democrática y el Estado de Derecho.

La Moral hace siempre y predominantemente referencia a un conjunto de valores, principios, deberes y obligaciones que sirven de guía para la conducta humana. Suele expresarse a través de normas de actuación, y como tales, y a través de hábitos de comportamiento, configuran una manera de ser o el carácter de las personas. Ese carácter o talante moral de las personas expresa las señas de identidad de lo que tenemos como más personal e íntimo, pues es el reflejo de la conciencia individual. Si nos detenemos un poco en nuestro análisis del comportamiento humano podemos tomar nota de que ese conjunto de valores y normas que rigen la conducta moral, debido a su particular importancia, ya que hace

entrar en juego a lo más personal que tenemos, la conciencia individual, necesariamente ha de relacionarse con otras normas y formas de organizar el comportamiento y la convivencia de los seres humanos. Unas veces coincidirá, hasta confundirse y ocultar sus diferencias, con los valores y normas religiosas, usos sociales y costumbres y normas jurídicas. No puede ser de otra manera, porque las normas que rigen el comportamiento humano son un conjunto de guías para la acción que se encuentran siempre interrelacionadas. Así, la historia del Derecho en la historia de todas las sociedades nos permite comprobar estas conexiones continuas entre los ámbitos religiosos, social, moral y jurídico, hasta el punto de señalar que el contenido de las normas jurídicas es un producto, aunque no estático ni mecánico, de todo ello.

Sin embargo, también puede ocurrir que los contenidos de los distintos tipos de normas no coincidan, en mayor o menor grado, y hasta se encuentren radicalmente enfrentados. Por ejemplo: que lo permitido por el Derecho esté prohibido por un determinado tipo de creencias y normas morales y religiosas. O que los deberes jurídicos sean incompatibles con los deberes morales, hasta el punto de que debamos elegir, sin otra salida posible, entre seguir los dictados de nuestra conciencia y la sanción penal, o traicionar a nuestra conciencia y no ser sancionados. Los conflictos entre normas religiosas, morales y jurídicas son mayores en las sociedades libres y abiertas que en las sociedades más tradicionales y conservadoras. Las sociedades culturalmente homogéneas son menos conflictivas, desde este punto de vista, que las sociedades plurales. Son los riesgos que hay que correr y los inconvenientes

que hay que sufrir por la valoración positiva de la tolerancia y las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Por ello, no es extraño que los progresos en el reconocimiento y garantía de las libertades y derechos humanos hayan sido acompañada de una progresiva desconexión en los contenidos, entre los valores y normas religiosas y morales de grupos sociales hasta ese momento preponderantes, y hasta excluyentes, y las normas jurídicas, que necesariamente deben tener vocación de servir al interés general.

Esta es la más influyente razón de que muchos de los problemas sociales contemporáneos que comprometen las formas de vida y las creencias de mucha gente se hayan convertido en casos prácticos de esa heterogénea, plural y conflictiva relación entre los ámbitos religiosos, morales y jurídicos. Ahí se deben situar asuntos que reclaman soluciones acuciantes y rápidas, pero que deben ser discutidas y tomadas con prudencia, en torno, por ejemplo, a la eutanasia, al aborto, al tratamiento de las parejas de hecho, a los controles ecologistas al desarrollo económico o a la respuesta del ordenamiento jurídico a la desobediencia moral al Derecho. Son sólo un ejemplo de algunas de las cuestiones fronterizas entre la Moral y el Derecho que preocupan a los ciudadanos responsables y son un reto a las capacidades y sensibilidades del legislador.

La historia del Derecho y de la reflexión filosófica en torno al Derecho nos presenta un conjunto de posturas, indicadas ya anteriormente, que han ido desde la confusión entre las normas jurídicas y otros tipos de normatividad, hasta la tesis que pretende una total y tajante separación entre Derecho y Moral. Entre estas

posturas extremas se encuentra, en distintos momentos históricos y en diferentes niveles y grados, la tesis de la distinción entre Derecho y Moral, que normalmente se centra en relación con la estructura, formas de eficacia y vigencia y fines de ambos órdenes de comportamiento comparados.

Sin embargo, hay que esperar hasta muy avanzado el mundo moderno para encontrarnos en la historia de la cultura occidental una delimitación suficientemente clara y ámbitos diferenciados entre el Derecho y la Moral. A la distinción entre Iglesia y Estado y Ética y Política se añadirá la de estos dos órdenes de comportamiento. Y como ellas, es el resultado de un determinado contexto histórico y cultural y del intento de responder a nuevas necesidades, intereses y valores también históricos

En ese sentido es en el que Elías Díaz ha señalado que: "Fue fundamentalmente la escuela racionalista de Derecho natural, en el siglo XVIII, quien, bajo la preocupación primordial de la defensa de la libertad religiosa, insistió en la necesidad de diferenciar, e incluso separar, la órbita de lo jurídico y la órbita de lo moral, ésta intangible para el Derecho y en la cual se alojaría íntegra la libertad religiosa"[38]

Se sostiene que la Moral es autónoma, porque no es producto de ninguna voluntad exterior al sujeto, sino del propio sujeto obligado

[38]Elías Díaz, ob. cit. Pág. 17.

por la norma moral (imperativo categórico de la conciencia, en el sentido kantiano). Por el contrario, el Derecho es heterónomo, pues procede de una voluntad exterior (decisión de la autoridad investida de poder coactivo) y diferente del destinatario de dicha norma jurídica. La revisión contemporánea de este criterio de distinción nos recordaría, por lo que se refiere a la autonomía moral, que aun en el caso de admitir que la Moral en última instancia es el reflejo de la conciencia moral autónoma, libre e individual, ello no es totalmente incompatible con tener en cuenta que su formación y conformación es social. Según esto, el hablar exclusivamente de autonomía moral es "una ilusión engañosa", pues "la ética es siempre una internalización de valores o normas sociales. Lo que creemos creer y lo que estimamos como bueno y justo no proviene en última instancia de nosotros mismos, de nuestro interior, de nuestra conciencia, sino de la "sociedad", del grupo, clase social, etc., a que pertenecemos.

Esta objeción es interesante de tomar en consideración siempre y cuando no reduzcamos la moral a un fenómeno exclusivamente social. Nuestros valores, creencias y normas morales son producto tanto de la sociedad en la que desarrollamos nuestras vidas como del resultado de su aceptación o falta de aceptación crítica por parte de la conciencia moral, que es siempre un elemento personal e individual. Si evitamos los reduccionismos exclusivistas de uno u otro signo, es cuando podemos compatibilizar la idea, indiscutible, de autonomía moral con la de su configuración social.

En cuanto a la tesis de la heteronimia del Derecho, se mantiene actualmente la idea de que la validez y vigencia del Derecho no requieren la aceptación de su destinatario, es decir, del jurídicamente obligado. Sin embargo, existen hoy mecanismos políticos y jurídicos que debilitan la tesis de la heteronimia del Derecho y se dirigen hacia la de una mayor autonomía: la real participación de los ciudadanos, destinatarios de las normas, en el proceso de creación del Derecho. Participación-aceptación serían así términos no siempre absolutamente coincidentes, pero dotados de un alto índice de correlatividad. Como es bien sabido, el problema y, a la vez, el objetivo central de la democracia en nuestro tiempo radica precisamente en el intento de autentificar, perfeccionar al máximo las vías de esa participación real en la toma de decisiones.

El criterio básico diferenciador entre la Moral y el Derecho, es la coacción. La coacción o posibilidad de coacción es una dimensión esencial del Derecho. En ningún caso es una dimensión de la moral. El Derecho puede ser impuesto coactivamente; las normas morales, en cambio, exigen como requisitos imprescindibles de su cumplimiento conductas libremente aceptadas y libremente realizadas. Ello no quiere decir que las normas morales no cuenten también con sanciones o que estén desprovistas de algún tipo de coactividad o presión para su cumplimiento. Lo que pretende resaltar este criterio de distinción es que las sanciones, presiones y coacciones son de muy diferente tipo. El Derecho se basa, en último término, en la posibilidad de imponer una determinada conducta, aunque sea utilizando la fuerza física. Entre los mecanismos de presión de la moral, para lograr el cumplimiento de sus normas, no

se encuentra la fuerza física. Por tanto, "lo que caracteriza al Derecho y sirve para diferenciarlo de la ética, es, puede decirse, la existencia de un aparato coactivo organizado, capaz de garantizar el cumplimiento de las normas y, cuando ya no resulte posible, capaz de imponer sanciones al infractor de las mismas. Se logra así como resultado la institucionalización jurídica de la coacción, la coacción organizada, que es el rasgo típico del Derecho"[39]

Hay una advertencia de Elías Díaz en relación con este criterio, el más definitivo, de distinción entre la Moral y el Derecho, que me parece importante y serviría a modo de conclusión de todo este apartado y a modo, además, de lanzamiento de una llamada de atención también de la necesaria vinculación que debe primar entre una y otro. Dice así: "Afirmar la dimensión coactiva del Derecho no significa rebajar el Derecho al nivel de la simple fuerza física. Al contrario, significa dignificar el necesario uso de la fuerza, de la coacción, haciéndola legítima, justa, poniéndose ella y el Derecho al servicio de fines humanos como la libertad, la paz, la justicia, la igualdad y el bienestar de todos los hombres"[40]

Finalmente, otros criterios de distinción entre la Moral y el Derecho que suelen citarse son el del diferente sentido que tiene la vigencia de las normas jurídicas y las normas morales. Mientras las normas jurídicas son promulgadas en un determinado tiempo y una determinada sociedad y entran en vigor y se derogan un

[39]Elías Díaz, ob. cit. Pág. 28.
[40]Ob. cit., pág. 30.

determinado día, esa precisión temporal no tiene sentido referida a las normas morales.

Tampoco la idea de eficacia de las normas funciona de la misma manera, pues "una norma jurídica que es violada por casi todo el mundo es ineficaz y puede ser dejada de lado. En cambio, las reglas morales siguen teniendo vigencia aun cuando, en general, no sean respetadas.

Además, otra distinción se refiere al diferente campo de actuación de la Moral y el Derecho: "La moral tiene un campo de actuación más amplio que el del Derecho. No sólo contempla los comportamientos interindividuales y las relaciones sociales, sino también el comportamiento estrictamente individual. El Derecho no regula la totalidad de las relaciones sociales contempladas por la Moral, sino solamente alguna o algunas de ellas, cuya ordenación se considera como necesaria desde el punto de vista de la convivencia pacífica"[41]

En resumen, como David Lyons ha señalado: "Nadie pone en duda que las opiniones morales influyen sobre el Derecho. Las normas que rigen la conducta sexual, el uso de drogas, la propiedad, los contratos y una gran cantidad de otros temas han sido inspiradas, al menos hasta cierto punto, por ideas de justicia moral y

[41]Luis Díez -Picazo, "Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho", ed. Ariel, Barcelona, 1973, pág. 52.

responsabilidad. Las leyes corresponden al Código de valores en uso por aquellos que tienen capacidad para influir en su desarrollo. El Derecho, a su vez, repercute en las actitudes morales. Su cumplimiento, por ejemplo, tiende a reforzar los valores que reflejan"[42]

La interpretación de las normas jurídicas desde y en conformidad con la Constitución suele poner en evidencia que si, "la Constitución incorpora siempre determinadas opciones políticas y sociales profundas... Todo ello lleva a que el proceso aplicativo del Derecho, lejos de poder entenderse como una operación mecánica, pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico"[43]

El contacto entre la Moral y el Derecho revela que la mera existencia del Derecho es un hecho que tiene consecuencias y repercusiones morales. Por un lado, habría que admitir que el ordenamiento jurídico está inspirado, generalmente, en ciertos valores, como la seguridad, la libertad, la autonomía, la igualdad, el bien común, la justicia, etc., y al mismo tiempo se convierte en un vehículo social que tiene a esos valores como fines y objetivos. Ello significa que el funcionamiento del Derecho en una sociedad produce una serie de fenómenos que no son neutrales moralmente. Incluso el Derecho puede estimular u obstaculizar, según sean sus

[42]Daniel Lyons "Etica y Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1986, pág. 71.
[43]Eduardo García de Enteria, El Derecho, la ley y el juez", Cuadernos Civitas, Madrid, 1997, pág. 49.

contenidos, el libre desarrollo moral de los individuos y grupos sociales.

Pero además habría que tener en cuenta que, sin llegar el Derecho a acometer esos generosos objetivos, generalmente los ordenamientos jurídicos de por sí realizan unos mínimos morales muy valorados y reconocidos social-mente, hasta el punto que cabría plantearse si es adecuado denominar Derecho a un conjunto de normas que no los incluyan.

Ése creemos que es el caso de las tesis de dos eminentes teóricos del Derecho: H. L. A. Hart y Lon L. Fuller. En el primer caso nos referimos a la tesis del contenido mínimo del Derecho natural, desarrollada por aquel autor en su obra "El concepto de Derecho. Esa teoría contiene una serie de normas básicas de convivencia que resultan comunes a la Moral y al Derecho." Establecido que la meta de toda sociedad es la supervivencia, se trata de deducir ciertas normas necesarias a partir del descubrimiento de un número de datos generales en torno a la naturaleza humana. Esas normas serían: no matarás (derivada del dato de la vulnerabilidad humana), la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas (derivada de la igualdad aproximada y del altruismo limitado), la necesidad de reglas que respeten la existencia de algún tipo de propiedad (derivadas de la existencia de recursos limitados) y la necesidad de sanciones[44]

[44]H. L. Hart, "El concepto de Derecho", Editora Nacional, México, 1980, pág. 238.

Por su parte, L. Fuller sugiere con su teoría de la moral interna del Derecho que existen unos principios morales implícitos al concepto de Derecho que impiden que el Derecho pueda dar lugar a resultados claramente injustos. La moral interna al Derecho incluye los siguientes ocho requisitos: la generalidad del Derecho, la exigencia de promulgación, la prohibición de las leyes retroactivas, la claridad de las leyes, la inexistencia de contradicciones entre las leyes, que las leyes no requieran lo imposible, la estabilidad del Derecho a través del tiempo y la congruencia entre la acción oficial y la ley declarada[45]

4.3. ÉTICA PÚBLICA Y ÉTICA PRIVADA:

La relación entre la ética y el Derecho exige una distinción conceptual entre ética pública y ética privada. Eso abarca una dimensión histórica y otra analítica. Las dos son imprescindibles y la segunda no se puede entender plenamente sin la primera. La confusión entre ambos términos es premoderna, y en ese sentido habitual en la Edad Media, pero se prolonga en la Edad Moderna y hasta la actualidad cuando se pretende que la ética privada, defendida por una Iglesia, una confesión religiosa o una escuela filosófica, sea al tiempo ética pública. Por otra parte, en la propia Edad Moderna y sobre todo en la Contemporánea, y en el siglo XX, surge también otro modo de desconocer la distinción cuando una concepción política totalitaria pretende que su ideal político y

[45]Lon L. Fuller, "LaMoral del Derecho", ed. Trillas, México, 1967, pág. 56.

jurídico (ética pública) se convierta también en el ideario moral de cada uno de sus ciudadanos.

Parece necesario, para continuar, dar una definición de ambos términos:

La ética privada se considera un camino para alcanzar la autonomía o la independencia moral, un proyecto de salvación o de realización plena de la condición humana desde una concepción del bien, de la virtud o de la felicidad. Se utiliza aquí ética como sinónimo de moral y no como estudio de la moral. Sus titulares o sus destinatarios son las personas individuales que buscan alcanzar ese fin último, su destino personal a través de un cauce que necesita su aceptación (autonomía). No se puede imponer y no puede ser una oferta extravagante ni marginal, sino un proyecto que pueda ofrecerse a todos con carácter general (universalidad). Es difícil que las personas se construyan en todas sus dimensiones su ética privada, aunque es necesaria su aceptación. Lo común es que se acepte o se asuma un cuerpo de doctrina moral propuesto por una Iglesia o una confesión religiosa o por una escuela de filosofía moral. Así, podemos hablar de una ética privada religiosa o de una ética privada laica. La primera tiene una dimensión vinculada a la fe y sus seguidores son creyentes, mientras que la segunda se nutre fundamentalmente de criterios racionales y sus seguidores se adhieren a esos criterios, aunque se pueden también encontrar dimensiones emotivas o afectivas en las éticas laicas.

Por otra parte, se dice que la ética pública es el conjunto de objetivos o de fines que se consideran debe realizar el poder político a través de su Derecho y que tradicionalmente se ha conocido desde Aristóteles como Justicia, si se refieren al contenido del Derecho. Cuando afectan al poder es preferible usar el término legitimidad. De todas formas, la segunda dimensión de la legitimidad, la llamada legitimidad de ejercicio, coincide en parte con la idea de justicia, puesto que la acción del poder político moderno se realiza a través del Derecho. Si la ética privada atiende al bien de los individuos, la ética pública se refiere al bien común. Este concepto, entendido como la serie de bienes que los Estados deben proporcionar a sus miembros para facilitar su subsistencia, su bienestar o el desarrollo de su condición, coincide en sus contenidos con el concepto de ética pública. Aparece ya con Platón (La República, IV,) y Aristóteles (Política, III), pero sobre todo en Tomás de Aquino (por ejemplo, en De regimine principum, 1-1). El bien común, al ser un concepto griego bautizado por la escolástica, carece de la dimensión laica del término ética pública, pero sirve, distinguido de la idea de bien particular, privado o individual, para comprender mejor la distinción entre la ética privada y la ética pública. Se puede decir que la ética pública establece los criterios de organización social y los fines del Derecho para que las personas puedan vivir dignamente en la sociedad y puedan realizar libremente todas las facetas de su personalidad (capacidad de elegir, de razonar y de construir conceptos generales, de comunicarse y de dialogar y de decidir libremente sobre sus planes de vida, sobre su ética privada).

Así como la ética privada es una concepción del bien, una verdad que puede liberar, en el sentido de facilitar el camino hacia la autonomía moral, pero no puede convertirse en el núcleo de la ética pública, la ética pública no puede establecer conductas como obligaciones o deberes directamente dirigidas a la salvación, al bien o a la virtud, es decir, no puede invadir los espacios de la ética privada.

Pero la distinción no supone, en forma alguna, separación ni mucho menos ignorancia mutua; ambas tienen dimensiones secantes y tienen como destinatario de sus normas al mismo sujeto, a la persona, que es ciudadano y a la vez, en su caso, creyente o adherente a alguna concepción de ética privada. Como consecuencia de esa relación, la ética pública, que debe favorecer y hacer posible el libre ejercicio de la ética privada por las personas situadas en su ámbito de competencia, debe también congruentemente evitar que sus normas lo dificulten o impidan.

En la evolución histórica aparecerán las razones que llevan a incluir en el ámbito de la ética pública a instituciones y derechos para garantizar esa situación. Se trata de la libertad de conciencia, de la libertad ideológica y de la libertad religiosa en todas sus dimensiones. Son instituciones jurídicas que tienen por objeto proteger el libre ejercicio de la ética privada, pero, si pese a las mismas se estableciesen obligaciones jurídicas perturbadoras para la ética privada, se prevé asimismo la institución de la objeción de conciencia para las respuestas acreditadas y reconocidas por el sistema jurídico en que se pueda evitar, por esa razón, el

cumplimiento de la obligación. Naturalmente que las Iglesias, confesiones o escuelas filosóficas con ofertas de ética privada tienen todo el derecho a intervenir, como cualquier otro agente social, en los debates y en las deliberaciones que en el espacio público se producen en relación con la creación, modificación o extinción de los contenidos de la ética pública, aunque deben actuar en igualdad de condiciones con los demás, sin pretender una posición dominante o de autoridad.

Históricamente la Edad Media no conoce la distinción y la Iglesia católica define tanto los criterios de la ética pública como los de la ética privada a partir de la idea del Orden creado por Dios, que tiene su ámbito para la criatura humana que es la ley natural. La Iglesia será la única intérprete tanto de los criterios morales individuales, que son exclusivamente religiosos, como de los criterios del Derecho natural, a los que deben ajustarse las leyes positivas.

A partir de la obra de San Agustín y frente a las posiciones tomistas se extenderá la doctrina de los dos reinos, que luego retomará en el protestantismo Lutero, y que incide en nuestro tema. En efecto, en la Ciudad de Dios distinguirá entre el reino de los creyentes, la civitas dei y el reino de los pecadores, la civitas diaboli, y solamente en la segunda existirá el Derecho, como coacción y represión de los pecados y de los delitos. En esta idea de los dos reinos, lo que llamamos ética privada, la ética católica en este caso, sin necesidad del Derecho, regirá en el Reino de Dios, y la ética pública, a través

del Derecho orientada por la Iglesia, regirá el reino de los pecadores.

La ruptura de la unidad religiosa, con la aparición del protestantismo a partir de 1521, modificará el panorama y surgirá una multiplicidad de interpretaciones sobre el orden divino y los designios de Dios sobre el mundo. Además de la Iglesia católica, la luterana, la calvinista o la Iglesia de Inglaterra, expresiones éstas del primer protestantismo o protestantismo viejo, y las diversas confesiones y sectas que a partir de las primeras constituyen el llamado protestantismo nuevo, socinianos, arminianos, puritanos, independentistas, cuáqueros, baptistas, etc., pretenden, aunque no en todos los casos, imponer su credo desde una intolerancia y persecución de los demás. Ese clima de guerras de religión, con la imposición por la fuerza de unas creencias, requiere utilizar la fuerza del poder político para imponer esas creencias. Esta alianza entre una Iglesia e incluso la identificación de un Estado con una Iglesia, incluso siendo el Jefe del Estado cabeza de la Iglesia como en la Iglesia anglicana, constituye el fenómeno del Estado-Iglesia, donde la ética privada y la pública se identifican y se confunden.

La superación de las guerras de religión, que se consagra definitivamente en el tratado de Westfalia que acaba con la Guerra de los Treinta Años (1648), supone la aparición de nuevas situaciones donde se afirman las ideas de tolerancia y de separación entre Derecho y moral, decisivas para la comprensión moderna de nuestro tema.

La tolerancia, entre otras dimensiones, expresa la idea de que ninguna concepción religiosa, ideario de una Iglesia o confesión, se puede imponer por la fuerza y, como consecuencia, que no forma parte de las misiones de los poderes públicos ayudar a implantar una determinada confesión. Podíamos traducirlo a nuestro tema diciendo que ninguna ética privada puede imponerse por la fuerza y como cometido del Derecho de un Estado moderno. También se podrá decir, desde la perspectiva de la ética pública, que entre sus contenidos no pueden estar los de ninguna confesión religiosa o moral, porque entre éstas, y como consecuencia de la tolerancia, se incorporarán los principios de pluralismo y de neutralidad de la Administración en materia religiosa, y el derecho fundamental a la libertad ideológica y de conciencia, que son incompatibles con un confesionalismo político y con la asunción por un Estado de los valores de una ética privada. Estas conclusiones proceden de la reflexión sobre las consecuencias desastrosas de las guerras de religión en Francia, en Alemania y, en general, en todos los países donde se implanta el protestantismo. En España se mantiene la unidad religiosa y los sectores que quieren instaurar el protestantismo son perseguidos por la Inquisición o tienen que abandonar el país hacia el exilio.

La separación entre Derecho y moral, que formula Tomasio[46], será consecuencia a la vez del proceso de secularización del Derecho, sobre todo expresado a partir de Grocio, en el número 11 de los

[46]Tomasio, " Fundamentos de Derecho Natural y de Gentes, Ed. Tenos, Madrid, 1994, pág. 77.

Prolegómenos al Derecho de la guerra y de la Paz, y de la cultura de la tolerancia. Aunque ya ha sido estudiada en otro apartado la distinción entre Derecho y moral debe ser entendida como referida a la moralidad privada, en un sentido concordante con las exigencias de la tolerancia, y así apoya también la idea de separación entre ética pública, que se realiza a través del Derecho, y ética privada, que tiene su propio ámbito de implantación. Una interpretación amplia de la separación conceptual entre Derecho y moral llevó a sectores del positivismo jurídico (Kelsen, por ejemplo) a propugnar una idea pura del Derecho donde las dimensiones de justicia no formasen parte de su concepto. Sin embargo, la distinción entre ética pública y ética privada permite otra interpretación. Así, la separación del Derecho es con la ética privada y no alcanza a la ética pública, que tiene precisamente como vocación realizarse en el Derecho. Representa los objetivos y fines de justicia que el Derecho debe alcanzar. En todo caso, a partir de Tomasio la separación entre Derecho, que incorpora la ética pública, y moral (sinónimo de ética privada) es un rasgo inseparable de la cultura política y jurídica moderna.

La ética pública es una aportación creativa de una pluralidad de personas, filósofos, juristas, politólogos, teólogos, literatos, científicos, etc., desde el tránsito a la modernidad hasta hoy. Es un acervo dinámico que recibe además toda la herencia clásica y muchas aportaciones medievales adaptadas a los nuevos tiempos. El fundamento es la idea de dignidad humana y se diversifica en dimensiones liberales, democráticas, socialistas, entre otras sobre la

teoría de la justicia. En ese contenido nuclear o esencial de la ética pública está la propia distinción entre ética pública y ética privada.

Como moralidad política, la vocación de configurar y organizar la vida social y establecer los objetivos del poder a través de su Derecho supone su transformación en moralidad jurídica, es decir, en contenidos de un sistema u ordenamiento jurídico. Las formas en que se integra la moralidad en el Derecho, como ética pública positivizada, es a través de los valores, de los principios de organización, de producción normativa y de interpretación y de los derechos fundamentales. Los valores expresan la comunicación entre la moralidad política y la jurídica y son la raíz y la fuente de los principios y de los derechos fundamentales. Aunque con diferentes matices según los sistemas políticos, en el mundo moderno tiene el protagonismo principal la libertad, acompañado de la igualdad y de la solidaridad o fraternidad, y precedidos todos de la seguridad, primer valor, valor inicial de los sistemas políticos modernos desde el Estado absoluto. Los principios y los derechos, también elementos centrales de la ética pública, se sitúan principalmente en su positivación en el interior del sistema jurídico, aunque como moralidad pública derivada del valor libertad y de los demás valores participan también de esa dimensión comunicativa con la moralidad política.

La ética privada se puede entender como oferta de una Iglesia, de una confesión, o de una escuela filosófica para seguir un camino que conduzca a la salvación, al bien, a la virtud o a la felicidad. En ese sentido es posible decir que ofrece una verdad que posibilita a

sus creyentes alcanzar una autonomía o independencia moral, también denominada libertad moral. La expresión evangélica "la verdad os hará libres" se debe entender en ese sentido, de que los creyentes, en este caso católicos, aunque la expresión se podría extender y generalizar a las religiones y a las concepciones de ética privada que partan de la existencia de un mensaje moral verdadero, alcanzan su libertad moral siguiendo el camino marcado en esa religión. Pero la expresión "la verdad os hará libres" no se puede trasladar al ámbito de la ética pública. Las verdades de la ética pública o se plasman en la ley o no son relevantes, aunque pueden expresar una moralidad crítica frente a las leyes injustas. Pero la verdad histórica y cultural que supone la ética pública del Derecho liberal democrático contiene dimensiones como el pluralismo, la neutralidad del Estado y la libertad ideológica, religiosa y de convivencia, que se contrapone a una utilización fundamentalista de la expresión "la verdad os hará libres" en el marco de una concepción religiosa que afirma el valor de su verdad por encima de coyunturales mayorías. No es pues "la verdad os hará libres" un buen lema de la ética pública, sino "la libertad os hará más verdaderos".

La ética pública asumida, que no creada inicialmente, por un poder político, al convertirse en ética jurídica positivizada, entra en las formas de producción normativa y, a través del legislador y después del juez, adquiere una dimensión de construcción, de manipulación no en sentido peyorativo, sino de operar con las manos, en este caso en sentido metafórico, identificándolas con los instrumentos de que dispone el Derecho para producir las normas.

Así, la ética pública dada se convierte en ética pública construida. Obviamente la construcción parte de los valores básicos dados, que tienen un contenido esencial no manipulable y del espacio público en que se realiza con unos ciudadanos en igual posición de ciudadanía, afecta al ámbito de la ética pública y no al de la privada. La realización de esa construcción tiene que ser visible, con publicidad en los procedimientos y en los debates.

Los operadores jurídicos son los profesionales, funcionarios y jueces que desarrollan y actúan sobre la ética pública dada. A través de sus decisiones, basadas en argumentos y razonamientos, pero en última instancia expresión de una voluntad, concretan los objetivos morales del Derecho, los modulan con criterios de utilidad o de oportunidad, los adaptan a nuevas situaciones, resuelven los casos difíciles y desarrollan y aplican los principios y los derechos a los casos concretos.

Cuentan, estos operadores con capacidad de decisión, con el apoyo de la reflexión de los operadores, que sólo poseen capacidad de consejo o de opinión jurídica, los científicos y los filósofos del Derecho, que perfilan los conceptos, establecen criterios de distinción, contribuyen con el metalenguaje que construyen a perfilar el lenguaje del Derecho y en esa tarea inciden en la concreción de la ética pública, proporcionando a los operadores con capacidad de decisión terminología que se incorpora a las normas.

En los sistemas jurídicos modernos esta inserción de la ética pública en el Derecho cuenta con cuatro grupos de operadores

especialmente importantes: dos donde la dialéctica político-jurídica, siempre presente, se inclina hacia el correlativo político, y otros dos donde se inclina hacia el correlativo jurídico. En el primer grupo tenemos al poder constituyente y al legislador ordinario, que decide entre las distintas opciones políticas, constitucionalmente posibles, el sentido y la orientación de la ley. En el segundo tenemos a los jueces que aplican la Constitución y la ley, interpretan las antinomias (contradicciones entre normas), salvan las lagunas y vacíos legales y resuelven los casos difíciles por zonas de penumbra o por textura abierta de los términos jurídicos. También y con carácter resolutivo último, allí donde existe garantía de la Constitución, una exigencia de la ética pública democrática, los Tribunales supremos (jurisdicción difusa) o los Tribunales Constitucionales (jurisdicción concentrada) tienen la última palabra sobre el sentido de los valores, de los principios y de los derechos, es decir, del contenido de la ética pública.

Las patologías que afectan a la distinción entre ética pública y ética privada son confusiones e identificaciones que no reconocen la separación, que configuran sociedades diferentes de la democrática y pueden ser de dos tipos, según la confusión suponga una imposición de la ética pública sobre la privada o al revés.

En todo caso, el Derecho de una sociedad democrática tiene, entre los contenidos necesarios de su idea de justicia, la distinción entre ética pública y ética privada. Como dice Habermas: "... el Derecho positivo no puede ya obtener su legitimidad de un orden moral que quedase por encima de él" y "se nutre de la actividad democrática

de los ciudadanos y de la receptividad de una cultura política liberal" También en otro trabajo sobre el bicentenario de "La Paz perpetua" de Kant dirá que "la acción política y su Derecho no pueden ser evaluados desde la categoría del bien y del mal"[47]. Eso exactamente pretende la distinción entre ética pública y ética privada, rasgo esencial de las sociedades secularizadas modernas.

4.4. LA CIENCIA DEL DERECHO:

En principio, es necesario distinguir las cuatro vertientes o dimensiones de la actual Ciencia del Derecho, a saber: la Dogmática Jurídica, que se ocupa del aspecto material o de los contenidos normativos de los sistemas jurídicos; la Teoría General del Derecho, que se ocupa de la estructura lógico-formal de los mismos; el Derecho Comparado, que es el sector de la Ciencia Jurídica que analiza comparativamente tanto las instituciones jurídicas vigentes como sectores jurídicos en su conjunto o incluso los sistemas jurídicos considerados en su totalidad, y por último, la Teoría de la Legislación, que se ocupa del análisis de los procesos y técnicas legislativos y tiene un carácter prescriptivo, en cuanto suministra criterios, principios y directivas para la correcta elaboración de las leyes.

a) La Dogmática Jurídica:

[47] J. Habermnas. Ob. cit., pág. 660.

La teorización jurídica realizada por esta disciplina científica -que tiene una larga tradición histórica, como se ha señalado en el apartado anterior- se centra sobre un sistema jurídico concreto y en lo referente al contenido material de sus normas, es decir, al contenido normativo de los textos legales. "Por ello, no se puede hablar de una dogmática "general" del Derecho, sino de la dogmática de cada sistema jurídico en concreto, e incluso para ser más exactos habría que hablar de las distintas dogmáticas jurídicas de cada ordenamiento jurídico en función de las diferentes ramas o sectores existentes dentro del mismo, como por ejemplo, la dogmática penal, la dogmática civil, la dogmática mercantil, la administrativa, la laboral, etc."[48]. El método de análisis utilizado por la Dogmática Jurídica es el método exegético y el de la interpretación dogmática del "deber ser" formal contenido en los textos legales, lo cual ha constituido tradicionalmente la labor por excelencia realizada por los juristas. La tarea de la Dogmática Jurídica es, en principio, interpretativa, pero también realiza una labor de sistematización, de ordenación y de construcción de conceptos dogmático-jurídicos, y todo ello con la finalidad de contribuir a la realización de la aplicación práctica del Derecho. Su objeto de estudio está configurado por un conjunto de normas jurídicas formalmente válidas, cuyo contenido conceptual ha de interpretarse con la finalidad de sistematizarlo y estructurarlo, construyendo un sistema lo más coherente y completo posible.

[48]André-Jean Arnaud y otro "Sistemas Jurídicos, Ed. Tecmnos, Madrid, 1997, pág. 33.

Respecto a las funciones que ha de cumplir la Dogmática Jurídica se pueden enumerar las siguientes:

a) La función descriptiva: en principio y bajo la influencia de la filosofía positivista se le asignó a la Dogmática Jurídica una función meramente descriptiva y cognoscitiva de los contenidos normativos de los textos legales. La Dogmática Jurídica debía limitarse a realizar una exégesis descriptivista de los textos legales. Con ello se cumplía la aspiración de neutralidad y objetividad cognoscitivas de la epistemología positivista.

b) La función interpretativa y práctica: la labor del dogmático del Derecho tiene una finalidad esencialmente práctica, porque dicha labor ha de consistir en suministrar criterios interpretativos y de aplicación del Derecho, así como propuestas de interpretación que contienen, a su vez, una valoración del Derecho vigente. El dogmático del Derecho opta -y, por tanto, valora previamente- por uno de los posibles contenidos interpretativos de los textos legales.

La función normativa o prescriptiva: se ha discutido mucho sobre si realmente la Dogmática Jurídica ha de cumplir una función normativa o no, y a la vez, si la Dogmática Jurídica ha de ser una ciencia normativa o una ciencia meramente descriptiva. Al respecto ha de distinguirse claramente entre las normas y los enunciados sobre normas y, consecuentemente, entre el Derecho y la Ciencia Jurídica. Los enunciados de la

Dogmática Jurídica son enunciados sobre normas y en sí mismos no tienen carácter normativo, sino que son enunciados descriptivos y conceptuales de cómo es el contenido normativo de los textos legales. Ahora bien, en la labor práctica de interpretación de la ley realizada por la Dogmática Jurídica ésta establece también propuestas de lege ferenda, es decir, propuestas para la modificación de las leyes, que conllevan una labor de valoración, de enjuiciamiento y de crítica de los textos legales en sí mismos, más allá de la mera descripción de lo que aquellos dicen. Por tanto, la Dogmática Jurídica, sin ser una ciencia normativa en sentido estricto - tan sólo lo sería por su objeto, pues analiza, describe e interpreta normas, pero no por sus resultados, pues no crea leyes que regulen el acontecer social ni proponen pautas de comportamiento -, sin embargo cumple una importante labor "prescriptiva", orientada prácticamente a la configuración final del Derecho, así como a la modificación del mismo mediante la presentación de propuestas de interpretación justificadoras. Ahora bien, esta labor entra en directa confrontación con las aspiraciones meramente descriptivas y conceptuales que la Dogmática Jurídica ha tenido bajo el dominio del positivismo jurídico.

Actualmente -como señala Calsamiglia- "las debilidades de la dogmática son evidentes. Por una parte, pretende ser un saber descriptivo y no valorativo. Por la otra, busca ser relevante no sólo desde el punto de vista descriptivo, sino también desde el punto de vista del participante. Ello le compromete en la tarea de recomendar soluciones a los problemas con los que se

encuentra el participante, y entonces se desliza por la pendiente de la reformulación del Derecho. Su función ya no sólo es descriptiva, sino también prescriptiva. Pero la prescripción se hace en nombre de la ciencia, y ello conlleva una función ideológica en el sentido de que trata de presentar como resultado de una actividad científica lo que es producto de la voluntad"[49].

c) La función de sistematización y ordenación: la Dogmática Jurídica, en su labor práctica e interpretativa, realiza también una labor de sistematización y ordenación del material legislativo, construyendo conceptos jurídicos y estructurando las diferentes materias legisladas. Todo ello con la finalidad de construir un sistema jurídico con las características de la coherencia, la unidad y la plenitud, el cual haga factible la realización de las demás funciones señaladas. Los textos legales no son más que el material básico con el cual el dogmático del Derecho construye y modeliza un sistema jurídico, que es mucho más que una mera suma de normas.

d) La función de crítica a la práctica judicial: cada vez más en los últimos años, la Dogmática Jurídica ha ido incorporando a su labor interpretativa y crítica de los textos legales también una labor interpretativa y crítica de las decisiones judiciales en aplicación de la ley. A su vez, esta labor contribuye a la

[49]Albert Calsamiglia, "Ciencia Jurídica, Ed. Trotta, Madrid 1996, pag. 23.

realización de propuestas de lege ferenda y de cambios jurisprudenciales y, por tanto, sirve de apoyo para la función prescriptiva de la Dogmática Jurídica anteriormente referida. Es más, podría afirmarse que la crítica a la práctica judicial encierra en sí misma una función también prescriptiva.

b) La Teoría General del Derecho

La segunda dimensión de la Ciencia Jurídica es aquella que se ocupa de estudiar el aspecto formal y estructural de los sistemas jurídicos, o dicho con otras palabras, la Teoría General del Derecho es el análisis lógico-formal de los conceptos fundamentales del Derecho. Como disciplina científica, la Teoría General del Derecho "surgió a finales del siglo xix a raíz del triunfo del positivismo jurídico, paralelamente, en dos ámbitos idiomáticos: en Inglaterra, bajo la denominación de "Analytical Jurisprudence" y de la mano de Jeremy Bentham y John Austin, y en Alemania, bajo la denominación de "allgemeine Rechtslehre" de la mano de autores tales como A. Merkel, Bergbohn y, posteriormente, Hans Kelsen. Su finalidad básica consiste en la elaboración de conceptos jurídicos formales que son comunes y básicos para todos los sistemas jurídicos, tales como el concepto de "deber jurídico", el de "derecho subjetivo", el de "norma jurídica", el de "deber ser-formal", el de "sanción", el de "delito", el de "proceso", el de "plenitud jurídica", el de "coherencia normativa", el de "unidad sistémica", etc., y se propone también el conocimiento de la estructura y funcionamiento interno de los sistemas jurídicos. Básicamente estaría formada por dos grandes partes (Bobbio): la teoría general de la norma y la

teoría general del ordenamiento jurídico. "Por ello, a diferencia de la Dogmática Jurídica, que se ocupa del análisis de un sólo sistema jurídico, la Teoría General del Derecho tiene como finalidad el análisis comparado de diferentes sistemas jurídicos con el objetivo no de analizar e interpretar sus contenidos materiales sino de estudiar su estructura formal, es decir, los elementos comunes a todos ellos (aspecto Formal) y no los elementos diferenciadores (aspecto material o de contenido)"[50]. Se trata, pues, de una perspectiva científica del Derecho, de carácter descriptivo y de conceptualización interna.

Como se puede apreciar por lo dicho anteriormente, la teorización jurídica realizada por la Teoría General del Derecho es una labor compleja y extensa que actualmente se ha ido configurando como la parte más general de la reflexión teórico-filosófica del Derecho. También en la actualidad la Teoría General del Derecho ha dejado de ser meramente estructural para adoptar, además, una perspectiva funcional, de tal manera que no se limita al análisis lógico-formal de los conceptos jurídicos básicos, sino que se incorporan también los problemas relacionados con el funcionamiento interno del sistema jurídico, especialmente centrados en los diferentes ámbitos de la decisión jurídica, por ejemplo, cómo se interpretan o se deben interpretar los textos legales, o cómo se aplica o se debe aplicar el Derecho (problemas de

[50] André-Jean Arnaud, ob. cit. Pág. 38.

metodología jurídica) y cómo se crean o elaboran las leyes, es decir, cómo se produce la decisión legislativa.

c) El Derecho Comparado

La ciencia del Derecho Comparado es aquella rama de la Ciencia Jurídica que trata de analizar comparativamente diferentes sistemas jurídicos considerados en su totalidad o diferentes sectores normativos o incluso instituciones jurídicas concretas pertenecientes a otros tantos sistemas de Derecho. El análisis comparativo de los sistemas jurídicos es una labor que facilita y ayuda a la elaboración de una "Teoría General del Derecho" tal y como anteriormente se ha explicado. Asimismo, los estudios comparativos del Derecho pueden contribuir y ayudar también a la labor interpretativa y a la prescriptiva de la Dogmática Jurídica, en cuanto esta última puede utilizar las propuestas de Interpretación realizadas en otros sistemas jurídicos como apoyo de sus propios criterios o propuestas de interpretación o de lege ferenda.

d) La Teoría de la Legislación

Tiene por objeto el estudio de los procesos legislativos de producción de normas. Su origen podemos encontrarlo en los trabajos de John Austin, el cual propugnó, junto a la Jurisprudence o ciencia descriptiva de los textos legales, la existencia de una Ciencia de la Legislación que tuviera un contenido normativo y prescriptivo y que se propusiera conocer cómo deben elaborarse las leyes. Es una disciplina que se encuentra a medio camino entre la

Filosofía Política y la Ciencia Jurídica. Es, en definitiva, una ciencia normativa porque intenta suministrar criterios éticos, pragmáticos, teleológicos e incluso lógico-formales para la mejor elaboración de las leyes; pero también tiene un carácter descriptivo previo, porque le interesa saber qué es lo que hacen los legisladores a la hora de crear una ley, es decir, cómo se produce la toma de decisiones legislativas. Cumple, además, una función crítica sobre los procesos de elaboración de las leyes, pero dicha labor crítica no se basa sólo en criterios éticos o morales (labor tradicionalmente asumida por la dimensión axiológica de la Filosofía del Derecho), sino también en criterios técnicos, lógicos, pragmáticos, lingüísticos, políticos, utilitaristas y de optimización o eficiencia de las leyes. No obstante, la actual Teoría de la Legislación se debate -como señala Virgilio Zapatero- entre la perspectiva meramente técnica o minimalista (ciencia descriptiva de las técnicas y los procesos legislativos) y la perspectiva normativa o maximalista, que intenta dar cabida también a criterios de racionalidad no meramente técnicos o formales y considera a la Teoría de la Legislación como una ciencia prescriptiva o normativa. Lo cierto es que, adoptando una u otra perspectiva, los análisis de la legislación están en auge en las últimas décadas, ya que también la legislación en sí misma se ha desarrollado excepcionalmente como consecuencia de la aparición del "Derecho regulativo", propio del Estado social e intervencionista, planteando de nuevo la vieja polémica sobre las facultades reformadoras de la legislación en el ámbito social y económico.

4.5. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

La Filosofía del Derecho, a diferencia de la Ciencia Jurídica, supone una reflexión filosófica o "metajurídica" sobre el Derecho, trascendiendo el dato empírico del Derecho positivo. Los orígenes de la reflexión filosófica sobre el Derecho se pueden remontar hasta la filosofía griega. Ahora bien, hasta el siglo XVIII dicha reflexión en occidente gira en torno a la idea del Derecho natural, aportando, por tanto, una concepción metafísica e iusnaturalista del Derecho. La sustitución de la misma denominación "iusnaturalismo" por la de "Filosofía del Derecho", para referirse a la reflexión filosófica sobre el Derecho se produce, en parte, cuando Hegel, en 1821, tituló su obra como Líneas fundamentales de la Filosofía del Derecho (Grundlinien derPhilosophie des Rechts). A partir de este momento la Filosofía del Derecho fue considerada como la reflexión filosófica sobre el Derecho positivo, ligada a la aparición de la filosofía positivista, y como veremos, intenta aportar una concepción crítica y totalizadora del Derecho positivo.

No obstante, dentro de la actual Filosofía del Derecho existe una gran pluralidad de corrientes, que van unidas a la propia orientación y concepción filosófica de los autores en cuestión. Por ello -como señala Eusebio Fernández- "el concepto que se tenga de la Filosofía del Derecho (temas, planteamientos, funciones, fines, etc.) depende de la concepción que tengamos de la filosofía; los distintos sistemas filosófico-jurídicos contemporáneos responden, en general, al pluralismo existente sobre el concepto y función de la filosofía, y ésta participa de distintas versiones (que van desde su

sobrevaloración a la certificación de su muerte) según los planteamientos ideológicos de cada autor, escuela o sistema filosófico; esta circunstancia nos obliga de forma inmediata a tomar postura sobre lo que entendemos por Filosofía"[51]

Ahora bien, quizá la forma más adecuada de saber qué es la Filosofía y, en concreto, qué es la Filosofía del Derecho, sea la delimitación de sus campos de aplicación o, lo que es lo mismo, la delimitación de sus temas o problemas básicos de análisis. Tradicionalmente se han señalado tres grandes áreas temáticas comunes a toda reflexión filosófica, a saber, el problema del conocimiento, el problema del ser y el problema de los valores; aplicando éstos a la Filosofía del Derecho los temas de desarrollo de esta última serían los siguientes:

1. La Epistemología Jurídica o el problema relacionado con los tipos de conocimiento científico que se pueden desarrollar sobre el Derecho, también denominada, a veces, como Teoría de la Ciencia Jurídica o Metodología del Conocimiento Jurídico. Se trata de analizar problemas precientíficos y heurísticos -y, por tanto, filosóficos- relacionados con: la reflexión sobre la formalización del objeto material de conocimiento de las diferentes ciencias jurídicas; la reflexión sobre la construcción conceptual de cada una de ellas; la reflexión sobre las funciones que debe realizar cada una de dichas ciencias, y la reflexión

[51]Eusebio Fernández, Filosofía del Derecho,, Ed. Debate, Madrid, 1984, pág. 44.

sobre la estructura del método cognitivo, en este caso la reflexión sobre los diferentes métodos jurídicos de conocimiento y sobre la aplicación de otros métodos cognitivos al conocimiento del Derecho. En definitiva, se trataría de abordar todos los problemas relacionados con el estatus del conocimiento científico de lo jurídico, o lo que es lo mismo, la aplicación de los diferentes modelos cognoscitivos sobre el saber jurídico. La teoría del conocimiento jurídico o teoría de la ciencia jurídica tiene, por tanto, un carácter previo y propedéutico, lo cual la convierte en básica y fundamental, porque el problema del conocimiento y de cómo se produce éste está en la base de cualquier construcción filosófica sobre el Derecho.

2. La Ontología Jurídica o el estudio del "ser" del Derecho, también denominada Teoría del Derecho. Este aspecto de la Filosofía del Derecho tiene por misión la delimitación del objeto cognitivo, esto es, la delimitación del marco conceptual del Derecho, es decir, conseguir un concepto unitario, global y totalizador del Derecho en el cual se puedan incluir y sintetizar todas las definiciones y aportaciones parciales proporcionadas por las diferentes ciencias jurídicas particulares (la Teoría General del Derecho, las diferentes dogmáticas jurídicas, la ciencia de la legislación, la sociología del Derecho, la lógica jurídica, la historia del Derecho, la antropología jurídica...), lo cual implica, a su vez, la renuncia a todo tipo de vestigio o enfoque metafísico del Derecho y, por tanto, la radical separación entre el "ser" del Derecho y el "deber ser" del

mismo. En la moderna Filosofía del Derecho la Ontología Jurídica aparece totalmente independizada de la Axiología Jurídica, lo cual no ocurría en la teoría iusnaturalista del Derecho, que podría definirse como una concepción óptico-axiológica del Derecho o como una concepción metafísica del mismo. La actual Ontología Jurídica o Teoría del Derecho trata de responder a la pregunta de qué es el Derecho partiendo del dato real del Derecho positivo y no a la pregunta de qué debe ser el Derecho, la cual pertenece al ámbito axiológico de la Filosofía del Derecho. En definitiva, los problemas ontológicos del Derecho tienen que ver mucho con las distintas concepciones jurídicas (normativistas, realistas, analíticas, iusnaturalistas...), pero lo que parece fuera de toda duda es que la teoría del Derecho ha de tender a una concepción "totalizadora" e integradora del fenómeno jurídico, y dicha concepción sólo se puede alcanzar a partir de la experiencia jurídica, esto es, captando su entero desenvolvimiento desde su génesis en las relaciones sociales, a su formalización normativa, su aplicación judicial y su teorización doctrinal. Los problemas ontológicos del Derecho son, por tanto, problemas de conceptualización externa, lo cual permite distinguir a la Ontología Jurídica o Teoría del Derecho de la Teoría General del Derecho, que se ocupa de la conceptualización interna del mismo.

3. La Axiología Jurídica o la Teoría de la Justicia. Esta parte de la reflexión filosófica sobre el Derecho se centra fundamentalmente en el análisis de cómo "debe ser" el

Derecho. Es, pues, una investigación de tipo deontológico que tiene como objeto de estudio los siguientes temas: el problema general de la valoración y justificación del Derecho, con especial atención a la finalidad o fines del mismo; la elaboración de los criterios de legitimación del mismo y la crítica de los diferentes sistemas de legitimidad existentes; la definición de los contenidos de justicia, de los valores superiores de cada sistema jurídico y de los principios jurídicos fundamentales, y, en definitiva, la respuesta a los problemas éticos que al Derecho se le plantean.

4.6. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La noción de ordenamiento jurídico supone una reconstrucción a partir de diferentes conceptos manejados en la historia del pensamiento jurídico. El concepto de Derecho, la idea de cohesión interna, la ponderación de fenómenos sociológicos, la incorporación de la interpretación y de la aplicación a la definición del propio orden normativo, así como la evolución de la noción de unidad de dicho orden muestran hasta qué punto la noción de sistema es determinada y a la vez determina a dichos elementos.

La concepción sistemática aparece indisolublemente unida a todos esos condicionantes, de modo que nuestra percepción de ordenamiento jurídico supone anticipar un juicio sobre los elementos que la conforman. La noción de sistema, en la dogmática jurídica, está delimitada por las concepciones del Derecho de cada

período histórico, en concreto por las culturas que han aportado influencias en la ordenación de nuestro actual Derecho.

El Derecho actual recoge las premisas que Kelsen enunció. Partimos de un concepto de Derecho como sistema normativo, estructurado y sistematizado, caracterizado por su sanción institucionalizada, formalizado desde una unidad y coherencia interna y cuyo fin es la regulación de la organización social. El marco de esta visión tiene dos antecedentes inmediatos que históricamente acotan estos presupuestos: por una parte, la teoría formalista formulada en la primera mitad del siglo XX por Kelsen, que reivindica la "pureza" de un Derecho que debe ser desarrollado teniendo en cuenta su exclusivo carácter normativo. La configuración sistemática se apoya en las nociones del deber ser de la norma y la traslada a la configuración sistemática y su concepción dinámica del sistema, despojándola de cualquier elemento "contaminante" ajeno a la ciencia jurídica. Por otro lado, la teoría institucionalista del Derecho, con Santi Romano desde su obra L'ordinamento giurídico hasta sus Principii di diritti constituzionales generale o los Fragmenti di un dizionario giuridico, incorpora la figura de la auctoritas superioris, a la figura de la institución, desde la fase de la creación del Derecho hasta su interpretación y aplicación.

Una buena síntesis de los elementos normativistas -con la incorporación de las críticas de Hart a las formulaciones kelsenianas-, los institucionalistas y los funcionales están en el pensamiento de Bobbio, que al definir el Derecho también como

relación, incorpora las bases del realismo a la herencia formalista del Derecho, proponiendo una unidad sistemática que tiene elementos del Derecho subjetivo como acción posible del sujeto, junto a la noción del deber jurídico que proviene de un sistema que los estructura.

La sanción institucionalizada es un rasgo que afecta al conjunto de las normas, superando la visión reducida de un Derecho visto sólo desde la teoría de la norma y de la sanción que corresponde a cada una de ellas.

La definición de norma como ordenadora de una sanción jurídica que Kelsen utiliza en su Teoría Pura del Derecho acaba por caracterizar al ordenamiento como un sistema coactivo. Si bien esta posición es ya paradigmática de la consideración del ordenamiento como un sistema coactivo, hay que ponerla en relación con la distinción entre normas autónomas y normas dependientes, así como con el principio de individualización de las propias normas.

Respecto a la primera distinción Kelsen consideraba que el ordenamiento estaba formado por normas autónomas que establecen directamente sanciones y normas dependientes, consideradas como normas secundarias respecto a las anteriores y que sólo tendrían la apariencia de norma. Las normas secundarias serían superfluas dado que tan sólo establecen vínculos con las que prescriben sanciones. Bentham y Austin, desde la teoría imperativista del Derecho, ya habían puesto el acento en el

mandato para fundamentar su concepto de Derecho; Kelsen utiliza estas nociones, que desde Ihering contaban con la coacción como núcleo sustantivo de la definición del Derecho. Kelsen supera estos antecedentes vinculando al "deber ser" de la norma frente a los actos de voluntad que crean, apoyan, desarrollan, imponen o derogan dichas normas. Formalmente se positiva en las figuras deónticas a las que puede reconducirse cualquier estructura normativa - el permiso, la prohibición o la obligación - , y los criterios de validez se independizan de la consideración de los actos de voluntad que la han generado. Lo relevante de la consideración sistemática es que los rasgos de pertenencia de las normas necesitan de la dimensión del sistema para abordar el problema de la existencia de normas sin sanción. Tradicionalmente los elementos funcionales vinculados a la eficacia, así como la constatación del monopolio del uso de la fuerza en el modelo jurídico político del Estado moderno y luego en el Estado de Derecho, sitúan el marco desde el que se responde a esta dificultad. Bobbio resume esta visión desde el carácter gradual del ordenamiento:

"En este paso de los planos más bajos a los planos más altos de un ordenamiento se presenta poco a poco una inversión de las relaciones entre Derecho y fuerza, sin que sea dado precisar en qué punto se presenta esta inversión; en los planos más bajos la fuerza está al servicio del Derecho: en los planos más altos el Derecho está al servicio de la fuerza. Con otra expresión podemos decir que, mirando un ordenamiento jurídico de abajo hacia arriba (éste es el punto de vista francamente más jurídico, o sea, precisamente, el del jurista), vemos un poder coercitivo dirigido a que un conjunto de

reglas sea obedecido; mirándolo de arriba hacia abajo (éste es precisamente el punto de vista político) vemos un conjunto de reglas dirigidas a que se pueda ejercer el poder"[52].

Kelsen construye el sistema jurídico a partir de la noción de sistema dinámico frente a los sistemas de carácter moral, que serían estáticos. Una norma fundante básica ("Grundnorm") sería el punto de referencia al que deben referirse el resto de las normas. "Todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica constituyen un sistema de normas, un orden normativo"[53]. De esta caracterización, de la que extraemos la unidad del sistema, cabe distinguir dos tipos de sistemas de normas, un tipo estático y otro dinámico.

Las normas del tipo estático se definirían por su contenido; su contenido es tenido en cuenta para subsumir lo particular a lo general. Lo característico es que podemos deducir el contenido de la norma particular, desde la norma general, mediante una operación lógica. El principio de validez del orden estático parte de un vínculo de deducibilidad, ya que de la norma superior deducimos la norma inferior.

El tipo dinámico se caracteriza por una regla que habilita la producción de otras normas. La norma superior faculta a una

[52]N. Bobbio, ob. cit., pág. 118.

[53]Kelsen, ob. cit. 202.

autoridad normadora para producir normas a partir de dicha autoridad y por los procedimientos que ella establece. El principio de validez del orden dinámico parte de un vínculo de legalidad, ya que la autoridad normativa habilitada por una norma del propio sistema puede dictar la norma válida.

Desde diferentes presupuestos el ordenamiento jurídico cuenta con la hipótesis de trabajo de considerar su conjunto de normas como un todo unitario, organizado desde un último fundamento de validez o, al menos, desde elementos que doten de unidad al sistema.

Desde Thomasio aparece una voluntad organizadora del Derecho objetivo, y con Jellinek el Derecho público se convierte en declaración unilateral de voluntad. Esta visión generalizadora, traducida de las declaraciones de voluntad particulares de los contratos, de los negocios en el Derecho privado, llega a convertirse en uno de los principios de unidad del sistema. El monopolio del uso de la fuerza mantenido por el Estado moderno y la transformación de nociones del Derecho privado convertidas en exponentes del Derecho público permite vincular el orden político y social con este principio de unidad que se instala en los principios institucionales. Así, paralelamente a los modelos de unificación de los sistemas jurídicos, el Derecho público había ido incluyendo como dimensiones propias las prácticas iusprivatistas, como, por ejemplo, los contratos transformados en acuerdos y la autonomía en la voluntad de las partes vinculada a dimensiones generales de interés o de fines, que suponen elementos comunes conforme a los

cuales el Derecho público se articula en unificaciones formales y materiales. La voluntad (Jellinek) o los fines e intereses (Ihering) se convierten en elementos propios de la unidad alojados en los principios institucionales.

Austin, en la primera mitad del siglo XIX, sostendrá un concepto unitario del Derecho basado en la idea de soberanía. El legislador mantiene una soberanía única que permite, a través de los mandatos, crear una estructura normativa de obligatorio cumplimiento para los ciudadanos, bien directamente por aplicación de las normas que él crea o por las de los legisladores habilitados para poder crear normas dentro de su competencia. El legislador (individuo o asamblea de individuos) mantendrá, a través de la creación directa de normas o de un modo indirecto a través de los legisladores delegados, una estructura unitaria, reforzada por la sanción en la que se apoyan sus mandatos. De este modo se crearía una comunidad vinculada a este conjunto de mandatos con carácter unitario con la unificación que la soberanía del soberano o sus legisladores delegados realizan a través de las normas derivadas.

Los dos grandes precursores de la unidad jurídica en el siglo XX serán Kelsen y Hart.

Para Kelsen el sistema jurídico se apoya en una norma hipotética fundamental que asegura su unidad y su validez. La forma de derivar las normas de esa primera norma fundamental es a través de un principio estático o bien a través de un principio dinámico,

que provocan la existencia de los denominados sistemas estáticos o sistemas dinámicos que ya hemos visto. El sistema jurídico tiene esencialmente un carácter dinámico, es decir, "no vale porque su contenido pueda inferirse mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. De ahí que cualquier contenido que sea puede ser Derecho"[54].

La norma fundamental permite asegurar la pertenencia de las normas a un determinado sistema, y por otra parte será garantía constante de la validez de dicha norma dentro del ordenamiento jurídico. Este sistema está organizado conforme a una jerarquización de normas cuya validez deriva de dicha norma fundamental.

La norma fundamental justifica la validez y la unidad del ordenamiento jurídico. Por una parte, el carácter dinámico del sistema asegura que la jerarquía normativa vincula por el principio de legalidad el ordenamiento jurídico en su conjunto a la norma fundamental. La validez conferida por la norma fundamental a las normas está indicando no sólo la identidad de estas normas como criterio de pertenencia, sino además el grado máximo de autorreferencia que tiene el sistema. Es un sistema "interno", tal y como

[54]Kelsen, ob. cit. Pág. 205.

quedaba arriba definido, que no necesita elementos externos al propio ordenamiento para definir y solucionar los problemas de coherencia interna.

No se ocultarán aquí los variados problemas surgidos de la conexión íntima entre validez y unidad del sistema. La unidad del sistema en el pensamiento kelseniano está definida por elementos puramente descriptivos a partir del principio de legalidad, con la autoridad y los órganos habilitados para crear normas. Si se vincula a los problemas de pertenencia, a la validez en último grado, todo aquello que forma parte de las relaciones de la validez con problemas de eficacia y de legitimación puede afectar a la unidad en última instancia.

Los problemas derivados de vincular la unidad a la eficacia residirían en la aproximación que hace Kelsen de los conceptos de validez y eficacia. El sistema jurídico no existe sin un mínimo de eficacia:

Otro problema proviene de la identificación para KELSEN del Derecho con el Estado. Los elementos unificadores que provienen de las nociones jurídico-políticas vinculadas a la existencia del Estado se incorporan a la ciencia jurídica, ya que "... la identificación del Estado con el Derecho, el conocimiento que el

Estado es un orden jurídico, es presupuesto de una ciencia jurídica auténtica"[55].

Para Hart la unidad del ordenamiento jurídico se apoya en la denominada regla de reconocimiento, una regla última que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema. Se combina en esta regla la idea de que entre los criterios utilizados combinando la subordinación y la primacía uno de ellos es supremo. De modo que para definir la regla de reconocimiento debemos tener en cuenta que además de ser una regla última utiliza un criterio supremo. Un criterio de validez es supremo "si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema"[56].

La diferencia primera con la norma fundamental de Kelsen es que no es una hipótesis de trabajo, sino que la regla de reconocimiento de Hart es una norma positiva, aunque esta norma puede ser "reconocida" desde una práctica social de obediencia, desde una costumbre reconocida como tal por los operadores de una determinada comunidad. Mediante la regla de reconocimiento se está produciendo a la vez un acto de individualización del ordenamiento jurídico en relación con otros ordenamientos que dependerían de otra norma de reconocimiento a su vez. Ya que sólo puede haber una norma de reconocimiento por cada ordenamiento jurídico, para salvar los problemas de falta de certeza

[55]Kelsen, ob. cit. Pág. 223.
[56]H. L.A. Hart, ob. Cit. Pág. 132.

la regla de reconocimiento funciona como regla inclusiva respecto a las normas reconocidas por ella y excluyente respecto las normas de otros ordenamientos. Los puntos de vista desde los que son observados en esta identificación del Derecho, a partir de su regla de reconocimiento, permite a Hart distinguir un punto de vista externo y un punto de vista interno.

El punto de vista externo maneja enunciados externos que son emitidos por quienes se sitúan fuera del Derecho de ese ordenamiento y sin aceptar su regla de reconocimiento enuncia el hecho de que otros la aceptan. Sería un enunciado de este tenor: "En Inglaterra reconocen como Derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en el Parlamento." El punto de vista interno, sin embargo, parte de los enunciados internos, que manifiestan la percepción de quien acepta la regla de reconocimiento y, sin enunciar el hecho de que es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema[57].

El sistema se concibe igualmente como un conjunto ordenado de normas que cuenta con una coherencia interna de sus componentes básicos, especialmente de las normas como unidades básicas del ordenamiento jurídico. Es necesario insistir en que las bases de la coherencia interna dependerá de qué tipo de sistema estemos manejando. Aunque la definición de coherencia no depende de la consideración de la unidad del sistema, tendremos que tener en

[57]Ibidem, pág. 128.

cuenta cuál es el criterio unificador de cada ordenamiento para poder establecer las relaciones entre las normas. Así, es diferente el criterio de coherencia interna de un sistema regido por el principio de deducibilidad, propio de un sistema estático, que el de legalidad, que define el sistema dinámico en la terminología kelseniana.

Hemos manejado una visión del ordenamiento claramente dinámica, en donde puede afrontarse con cierto éxito el problema que afecta a la coherencia de las normas, en tanto en cuanto la presencia de antinomias es un rasgo común entre los sistemas modernos. Por otro lado, los sistemas dinámicos exigen que aunque la unidad del sistema no se identifica con la coherencia del mismo, la primera afectará sustancialmente a la segunda.

SEGUNDA UNIDAD: ESTRUCTURA Y DIVISIÓN DEL DERECHO

CAPITULO 5: DIVISIÓN DEL DERECHO

5.1. Derecho Público, Derecho Privado y Derecho Social.
5.2. Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo.
5.3. Derecho Sustantivo y Derecho Adjetivo.
5.4. Derecho Natural y Derecho Positivo:
5.4.1. Derecho Natural
5.4.2. El Iusnaturalismo: concepto y características.
5.4.3. Un Derecho Natural renovado.
5.4.4. El Positivismo Jurídico.

Generalmente se nos indica que las grandes divisiones del Derecho, de a cuerdo con los asuntos regulados son: a) público, privado o social; b), objetivo o subjetivo; c) sustantivo y adjetivo; y, d) según las diferentes concepciones cuya polémica subsiste: Derecho Natural o Derecho Positivo. Veamos en que consiste cada uno de ellos:.

5 .1. DERECHO PUBLICO, PRIVADO O SOCIAL:

La primera gran división del Derecho, es en público y privado. El derecho público garantiza el interés general y el privado el interés particular.

a) **Derecho Público:**

Es el que atañe a la cosa pública. Regula la actividad del Estado, de los organismos del Estado y la relación del Estado con las personas naturales y jurídicas. El derecho público es jerárquicamente superior al derecho privado. El derecho público no admite interpretaciones y solo se puede hacer lo que el disponga. El derecho público a su vez se divide en: Constitucional, Administrativo, Penal, Procesal, Financiero, Internacional, Fiscal, Electoral.

El Derecho Constitucional regula la organización del Estado, los deberes y atribuciones de las diferentes funciones, autoridades y organismos del Estado y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El Derecho Administrativo regula la organización y funcionamiento de las instituciones del Estado y de régimen seccional y autónomo descentralizado y los servicios públicos.

El Derecho Penal regula las infracciones y las sanciones de los hechos ilícitos: delitos y contravenciones.

El Derecho Financiero regula las finanzas del Estado, el Presupuesto, los impuestos, tasas y contribuciones.

El Derecho Procesal regula el debido proceso en los diferentes trámites.

El Derecho Internacional regula las relaciones entre los Estados y los organismos internacionales.

El Derecho Fiscal contiene un conjunto de normas jurídicas que sistematizan y regulan los ingresos fiscales del Estado, regula las contribuciones, impuestos y tributos.

b) Derecho Privado:

Regula las relaciones de los particulares entre si y sus relaciones con el Estado. Concierne a la utilidad de los particulares. Las principales ramas son el Derecho Civil y el Mercantil.

El Derecho Civil regula los principales actos de la vida humana: el nacimiento, los derechos y extinción de las personas, el régimen de bienes, los modos de adquirir el dominio, la capacidad, las obligaciones y los contratos.

El Derecho Mercantil se refiere al comercio, regula los actos y contratos de las operaciones mercantiles entre comerciantes y no comerciantes y lo relacionado con documentos y sociedades mercantiles Se dice que el derecho mercantil es un conjunto de normas que se aplican a los actos de comercio sin consideración a las personas que los realizan.

c) **Derecho Social:**

Tiene por objeto la protección de los sectores sociales más desprotegidos con el propósito de igualarlos en condiciones de empleo, trabajo, producción, etc. Tutela los derechos de la sociedad en su conjunto, tratando de igualar a los menos favorecidos socialmente. Entre las principales ramas del Derecho Social tenemos el Derecho Agrario, el Derecho Laboral y la Seguridad Social.

El Derecho Agrario regula las relaciones de tenencia de la tierra y de la propiedad rural a fin de que ésta cumpla una función social. Protege las relaciones y derechos de los campesinos para integrarlos al desarrollo nacional.,

El Derecho Laboral regula las relaciones entre el patrono y el obrero a quien le concede una serie de garantías y prestaciones. Regula el salario, la jornada de trabajo, las cusas de terminación de los contratos, los derechos y obligaciones del patrono, etc.

La seguridad social regula los derechos de los empelados de las instituciones del Estado.

Actualmente, con la implementación del estado social de Derecho, existe un gran avance del derecho social y un predominio del Derecho Público frente al Derecho Privado. Hoy, como lo veremos luego la primera fuente del Derecho es la Constitución de cada país, antes, cuando predominaba el derecho privado se la consideraba a

la ley como la primera y más importante fuente del derecho, por ello se dice que hemos pasado del estado de legalidad al estado de constitucionalidad.

5.2. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

Anteriormente se sostenía que la conducta humana es natural, conforme a la naturaleza o persiste por ella y apareció la doctrina del Derecho Natural. A ello se ha denominado también derecho positivo y se dice que una de las principales funciones del Estado es proteger el derecho natural o el derecho positivo y a instituciones como la propiedad y la vida. Hoy se enseña mejor que el derecho debe ser sustentado en un sistema objetivo y en un sentido subjetivo.

5.2.1. El Derecho Objetivo:

El Derecho Objetivo es el conjunto de normas dictadas por el Estado, esto es que comprende la totalidad del denominado Derecho Positivo, Derecho norma o del ordenamiento o de la legislación vigente de un Estado.

El Derecho Objetivo tiene las siguientes características: es un ordenamiento jurídico totalizador de la condición humana, es comprensivo, es supremo y exclusivo, pues nadie está por encima de él.

Está constituido por todo el conjunto de normas jurídicas y, tienen su jerarquización, esto es que pueden estar contenidas en la Constitución, Convenios o Tratados, Leyes, Decretos, Estatutos, Reglamentos, Acuerdos, Resoluciones y Ordenanzas. Esto sería la estructura vertical del Derecho; pero hay también una estructura horizontal y así tenemos Códigos y Leyes principales.

El Código es un cuerpo orgánico y sistemático de leyes relativas a una rama del Derecho. Se halla estructurado por libros, títulos, capítulos, secciones, párrafos, numerales o literales e incisos. La codificación está ordenada por instituciones. Entre los principales Códigos tenemos: Civil, Penal, de Comercio, del Trabajo, de Menores, de Salud, Tributario, de Ejecución de Penas, de Procedimientos Civil, de Procedimiento Penal, etc.

Tenemos además que las normas que tienen calidad de ley constan en cuerpos organizados con la denominación de Ley sobre las diferentes materias, así: Ley de Cheques, de Aguas, de Caminos, de Compañías, de Inquilinato, de Contratación Pública, de Servicio Civil y Carrera Administrativa, de Tránsito y Transporte Terrestre, de Modernización del Estado, de Desarrollo Agrario, Orgánico de Aduanas, del Ministerio Público, de Fomento Industrial, etc.

5.2.2 El Derecho Subjetivo:

Es el conjunto de facultades que el Derecho Objetivo reconoce al hombre en relación con las demás o con el Estado. Es la

facultad de señoría que posee una persona, la posibilidad de obrar o de querer ejercer ese derecho.

El concepto de derecho subjetivo es un concepto moderno, porque la propia lógica de su formulación requiere una concepción individualista. Por este motivo, la categoría de derecho subjetivo no existió en la antigüedad, caracterizada por una concepción comunitaria del hombre. Así, las formulaciones del Derecho Romano prescindieron de esta categoría entendiendo por ius la situación jurídica o status atribuida a una persona en relación con otra o con una cosa o los beneficios que obtiene en la distribución de un bien (status familias, libertatis, civitatis o ius fruendi, ius utendi, ius abutendi).

Sólo en la Edad Media (siglo XIII) comienza a perfilarse esta categoría a cargo de teólogos nominalistas como Duns Scoto y, fundamentalmente, Guillermo De Occam. El contexto en que surge es la denominada cuestión de la pobreza evangélica, consistente en la articulación del voto de pobreza de los franciscanos con la propiedad de bienes mundanos. Diversas decrétales y constituciones papales habían resuelto, si bien no definitivamente, la cuestión reconociendo a los franciscanos un derecho de uso de los bienes cuya propiedad correspondía a la Santa Sede. Una constitución del Papa Juan XXII rechazó esta posibilidad sobre la base, entre otras, de que no cabía un derecho de uso sobre bienes que se consumían. Occam intervino en la polémica distinguiendo dos clases de poderes: el poder de usar (ius poli) y el poder de reivindicarla (ius fori). Lo que nos interesa es la argumentación

empleada. Occam impugna la visión racionalista y objetivista del Derecho basada en la teoría de Tomás de Aquino, propugnando la sustitución de la comprensión del Derecho como lo justo en el caso (id quod iustum est) por la de un poder del sujeto (potestas). Este poder del sujeto no es una parte del conjunto de ventajas o cargas distribuidas por el poder, sino una potestad del sujeto sobre la norma externa vinculante. La definición de Occam es "el poder humano principal de reivindicar en juicio un bien temporal y de tratarlo de cualquier modo que no sea prohibido por del Derecho natural"[58].

Desde estos parámetros podemos comprender que las teorías tradicionalmente iusnaturalistas establecían una prioridad del derecho subjetivo sobre el Derecho objetivo, en el sentido de que este último se circunscribía a reconocer los derechos y reglamentar su ejercicio. Este planteamiento axiológico entraba en tensión con la estructura lógica del derecho subjetivo como una facultad que estaba prevista en el Derecho objetivo (especialmente evidente a raíz del proceso de la codificación) y requería una difícil ponderación entre ambas[59].

"El acto facultativo se halla definido en la norma (proposición normativa) y no es cosa distinta del Derecho objetivo, pues no hay, en rigor, más que el Derecho, que es forma de vida social y por

[58]R. Soriano, Comprendio de Teoría General del Derecho, Ed. Ariel, Barcelona, 1993, pág. 178.
[59]A. E. Pérez-Luño, Teoría del Derecho", Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 53.

tanto vida social en forma y, en cuanto vida, es libertad, o sea, ininterrumpida actuación de actos facultativos, de actos que son jurídicos" porque siendo "sociales" poseen un sentido de justicia, que son jurídicamente libres" porque son no-obligatorios y no-debidos, y son "derecho" en sentido "subjetivo" porque integran la "forma ", la "estructura normativa" del obrar jurídico-social, porque las "proposiciones normativas" definen con precisión los efectos jurídicos favorables de tales actos y porque el "ordenamiento jurídico" queda como subjetivado, hay una entrega del mismo al sujeto, para regular esferas de competencias, delimitar su libertad positiva en un sentido más estricto que el que implica la capacidad general de obrar"[60].

Desde un punto de vista general, el concepto de derecho subjetivo alude a aquellas situaciones reguladas por el Derecho que suelen denominarse como "inmunidad" "libertad", "privilegio", "prerrogativa", "facultad", "exención", "potestad", "poder", "pretensión legítima", "interés legítimo", "atribución", "garantía", "capacidad", "competencia", "autorización", "permiso", "licencia", "impunidad", "concesión" "título", "opción", "limitación de responsabilidad", "prioridad", "preferencias", "jurisdicción", "independencia", "autarquía ", "autonomía", "inoponibilidad", etc.

[60]Legal y Lacambra, ob. cit. Pág. 731.

A los efectos de agrupar todas estas múltiples acepciones bajo una fórmula común vamos a entender provisionalmente por derecho subjetivo aquella calificación normativa que "consiste en atribuir a una determinada situación del sujeto el imperativo de una conducta correlativa en otro u otros sujetos"[61].

Existen grandes teorías clásicas que ensayaron su fundamentación: la teoría de la voluntad, la teoría del interés y la teoría ecléctica.

Teoría de la voluntad: esta teoría, sostenida por autores como Savigny, Puchta y Windscheid, a quienes se suman nombres como Bierling, Zitelmann, Binder, Saleilles o Del Vecchioo, parten del supuesto filosófico, de origen parcialmente kantiano y parcialmente hegeliano, del carácter central de la autonomía de la voluntad. El derecho subjetivo va a ser definido (Windscheid) como "un poder o señorío de la voluntad reconocido por el ordenamiento jurídico como una voluntad jurídicamente protegida". En este señorío distinguían dos aspectos: por un lado, la facultad de exigir un comportamiento positivo o negativo de la persona o personas que se hallan frente al titular de ese derecho subjetivo, lo que suponía convertir el imperativo establecido por el Derecho objetivo en derecho subjetivo, y por otro, la voluntad que origina el nacimiento, extinción o modificación de derechos o facultades.

[61]L. Recasens Siches, Introducción al estudio del Derecho, ed. Porrúa, México, 1996, pág. 154.

Teoría del interés: su formulación clásica es de Rudolf Von Ihiering y surge como una respuesta a las anteriores. Entiende el derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido. Para ello distingue dos aspectos del mismo. Por un lado, el elemento sustantivo: el interés, y por otro, uno formal: el procedimiento jurídico de defensa del interés. Ambos elementos son igualmente necesarios para definir el concepto. Esta teoría también fue objeto de severas críticas respecto a la idea de que, de la misma forma que puede haber derechos subjetivos sin voluntad, puede haberlos sin interés; derechos cuya defensa no es atribuida al titular mismo, derechos que difícilmente responden a este modelo como los derechos políticos.

Teoría ecléctica: protagonizada por Jellinek a finales del siglo pasado, intenta una mixtura entre las tesis de la voluntad y del interés. Los términos de su definición de derecho subjetivo son "un interés tutelado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual". La propuesta tuvo relativo éxito hasta las formulaciones de las teorías contemporáneas. Supo integrar las corrientes previamente enfrentadas, aunque su eclecticismo les hace acreedor tanto a las críticas formuladas contra una como contra otra teoría.

Formulación de los derechos subjetivos en la dogmática: finalmente, desde un punto de vista dogmático, los derechos subjetivos se clasificaron en derechos absolutos y derechos relativos. Los primeros son derechos ejercitables universalmente contra

cualquiera (erga omnes) y comprendían los denominados derechos personalísimos y los derechos reales.

Los personalísimos concernían al ser de la persona y agrupaban los derechos a la vida, a la integridad física y moral, al honor, al nombre, etc. En general se caracterizaban por ser necesarios u originarios, irrenunciables, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Los derechos reales (derechos in rem) concernían a lo que la persona podía poseer y versaban, así, sobre bienes del mundo externo con carácter pleno (básicamente el derecho de propiedad) o limitado (derechos reales in re aliena, como, por ejemplo, el usufructo).

Los derechos relativos son derechos ejercitables solamente contra las personas a las que obliga (derechos in personam). La categoría fundamental es la de derechos de crédito. Son, como los derechos reales, eventuales, renunciables y sometidos a prescripción. Como categoría especial de derecho subjetivo se recogían los denominados derechos potestativos, referidos a aquellas facultades atribuidas a un sujeto para la satisfacción de intereses que no eran específicamente suyos y que no quedaban a su libre arbitrio sino sólo a su discrecionalidad (por ejemplo, derechos de patria potestad).

La teoría del derecho subjetivo de Kelsen: a diferencia de los planteamientos de las teorías tradicionales expuestas y de las formulaciones dogmáticas del derecho subjetivo, desde principios del siglo XX comenzaron a consolidarse teorías que desarrollaban la

categoría de derecho subjetivo como un mero reflejo del deber jurídico. Entre ellas podría incluirse a gran parte del realismo jurídico y especialmente a Alf Ross. Sin embargo, la teoría emblemática de esta perspectiva es la de Hans Kelsen y vamos a desarrollarla con algún detenimiento.

Kelsen parte de que debe eliminarse todo dualismo entre Derecho objetivo y derecho subjetivo. Este último sólo se puede comprender como la relación de la norma establecida por el ordenamiento jurídico con la conducta de un individuo. La forma de establecer esa vinculación varía en función del tipo de derecho subjetivo de que se trate, término que, denuncia, soporta un elevado grado de ambigüedad. En este sentido, Kelsen distingue seis sentidos de derecho subjetivo.

1) Comprender el derecho subjetivo como equivalente a no prohibido. En estos supuestos se ha de entender que no existe en el ordenamiento jurídico una norma que establezca una sanción condicionada a la realización de dicha conducta. En este sentido, Kelsen está contemplando como derecho subjetivo la existencia de un permiso débil, entendiendo por éste el que no se halla prohibido pero tampoco expresamente dispuesto. En este apartado se plantea un problema referente a la posibilidad de que exista una laguna en el orden jurídico consistente en que una determinada conducta no esté ni prohibida, ni permitida, ni sea obligatoria. Kelsen no aceptaría la conclusión de que existan lagunas en el sistema jurídico por lo que sostiene la existencia de un principio de clausura, según

el cual "todo lo que no está prohibido, está permitido". De este modo, si "permitido" significa estrictamente "no prohibido", la sustitución de un término por otro en el enunciado anterior nos llevaría a sostener que "todo lo no prohibido está no prohibido", que será un enunciado verdadero a costa de su carácter tautológico.

2) Comprender el derecho subjetivo como equivalente a autorización. En este sentido se está aludiendo a la existencia de una norma que permite o autoriza expresamente un determinado comportamiento y no al hecho puramente negativo de no estar prohibido por otra norma. Así, señala expresamente que requiere "el acto positivo de un órgano de la comunidad", vinculando estas permisiones normalmente al Derecho administrativo[62]

3) Comprender el derecho subjetivo como correlato de una obligación activa. Esta categoría de derecho subjetivo es la que Kelsen comprende como un derecho subjetivo de carácter reflejo. Como se señaló en el apartado correspondiente al deber jurídico, el autor austriaco está considerando la existencia de una norma que imputa el deber lógico-normativo de imposición de una sanción a la verificación de un acontecimiento relacionado con la conducta humana. La conducta opuesta a la descrita en la norma puede ser

[62]Kelsen, ob. cit. Pág. 150.

observada como la imposición de un deber para su destinatario. Pues bien, la misma relación puede ser observada desde el punto de vista de aquel que resulta beneficiado del cumplimiento del deber. En este caso hablaríamos de derecho subjetivo, pero siendo conscientes de que hablamos de la misma relación. Por ejemplo, una norma dispone que al comprador que no pague el precio le serán ejecutados sus bienes por la cuantía suficiente. La conducta opuesta, pagar el precio, puede entenderse como el deber jurídico del comprador. La misma relación puede ser vista como un reflejo desde la perspectiva del vendedor.

4) Comprender el derecho subjetivo como correlato de una obligación pasiva. Nos encontramos en el mismo supuesto que en el caso anterior, con la matización de que aquí el derecho subjetivo es correlativo a un deber jurídico consistente en un no hacer. Esta estructura es la que corresponde, entre otros, al derecho de propiedad, lo que le lleva a Kelsen a impugnar las distinciones dogmáticas clásicas que antes señalábamos, de derechos in rem y derechos in personam. Así, todos los derechos pertenecerían a esta última categoría y los derechos reales se distinguirían, en su caso, por afectar al comportamiento de un número indeterminado de individuos.

5) Comprender el derecho subjetivo como acción procesal. Esta dimensión del derecho subjetivo merece por Kelsen el calificativo de técnico o estricto y no es reducible al concepto de derecho subjetivo, sino que constituye una noción autónoma.

Consiste en la posibilidad de recurrir a la organización judicial para instar la producción de una norma particular que consiste en la imposición de la sanción prevista para el incumplimiento de la obligación.

6) Comprender el derecho subjetivo como un derecho político. Kelsen incluye en esta categoría dos situaciones distintas. Por una parte, el derecho a participar en la producción de normas generales mediante el ejercicio del derecho de voto en las elecciones al Parlamento en las sociedades democráticas. Sin embargo, este poder jurídico de participar en la producción de normas jurídicas es similar al derecho subjetivo en sentido técnico que se vio en el apartado anterior. De esta forma, el derecho subjetivo en sentido estricto supone un poder jurídico de instar la creación de una norma jurídica particular, extremo que resulta equivalente al poder jurídico de instar la creación de una norma jurídica general.

5.3. DERECHO SUSTANTIVO Y ADJETIVO

Otra clasificación que podríamos decir clásica del Derecho es sustantivo y adjetivo.

5.3.1. El Derecho Sustantivo:

Es el conjunto de normas jurídicas que regulan los derechos o atribuciones y los deberes obligatorios de las personas.

El sujeto de derechos y atribuciones tiene la facultad de obrar y el sujeto de los deberes u obligaciones tiene que cumplir.

El Derecho Sustantivo se contiene o es parte del Derecho Objetivo o del Derecho Positivo. Siempre que encontremos en una norma jurídica un derecho o una garantía estamos en presencia del derecho sustantivo.

5.3.2. El Derecho Adjetivo:

Es un cambio el conjunto de normas jurídicas que regulan los procedimientos o trámites que deben seguirse para hacer efectivo el derecho sustantivo.

El Derecho Adjetivo comprende el derecho de acción que regula el desarrollo del proceso, mediante un procedimiento legalmente establecido para hacer efectivo el derecho sustantivo.

El Derecho Adjetivo regula los llamados actos procesales, que son actos jurídicos que pueden ser actos de decisión, de comunicación, de documentación, de obtención, de petición, de disposición, de desistimiento, de allanamiento o de transacción.

5.4. DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

5.4.1. El Derecho Natural

La Teoría General del Derecho, tal como ha sido desarrollada por la ciencia jurídica positivista del siglo XIX, está caracterizada por un dualismo que afecta al sistema en su conjunto y en cada una de sus partes. Es una herencia de la doctrina del derecho natural a la cual ha sucedido esta teoría general.

La doctrina del derecho natural tiene por fundamento el dualismo del derecho natural y del derecho positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el problema eterno de la justicia absoluta y dar una respuesta definitiva al problema del bien y del mal en las mutuas relaciones de los hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar los hechos de la naturaleza para encontrar la solución absolutamente justa de los problemas sociales.

Dicha teoría supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está

dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular serían una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa.

En el grado más primitivo de la civilización esta interpretación de la naturaleza reviste la forma del animismo, para el cual los animales, las plantas, los ríos, las estrellas son seres animados: los espíritus o las almas se encuentran en ellos o detrás de ellos y se comportan con respecto a los hombres de la misma manera que los hombres entre sí. El animismo resulta así una interpretación social de la naturaleza, concebida como un elemento del grupo social. Más aún, los espíritus ubicados en el interior de las cosas o detrás de ellas son considerados como seres muy poderosos, capaces de dañar al hombre tanto como de protegerlo. También deben ser objeto de un culto, de tal manera que el animismo es igualmente una interpretación religiosa de la naturaleza.

En un estadio más elevado de la evolución religiosa, los diversos espíritus son remplazados por un solo Dios, cuya voluntad justa y todopoderosa se manifiesta en la naturaleza. Si la doctrina del derecho natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el derecho natural es necesariamente un derecho divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al derecho positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, solo la hipótesis de un derecho natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los

derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el derecho positivo no podría otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos.

Toda doctrina del derecho natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado, pero la mayor parte de sus partidarios, y especialmente los más eminentes, buscan distinguir el derecho natural del derecho divino y fundar su teoría sobre la naturaleza, tal como es interpretada por la razón humana. Pretenden deducir el derecho natural de la razón humana y dar así a su teoría un carácter seudoracionalista.

Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del derecho natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquéllas por las cuales las ciencias del derecho y la moral describen el suyo. Ahora bien, hemos visto que las leyes naturales aplican el principio de causalidad en tanto que las leyes normativas recurren al de imputación. Como objeto del conocimiento científico, la naturaleza es un sistema de hechos ligados los unos a los otros por relaciones de causa a efecto, independientes de toda voluntad humana o sobrehumana. El derecho y la moral, por el contrario, son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana y que establecen relaciones fundadas sobre el principio de imputación entre las conductas humanas que regulan.

La naturaleza es, pues, lo que es; el derecho y la moral, lo que debe ser. Al identificar las leyes naturales con las reglas de derecho y al pretender que el orden de la naturaleza es un orden social justo o que contiene dicho orden, la doctrina del derecho natural, a la manera del animismo primitivo, considera que la naturaleza forma parte de la sociedad.

Como ya lo expresamos anteriormente, una norma constituye un valor; un juicio que comprueba que un hecho es o no es conforme a una norma, es un juicio de valor. Este juicio es esencialmente diferente de un juicio de realidad si la norma con la cual se relaciona no ha sido creada por un acto que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo, sino que ha sido solamente supuesta por el autor del juicio. El valor no es inherente al objeto juzgado sino que le es atribuido por una norma. Ese valor representa la relación entre el objeto y la norma. El análisis de un objeto o de una conducta humana no permite descubrir el valor, puesto que éste no es inmanente a la realidad natural y no puede ser deducido de ella. Cuando un hecho se da en la realidad natural, de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico.

Solamente en la voluntad divina lo que debe ser coincide con lo que es y solo en ella el dualismo lógico de la realidad y del valor se encuentra eliminado; pero esto supone colocarse en un punto de vista metafísico e irracional. Si consideramos que la justicia de Dios

es inmanente a la realidad, es preciso admitir que esta realidad es la manifestación de la voluntad justa de Dios.

Hemos visto que los valores constituidos por normas simplemente supuestas por el autor de un juicio tienen un carácter subjetivo, puesto que están fundadas, en un último análisis, sobre el deseo o el temor. La doctrina del derecho natural pretende que las normas que regulan la conducta de los hombres pueden ser halladas analizando la realidad natural, dado que serían creadas conjuntamente por la naturaleza y la voluntad de Dios. Serían, pues, normas positivas. Pero no es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas. En realidad, las normas que la doctrina del derecho natural considera "puestas" por la voluntad divina, son únicamente normas supuestas por aquellos que afirman su validez. Los valores que ellos declaran objetivos y absolutos son solamente subjetivos y relativos.

Según la doctrina del derecho natural existe, por encima del derecho positivo -imperfecto y creado por los hombres-, un derecho natural, perfecto, absolutamente justo, establecido por una autoridad sobrehumana. De aquí resulta que el derecho positivo encuentra su justificación y su validez en su correspondencia con el derecho natural. Pero si esto fuera exacto, y si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del derecho natural, las reglas del derecho natural analizando la naturaleza (algunos autores consideran a este derecho natural evidente por sí mismo), el derecho positivo sería verdaderamente superfluo. La elaboración

del derecho positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol.

En rigor de verdad, ninguno de los partidarios de la doctrina del derecho natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un derecho positivo. Para estos autores la tarea más importante de la doctrina del derecho natural consiste en demostrar qué es indispensable que haya un derecho positivo y, en consecuencia, un Estado encargado de establecerlo. Puestos en esta tarea, la mayor parte de los teóricos del derecho natural incurren en una contradicción característica. Si la naturaleza humana es la fuente del derecho natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero, para justificar la necesidad de un orden coactivo bajo la forma del derecho positivo, deben invocar la perversidad del hombre. De este modo, no deducen el derecho natural de la naturaleza humana tal como es, sino de la naturaleza humana tal como debería ser o tal como sería si correspondiera al derecho natural. En lugar de deducir el derecho natural de la verdadera naturaleza del hombre; deducen una naturaleza ideal del hombre de un derecho natural cuya existencia suponen.

Otro medio de asimilar el derecho positivo al derecho natural consiste en definir la justicia diciendo, como lo hacen la mayor parte de los partidarios del derecho natural, que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. Como esta definición no indica qué es lo debido a cada uno, el reenvío al derecho positivo es inevitable.

En otras palabras, significa que la justicia del derecho natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el derecho positivo.

Por último, todos los representantes notables de la doctrina del derecho natural declaran que éste no reconoce el derecho de resistir a la autoridad, o solo lo admite de una manera muy restringida. Así un conflicto posible entre el derecho positivo y el derecho natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un derecho de resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (es decir a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el derecho positivo), ya a la resistencia contra un uso ilegal de la fuerza según el derecho positivo, o bien el derecho de resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada.

Si procedemos a un análisis crítico de las obras clásicas de la doctrina del derecho natural, comprobaremos que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el de reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado. Sin duda, ha tenido ciertas tendencias reformadoras, como es posible comprobarlo sobre todo en el dominio del derecho internacional, pero con respecto al derecho nacional no ha tenido la importancia que se le ha querido atribuir. Más aún, allí donde se preconiza una adaptación del derecho positivo al derecho natural, se la presenta solamente como un postulado dirigido al legislador, y no como un

efecto automático del derecho natural. Se parte, pues, de la idea de que el derecho positivo permanece en vigor tanto tiempo como tarde el legislador en adaptarlo al derecho natural.

La afirmación de que una conducta humana es natural, es decir, conforme a la naturaleza o prescrita por ella, es, en último análisis, un juicio de valor subjetivo. De aquí se sigue que no hay una doctrina de derecho natural, sino un gran número de doctrinas que sostienen tesis contradictorias. Para una, la democracia es la forma natural de gobierno. Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y solo la autocracia, y más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado; Hobbes ha extraído el principio contrario.

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas jurídicos y económicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del derecho natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que solo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grotius a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del derecho natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios.

Diversos partidarios del derecho natural estiman que una de las principales funciones del Estado, es decir, del derecho positivo, es la de proteger el derecho de propiedad establecido por la misma naturaleza. El Estado carecería del poder de abolir tal derecho, que existiría independientemente del derecho positivo. Algunos llegan hasta pretender que la naturaleza no establece un derecho absoluto a la vida. El derecho positivo podría así, sin violar el derecho natural, imponer al hombre la obligación de sacrificar su vida al Estado. Pero, al mismo tiempo, estos autores declaran que el Estado no puede en ninguna circunstancia establecer impuestos sin el consentimiento de los contribuyentes, y que la expropiación sin indemnización viola una ley absoluta de la naturaleza[63]. La propiedad tendría así, con respecto a la naturaleza, un valor mucho más grande que el de la vida.

5.4.2. El iusnaturalismo: Concepto y Características.

Vamos a empezar por el análisis del concepto de iusnaturalismo y sus más importantes características. No se trata de una tarea fácil, puesto que es más adecuado, tomando como base esa dilatada historia que acompaña al pensamiento occidental desde la Grecia clásica hasta la actualidad. "El iusnaturalismo es la doctrina según la cual existe y puede conocerse un "Derecho natural" (ius naturale), o sea, un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas

[63]Locke, ob. cit. Pág 139.

por el Estado (Derecho positivo), y este Derecho natural tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al Derecho positivo y, en caso de conflicto con este último, debe prevalecer sobre el mismo. El iusnaturalismo es, por tanto, la doctrina opuesta a la llamada "positivismo jurídico ", según la cual el único Derecho es el que establece el Estado y cuya validez es independiente de cualquiera de sus referencias a valores éticos"[64].

En esta definición aparecen los rasgos básicos de la teoría iusnaturalista: se trata de una teoría que defiende la existencia de un Derecho distinto al Derecho Positivo, anterior y superior a él y que prevalece en caso de conflicto con el mismo. Además puede conocerse por parte de sus destinatarios. El iusnaturalismo es dualista, es decir, está pensado en la existencia de dos sistemas jurídicos, pero que no se encuentran en un rango similar, puesto que el Derecho natural es superior al Derecho Positivo. Por su parte, el positivismo jurídico es una teoría monista, ya que mantiene la exclusividad del Derecho Positivo.

Intentando profundizar aún más en este asunto podemos preguntarnos acerca de las razones por las cuales ese Derecho es anterior y superior al Derecho Positivo. Tiene que versar, sin duda, sobre unas normas muy especiales e importantes. Creemos que la respuesta se encuentra en el mismo calificativo natural: se trata de normas derivadas de la misma naturaleza humana y por ello

[64]G. Fassó, "Iusnaturalismo", en Diccionario de Política, editado por N. Bobbio, siglo XXI editores, 1991, pág. 836.

universales e inmutables. Se sobreentiende que lo universal se sobrepone a lo particular y lo inmutable a lo convencional e histórico.

Con este nuevo añadido estamos preparados para sugerir que las teorías iusnaturalistas integran al mismo tiempo dos tesis: la primera es una tesis situada en el campo de la filosofía moral, y que expresaría un tipo de absolutismo moral; según ella existen principios de justicia universalmente válidos, inmutables y asequibles a la razón humana. La segunda tesis corresponde a la definición del concepto de Derecho y según ella el calificativo de jurídico sólo es aplicable a una norma o conjunto de normas si no contradicen aquellos principios de justicia que son el contenido prioritario del Derecho Natural.
Una postura iusnaturalista se caracteriza, por tanto, por defender conjuntamente las dos tesis. Es necesario, sin embargo, hacer dos advertencias.

Primera: las dos tesis defendidas reflejan fielmente las posturas tradicionales y más ortodoxas de la historia de las teorías iusnaturalistas, es decir, el iusnaturalismo ontológico. Casi todo lo que se diga en este capítulo está pensado en relación con esta postura, que es la que con más motivo puede ser bautizada como iusnaturalista, ya que el iusnaturalismo ontológico describe los rasgos del verdadero Derecho, el Derecho Natural (el Derecho Positivo no tiene autonomía, es derivado). El iusnaturalismo ontológico abarca toda la historia de las teorías del Derecho natural hasta momentos recientes del siglo XX.

No obstante, a partir del final de la Segunda Guerra Mundial y paralelamente al movimiento denominado renacimiento del Derecho Natural, hasta la actualidad, se han abierto paso otras posturas iusnaturalistas que no se caracterizan por los mismos rasgos que el iusnaturalismo ontológico y tradicional, ni tampoco por mantener las dos tesis anteriormente citadas.

El iusnaturalismo deontológico defiende una tesis monista en torno al Derecho: el derecho positivo es el único derecho; además, el absolutismo moral del iusnaturalismo ontológico es sustituido por una postura mucho más moderada: el objetivismo moral. Este objetivismo moral tiene más en cuenta la historia y los cambios sociales, aunque a partir de conceptos como el del valor y respeto de la dignidad de la persona humana intenta fundamentar un código de normas morales que desean actuar como exigencias básicas dirigidas al Derecho.

La teoría del iusnaturalismo deontológico no es incompatible con un positivismo crítico y tampoco está alejada de los problemas de la teoría contemporánea de los derechos humanos fundamentales.
El filósofo del Derecho italiano Passerin D´Entreves nos dice: "la noción de Derecho natural sólo puede conservar algún significado si se abandona la concepción del mismo como una "ontología" del Derecho, entendiéndolo, en cambio, "deontológicamente", esto es, no como un hecho, sino como un valor. En este sentido, el Derecho natural tendrá a su cargo la indicación del valor o disvalor atribuido al Derecho existente (en "La noción de Estado" y agrega que el Derecho Natural es "por una parte un criterio de valoración

moral del Derecho y, por otro lado, una traducción en términos jurídicos de los valores morales"[65].

La segunda advertencia es que a pesar de que los iusnaturalistas, a lo largo de la historia del Derecho Natural, coinciden en esas dos tesis, en cambio discrepan, a veces muy radicalmente, en cuanto al contenido de los principios y normas de justicia natural. La universalidad e inmutabilidad de los contenidos del Derecho Natural es una simple apariencia, algo que se predica, pero que se ha visto frecuentemente invalidado por el desarrollo histórico de las teorías del Derecho Natural. Esas discrepancias entre iusnaturalistas llegan también al análisis del origen de dichos contenidos, vgr, la ley en un sentido cosmológico, Dios, la razón humana, etc., y a las maneras de fundamentarlos.

En resumen: las teorías iusnaturalistas (con la única excepción del reciente iusnaturalismo deontológico) se caracterizan por defender la existencia de un Derecho Natural cuyos rasgos son los cuatro siguientes:

1. Se trata de un Derecho distinto al Derecho Positivo. A diferencia de este último, que ha sido "puesto", es una creación artificial, el Derecho Natural es "natural". Tiene su origen en la naturaleza y es intemporal.

[65] A. Passerin D'Entreves "La Noción del Estado. El Derecho Natural" Ed. Aguilar, Madrid, 1972, pág. XII.

2. Su contenido, expresión de la verdadera Justicia y del verdadero Derecho, está constituido por valores, principios y normas universales e inmutables, es decir, válidos en todo momento y en todo lugar.

3. Derecho Natural es el auténtico Derecho. El Derecho Natural no es sólo un conjunto de valores, principios y normas morales universales e inmutables y por ello tiene superioridad moral sobre el Derecho creado por los hombres. También su superioridad lo es en el plano jurídico, porque se trata del verdadero Derecho que concede o no juridicidad al Derecho Positivo.

4. El cuarto rasgo es el del naturalismo. El Derecho Natural es natural porque sus contenidos vienen derivados de la naturaleza humana. Sus preceptos no sólo están de acuerdo con la naturaleza humana, sino que sirven para encaminarla mejor. Ello significa que cuando el Derecho Positivo conculca los mandatos del Derecho Natural entonces está afectando negativamente a las propias tendencias de la naturaleza humana. Cuando el Derecho Positivo no recoge las exigencias del Derecho Natural se convierte en antinatural y, por tanto, tampoco puede ser verdadero Derecho, sino su apariencia.

El desarrollo histórico de las teorías sobre el Derecho natural no solamente es difícil de abarcar debido a los siglos que comprende y a la multitud de autores y escuelas que incluye. Existe un obstáculo aún mayor, cual es el de la heterogeneidad de concepciones que

integran, su variabilidad, multivocidad y equivocidad. El pluralismo de planteamientos teóricos, de resultados políticos, de manipulaciones ideológicas, de matices que deben tenerse en cuenta es la labor cotidiana que reta al estudioso de la historia de las teorías iusnaturalistas. Por eso, tanto el que pretenda cualquier tipo de renacimiento de cualquier tipo de propuesta iusnaturalista como el crítico del iusnaturalismo más o menos convencido sacará un gran provecho del conocimiento de la historia de las teorías iusnaturalistas.

5.4.2. Críticas al Derecho Natural:

Las características del Derecho Natural, han sido objeto de un análisis crítico, dirigido, fundamentalmente, al sustantivo "Derecho" y al calificativo "Natural". Por tanto, en un primer y sencillo acercamiento podemos hacer una clasificación en dos grupos críticos: el de los que niegan que el Derecho Natural es Derecho y el de los que niegan que el Derecho Natural sea natural. Sin embargo, lo más común, dentro de las críticas contemporáneas, es encontrarnos con la impugnación de ambas cosas. Unido a ello se contestará también a uno de los rasgos definitorios del contenido del Derecho Natural: la universalidad e inmutabilidad de los valores y normas iusnaturalistas.

Norberto Bobbio, ha indicado que las objeciones referentes al sustantivo Derecho han sido elaboradas especialmente en el campo de los juristas. Así: "el jurista que rehúsa reconocer al Derecho Natural la categoría de Derecho en la acepción plenaria de este

término no se pronuncia sobre si existe o no eso que se llama Derecho Natural, sino que, aun incluso admitiendo que exista, lo que sencillamente se impugna es que sea Derecho con el mismo título que el Derecho Positivo. Y desde este punto de vista, añade, estimo realmente que las objeciones de los juristas son inatacables"[66]

La más central de estas objeciones tiene que ver con la posibilidad que tiene el Derecho para hacerse valer, de contar con el respaldo de la fuerza. Las obligaciones jurídicas adquieren de esta manera eficacia. El Derecho Natural, en cambio, es "un Derecho desarmado". Aunque expresa reivindicaciones muy justas, ni siquiera llega a lograr el fin básico de todo Derecho: la conservación de la sociedad humana. Comparados desde este punto de vista, el Derecho Natural se parece mucho más a los códigos morales que a un sistema jurídico. Por tanto, concluye Bobbio, tenemos tres argumentos contra la calificación del Derecho Natural como Derecho:

"1.° El Derecho Natural no es un Derecho con el mismo título que el Derecho Positivo porque carece del atributo de la eficacia.

2.° El Derecho Natural no llega a alcanzar el objetivo que corresponde a los sistemas jurídicos positivos porque no garantiza ni la paz ni la seguridad.

[66]N. Bobbio "Algunos Argumentos contra el Derecho natural", Ed. Tourus, Madrid, 1966,, pág. 222.

3.° El Derecho Positivo ha ido extendiéndose poco a poco por todos los campos que antes se atribuían al Derecho Natural"[67]

Un dato que merece la pena destacar es el hecho de que es muy raro encontrar un autor iusnaturalista que no haya hecho hincapié en la necesidad de la existencia del Derecho Positivo. A pesar de considerar que el verdadero Derecho es el Derecho Natural y que sus excelencias morales son muy superiores al Derecho Positivo, éste siempre es reclamado como el cauce adecuado para garantizar, aunque sea por la fuerza, ciertos fines imprescindibles para realizar la supervivencia y una convivencia mínima. De esta manera el Derecho Positivo "complementa" al Derecho Natural.

Nos encontramos así con el dato curioso y sorprendente de que a pesar de defender las posturas iusnaturalistas que existen reglas y principios universales e inmutables que regulan la vida social justa y a los que los seres humanos podemos acceder por el uso natural de la razón (también humana), a pesar de insistir en que las normas jurídicas solamente son obligatorias si no están en contradicción con esos principios y normas naturales de justicia, se hace necesario, además, un nuevo rasgo. Este consiste en afirmar que "tales reglas o principios son insuficientes para el mantenimiento de una sociedad organizada, por lo que es imprescindible la existencia de una autoridad política a la que corresponde una doble función: por una parte, establecer una serie de prescripciones positivas que

[67]Ob. cit. Pág. 237.

recojan aquellos principios, los desarrollen en preceptos más detallados y regulen también aquellas cuestiones más técnicas y circunstanciadas cuya solución no puede inferirse de los principios de la justicia natural; por otra, respaldar mediante la fuerza organizada el complemento incluso coactivo, si fuera necesario, de ese conjunto de prescripciones positivas"[68]

5.4.3. Un Derecho Natural Renovado

Teniendo en cuenta las críticas anteriormente mencionadas y participando de ellas, cabe hacerse la pregunta de si merece la pena el esfuerzo teórico de seguir hablando de Derecho Natural y de defender una versión necesariamente renovada del mismo. La respuesta puede ser afirmativa. De nuevo las reflexiones de Bobbio pueden servirnos de guía. Una vez expuestas las críticas al sustantivo Derecho y al calificativo Natural, señala lo siguiente:

"Que quede bien entendido que estas críticas no pretenden despojar al Derecho Natural de su función histórica ni tampoco suprimir la exigencia que este Derecho expresa, la exigencia de no aceptar como valores últimos los que vienen impuestos por la fuerza de la clase política en el poder. Desearía hacer constar bien claramente que las dudas aquí formuladas no afectan en modo alguno a la existencia de valores morales superiores a las leyes

[68] José Delgado Pinto, "De nuevo sobre el problema del Derecho Natural", ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pág. 10.

positivas ni al contenido de las mismas, sino únicamente a su motivación"[69].

Eusebio Fernández nos habla de una tercera vía de superación del tradicional enfrentamiento entre las posturas iusnaturalistas y las posturas positivistas, integrada por un Derecho Natural deontológico y por el positivismo metodológico o conceptual. Conviene recordar que la concepción deontológica del Derecho Natural no entiende que éste es el verdadero Derecho, ni siquiera que el Derecho Natural sea Derecho, sino que sugiere que representa un valor, el del Derecho justo. Mientras que en la concepción ontológica del Derecho Natural, que es la tradicional, se expresa una visión dualista del Derecho, en la concepción deontológica se parte de un presupuesto de carácter monista, según el cual "Derecho" significa, exclusivamente, "Derecho Positivo".

De esta manera, el Derecho Natural renovado, Derecho Natural deontológico, entendido como ética jurídica, mantiene la idea del Derecho justo y tres funciones: 1ª la de ser fundamento legitimante y la regla de valoración, control y vigilancia del ordenamiento jurídico; 2ª la de valer como una de las teorías fundamentadoras de los derechos humanos, y 3ª la de servir de puente entre la Moral y el Derecho[70].

---

[69]Ob. cit. Pág. 237.

[70]Eusebio Fernández, "Estudios de Ética Jurídica", ed. Debate, Madrid, 1990, pág. 33.

El Derecho Natural así entendido, por tanto, no es Derecho sino ética jurídica material (constituida por exigencias morales que debe recoger el Derecho, por valores superiores del ordenamiento jurídico). Tampoco es "natural" sino cultural e histórico. Además, como ha señalado en otro lugar, "el asunto hoy no es de etiquetas, de declararse iusnaturalista o no, sino de no ignorar una serie de problemas que tradicionalmente el iusnaturalismo se ha planteado, ha intentado solucionar, con más orgullo que eficacia, y que se encuentran ahí dispuestos a retarnos y aguijonear nuestra conciencia y nuestra reflexión. Los que giran en torno a la relación entre justicia y Derecho serían los más inmediatos"[71].

5.4.4. El Positivismo Jurídico:

Partiremos de señalar, de forma breve, del origen del positivismo jurídico y de los rasgos básicos del positivismo clásico para, a partir de ahí, señalar cuáles son en la actualidad los caracteres de lo que podríamos denominar como positivismo corregido o la versión renovada del iuspositivismo. Para ello, seguiremos a Bobbio quién realizó el estudio del positivismo jurídico, a partir de tres coordenadas:

a) El positivismo jurídico no debe identificarse con el positivismo científico (también llamado filosófico). En efecto, el positivismo jurídico es un planteamiento sobre el Derecho que

[71] Ob. cit. Pág. 64.

necesariamente no tiene por qué acoger las tesis del positivismo científico, aunque en ocasiones los autores positivistas lo hagan. Este último se presenta como una forma de entender el método científico, que se caracteriza por ser una teoría empírica en el sentido de afirmar que lo válido en ciencia es aquello que puede ser verificado. De esta forma, el método del positivismo científico aplicado al Derecho exigiría entender como tal aquello que en la realidad es así denominado.

b) El positivismo jurídico tiene como núcleo central el concepto de Derecho Positivo, término que, para su comprensión, debe situarse frente al de Derecho Natural. En efecto, una de las formas mejores de entender cuáles son los rasgos básicos del positivismo, al menos en su formulación clásica, consiste en situarlo frente al iusnaturalismo, al menos también frente al iusnaturalismo clásico, o frente al que hemos denominado como iusnaturalismo ontológico. Y en este punto la diferencia fundamental radica en la solución distinta que ambos planteamientos dan al problema de la validez jurídica. Así, si en términos generales el iusnaturalismo va a afirmar que el Derecho válido es aquel que está en conformidad con unos criterios morales, el positivismo, por su parte, defiende que la validez del Derecho no depende de esa concordancia. Ahora bien, esta diferencia no tiene por qué producirse en relación con el que hemos denominado como iusnaturalismo deontológico ni, por tanto, con la "versión renovada del Derecho Natural". En efecto, tanto el positivismo como esta forma de iusnaturalismo no tienen por qué utilizar una idea de

Derecho válido diferente, si bien el segundo además se caracteriza por plantear la existencia de un Derecho correcto.

c) El positivismo jurídico es la doctrina según la cual no existe más Derecho que el positivo. Ciertamente, aunque ésta sea una afirmación propia del positivismo jurídico, qué duda cabe que no es suficiente para entenderlo, ya que no especifica qué debe considerarse como Derecho Positivo. En este sentido, como veremos, el positivismo jurídico maneja una idea de Derecho Positivo, y es precisamente éste uno de los puntos que permite separarlo del positivismo científico, en el sentido de que no cabe afirmar que esa idea de Derecho Positivo surja única y exclusivamente del examen de la realidad jurídica.

En este sentido, el positivismo jurídico aparece como resultado de un proceso histórico que tiene una serie de hitos. Cada uno de ellos se presenta como necesario pero no suficiente, hasta culminar con la denominada escuela de la exégesis, donde se reúnen las notas definitorias de este pensamiento[72].

El positivismo jurídico y siguiendo siempre a Bobbio, se presenta como:

Una determinada forma de abordar el estudio del Derecho.- El positivismo jurídico representa el esfuerzo por convertir al Derecho

[72]N. Bobbio, "El Positivismo Jurídico" Ed. Debate, Madrid, 1993, pág. 35.

en una auténtica ciencia, caracterizada por su neutralidad valorativa. El estudio del Derecho debe ser realizado concibiéndolo como un hecho y no como valor: el juicio de valor excedería el ámbito de la ciencia jurídica. Ahora bien, para ello el positivismo adopta una determinada concepción del Derecho de índole formal, lo que hace que desde el principio pierda esa pretendida neutralidad (y se separe del método del positivismo científico).

Una determinada Teoría del Derecho.- El positivismo jurídico supone una determinada Teoría del Derecho que, partiría de seis concepciones fundamentales: a) la teoría coactiva del Derecho (que supone afirmar que la coacción es un elemento esencial y típico del Derecho); b) la teoría legislativa del Derecho (a través de la cual se defiende la prioridad de la ley sobre las restantes fuentes del Derecho); c) la teoría imperativa del Derecho (que implica mantener que las normas jurídicas poseen una estructura de mandato); d) la teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico (esto es, la defensa de la ausencia de contradicciones entre las normas que componen el ordenamiento o, en su defecto, la existencia de mecanismos para solucionar esas contradicciones); e) la teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico (que no es otra cosa que negar la existencia de lagunas en el Derecho), y f) la teoría de la interpretación lógica o mecanicista del Derecho (que se plasma con el que en otra lección denominamos como método jurídico tradicional)."las tres primeras constituyen los pilares de dicha teoría, mientras que las tres últimas tienen sólo una importancia secundaria", por lo que es posible diferenciar entre positivismo jurídico en sentido amplio, que sería aquel que se

caracteriza por defender las tres primeras concepciones, y positivismo jurídico en sentido estricto, que se caracteriza por añadir las otras tres"[73]

Una determinada ideología sobre el Derecho.- El positivismo jurídico no ha conseguido adoptar una posición neutral frente al Derecho, ya que contiene una determinada pretensión sobre cómo debe ser éste, siendo, por tanto, expresión de una actividad valorativa del hombre frente a la realidad, en definitiva, de una ideología. Esta ideología podría describirse, en el postulado de la existencia de un deber absoluto e incondicionado de obedecer a la ley en cuanto tal, que es expresión de lo que nuestro autor denomina como positivismo ético.

Ahora bien, Bobbio distingue entre versión fuerte y versión débil del positivismo ético. La versión fuerte del positivismo ético se caracteriza por el postulado de la obediencia incondicional al Derecho; simplemente por el hecho de ser Derecho estaremos en presencia de algo justo, por lo que éste se convierte en un valor supremo al que se debe obediencia. La versión débil del positivismo ético afirma que el Derecho ya de por sí posee un determinado valor, el del orden, independientemente de su justicia. No es tanto un valor final sino instrumental. Por tanto, si queremos obtener ese bien deberemos obedecer al Derecho[74].

[73]Ob. cit. Pág. 241.

[74]Ibidem, pág. 227.

Los rasgos que acabamos de exponer sirven para caracterizar al positivismo jurídico. En este sentido, si tuviéramos que simplificarlos podríamos concluir con que se trata de una forma de concebir el Derecho que se caracteriza por: a) concebirlo como un conjunto de imperativos que forman un ordenamiento unitario, coherente y pleno; b) manejar un criterio de validez normativa de índole formal; c) defender la inexistencia de una conexión conceptual necesaria entre el Derecho y la moral o, dicho de otro modo, afirmar que aunque es posible pensar que todo Derecho expresa una opción moral, no es posible identificar unos contenidos morales que necesariamente deban estar presentes en el Derecho, por lo que a la hora de definir a éste no es posible hacer alusión a unos determinados contenidos de moralidad; d) defender el que en otras lecciones denominamos como método jurídico tradicional y, por tanto, concebir la interpretación jurídica como una tarea mecánica.

Por otro lado, como ya apuntamos, algunos de los rasgos del positivismo jurídico clásico pueden ser matizados si nos fijamos en los planteamientos positivistas más modernos. En este sentido, en la actualidad cabe, frente al positivismo clásico que se identificaría con esos rasgos antes expuestos, referirse a un positivismo moderno que podríamos denominar como crítico, abierto, flexible o, utilizando una expresión anterior, "versión renovada del iuspositivismo". Bajo esta denominación se hace alusión a la apertura de los planteamientos positivistas a posiciones propias de otras formas de aproximarse al fenómeno jurídico, como puede ser el pensamiento realista, el institucionalismo o, incluso, el

iusnaturalismo, pero que no deben confundirse con ellos. Se trata de un planteamiento no unívoco, por lo que no es posible plantear diferentes variantes[75].

En efecto, en lo que al ordenamiento se refiere, no cabe afirmar que el positivismo haya dejado a un lado en su evolución histórica la importancia que posee en lo referente al Derecho válido la dimensión de la eficacia y, a través de ella, la relevancia que tiene el problema de la justicia, en el sentido de afirmar que un Derecho que se presenta como justo para sus destinatarios será más eficaz. Esto significa que el positivismo no ha negado nunca la existencia de pronunciamientos morales en sus normas o en las decisiones que se toman al amparo de ellas. Sin embargo, a diferencia de las posiciones iusnaturalistas, el positivismo afirma que esas normas y esas decisiones son válidas no por su naturaleza moral, sino por haber sido dictadas por los órganos competentes.

Ahora bien, en relación con este problema existen posiciones positivistas que incluso llegan a proponer contenidos genéricos de justicia vinculados, por ejemplo, a lo que en otra lección fue denominado como ética pública, y que facilitaría esa dimensión de la eficacia y, por tanto, de forma indirecta, la validez del Derecho. Este tipo de construcciones no desconoce la existencia de Derechos que no incorporan ese tipo de teoría de la justicia. Sin embargo, subrayan que se trata de Derechos que no pueden ser considerados

[75]G, Peces-Barba, "Ética, Poder y Derecho" Universidad Carlos III, Madrid, 1999, pág. 97.

como justos y que difícilmente pueden encajar en la tradición histórica del Derecho y de la sociedad moderna. Así, el positivismo en esta variante, "la versión renovada del iuspositivismo", viene a destacar la relevancia, desde un plano ideal, de los sistemas democráticos y de los derechos humanos en el concepto de Derecho. Es decir, sin negar la existencia de Derechos que se producen en sistemas no democráticos o de Derechos que no protegen derechos fundamentales, defiende que un Derecho más correcto es aquel que se origina en un sistema democrático y se caracteriza por la protección de los derechos humanos.

CAPÍTULO 6: EL DUALISMO EN LA TEORIA DEL DERECHO:

6.1. Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo.
6.2. Reducción del Derecho Objetivo al Derecho Subjetivo.
6.3. La noción de persona.
6.4. La Ciencia del Derecho.

6.1. DERECHO OBJETIVO Y DERECHO SUBJETIVO

El positivismo del siglo XIX no renuncia enteramente a justificar el derecho por valores suprapositivos, sino que procede de manera indirecta y, por decirlo así, encubierta. Sus representantes no admiten (al menos de manera expresa) que haya por encima del derecho positivo un derecho que tenga un valor absoluto, pero dicho valor está implícitamente contenido en la misma noción del derecho, tal como la conciben.

Dejemos, sin embargo, a un lado este dualismo, de alguna manera inmanente y oculto, y estudiemos el dualismo patente y sistemático que aparece en la distinción entre derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre Estado y derecho y otros muchos pares de nociones opuestas. Este dualismo, de formas y aplicaciones variadas, no tiene por única función justificar el derecho positivo; tiende también a fijarle ciertos límites. Si la oposición entre Estado y derecho tiene esencialmente una función justificadora, la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo. En

cuanto a la oposición entre derecho público y privado, tiene significaciones muy diversas y funciones ideológicas variadas.

a) La noción de derecho subjetivo

Se enseña a menudo que el derecho tiene que ser entendido a la vez en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, pero de esta manera se introduce una contradicción de principio en la base misma de la teoría del derecho, ya que en su sentido objetivo el derecho tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad, es decir, una cosa tan diferente que no es posible subsumir el derecho objetivo y el derecho subjetivo bajo un concepto único. Esta contradicción subsiste hasta si se quiere hacer valer una relación entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, al afirmar que este último es un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo.

En su significación primera este dualismo expresa la idea de que el derecho subjetivo es anterior al derecho objetivo, tanto desde el punto de vista lógico como cronológico. Los derechos subjetivos nacen primero, en especial el de propiedad, su prototipo, que es el resultado de la apropiación originaria. El derecho objetivo aparece más tarde, bajo la forma de un orden estatal que reconoce, garantiza y protege los derechos subjetivos que han nacido en forma independiente. Esta concepción es sostenida en especial por los representantes de la escuela histórica, que fue la primera manifestación del positivismo jurídico en el siglo XIX, y que ejerció

una influencia considerable en la formación de las nociones de la teoría general del derecho. Dernburg escribe, por ejemplo: "Los derechos en el sentido subjetivo existían en la historia mucho antes de que un orden estatal consciente fuera establecido. Estaban fundados sobre la persona de sus titulares y en el respeto que estos habían sabido obtener e imponer para ellos mismos y para sus bienes. Es solamente por abstracción que se ha pasado poco a poco de la comprobación de los derechos subjetivos a la idea de un orden jurídico. Es, pues, inexacto y contrario a la historia afirmar que los derechos subjetivos serían solamente emanaciones del derecho en el sentido objetivo"[76].

b) La noción de sujeto de derecho o de persona

La noción de sujeto de derecho o de persona está estrechamente ligada a la de derecho subjetivo. En rigor de verdad, no son otra cosa que dos aspectos de la misma noción. El sujeto de derecho, cuyo modelo es el propietario, es el titular de un derecho subjetivo. Se lo concibe como un ser jurídico independiente del orden jurídico. Habría así una personalidad jurídica que el derecho subjetivo encontraría de alguna manera preexistente en el individuo o en ciertas colectividades. El derecho objetivo, es decir, el derecho establecido por el Estado, podría solamente reconocer esta personalidad y debería hacerlo si quiere ser un verdadero derecho.

[76]Heinrich Dernburg, Pankdekten, 4ta. Ed., 1984, Madrid,pág. 39.

La oposición entre el derecho objetivo y el sujeto de derecho es contradictoria lógicamente en la medida en que se afirma que uno y otro existen simultáneamente, dado que en esta teoría el derecho objetivo es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción, en tanto que la calidad de persona jurídica es, por esencia la negación de toda obligación, la libertad en el sentido de la autodeterminación o de la autonomía. Así, Puchta declara: "La noción fundamental del derecho es la libertad, o sea la posibilidad de determinarse a sí mismo. El hombre es sujeto de derecho porque tiene esta posibilidad, porque tiene una voluntad[77].

c) Función ideológica de las nociones de derecho subjetivo y de sujeto de derecho

Tal definición de la personalidad jurídica tiene evidentemente un carácter ficticio. En la esfera del derecho encontramos la autodeterminación de los individuos en el marco del derecho denominado privado, donde el contrato es un hecho creador de derecho, y solo se trata de una autonomía muy restringida e impropiamente dicha. Ninguna persona puede, en efecto, atribuirse derechos; el derecho de uno supone la obligación de otro, y dicha relación no puede nacer, conforme al orden jurídico objetivo, sino por manifestaciones concordantes de la voluntad emanada de dos individuos. Más aún: es necesario que el derecho objetivo atribuya al contrato la calidad de hecho creador de

[77]G. F. Puchta, ob. cit. Pág. 273.

derecho, de tal manera que en último análisis el derecho contractual emane del derecho objetivo y no de las partes contratantes.

Es fácil percibir la función ideológica de estas nociones, entre sí contradictorias, de derecho subjetivo y de sujeto de derecho. Se trata de mantener la idea de que el derecho subjetivo, es decir, la propiedad privada, es una categoría trascendente al derecho objetivo, una institución que le impone límites infranqueables. Esto es tanto más importante si el derecho objetivo es concebido como un orden susceptible de transformarse y evolucionar constantemente, como una creación arbitraria del hombre y no como un orden fundado sobre la voluntad eterna de la divinidad, sobre la razón o la naturaleza. Es importante también cuando la creación del orden jurídico tiene un origen democrático.

"Mediante la idea de un derecho distinto e independiente del derecho objetivo -que no sería menos, sino más que éste, un verdadero derecho- se trata de evitar que la institución de la propiedad privada sea suprimida por el orden jurídico. No es difícil comprender por qué la ideología del derecho subjetivo se apoya sobre el valor moral de la libertad individual y de la autonomía de la persona, si la propiedad privada está siempre comprendida en el dominio reservado a esta libertad y a esta autonomía. Se trata de rehusar la calidad de orden jurídico a un

sistema de normas que no reconozca dicha libertad a los individuos, es decir, que no garantice sus derechos subjetivos"[78].

d) La noción de relación jurídica

Está en un todo de acuerdo con esta ideología considerar la relación entre el derecho y la sociedad, en particular entre el derecho y la vida económica, como una relación de forma a contenido; y la relación jurídica, como una relación social a la cual el derecho se limita a dar una significación exterior. Esta concepción es especialmente la de los representantes de la ciencia jurídica tradicional que dicen tener preocupaciones sociológicas, pero que en realidad tienen simplemente una inclinación por el derecho natural. En la teoría de las relaciones jurídicas, esos autores introducen un dualismo que recuerda al del derecho objetivo y el derecho subjetivo, al distinguir derechos personales y derechos reales, según que se trate de una relación entre sujetos de derecho, o entre un sujeto y un objeto jurídico, entre una persona y una cosa.

La propiedad es el derecho real por excelencia y sirve de punto de partida a toda la construcción. Se la define como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y se la opone a los derechos creditorios, que fundamentan relaciones jurídicas de naturaleza únicamente personal. Esta distinción, que desempeña una función importante en la teoría del derecho civil, presenta

[78]H. Kelsen, ob. cit,. Pág. 273.

también un carácter ideológico manifiesto. Se la mantiene a pesar de la objeción constantemente renovada de que el dominio jurídico de una persona sobre una cosa consiste exclusivamente en una relación entre un sujeto y otros sujetos, o más exactamente, en una relación entre la conducta de un individuo y la de otro u otros individuos, a saber, en la posibilidad jurídica para el propietario de impedir a todos los otros sujetos gozar de la cosa y en el deber de éstos de no coartar la facultad del propietario de disponer de ella.

Si se define a la propiedad como una relación entre una persona y una cosa, se disimula su importante función social y económica, que de acuerdo con las teorías socialistas consistiría en una "explotación". En rigor de verdad, la propiedad es una relación entre el propietario y todos los otros sujetos de derecho, que deben por el derecho objetivo respetar el poder exclusivo del propietario sobre su cosa. Pero la ciencia jurídica tradicional se rehúsa a admitir que el derecho subjetivo del propietario solo sea un aspecto secundario del deber de los otros sujetos de derecho; insiste sobre el carácter primario de los derechos subjetivos y llega hasta identificarlos con el derecho mismo.

Como vemos, los teóricos del derecho se interesan mucho más por los derechos subjetivos que por los deberes jurídicos. Algunos llegan hasta pretender que el deber no es una noción jurídica y que únicamente existen deberes morales. El derecho conocería derechos subjetivos, pero no deberes jurídicos. Ahora bien, un orden coactivo como el derecho tiene por función esencial establecer una relación normativa entre la conducta de un individuo y un acto de coacción

destinado a sancionar esta conducta, y es de esta relación de donde resulta el deber de conducirse de tal manera para evitar la sanción. El deber desempeña, pues, en el sistema del derecho, una función más importante que el derecho subjetivo. Pero si vemos en la noción del derecho subjetivo una generalización de la noción de propiedad privada, sería efectivamente una torpeza ligarla a la de deber jurídico y, sobre todo, ver en esta última una noción de importancia igual, o inclusive superior; esto comprometería los servicios que la noción de derecho subjetivo puede rendir en el plano ideológico.

6.2. REDUCCIÓN DEL DERECHO SUBJETIVO AL DERECHO OBJETIVO:

Al oponerse en este punto a la doctrina tradicional, la Teoría Pura del Derecho de Kelsen coloca en primer plano la noción de deber jurídico. Extrae así las últimas consecuencias de ciertas ideas fundamentales que ya se encontraban en la doctrina positivista del siglo XIX, pero que no habían sido casi desarrolladas. Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria. El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de

coacción llamado sanción. Según los casos, la sanción está dirigida contra el autor del acto ilícito o contra uno u otros muchos individuos. Aquél contra el cual la sanción está dirigida es responsable del acto ilícito, aun cuando no lo hubiera cometido él mismo. Pero solo el autor del acto ilícito viola el deber que le señala abstención y este deber subsiste aunque no sea responsable del acto ilícito. La conducta prescrita es siempre el objeto de un deber jurídico, hasta si el individuo obligado es distinto del responsable de esta conducta.

Por el contrario, puede suceder que al establecer un deber y una responsabilidad jurídica una norma no cree un derecho subjetivo correspondiente. El establecimiento de derechos subjetivos no es una función esencial del derecho objetivo. Podemos imaginar un orden jurídico que no los establezca, pero ninguno podría abstenerse de determinar los deberes y las responsabilidades jurídicas, ya que se trata de una de las funciones esenciales del derecho objetivo.

Hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que solo existe en la medida en que ha sido creado por éste. El derecho objetivo no se encuentra, por otra parte, en la necesidad de instituir

derechos subjetivos. Solo tiene facultad para recurrir a esta técnica especial, propia de los órdenes jurídicos capitalistas. Efectivamente, éstos son construidos sobre la institución de la propiedad privada y toman ampliamente en cuenta los intereses privados.

Dicha técnica no es sin embargo utilizada en todos los sectores de un orden jurídico capitalista. Únicamente aparece desarrollada en forma completa en el ámbito del derecho "privado", y en algunos sectores del derecho administrativo. El derecho penal moderno ha renunciado a utilizarla, pues en lugar del individuo lesionado en sus intereses interviene un órgano estatal, el acusador público, que impulsa de oficio el procedimiento tendiente a la aplicación de la sanción.

Después de haber analizado así la noción de derecho entendido en el sentido subjetivo, la Teoría Pura del Derecho, está en condiciones de resolver el dualismo del derecho objetivo y del derecho subjetivo. Para ella ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero y toma, ya sea la forma de un deber y de una responsabilidad cuando el derecho objetivo dirige una sanción contra un individuo determinado, ya la de un derecho subjetivo cuando el derecho objetivo se pone a disposición de un individuo determinado. Esta reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo, esta absorción del uno por el otro, excluye todo abuso ideológico de estas dos nociones y, sobre todo, la definición del derecho no queda ligada a la técnica de un orden jurídico particular, pues tiene en cuenta el carácter contingente de los órdenes jurídicos capitalistas.

De la misma manera es posible considerar otros derechos que también han sido llamados subjetivos, pero que no se ejercen por una manifestación de voluntad tendiente a la aplicación de una sanción. Así, los derechos denominados políticos son generalmente definidos como el poder de participar directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado y, por lo tanto, en la creación del orden jurídico en el cual esta "voluntad" se expresa. Pero aquí, como en los otros casos donde la "voluntad del Estado" personifica el orden jurídico, sólo se piensa en normas generales, en leyes que constituyen este orden.

En los Estados democráticos los sujetos de derecho pueden participar en la elaboración de las leyes, en tanto que esta facultad les es rehusada en los Estados autocráticos. Hay democracia cuando la legislación es establecida directamente por el pueblo, es decir, por los mismos sujetos de derecho, cada uno de los cuales tiene el derecho subjetivo de intervenir en las discusiones y votar en el seno de la asamblea legislativa. Hay democracia indirecta cuando la legislación es establecida por un parlamento elegido por el pueblo. La formación de la voluntad del Estado, o sea la creación de normas generales, se produce en dos etapas: elección del parlamento y, luego, voto de las leyes por los parlamentarios elegidos. Hay entonces dos especies de derechos subjetivos: el derecho de voto de los electores, que forman un grupo más o menos vasto, y el derecho de los elegidos, relativamente pocos, de intervenir en las discusiones y en las votaciones en el seno del parlamento.

Si los derechos políticos permiten participar en la formación de la voluntad del Estado, los derechos subjetivos del derecho privado son también derechos políticos, ya que dan igualmente a sus titulares la facultad de contribuir a la formación de esta voluntad. Ésta se expresa tanto en la norma individual establecida por la resolución de un tribunal como en la norma general instituida por el legislador. Los derechos políticos y los derechos subjetivos del derecho privado pueden ser englobados en una sola y misma noción, pues tanto unos como otros desempeñan la misma función jurídica, la de permitir la participación de los sujetos de derecho en la formación de las normas que los rigen; normas generales en el caso de derechos políticos, normas individuales en el caso de derechos subjetivos de derecho privado.

El enfoque del derecho subjetivo como una técnica particular de la creación del derecho permite eliminar toda oposición entre derecho objetivo y derecho subjetivo, al mismo tiempo que hace resaltar el carácter primario del deber jurídico, en relación con el derecho subjetivo. En tanto que el deber aparece como la función esencial y necesaria de toda norma jurídica, el derecho subjetivo solo aparece en el ámbito del derecho privado como una institución propia de los órdenes jurídicos capitalistas y en el ámbito del derecho público como un elemento de los órdenes jurídicos democráticos.

6.3. LA NOCIÓN DE PERSONA:

Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto

antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de verdad, la "persona" solo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. Al personificar este haz, se desdobla el objeto del conocimiento jurídico, con lo cual se arriba fácilmente a conclusiones erróneas.

a) La persona "física"

La teoría positivista ha intentado demostrar que no hay diferencia de naturaleza entre la persona física y la persona jurídica, pero esta concepción no ha tenido un desarrollo completo. La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma jurídica utiliza el concepto de hombre no le confiere por ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto físico de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad especifica que denominamos persona.

La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que estas dos nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto de derecho expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y de derechos subjetivos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada "física" designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el "soporte" de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resultan de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas. Podemos decir también que la persona física parcial es el punto central de un orden jurídico compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo.

Si el hombre es una realidad natural, la persona es una noción elaborada por la ciencia del derecho, de la cual ésta podría, por lo tanto, prescindir. Facilita la descripción del derecho, pero no es indispensable, ya que es necesario siempre remitirse a las normas que regulan la conducta de los individuos al determinar sus deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. Decir de un hombre que es una persona o que posee personalidad jurídica significa simplemente que algunas de sus acciones u omisiones constituyen de una manera u otra el contenido de normas jurídicas. Es, pues, necesario mantener una distinción muy neta entre el

hombre y la persona. Por lo tanto, no es correcto decir que el derecho confiere derechos a las personas y les impone deberes y responsabilidades, pues sólo los puede conferir o imponer a los hombres. Confiere un derecho subjetivo relacionando un efecto jurídico determinado con la expresión de la voluntad de un hombre y le impone un deber vinculando una sanción a una de sus acciones u omisiones. El contenido de las normas jurídicas no se relaciona con las personas, sino solamente con los actos de conducta humana. La persona es, pues, un concepto elaborado por la ciencia del derecho, un instrumento del cual se sirve para describir su objeto.

b) La persona "jurídica"

A semejanza de la persona física, la persona llamada moral o jurídica designa solamente la unidad de un conjunto de normas, a saber, un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos. Ella es a veces la personificación de un orden jurídico parcial, tal como los estatutos de una asociación, y a veces la de un orden jurídico total, que comprende el conjunto de los órdenes jurídicos parciales y es denominado habitualmente con el nombre de Estado.

Para la teoría tradicional la persona física es un hombre, sujeto de derechos y deberes, en tanto que la persona jurídica no es un hombre sino alguna otra cosa. Al no hacer la distinción necesaria entre el hombre y la persona, ve una diferencia esencial entre la persona física y la persona jurídica, y es incapaz de concebir la

persona física como una persona jurídica y reunir a estas dos personas en una noción común.

Para la Teoría Pura del Derecho, por el contrario, la persona física y la persona jurídica son ambas la personificación de un orden jurídico, de tal modo que no hay diferencia esencial entre estas dos clases de personas, ya que la persona física es también una verdadera persona jurídica. Esta concepción tiene la ventaja de descartar la idea de que la persona es una especie de sustancia que "tiene" sus deberes, sus responsabilidades y sus derechos subjetivos. Al ver en la persona la personificación de un conjunto de normas jurídicas, por lo tanto de un orden jurídico parcial o total, dicha concepción evita el error de considerarla como cosa distinta del conjunto de deberes, responsabilidades y derechos subjetivos constituidos por esas normas. Se abstiene así de proceder a un desdoblamiento superfluo y engañoso a la vez.

Al igual que la persona física, la persona jurídica carece, pues, de existencia real o natural. En este sentido sólo son "reales" las conductas humanas reguladas por normas de naturaleza diversa. La persona jurídica concebida como una realidad distinta de los individuos, pero, cosa extraña, no perceptible por los sentidos, o como un organismo social superior a los individuos que la componen, es la hipótesis de un concepto puro destinado a facilitar la descripción del derecho. La persona jurídica no es un superhombre así como tampoco la persona física es un hombre.

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son en realidad otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de los individuos que la componen, pues las normas jurídicas solo regulan conductas humanas. Cuando un orden estatal impone deberes y responsabilidades a una persona jurídica y le confiere derechos subjetivos, regula la conducta de ciertos individuos sin designarlos, y delega el poder de proceder a esta designación en la persona jurídica, es decir, en el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona. La conducta de los individuos designados por la persona jurídica es así regulada de manera indirecta por conducto de un orden jurídico parcial.

Esta distribución de funciones entre el orden jurídico total y los órdenes jurídicos parciales es posible porque la conducta de un individuo comprende dos elementos distintos, uno personal o subjetivo, el otro material u objetivo. Hay, por una parte, el sujeto de la acción o de la omisión, el individuo que obra o no obra, y por otra parte, la acción o la omisión en sí misma. Una norma es completa cuando determina estos dos elementos. Si sólo lo determina uno, es incompleta y debe ser completada por otra norma. Una norma de la cual se dice que regula la conducta de una persona jurídica únicamente determina de manera directa el elemento objetivo, ya sea una acción o una omisión. Deja que otra norma se encargue de determinar el elemento subjetivo, de designar al individuo que deberá conducirse de la manera prescrita.

c) La imputación de un acto a una persona jurídica

Los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de una persona jurídica no son otra cosa que los deberes, responsabilidades y derechos subjetivos de ciertos individuos, pero impuestos o conferidos de manera colectiva y no, como sucede habitualmente, de manera individual. Lo que se denomina la propiedad de una persona jurídica es la propiedad colectiva de los individuos que la componen, pero éstos no pueden disponer de ella de la misma manera que disponen de su propiedad individual. Deben conformarse a las reglas establecidas por el orden jurídico parcial cuya unidad expresa esa persona jurídica. El crédito de una persona jurídica es un crédito colectivo de sus miembros. Solo el órgano competente puede hacerlo valer y no cada miembro en forma aislada. El individuo que interviene como órgano solo posee esta calidad en la medida en que su acción está autorizada por el orden jurídico parcial y, por consiguiente, puede ser imputada a este orden considerado como una unidad.

La persona jurídica se convierte así en un punto de imputación. Todos los actos de una persona jurídica son, en rigor de verdad, actos cumplidos por individuos, pero imputados a un sujeto ficticio que representa la unidad de un orden jurídico parcial o total. "Esta imputación es, pues, una operación desde todo punto de vista diferente de la imputación en la cual nos hemos ocupado

precedentemente y que consiste, dentro de un mismo orden jurídico, en establecer una relación entre dos hechos"[79].

6.4. LA CIENCIA DEL DERECHO.

El conocimiento filosófico es el más elevado que puede pretender el espíritu humano. Por debajo de él, aunque auxiliándolo, se ubica el conocimiento científico, que estudia el porqué inmediato de los fenómenos, y sobre la base de la experiencia edifica los sistemas que permiten establecer leyes o conceptos en torno al orden universal de las cosas y de los actos. Quiere esto decir que la ciencia no supera la realidad inteligible por medio de los sentidos. Aunque puede llegar a la formulación de leyes naturales, o a la construcción de teorías destinadas a explicar los fenómenos del universo, nunca esas leyes ni esas teorías dejan de estar fundadas en la realidad de los hechos. La filosofía, en cambio, procede por medios puramente intelectuales, racionales, a la determinación de los principios más elevados de todas las cosas, y estos principios ya no son sistemas apegados a la realidad, sino conceptos del espíritu, que si bien tienen en cuenta las investigaciones científicas, se fundan directamente en la razón.

Lo mismo ocurre en el derecho. Junto a un conocimiento filosófico aparece un conocimiento científico que estudia también el orden jurídico en su integridad, pero con un espíritu más próximo a los

[79] Carlos Mouchet, "Introducción al Derecho", duodécima edición, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 81.

hechos mismos. La ciencia del derecho se ocupa únicamente, en efecto, del derecho positivo, es decir, de las normas jurídicas que han estado o están en vigencia en los diferentes países, para extraer de ese estudio nociones generales que le permitan elaborar teorías, conceptos y construcciones jurídicas. Pero nunca va más allá del derecho positivo. La filosofía, en cambio, se distingue de aquélla en que puede valorar los sistemas, determinar el fundamento de su obligatoriedad y exponer los ideales y los fines que deben tener en cuenta. Por donde se advierte que la filosofía trabaja con conceptos ajenos al derecho positivo, que no aparecen en las normas jurídicas y que nunca podrían ser extraídos de ellas por más sutil que fuera el procedimiento empleado.

La ciencia jurídica constituye una disciplina relativamente moderna. Su autonomía proviene de las tendencias que pretendieron negar el fundamento ético o racional del derecho, creyendo que era posible encontrarlo en la vida social misma. Hasta principios del siglo XIX todas las escuelas de filosofía jurídica habían considerado al derecho como una derivación de principios superiores a los cuales estaba estrechamente ligado. Pero la escuela histórica por un lado, la escuela analítica por el otro y posteriormente los positivistas y sociólogos, cambiaron este punto de vista universalmente aceptado hasta entonces y separaron al derecho de su fundamento y de su finalidad ideal. Al considerarlo así como un resultado de los hechos sociales, como un conjunto de normas independientes de todo objetivo superior, se abandonaba simultáneamente el campo principal de la filosofía jurídica para estudiarlo en su escueta realidad. Y entonces la ciencia del derecho,

opuesta a las preocupaciones metafísicas, iba a analizar el ordenamiento jurídico como tal, sin investigar su valoración ética ni su fundamento racional. Esta nueva posición doctrinaria permitió, no obstante su rechazo de la filosofía, adelantar en el conocimiento del derecho positivo, buscando sus elementos universales y elaborando conceptos y teorías que significaron un gran progreso científico.

Fue sin duda Federico Carlos de Savigny (1779-1861) el iniciador de esta nueva orientación. El principal corifeo de la escuela histórica del derecho -que veía en éste un producto espontáneo del espíritu del pueblo- fue también el primero que trató de alcanzar un conocimiento sistemático del derecho, tratando de perfeccionar los conceptos y de llegar a construir teorías generales que permitieran comprender y explicar mejor las relaciones jurídicas. El sistema del derecho romano actual es así, más que una obra en donde se estudia aquel ordenamiento clásico, un libro científico que trata de exponer los principios fundamentales del derecho según procedimientos lógicos.

Contemporáneamente apareció en Inglaterra la escuela analítica de jurisprudencia, que debe su fundación a John Austin (1790-1859). Lo que este autor llamaba jurisprudencia general consistía en el estudio de "los principios y distinciones que son comunes a varios sistemas de un derecho particular y positivo; y lo que cada uno de dichos sistemas inevitablemente comprende, sea ello merecedor de alabanza o crítica... La jurisprudencia general, o filosofía del derecho positivo, se refiere a la ley como necesariamente es, más

bien que a la ley como debe ser"[80] En cambio, la ciencia de la legislación debía determinar el contenido del derecho según reglas ideales, cuyo enunciado correspondía más al legislador y al filósofo que al jurisconsulto. No obstante, Austin lo resolvía proponiendo el criterio de utilidad como el fin principal del orden jurídico. Tal teoría no era otra cosa que el traslado al campo del derecho de la filosofía utilitaria que entonces predominaba en Inglaterra. Pero la contribución importante de Austin y de sus continuadores -Pollock, Markby, Holland, etc. fue la de establecer las bases de una ciencia autónoma del derecho, desvinculada de ingredientes filosóficos.

El positivismo contribuyó también, sobre todo en Alemania, al desarrollo de estos estudios puramente científicos. Aparece allí a mediados del siglo XIX, la teoría general del derecho, que partiendo del estudio del derecho positivo aspira, por inducción y generalización progresivas, a encontrar los elementos comunes y a formular principios universales, sin apartarse nunca de la realidad. La teoría general del derecho es así una ciencia positiva que procura aplicar a esta disciplina los métodos de las ciencias naturales. Entre los principales cultivadores de este método cabe mencionar a Merkel, Bierling y Bergbohm en Alemania, y a Korkounov en Rusia. Como dice este último, "la teoría general del derecho verifica sobre todo el derecho positivo desde el punto de vista técnico y lógico, extrae los principios generales del derecho, muestra su vínculo interno, la esencia del organismo social, y los conduce a los

[80] Martin Ruiz Moreno, "Filosofía del Derecho", Buenos Aires, 1944, pág. 372.

principios generales de la actividad humana en la sociedad y en el Estado"[81].

No debe confundirse esta posición doctrinaria con la llamada enciclopedia jurídica, de la cual se distingue por los temas que aborda. Esta última sólo aspira a exponer los principios generales de todas las ramas del derecho con propósitos preferentemente didácticos, pero nunca llega a elaborar nociones universales ni a estudiar al derecho en sus principios lógicos. Obras de esta clase aparecen desde el siglo XVII, y aunque más tarde se pretendió convertir a la enciclopedia jurídica en una ciencia autónoma, bien pronto se advirtió que sólo consistía en una síntesis de las ciencias jurídicas particulares. Sin embargo, ya bajo la influencia de las corrientes doctrinarias que acabamos de estudiar, en el siglo XIX algunos autores denominan "enciclopedia jurídica" a lo que no es sino una teoría general del derecho adicionada de consideraciones filosóficas y de la descripción de las ramas del derecho positivo. Conviene, no obstante, reservar el nombre de enciclopedia para las obras que resumen todas las materias jurídicas, pues tal es el significado etimológico de la palabra.

Por último, a fines del siglo XIX y principios del XX, aparecen en varios países de Europa nuevas tendencias, que partiendo de distintos fundamentos aspiran todas a precisar las formas puras que reviste el derecho, desde puntos de vista exclusivamente

[81]N. Korkounov "Curso de Teoría General del Derecho", Paris, 1903, pág. 42.

lógicos. Picard, Roguin y Kelsen pretenden, a pesar de las notables diferencias que los separan, elaborar una teoría general del derecho ajena a consideraciones filosóficas y fundada sólo en el estudio lógico y formalista de sus conceptos universales. Es lo que el último de los autores citados llama "teoría pura del derecho".

Las distintas orientaciones que han tenido la ciencia del derecho (analítica, teoría general y formalismo jurídico) no impiden reconocer el estrecho parentesco que las vincula. Todas ellas aspiran solamente a profundizar el conocimiento sistemático del derecho y a exponer sus aspectos universales sin apartarse de la realidad. Tal es el contenido propio de esta disciplina. Aun cuando podrían formularse objeciones fundamentales, principalmente por su abandono de la filosofía y de toda orientación idealista, no es posible dejar de señalar que esos estudios han contribuido en gran medida a crear un conocimiento científico del derecho que anteriormente no existía, o no había sido profundizado. Y en este sentido constituye hoy una ciencia de la que no se puede prescindir, aunque sea menester complementarla dándole las bases filosóficas y morales que necesita.

El objeto principal de la ciencia del derecho consiste en investigar los elementos comunes y permanentes de todo ordenamiento jurídico, para construir con ellos una teoría sistemática que los comprenda en sus caracteres universales. Sin apartarse del derecho positivo, esta ciencia se ocupa principalmente de los siguientes temas:

a) Los elementos del derecho (sujetos, objeto, relación jurídica, sanción, coacción, etc.). y los problemas que se vinculan a cada uno de ellos, incluyendo la distinción entre derecho objetivo y subjetivo (ver capítulos 4 y 5).

b) La técnica jurídica tanto en lo que se refiere a la elaboración de las normas como en lo relativo a la aplicación del derecho (capítulos 6, 10 y 11).

c) Las fuentes del derecho (ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina) (capítulos 7 a 9).

Todos estos temas de estudio son de carácter eminentemente lógico, permiten abarcar la vida del derecho en su integridad, y en torno a ellos pueden elaborarse teorías y construcciones científicas, que son las que dan a esta disciplina el aspecto dogmático que la distingue. "El jurista -dice Legaz y Lacambra- tiene que aceptar dogmáticamente el contenido del orden jurídico, limitándose a interpretarlo, construirlo y sistematizarlo... El instrumento de la dogmática es la lógica jurídica. El jurista reconduce a los conceptos puros del derecho todo el material jurídico que tiene entre sus manos, con lo cual da a éste la forma de un objeto científico, y al propio tiempo enriquece el contenido de aquellos, poniéndolos en contacto con la realidad jurídica inmediata"[82].

[82]Luis Legaz y Lacambra, Introducción a la Ciencia del Derecho", Barcelona, 1943, pág. 81.

El objeto propio de la ciencia jurídica es, por lo tanto, construir conceptos que permitan abarcar al derecho en su infinita variedad. En tal sentido, es una ciencia eminentemente teórica. Pero también tiene una orientación práctica, en cuanto esas construcciones permiten una mejor elaboración e interpretación del derecho, con lo cual es indudable que promueve su adelanto técnico y una vigencia más eficaz.

CAPÍTULO 7: LAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

7.1. Filosofía del Derecho,
7.2. Introducción al Derecho,
7.3. Sociología Jurídica,
7.4. El Derecho Comparado,
7.5. Historia del Derecho.

7.1. FILOSOFÍA DEL DERECHO.

El Derecho, que actúa en la vida humana como norma de conducta, puede ser también considerado como objeto del conocimiento. En este sentido constituye la materia que estudian diversas disciplinas. Algunas lo hacen de modo general, es decir, abarcándolo en su conjunto; otras particularizándose en sus diversas ramas. Las primeras son la filosofía y la ciencia del derecho, la sociología jurídica y la historia del derecho; las segundas son las que analizan cada una de las materias en que se divide el derecho positivo. Estudiaremos aquéllas en este capítulo.

La filosofía del derecho es una parte de la filosofía general. Esta última ha sido definida como "el conocimiento científico que mediante la luz natural de la razón considera las primeras causas o las razones más elevadas de todas las cosas" (Jacques Maritain, Introducción a la filosofía, pág. 87). La filosofía, en efecto, investiga por medio de la razón los principios universales de todas las cosas, las causas primeras, más allá de las cuales no puede remontarse la inteligencia humana. Las causas segundas, o las razones más

próximas de los actos y de las cosas, constituyen, en cambio, el objeto propio (objeto formal) de las diferentes ciencias, las cuales están sometidas a la filosofía en el sentido de que ésta las juzga, las orienta y defiende sus principios. La filosofía es, por lo tanto, la ciencia rectora por excelencia.

Al estudiar los principios más generales de todas las cosas podemos hacerlo con el propósito exclusivo de conocerlos (filosofía especulativa), o con el de aplicar esos conocimientos a la actividad humana (filosofía práctica). Esta última, también llamada ética, comprende el estudio de los primeros principios de la moral y del derecho. La moral determina cuál es el fin natural o el bien absoluto del hombre, y señala las normas a las que éste debe ajustar su conducta para alcanzarlo. La filosofía del derecho, por su parte, se ocupa más especialmente de la actividad social de los seres humanos y de las normas que la regulan, para establecer los primeros principios de éstas y de aquélla. Pero como son tan estrechas las relaciones que ligan a la moral y al derecho, resulta imposible establecer una distinción absoluta entre ambas ramas de la ética, sobre todo si se tiene en cuenta el problema común de la justicia.

La expresión "filosofía del derecho" es de uso contemporáneo. El primer libro que así se titula fue el de Gustavo Hugo, Tratado de derecho natural o filosofía del derecho (1897), pero el empleo de esta locución se generalizó mucho más tarde. Ello revela también que esta disciplina sólo ha alcanzado en fecha muy reciente una relativa autonomía.

En efecto, los problemas fundamentales del derecho fueron estudiados en la antigüedad, a partir de la filosofía griega, pero sin acordarles un tratamiento separado de los demás problemas éticos. La justicia, más tarde el derecho natural y las demás cuestiones jurídicas, constituían una parte de la moral a la que estaban ligados por fuertes vínculos de dependencia. Así fueron siempre considerados hasta el siglo XVII, y lo son aún hoy por los que mantienen el criterio tradicional. Más tarde, la escuela del derecho natural fundada por Hugo Grocio, procuró separar al derecho de sus bases religiosas y morales, y analizó sus problemas fundamentales bajo el rótulo que la distinguía. Sólo desde hace más o menos un siglo, con la decadencia de esta última escuela, los especialistas comenzaron a utilizar con preferencia la expresión "filosofía del derecho", que responde también a la necesidad de dar un titulo desvinculado de toda posición doctrinaria al tratamiento de los primeros principios del derecho. Pero este título, si bien traduce la progresiva especialización de los estudios, no prejuzga acerca de los vínculos que ligan a esta disciplina con la moral.

Aun cuando no todos los autores concuerdan al respecto, puede afirmarse que la filosofía del derecho comprende tres temas fundamentales:

1) El problema de la esencia del derecho (ontología jurídica) investiga lo que es el derecho, para llegar a definirlo y a precisar su concepto. Este estudio permite ubicar al derecho como sistema normativo de la conducta social y relacionarlo con los demás sistemas normativos, como lo hicimos en el capítulo 1.

2) El problema del conocimiento del derecho (gnoseología jurídica) analiza el valor de ese conocimiento (o sea si podemos alcanzar una noción cabal del derecho y de la justicia, y en qué medida realiza esta finalidad el orden jurídico), y el objeto del conocimiento jurídico (si debemos contemplar solamente el derecho positivo o buscar algún otro sistema más elevado e ideal). Esta última es la cuestión del derecho natural.

3) El problema del fin o ideal del derecho (deontología jurídica), también llamado problema de los valores, que nos indica cual debe ser el derecho, su finalidad propia y el fundamento de su obligatoriedad. Se trata de investigaciones cuyo contenido es, sobre todo, ético o moral, que sólo admiten las escuelas que buscan la conformidad del orden jurídico con los otros sistemas normativos o con criterios, racionales superiores al derecho mismo. La deontología jurídica estudia, por lo tanto, el fundamento y los fines del derecho, o sea el problema de la justicia y de los demás valores que realiza o debe perseguir el ordenamiento jurídico.

Algunos autores agregan a estos temas principales otros dos secundarios: la técnica jurídica y la aplicación del derecho, que trataremos más adelante. Pero son, en realidad, cuestiones que corresponden más especialmente a la ciencia del derecho, como luego veremos.

Las soluciones que se dan a esos problemas fundamentales dependen siempre, explícita o implícitamente, de la posición

filosófica que asume o tiene el jurisconsulto. Hay, por lo tanto, una marcada subordinación de la filosofía del derecho con respecto a la filosofía general, y dentro de ésta, a la filosofía práctica.

La filosofía del derecho ha sido definida por Del Vecchio -uno de los más grandes especialistas contemporáneos- como la disciplina que define el derecho en su universalidad lógica, investiga los fundamentos y los caracteres generales de su desarrollo histórico y lo valora según el ideal de justicia trazado por la pura razón" (Filosofía del Derecho, pág. 27). Debe tenerse presente, sin embargo, que Del Vecchio agrega a los problemas fundamentales de esta disciplina una investigación fenomenológica, que aspira a "comprender al Derecho como fenómeno universalmente humano", y pretende "estudiar la historia jurídica de la Humanidad de un modo omnicomprensivo y dibujar un cuadro lo más integral posible de la vida del Derecho, en su origen y en su evolución" (id., págs. 25 y 26). Esto explica la referencia a la historia que contiene aquella definición: pero tal estudio no es admitido por la mayoría de los autores.

Lo que caracteriza, por consiguiente, a la filosofía del derecho, y lo que la distingue netamente de las otras disciplinas jurídicas, es su posibilidad y su pretensión de valorar los sistemas según un ideal de justicia. Vale decir, que se eleva por encima de los datos de la experiencia y de las consideraciones puramente científicas para buscar en algo ajeno y superior al derecho mismo el criterio que permita apreciarlo en su contenido moral. "Es de tal posición -agrega Del Vecchio- de donde fluye la función práctica de la filosofía del

derecho: pues enseña y prepara el reconocimiento positivo del ideal jurídico" (id., pág. 28). Sin esta disciplina el derecho sería simplemente un ordenamiento impuesto por la voluntad del más fuerte: pero el pensamiento filosófico no sólo permite juzgarlo, sino también influir en las modificaciones del sistema, procurando su aproximación progresiva al ideal de justicia. Y es de tal intensidad y trascendencia ese juicio que ha determinado, en pocas ocasiones, profundos cambios en el ordenamiento jurídico.

7.2. INTRODUCCIÓN AL DERECHO

En estrecha conexión con la disciplina que acabamos de considerar, aparece en los planes de estudio de la mayor parte de las universidades un curso que se titula "Introducción al Derecho". Debe señalarse, por de pronto, que esta materia sólo tiene un objetivo pedagógico: el de facilitar a los estudiantes la comprensión de los conceptos fundamentales del derecho, presentándoles, además, un panorama de la carrera que han emprendido.

La necesidad de una preparación de tal naturaleza se explica claramente. El Derecho constituye un campo de estudios tan vasto, y a veces tan intrincado, que es indispensable orientan a quienes -sin experiencia ni preparación adecuada- contemplan por primera vez el amplio panorama de las ciencias jurídicas. Por ello es que esta materia se ubica siempre en el umbral de los estudios, y a modo de paso preliminar destinado a iniciar y promover el aprendizaje del Derecho.

La Introducción al Derecho puede definirse como la disciplina que con propósitos eminentemente didácticos estudia las nociones generales del derecho, ofrece un panorama de sus diversas ramas y recuerda las diferentes soluciones que se han dado a sus problemas fundamentales.

Con esta definición queda ya insinuado que nuestra materia carece de un objeto exclusivamente propio, como lo tiene la filosofía y la ciencia del derecho y las ramas particulares en que éste se divide. Su contenido proviene, en efecto, de otras disciplinas, y puede clasificarse en tres partes perfectamente diferenciables:

1) Teoría del Derecho, que en parte proviene de la filosofía (nociones fundamentales), y en lo restante comprende toda la ciencia del derecho según acabamos de describirla.

2) Enciclopedia del derecho positivo, en la cual se pasa revista a sus diversas ramas para señalar sus ámbitos respectivos y sus principales problemas.

3) Reseña sintética de la evolución del derecho, y de las diferentes escuelas que han predominado a través de su historia, para familiarizar al estudiante con las corrientes fundamentales del pensamiento jurídico.

La Introducción al Derecho contiene así una parte dogmática (a la vez filosófica y científica), otra descriptiva (a la que conviene incorporar nociones históricas respecto a cada una de las ramas

estudiadas), y por último una parte histórica destinada a explicar la evolución del pensamiento jurídico. Pero todos estos temas deben ser tratados de conformidad al objeto pedagógico que se propone la materia, es decir, adecuando su exposición a la capacidad intelectual de los estudiantes, y buscando más la claridad que el alarde erudito o la excesiva profundización.

En esta forma, la Introducción al Derecho pretende abarcar la mayor parte de los problemas que son comunes a todas las ramas del saber jurídico, y exponiendo esas nociones universales se eleva a la categoría de materia indispensable para comprender las demás. De ahí su importancia. No enseña solamente un conjunto de nociones propedéuticas necesarias para internarse con provecho en la selva enmarañada en los estudios jurídicos; no es simplemente el hilo conductor que ha de guiar al principiante en el áspero sendero que comienza a transitar, sino que también expone los rasgos fundamentales de la ciencia, muestra los elementos comunes a todas sus ramas, las clasifica y ordena, y manteniendo el sentido de unidad en el derecho, afirma también la intima trabazón que vincula a sus diversas partes.

La utilidad de este curso no reside solamente en facilitar los futuros estudios: debe servir también para revelar a cada uno la verdadera intensidad de su vocación por el derecho. Al contemplar el panorama que se le presenta, el alumno debe advertir si esta clase de investigaciones, problemas y conocimientos coincide con sus propias inclinaciones espirituales, si tiene verdadero interés en proseguir el camino que ha elegido, y si ese camino ha de

proporcionarle satisfacciones o desencantos. Cuando no existe una auténtica y segura vocación que impulsa a continuar, más vale hacer abandono de la carrera en su primera etapa, porque es preferible que no la sigan quienes no sientan el llamado del derecho ni aspiren a convertirse en custodios de la justicia.

El contenido de esta asignatura ha sido siempre -con las naturales diferencias derivadas de las épocas y de los profesores- el que le hemos asignado al principio, conteniendo además nociones de historia jurídica nacional que fueron progresivamente ampliadas al compás del adelanto alcanzado por tales investigaciones. Su propósito era "bosquejar a grandes rasgos la ciencia del derecho, en sus principios y bases constitutivas, en las fuentes principales de nuestro derecho positivo, y en las distintas ramas que constituyen la jurisprudencia, para ocuparnos en seguida de las ciencias que más poderoso auxilio le prestan.

En todas las Facultades de Derecho existen cátedras de Introducción al Derechoque cumplen el mismo propósito didáctico y preparatorio de iniciar a los estudiantes en los demás fundamentales del ordenamiento jurídico, proporcionándoles además un panorama de esta ciencia.

7.3. SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Entre todas las disciplinas jurídicas, es la de más reciente formación.

Los hechos sociales, la naturaleza de los grupos humanos y sus transformaciones a través del tiempo habían sido, desde la antigüedad, estudiados por los filósofos y los historiadores; pero aquellos más con un propósito finalista -determinar lo que debe ser la sociedad- y éstos con intención puramente narrativa. En el siglo XVIII comienzan a analizarse los fenómenos colectivos como una realidad que es menester conocer y explicar. Juan Bautista Vico, con sus Principii di una scienza nuova intorno alla comune natura delle nazioni (1725), y Montesquieu, en su libro De l'esprit des lois (1748), pueden considerarse los precursores de este modo de encanar el problema social.

Sólo en la siguiente centuria, sin embargo, se establecen las bases de esa ciencia de la sociedad. Por un lado la decadencia de la filosofía, reemplazada entonces por los estudios científicos, y por el otro el auge del criterio historiográfico, condujo a buscar la explicación de los hechos sociales como fenómenos positivos, producidos por un determinismo universal, y que pueden reducirse a leyes análogas a las de las otras ciencias. Fue Augusto Comte quien dio a esta nueva teoría su nombre y su contenido. Sostenía Comte que había seis ciencias fundamentales -las matemáticas, la astronomía, la física, la química, la fisiología y la física social-, cada una de las cuales dependía, en cuanto a sus métodos y a sus conclusiones de las precedentes, porque iban de lo más simple a lo más complejo. En el tomo IV de su Curso de filosofía positiva (1839) bautizó a la física social con el nombre de sociología, creando así la ciencia que a su juicio tenía el lugar superior en la escala jerárquica de los conocimientos. Y dividió a esta ciencia en dos partes: la estática

social, que investiga las leyes de coexistencia, o sea las acciones y reacciones que ejercen continuamente las diversas partes del sistema social; y la dinámica social, cuyo objeto lo constituye la búsqueda de las leyes de sucesión, o sea una teoría del desarrollo colectivo sometido a leyes naturales.

No resultó fácil llegar a la consideración autónoma de los hechos sociales. Los continuadores de Comte se dividieron en múltiples escuelas que no atinaban con el objeto propio de la sociología. O bien consideraban al grupo social como si fuera un organismo vivo, y aplicaban los métodos de las otras ciencias naturales (escuela organicista), o bien creían que los hechos sociales sólo eran una generalización de las reacciones individuales (escuelas psicológicas), o bien asignaban a la sociología un objeto puramente formal (escuela formalista). Tocó a Emilio Durkheim (1858-1917) afirmar la existencia de una ciencia positiva y total de los hechos sociales con métodos propios, sosteniendo que la sociedad constituye un ser completamente distinto de la suma de los individuos que la componen, y que hay un alma o conciencia colectiva que la sociología debe estudiar como una cosa real en su existencia y en su dinamismo. Estos hechos sociales, inasimilables a los de ningún organismo y diferentes de los fenómenos humanos individuales, constituyen, por lo tanto, el objeto propio y exclusivo de la nueva disciplina fundada por Comte. No se trata tampoco de hechos de orden natural, sino de acciones y reacciones colectivas con un fondo espiritual que no puede dejar de ser advertido. Durkheim dividía la sociología en dos partes especiales: la morfología social, que se ocupa de las formas de asentamiento de la

población, su volumen y densidad, y la filosofía social, que trata de las manifestaciones religiosas, morales, jurídicas, económicas, lingüísticas y estéticas de la comunidad.

La sociología continúa hoy, no obstante el intento de Durkheim, dividida en varias escuelas, que a veces adoptan posiciones nacionales. No nos corresponde aquí exponer esas discrepancias, pero si señalar que los distintos autores no concuerdan ni en lo referente al objeto propio de esta disciplina, ni a sus métodos, ni mucho menos en sus conclusiones. De ahí la dificultad de definirla. Conciliando las distintas tendencias, diremos simplemente que la sociología es la ciencia que describe y trata de explicar los hechos de la convivencia humana, procurando también encontrar las leyes generales que gobiernan la evolución de las sociedades. En otros términos, la sociología moderna estudia la sociedad como un ente distinto de la suma de todos sus miembros, con sus características propias, y analiza además las formas de convivencia, su desarrollo y la acción recíproca que los hombres ejercen entre sí, para extraer de ese análisis las ideas generales que han de permitir fijar en fórmulas o leyes ese dinamismo colectivo.

Se distingue, por lo tanto, de la filosofía, y en general de todas las ciencias normativas, en que sólo estudia los hechos sociales en su escueta realidad, sin buscar cómo deben ser según sistemas ideales. Y es también una disciplina diferente de la historia, porque ésta, sólo trata de hechos singulares, que no se repiten, mientras la sociología busca los conceptos generales y los tipos de la vida

social, sin detenerse a examinar los detalles o los acontecimientos particulares que son los que interesan al investigador del pasado.

La sociología jurídica, como parte de la sociología general, estudia cómo se forma y se transforma el derecho, cuál es su función en la colectividad y de qué manera influye en la vista social.

Mientras la filosofía y la ciencia del derecho se ocupan de analizarlo en sus aspectos lógicos, considerándolo como un ordenamiento estático, la sociología jurídica lo contempla en su dinamismo característico. Además, aquellas disciplinas tratan de comprender al derecho como sistema normativo; ésta lo explica simplemente como hecho social. Las diferencias importantes que se advierten entre la sociología jurídica y las otras ciencias que hemos mencionado, no impiden reconocer la posibilidad de integrar a todas en un estudio que permita alcanzar un conocimiento cabal del derecho en sus múltiples aspectos. Más aún, es necesario incorporar a la filosofía y a la ciencia del derecho las explicaciones sociológicas, pues de lo contrario se corre el peligro de contemplar el ordenamiento jurídico como una forma pura, sin antecedentes ni consecuencias en la vida social. Lo cual implicaría perder el necesario contacto con la realidad, con la existencia misma del derecho, producto muchas veces de acciones y reacciones colectivas, que a su vez determinan innumerables transformaciones sociales.

Como antes dijimos, el derecho es en gran parte un producto de la vida social, pues ésta determina la sanción de las normas, sus

cambios y las formas de la vida jurídica, y a la vez influye en la evolución social, pues es en cierto modo el marco dentro del cual se desarrolla la conducta de los hombres en sus recíprocas relaciones. Estos dos son, por consiguiente, los temas fundamentales de la sociología jurídica: estudiar los factores que intervienen en la elaboración y en el desarrollo del derecho e investigar, además, los efectos que produce un ordenamiento jurídico dado sobre una colectividad.

Podemos, entonces, definir a la sociología del derecho diciendo que es la disciplina que con métodos científicos analiza las relaciones que existen entre el orden jurídico y la vida social, así como sus influencias reciprocas, y considera además al derecho como factor determinante de muchas transformaciones en las formas de convivencia humana. Por consiguiente, la sociología no se aproxima al derecho para estudiarlo como un conjunto de normas, ni averiguar cuáles deben ser éstas, o los fines que deben proponerse, sino como hecho social ya producido que es preciso admitir como fenómeno positivo, para averiguar cuáles son sus causas y sus efectos sociales.

7.4. EL DERECHO COMPARADO.

Desde principios del siglo XX, se ha difundido, además, una nueva disciplina que estudia los diversos sistemas jurídicos positivos con el propósito de uniformarlos y orientar su reforma. El Derecho Comparado no es en realidad una disciplina autónoma, pues sus elementos provienen a la vez de la ciencia del derecho, las

ramas particulares de éste y la sociología jurídica. Con todos los datos que le brindan estas materias, la orientación comparativista procura extraer los caracteres comunes de las distintas instituciones, tanto antiguas como actuales, a fin de cumplir tres fines de naturaleza eminentemente pragmática:

a) Facilitar al investigador de un derecho determinado los elementos de los otros sistemas, para que pueda establecer sus analogías y diferencias. Es la función que realizan -en grado mayor o menor- todos los expositores de las ramas jurídicas particulares.

b) Determinar los caracteres constantes y permanentes de cada institución jurídica, para perfeccionar su conocimiento universal. Es la tarea propia del Derecho Comparado.

c) Promover así las reformas legislativas en los derechos nacionales y tratar de llegar también a la uniformidad internacional de las legislaciones mediante la adopción de leyes y códigos redactados sobre la base de aquellos estudios. Esta finalidad es la que ha conducido a la reunión de numerosos congresos, de carácter oficial o privado, en los cuales se han presentado proyectos de unificación legislativa destinados a regir en países de estructura social análoga. Claro está que estos intentos se dirigen principalmente al derecho privado.

7.5. HISTORIA DEL DERECHO

Siempre los hombres se han preocupado por mantener vivo el recuerdo del pasado, ya para conocer los hechos brillantes o heroicos que ocurrieron, ya para extraer de ellos lecciones morales, políticas o estéticas, ya en fin para comprender lo que pensaron e hicieron otros hombres, y conservar así un acervo cultural que es el patrimonio común de la humanidad. Sin ese conocimiento, en efecto, se perdería la memoria de realizaciones y de conquistas espirituales, científicas, artísticas e institucionales cuyo conjunto forma lo que llamamos la civilización. El aporte del pasado es el indispensable punto de partida en la tarea, siempre renovada, que se requiere para mantener y perfeccionar esa civilización.

La historia es, por lo tanto, el conocimiento de ese pasado forjado por el hombre en su actividad social, para explicarlo, ordenar sus variadas estructuras, discernir las razones de sus cambios y juzgarlo con arreglo a ideales superiores y, en lo posible, permanentes.

El historiador debe estudiar ese pasado para hacerlo revivir como historia, es decir, como análisis actual de hechos pretéritos. Al hacerlo, transforma ese conjunto aparentemente desordenado y multiforme de acontecimientos que han ocurrido en cada etapa del pasado en un relato coherente, distinguiendo lo importante de lo episódico y ordenando aquel conjunto en estructuras adecuadas al tema o al periodo estudiado. El historiador debe, además, explicar los sucesos investigando sus motivos o las razones de lo que ha

ocurrido, para comprender así una evolución siempre compleja y llegar, por último, a formular juicios sobre ella.

Actualmente se asigna un contenido social a la historia. Esta no procura ya referir las hazañas de ciertos personajes prominentes, sino investigar procesos colectivos que se verifican casi siempre dentro de un Estado o en el ámbito de una civilización: su evolución política, religiosa, cultural, jurídica, económica, artística, etcétera. Todo ello da a la historia un contenido y un interés social, puesto que en definitiva trata de conocer la formación y las transformaciones de los pueblos.

La Historia del Derecho se ocupa de investigar el pasado jurídico de una sociedad determinada o de todo el mundo, con el objeto de analizar la evolución de las instituciones y de los sistemas, y perfeccionar así el conocimiento de una de las manifestaciones culturales más importantes.

Su objeto es el pasado jurídico, que estudia a través de las fuentes de conocimiento. Estas últimas son los materiales necesarios para la reconstrucción del proceso histórico-jurídico. Los vestigios del pasado en este caso pueden clasificarse en dos grandes grupos: las fuentes jurídicas (leyes, derecho consuetudinario, obras doctrinarias, expedientes judiciales y administrativos, actos jurídicos particulares, etc.), las cuales reflejan las formalidades y el derecho vigente en cada momento histórico; y las fuentes no jurídicas, que consisten en todas las obras escritas (libros, cartas, documentos) que si bien no tuvieron el propósito directo de

exponer o exteriorizar el derecho, a veces muestran la vida de éste, sus vicisitudes, las causas de su evolución o las costumbres colectivas. Claro está que las primeras son las más importantes, pero no debe creerse que el conocimiento de la historia del derecho se agota con las leyes sancionadas a través de la historia, pues no dejan de ser frecuente el incumplimiento de ellas, las transgresiones a sus normas y la aparición de costumbres que las contrarían o las complementan. Por lo cual el derecho pretérito sólo llega a conocerse integralmente a través de todos los vestigios, cualquiera sea su naturaleza, que reflejan su vida efectiva y real en el pasado.

La tarea del historiador del derecho consiste precisamente en eso: exponer cuál ha sido la evolución jurídica de una comunidad, o bien, remontándose a nociones e ideas más universales, las transformaciones del derecho en el ámbito de una civilización. El derecho es una de las expresiones que reflejan la cultura de un pueblo. La organización política, el derecho privado y el sistema económico son manifestaciones que traducen, a veces mejor que las demás, el grado de adelanto y de civilización que ha alcanzado una comunidad. Y en este sentido, la historia del derecho entronca en la historia de la cultura, de la cual forma uno de los más importantes capítulos.

Pero esa tarea de recordar el derecho pretérito se refiere en especial al derecho efectivamente vivido. No a las leyes sancionadas ni a las doctrinas expuestas -aunque ambas tienen su importancia-, sino al derecho que ha imperado en la práctica. Al exponer esa evolución, el historiador advierte, en la inmensa mayoría de los casos, la

continuidad de ella. Las transformaciones y los cambios rara vez ocurren bruscamente. Las mismas revoluciones, que son los movimientos sociales que pretenden modificar substancialmente el ordenamiento jurídico, o bien vienen precedidas de cambios que las anticipan, o bien originan reformas que sólo paulatinamente se incorporan al derecho realmente cumplido y acatado. El orden jurídico no se altera fácilmente, pues integra también -en cierto sentido- las costumbres de un pueblo, que sólo cambian lentamente.

Esta continuidad de la evolución jurídica pone en evidencia los inconvenientes que existen en adoptar, al exponerla, un método exclusivamente cronológico. Lo que interesa a la historia del derecho no es tanto la sucesión de leyes sancionadas, cuanto las formas de vida jurídica que ha tenido una comunidad a través del tiempo. Y para conocer estas últimas es preciso adoptar un método sistemático, dividiendo al pasado en períodos lo más amplios posibles, a fin de analizar dentro de cada uno las diversas instituciones fundamentales (organización política, régimen de la familia y de la propiedad, etc.). Esta tendencia sistemática que hoy prevalece permite así estudiar las grandes instituciones jurídicas en cada época de la historia, y al mismo tiempo comparar las soluciones que se dieron antes o surgieron después, a fin de llegar a un conocimiento acabado de todo el proceso histórico del derecho. De tal modo, el método sistemático permite a la vez realizar un análisis completo de los grandes problemas jurídicos del pasado y señalar las ventajas e inconvenientes de las leyes, costumbres o doctrinas que han imperado en épocas pretéritas.

Pero no basta este estudio sistemático que sólo daría una visión estática del derecho anterior. Es necesario también llegar al dinamismo característico de todo ordenamiento jurídico, y al advertir sus cambios, su evolución permanente y la continuidad de sus variantes, estudiar las razones y los motivos determinantes de los cambios ocurridos, a fin de lograr una explicación cabal del proceso histórico. El derecho no siempre es resultado de una voluntad -rey, presidente, congreso, etc.-, sino que en la mayor parte de los casos responde a necesidades colectivas o traduce los anhelos de un grupo social. De modo que no es suficiente recordar que se ha sancionado una ley o que se ha modificado una costumbre, sino que conviene además estudiar el porqué de esos cambios, los fines que persiguieron y sus efectos sobre la sociedad. Sólo así la historia llegará a adquirir caracteres científicos mediante la explicación racional que es propia de la ciencia.

Como aquellos motivos y finalidades obedecen muchas veces a razones políticas, sociales o económicas que no son exclusivamente jurídicas, la historia del derecho debe estudiar también la evolución política o económica que las ha producido, para lograr una explicación cabal de todo el proceso.

Esta circunstancia ha dado origen a una división muy difundida en el campo de la historia jurídica. Leibniz distinguió una historia interna del derecho, en la cual debían estudiarse exclusivamente los hechos pretéritos de contenido o de interés jurídico, y una historia externa del derecho en la cual encontraban ubicación los factores no jurídicos indispensables para explicar la evolución del derecho.

Pero esta división no siempre conserva el mismo significado según los autores. Entre nosotros, Ricardo Levene incorporó a la segunda el estudio de las fuentes del derecho, de modo que la primera sólo ha de ocuparse de las instituciones jurídicas: "La historia externa del derecho de Indias comprende el estudio de sus fuentes y de los sucesos políticos y sociales que lo explican. No penetra, pues, en el conocimiento de las instituciones jurídicas y principios del derecho, materias propias de la historia interna. Se limita a fijar la autoridad legal o política de que están investidas las leyes, la concurrencia de causas que ilustran históricamente acerca de su promulgación, la relación cronológica que guardan entre ellas, las diferencias en la técnica, en el método, en el plan, las fuentes de reglas jurídicas que se refieren al derecho consuetudinario, jurisprudencia de los tribunales y doctrina de los juristas". El mismo autor reconoce que "no es posible establecer una diferencia científica profunda entre ambos aspectos en el estudio del derecho"[83].

La doctrina moderna tiende a abandonar esa distinción, reconociendo la imposibilidad de analizar separadamente la historia jurídica sin recordar los demás factores no jurídicos que han determinado su evolución.

Fue la escuela histórica del derecho la que impulsó con más vigor el desarrollo de esta disciplina. Siguiendo las enseñanzas de Gustavo

[83]" Ricardo Levene, "Introducción a la Historia del Derecho Italiano", Buenos Aires, 1924, pág. 29.

Hugo, que concebía al derecho como expresión de la vida nacional. Carlos Federico Eichhorn decidió consagrarse a la redención de Alemania enseñando a sus alumnos la historia jurídica de su patria. En 1808 publicó el primer tomo de su Historia del derecho y de las instituciones alemanas, donde examina con espíritu crítico y como un todo coherente la evolución del derecho, revelando su continuidad. Se convirtió así en fundador de una escuela que partiendo de puntos de vista comunes a los de Savigny, se había distanciado de éste para mantener irreductiblemente una posición germanista. Pero tanto sus discípulos como los de Savigny -que prefirieron dedicarse al estudio del derecho romano- elaboraron obras fundamentales y emprendieron la publicación de valiosas colecciones de fuentes, como los Monumenta germanice histórica, o las que reunió el genial romanista Mommsen.

En España, el iniciador de los estudios sobre historia del derecho fue el sacerdote Francisco Martínez Marina, que en 1808 publicó su Ensayo sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla. Muchos años pasaron sin que aparecieran investigadores de mérito, hasta que Eduardo de Hinojosa, nutrido de las enseñanzas de la escuela histórica alemana, se consagró a estudiar el antiguo derecho de su patria. En 1887 apareció el primer volumen de su Historia del derecho español, que significó un notable progreso en su época. Actualmente el principal cultor de esta disciplina en España es el infatigable investigador Alfonso García Gallo, que además de tratar con gran originalidad el derecho español, se ha ocupado también de su expansión en los demás países de formación hispánica.

El desarrollo de los estudios relativos al derecho indiano se debe principalmente al doctor Ricardo Levene, que fue el primero en realizar una síntesis acabada en su Introducción a la historia del derecho indiano (1924). El doctor Levene, dedicado con ejemplar consagración a hacer conocer el pasado jurídico nacional, continuó cultivando tanto ese riquísimo campo de investigaciones como el que le brindaba el derecho posterior, al cual muy pocos habían estudiado. Son frutos de estas tareas, la Introducción a la historia del derecho patrio (1942) y la Historia del derecho argentino, en once volúmenes (1945-1958). Esto, aparte de otras monografías sobre temas especiales, y de obras de contenido puramente histórico de gran importancia. Y en su afán por difundir el conocimiento de esta disciplina, fundó en 1937 el Instituto de Historia del Derecho, alrededor del cual se han agrupado los investigadores argentinos. La obra de este Instituto -aparte de sus funciones docentes y de investigación- se materializó en la publicación de numerosas obras que contienen fuentes o trabajos de historia jurídica, las cuales le dieron una indiscutida jerarquía en el campo de su especialidad. Lamentablemente a principios de 1984 fueron suprimidos todos los institutos de investigación que existían en la Facultad de Derecho bonaerense. Sin embargo, las tareas que realizaba el que había sido fundado por Levene fueron retomadas, desde 1973 por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, de carácter privado, que ha participado también en numerosas reuniones y congresos nacionales e internacionales. Su revista de Historia del Derecho lleva hasta 1997 catorce volúmenes publicados.

CAPÍTULO 8. LA TÉCNICA JURÍDICA:

8.1. El Derecho como ciencia y como arte.
8.2. Procedimientos de la técnica jurídica.
8.3. Agrupación de las normas jurídicas.
8.4. El formalismo en el Derecho.
8.5. Fundamento y límites de la técnica jurídica.

8.1. EL DERECHO COMO CIENCIA Y COMO ARTE.

El Derecho aparece en la realidad como un conjunto orgánico y sistemático de normas jurídicas, es decir, de reglas que se imponen obligatoriamente a la conducta humana en las relaciones sociales. Tales normas, derivadas de distintas fuentes (leyes, costumbres, decisiones judiciales y preceptos doctrinarios), son siempre el resultado de una elaboración consciente, que tiene en cuenta múltiples factores y utiliza procedimientos técnicos adecuados para manifestarse.

El proceso que conduce a la elaboración de esas normas constituye uno de los temas fundamentales de que se ocupa la ciencia del derecho. El orden jurídico es un sistema en permanente evolución. Se sancionan nuevas normas, se modifican las existentes, se las aplica a los casos concretos interpretándolas, se fija su verdadero sentido y alcance y los juristas se empeñan en completar la obra legislativa y judicial para perfeccionar los instrumentos que rigen la convivencia humana.

Toda esa actividad no es un resultado natural o fortuito de la evolución social, no responde a manifestaciones espontáneas de la colectividad: es un obra conscientemente realizada, que se funda en estudios de carácter científico, considera la oportunidad de las reformas, y se traduce mediante una técnica precisa que es la que da forma y realidad a las normas jurídicas.

En efecto, aunque existe un derecho natural, de contenido moral, que establece las reglas fundamentales a las que debe ajustarse la conducta humana, ese sistema jurídico sólo da normas generales y básicas de la actividad social, pero no abarca ni pretende regular los infinitos problemas que plantea la convivencia. Para reglamentar todos estos problemas es preciso sancionar las normas sociales que componen la mayor parte del ordenamiento jurídico. La decisión que debe tomarse al dictar cada una de estas normas sociales viene en cierto modo condicionada por múltiples factores que el legislador, el jurista o el magistrado deben tomar en consideración. No sólo es preciso atenerse a los postulados de la justicia o del derecho natural, sino que también deben estudiarse las tradiciones, costumbres y tendencias de la comunidad, sus necesidades, las circunstancias históricas, sociales, políticas y económicas, la realidad física y social, es decir, el conjunto de factores que Gény llama le donné (lo dado, los elementos de la realidad que condicionan o inspiran las normas jurídicas). Además, conviene analizar la oportunidad de las reformas jurídicas, y la posibilidad de ponerlas en práctica. Y, por último, es necesario traducir esas ideas en reglas adecuadas, o sea acertar con los medios destinados a realizar los fines así concebidos. La elaboración de las normas

jurídicas constituye, por lo tanto, un proceso que exige tres actividades diferentes:

1) Un estudio científico que trata de determinar cuál debe ser el contenido de una norma o de un grupo de normas, teniendo en cuenta los elementos morales, sociológicos y físicos que se imponen al legislador, al juez y al jurisconsulto. Para llegar a determinadas conclusiones respecto al contenido o a la materia de un orden jurídico dado, es indispensable analizar en forma reflexiva y racional cada uno de esos elementos, a fin de apreciar la justicia de las soluciones y su adecuación al medio social. Tal es la obra de la ciencia. Pero no debemos confundir ese estudio con la ciencia del derecho, pues esta última se ocupa del orden jurídico existente, y sólo investiga los procedimientos que conducen a su elaboración. La ciencia, en el sentido que ahora le damos a falta de otro término menos equívoco, es una parte -en cierto modo práctica- de la ciencia del derecho, pues consiste en la aplicación de los principios dados por ésta. Es lo que también se llama la ciencia de los juristas, pues son éstos principalmente quienes realizan esta clase de estudios.

2) Un análisis de la conveniencia y oportunidad de los cambios en el ordenamiento jurídico. Esta actividad, si bien trata de realizar los fines perseguidos por la ciencia, los subordina a las circunstancias de tiempo y de lugar que permiten apreciar su posibilidad. Como en todos los actos de gobierno -y la reforma jurídica es uno de ellos- el hombre debe tomar en consideración las características del momento histórico y de la sociedad en que

vive, para que las modificaciones en el sistema jurídico sean eficaces, convenientes y oportunas. Tal es la actividad que desarrolla la política jurídica. A veces también esta última busca por si sola los fines de un orden jurídico determinado, y entonces consiste en el arte de precisar los objetivos que debe proponerse el derecho.

3) Una actividad destinada a dar forma a los objetivos de la ciencia y de la política jurídica, traduciéndolos en normas precisas y orgánicas. Esta es la obra de la técnica jurídica, que consiste en un conjunto de medios y de procedimientos más o menos artificiales destinados a hacer práctica y eficaz la norma jurídica en el medio social a que se la destina. En efecto, la ciencia y la política jurídica sólo alcanzan a determinar el contenido y los propósitos del derecho, mientras la técnica convierte a ambos en palabras, frases y normas a las cuales da una arquitectura sistemática. Es la diferencia que existe entre la idea y su realización, entre el fondo y la forma. El estudio científico y la política sólo dan la materia prima de la norma: la técnica la moldea, la adapta y la transforma para lograr la realización práctica de esos propósitos.

Estos tres aspectos que pueden distinguirse en la elaboración del derecho no son siempre sucesivos, pero constituyen procesos distintos que es fácil separar. Toda obra de creación jurídica participa, en grado mayor o menor, de estas etapas que hemos distinguido. Las leyes, las costumbres y los fallos judiciales son la obra conciente y reflexiva de hombres que analizan sus resultados,

pesan su oportunidad y conveniencia, y traducen los objetivos que persiguen en la forma que estiman más adecuada. Lo mismo, y con mayor intensidad aún, se advierte en la elaboración doctrinaria del derecho.

No negamos con ello la parte que tienen el espíritu del pueblo o la conciencia colectiva en esa labor de creación jurídica -tesis defendida y difundida por la escuela histórica- pero creemos que esa colaboración no es nunca inconsciente o casual. Sin duda influyen las condiciones sociales y las tendencias de la comunidad sobre el espíritu de los creadores del derecho, pero ello no impide que el proceso que conduce a su formulación sea sobre todo una actividad racional. Por eso el derecho es a la vez un producto de la razón y de la experiencia, porque los legisladores, los juristas y los jueces se inspiran en estudios de carácter científico y tienen en cuenta las circunstancias históricas y sociales para elaborarlo.

La tarea definitiva, la que consigue dar forma al derecho, es una tarea puramente técnica. Es la que transforma los fines determinados pero imprecisos de la ciencia y de la política en normas jurídicas, que son las que van a alcanzar efectiva aplicación dirigiendo y orientando la conducta humana. Este elemento exterior, formal y lógico, indispensable en la elaboración del derecho, es lo que Gény llama le construit, o sea la construcción jurídica que moldea los propósitos científicos y políticos para adaptarlos a las necesidades y posibilidades de la vida social.

Todo esto pone en evidencia, además, que la formación del derecho es simultáneamente una ciencia y un arte. Ciencia aplicada, porque requiere estudios y conocimientos sin los cuales no podrían ser determinados los propósitos que debe perseguir el derecho, ni por consiguiente cuál ha de ser el contenido de éste. Y arte, por qué para transformar esos fines en normas precisas es necesario utilizar reglas técnicas. Ya sabemos que estas últimas indican los medios de que deben valerse los hombres para conseguir los fines que se proponen. Y al utilizar esas reglas, al adoptar una técnica determinada, el derecho se convierte en un arte.

Así lo concebían los romanos. Celso formuló la única y célebre definición del derecho, diciendo que era el arte de lo bueno y de lo justo (nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et cequi: Digesto, lib. I, tít. I, ley 1). Arte que persigue objetivos morales y de bien común, pero como sólo existe el derecho formulado en normas, para elaborarlas es preciso valerse de reglas técnicas. Claro está que el arte debe quedar subordinado a la ciencia, pues la razón debe privar sobre la acción, el pensamiento sobre la voluntad, y la conciencia sobre el impulso. Más aún: la técnica sólo es el medio -indispensable sin duda, pero medio siempre- para realizar los fines que persigue la ciencia, y como tal debe adaptarse a ellos.

Pero el derecho no es solamente un arte en el proceso que conduce a su elaboración: lo es también en el acto de aplicarlo, porque tal es la función eminentemente práctica que cumplen los jueces, los abogados, los funcionarios y en general todos los que tienen que aplicar normas jurídicas.

Por donde se advierte que, en cuanto arte, el derecho vive -se elabora y se aplica- mediante reglas técnicas. Hay, por lo tanto, una técnica relativa a la elaboración de las normas jurídicas, y otra que señala las reglas destinadas a aplicarla. Dejando esta última para los capítulos 10 y 11, nos ocuparemos ahora de la primera.

8.2. PROCEDIMIENTOS DE LA TÉCNICA JURÍDICA.

El objetivo primario de la actividad técnica en la elaboración del derecho consiste, como ha quedado ya expuesto, en transformar los fines imprecisos de la ciencia y de la política en normas orgánicas, que permitan realizar esos fines en la vida práctica del derecho. La primera tarea que se impone en esta materia es, por lo tanto, la de formular las normas jurídicas, o sea traducir al lenguaje las ideas surgidas de esos procesos previos. Aparecen así las diversas fuentes del derecho (leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina), que deben manifestarse mediante un vocabulario preciso, utilizando en lo posible las palabras con un significado definido y constante, procurando la claridad de la expresión y prefiriendo la sencillez y simplicidad al exagerado tecnicismo.

Además de estos procedimientos técnicos generales hay otros que pueden clasificarse en dos grupos, atendiendo a su naturaleza respectiva: los procedimientos materiales y los procedimientos intelectuales. Los primeros se concretan en actos o signos exteriores que tienen siempre el propósito de garantizar los resultados perseguidos: son las formas y solemnidades, la publicidad y los procedimientos. El segundo grupo se compone en cambio de

creaciones del espíritu, de pura lógica, que abarcan en una idea la variable realidad, y la acomodan a la solución así forjada: son los conceptos, las construcciones jurídicas, las presunciones y las ficciones.

Ambos grupos originan normas jurídicas, pero la naturaleza intrínseca de éstas es substancialmente diversa. Mientras los procedimientos materiales se traducen en medios destinados a facilitar la realización de los fines que el derecho permite, los intelectuales dan lugar a normas jurídicas que encuentran en sí mismas su propia finalidad. El primer grupo se compone de reglas técnicas, y fija así los medios para alcanzar ciertos fines en la vida del derecho; el segundo se compone de normas sociales, o sea de disposiciones obligatorias que producen por sí mismas consecuencias jurídicas.

Así, por ejemplo, la norma que establece la obligación de firmar una escritura pública para transmitir una propiedad inmueble, es simplemente el medio ideado para hacer efectiva esa transmisión del dominio, con el propósito de asegurar la realidad del acto y facilitar su prueba. En cambio, la norma que atribuye la propiedad de las cosas muebles a su poseedor realiza por sí misma el fin que persigue, que es evitar las controversias en cuestiones difíciles de demostrar. En el primer caso el derecho establece una formalidad material con carácter exclusivo; en el segundo crea una presunción más o menos ficticia, fundada en lo que generalmente ocurre.

Esta característica de los procedimientos materiales es la que nos permitió agruparlos en una clase o categoría especial de normas jurídicas: las reglas técnicas que integran el derecho. Se trata, en efecto, de reglas técnicas, es decir, de medios imaginados con exclusión de todo otro para conseguir ciertas finalidades jurídicas. Y como tales, son particulares y diversas, adecuadas a cada uno de los resultados posibles, su observancia es facultativa y su incumplimiento carece de sanción. Pero como son reglas técnicas convertidas en normas jurídicas adquieren también en cierto modo las características de estas últimas, de manera tal que si bien es facultativo observarlas, una vez iniciado un negocio jurídico se convierten muchas veces en obligatorias. El que ha firmado un compromiso de compraventa de un inmueble queda obligado a suscribir la respectiva escritura pública; el que inicia una demanda se somete a todas las consecuencias procesales que pueden derivar de ese acto.

8.2.1. Procedimientos Materiales.

Estos consisten siempre en las formalidades que es menester cumplir para exteriorizar ciertos actos jurídicos, con el objeto de asegurar su ejecución y facilitar su prueba. Y son, por lo tanto, procedimientos técnicos, puramente artificiales, que tienden a revestir de signos exteriores la realización de ciertas finalidades permitidas en la vida del derecho, y que se aplican exclusivamente a los actos jurídicos o a algunos hechos que pueden asimilárseles.

1°) Las formas. Se dijo ya que los actos jurídicos eran formales y no formales (v. supra, nro. 36). La forma consiste en un elemento sensible, exterior, ajeno al acto en sí mismo y de naturaleza artificial, que acompaña la realización de esos actos para afirmar su trascendencia y facilitar su prueba. En los actos formales ésta se exige con carácter exclusivo, de tal manera que sin su ejecución el acto carecería de validez o la demostración de su existencia resultaría dificultada.

Los actos formales se dividen en solemnes y no solemnes. En los primeros la forma debe ser observada bajo pena de nulidad o de inexistencia del acto, pues es requerida como elemento indispensable para su validez, y con el objeto de darle mayor solemnidad: el matrimonio, la adopción, el testamento, ciertas donaciones, etcétera. Los actos no solemnes, por el contrario son aquellos que requieren el cumplimiento de ciertas formalidades como medio de prueba, y no para su validez jurídica: los contratos relativos a bienes inmuebles, deben ser extendidos en escritura pública, los contratos superiores a diez mil pesos deben ser hechos por escrito, etcétera. En estos casos el acto jurídico no pierde validez, pero o bien debe perfeccionarse (otorgando la escritura respectiva), o bien su prueba se hace más difícil (los contratos superiores a diez mil pesos no pueden ser probados por testigos, salvo que existiera principio de prueba por escrito o que hubiera principio de ejecución del contrato -arts. 1193, 1191 y 1192 del Cód. Civil-). Y como la eficacia de un acto depende muchas veces de la posibilidad de demostrarlo, la forma se convierte en un elemento indispensable en la inmensa generalidad de los casos.

En el primer supuesto se dice que la forma es exigida ad solemnitatem, en el segundo ad probationem. Unas y otras son múltiples y diversas, adecuadas a cada uno de los fines previstos en el derecho. Pues ésa es, precisamente, la característica principal del formalismo, y la justificación de su existencia. Tiende, en efecto, a garantizar el acto jurídico revistiéndolo de signos exteriores que permitan distinguirlo, asignarle trascendencia y demostrarlo fehacientemente. De tal manera, subordinada al fin jurídico que se persigue, debe reunir dos requisitos fundamentales: adaptarse lo más perfectamente posible al fin que se tiene en vista, y garantizar la seguridad de los resultados, de modo que cada uno pueda preverlos y obrar en consecuencia. De lo contrario la forma será superflua, inadecuada, perjudicial o excesiva. No se debe abusar del formalismo en el derecho.

2°) La publicidad. En estrecho contacto con el procedimiento anterior, éste consiste también en la ejecución de ciertos requisitos materiales y exteriores destinados a asegurar el conocimiento o la conservación de ciertos actos jurídicos o de hechos que les están asimilados. Algunos autores, a causa de esta relación, hablan de "formas de publicidad"; pero es posible distinguir ambas categorías, porque las últimas se cumplen una vez realizado el acto o el hecho, y aquéllas acompañan su ejecución.

La publicidad es exigida como requisito formal para que las leyes y decretos sean obligatorios, comprobar el estado y capacidad de las personas, conocer la condición de los bienes inmuebles, la existencia de mandatarios y los contratos de sociedades

mercantiles, etcétera. A tales efectos se publican las leyes y decretos en el Registro Oficial, se inscriben los actos jurídicos en los Registros de la Propiedad, de Mandatos en los Registros Mercantiles, o se toma nota del nacimiento, matrimonio y defunción de las personas en los Registros de Estado Civil.

Esta publicidad -en lo referente al derecho privado- tiene por objeto informar a terceros que podrían verse afectados por la realización de esos actos jurídicos, y persigue también un propósito de seguridad jurídica al dar intervención a un organismo público que garantiza la efectividad de los hechos que registra.

3°) Los procedimientos. Otros actos jurídicos están sometidos a ciertos trámites sin los cuales no pueden conseguirse los fines perseguidos. Se trata de requisitos también formales que se desarrollan en varias etapas, y se establecen con carácter exclusivo para la eficacia del acto. La sanción de las leyes está sometida a un procedimiento preestablecido (quórum, discusión, votación, etc.), sin el cual no alcanzarán validez; las demandas, denuncias criminales y querellas deben interponerse ante juez competente, y proseguirse luego los trámites del juicio para obtener la satisfacción pretendida; la transmisión de los bienes por causa de muerte está sujeta a otros procedimientos sin los cuales no puede hacerse efectiva; también se requiere una serie de actos formales para obtener la pertenencia de sustancias minerales, lograr la personería jurídica de una sociedad o nombrar a ciertos funcionarios importantes, concursos para la provisión de cátedras, etc. En todos los casos, y en otros muchos que podrían enumerarse, lo que

distingue a los procedimientos de los simples actos formales es la sucesión de trámites que es menester cumplir para alcanzar el propósito jurídico que se persigue. Mientras la forma acompaña al acto jurídico, los procedimientos consisten en la ejecución de varios actos jurídicos en sucesivas etapas hasta conseguir el fin pretendido. De manera que se trata siempre de requisitos formales, o sea de medios ideados por la técnica jurídica para asegurar la efectividad del resultado y evitar que los derechos ajenos sean vulnerados.

8.2.2. Procedimientos Intelectuales.

El segundo grupo de procedimientos que utiliza la técnica jurídica es de naturaleza lógica, y producto exclusivamente racional. Consiste en un esfuerzo de abstracción y de generalización tendiente a presentar lo real, siempre diverso y cambiante, bajo una forma artificial que permita resolver en una fórmula genérica la multitud de casos concretos que pueden ocurrir.

Bien sabido es que las relaciones sociales se presentan al espectador como casos individuales, siempre distintos, que tornan imposible reglamentarlos en su compleja variedad. El legislador, el juez, el jurisconsulto se ven obligados a dejar de lado la representación directa o inmediata de esos fenómenos, y a forjar hipótesis que la sustituyan. Esas hipótesis son las normas jurídicas, que asignan una consecuencia a los hechos o a los actos comprendidos en ellas. Los casos concretos que se presentan luego en la vida del derecho deberán encuadrarse en esos marcos rígidos, para darles la solución

allí prevista. De manera que el derecho renuncia deliberadamente a acomodarse a la realidad y construye su edificio con moldes más o menos ideales.

La razón de ser de este alejamiento es fácilmente comprensible. No podrían ordenarse las relaciones humanas dictando normas para cada situación particular (casuismo jurídico), ni pueden dejarse libradas esas situaciones a directivas vagas o al arbitrio del juez, pues no se cumpliría el propósito de seguridad que constituye uno de los fines del derecho. Es necesario dictar normas generales más o menos rígidas que sirvan para un número indeterminado de casos. En el proceso de elaboración de estas normas la técnica transforma a veces la representación directa de la realidad para simplificarla, ordenarla en categorías, darle homogeneidad conceptual, edificar con ella ciertas construcciones dogmáticas, y doblegarla así por medio de esas abstracciones del espíritu. Hay un alejamiento progresivo de la realidad, que va desde los simples conceptos que a veces concuerdan con los datos que proporciona la observación de los hechos, hasta las presunciones y ficciones que se apartan deliberadamente de esa observación. Y todo ello no deriva de una tendencia conceptualista, sino de la necesidad impuesta por razones técnicas de imaginar esas soluciones para aprehender así la multiforme realidad. Los procedimientos que se utilizan para ello son los siguientes:

1°) Los conceptos. Cada rama del derecho, cada institución, cada grupo de normas se elabora en torno a un concepto jurídico, alrededor del cual se organizan las hipótesis y las soluciones. Los

conceptos son las representaciones intelectuales de la realidad. Así, el derecho del trabajo, la quiebra o el condominio son conceptos que requieren ser definidos con toda precisión, para determinar los casos concretos que han de ser regidos por las normas relativas a ellos, pues los casos que no encuadren dentro de esos conceptos dependerán de otras normas diferentes.

El derecho incluye a veces tales definiciones entre sus normas (hay numerosos ejemplos en el Código Civil: definición de la persona; del caso fortuito; del dolo; de la compraventa; del depósito, etc. O bien esas definiciones surgen de la enumeración de los casos comprendidos en la norma. O bien la determinación precisa del concepto queda librada a la labor paulatina de los juristas y de los magistrados, que van delimitando el alcance de cada expresión utilizada por el derecho, lo cual es precisamente la tarea del intérprete.

Muchas veces el concepto jurídico de una cosa o de una institución coincide con la idea vulgar o corriente. Pero ocurre también con frecuencia que el derecho modifica esa idea para darle mayor precisión, o simplemente por razones de orden técnico. El concepto de persona se aplica también a los entes llamados personas jurídicas; la compraventa, en derecho, debe ser hecha por un precio en dinero: si es a cambio de otra cosa será una permuta; el contrato de trabajo se cumple en una relación de dependencia, pues si ésta no existe (como sucede con los abogados o médicos) habrá locación de servicios o Contrato por Honorarios.

En esta tarea de precisar con toda minuciosidad el campo de acción de cada concepto -para aplicarlo así a todos los casos concretos que pueden presentarse en la multiforme vida del derecho- la técnica jurídica utiliza también procedimientos aún más arbitrarios y conscientemente deformadores de la realidad. Es lo que ocurre mediante la delimitación cuantitativa y cualitativa de los conceptos.

No conviene dejar que los niños y los jóvenes ejerciten sus derechos cívicos o administren sus bienes hasta que hayan alcanzados el discernimiento y la madurez de espíritu necesarios para que cumplan debidamente esos actos. Esta última condición, infinitamente variable y difícil de apreciar en cada caso individual, se transforma mediante la técnica jurídica en un momento preciso, indiscutible y fácil de demostrar. La idea de capacidad se convierte así en el concepto de mayoría de edad, que el derecho establece cuantitativamente.

Del mismo modo se fijan los plazos procesales, los de prescripción, de las vacaciones, la edad requerida para ejercer ciertas funciones, la tasa del impuesto, la competencia de los jueces en razón de la materia, el quórum requerido para las deliberaciones del Congreso o de las asambleas de accionistas, etcétera. En todos estos ejemplos hay una substitución de lo cualitativo por lo cuantitativo, porque el derecho renuncia deliberadamente a resolver cada caso particular, y adopta la solución matemática que le parece más justa o adecuada a la realidad.

También se utiliza con frecuencia el procedimiento de enumerar taxativamente los elementos o los casos que integran un concepto jurídico, como ya los señalamos: es la delimitación cualitativa. El derecho penal moderno está totalmente edificado sobre este procedimiento, pues no hay delito si no se ha incriminado previamente el acto: nulla poena sine lege. Pero también se utiliza este sistema técnico en otras ramas del derecho: delimitación de la competencia judicial por materia o personas, enumeración de los actos de comercio, de los casos de indignidad para suceder o recibir un legado, de las causas de despido, etcétera.

2°) Las construcciones jurídicas. Mientras los conceptos corresponden a realidades objetivas, aunque a veces deformadas por el derecho, las construcciones jurídicas son de naturaleza más artificiosa. Consisten en un procedimiento que trata de alcanzar la verdad en el derecho abstrayendo de las normas existentes y de los conceptos, por inducción o generalización, una idea más amplia, que permita explicarlos y crear así nuevas normas.

Ejemplo clásico de este procedimiento técnico es el de la teoría de la personalidad jurídica, que ha permitido reunir en un solo grupo de normas las soluciones dadas para instituciones tan diversas como el Estado, la Iglesia, las fundaciones, las sociedades mercantiles y las asociaciones, A veces se va aún más allá de la realidad, idealizándola totalmente, como cuando se estableció la regla de que el heredero continúa la persona del difunto, y recibe así todos sus derechos y obligaciones, sin solución de continuidad.

Hay construcciones sistemáticas, como las que hemos citado, que permiten alcanzar la explicación lógica y racional de diversas soluciones mediante una teoría; y construcciones creadoras, que además dan origen a nuevas normas jurídicas: la estipulación por otro, el enriquecimiento sin causa, la protección del titular aparente de derechos, etcétera.

La utilidad de estas construcciones jurídicas reside en que permiten dar una arquitectura más orgánica al derecho. Al introducir una mayor sistematización en el complejo de normas existentes, facilitan no sólo la exposición sino también el manejo de esas normas, y permiten alcanzar nuevas soluciones con ayuda del procedimiento de analogía. Esta actividad técnica se manifiesta sobre todo en la elaboración doctrinaria y jurisprudencial del derecho.

3°) Las presunciones. En una etapa más elevada de abstracción y de alejamiento de la realidad aparecen las presunciones, que consisten en un razonamiento que admite como verdadero lo que no es más que probable. Este procedimiento es característico de la técnica jurídica, y pone en evidencia su naturaleza artificiosa. Las presunciones se aplican sobre todo a los hechos jurídicos, y convierten en derecho lo que no es más que una suposición fundada en lo que generalmente ocurre (in Ho quod plerumque fit).

Hay presunciones iuris et de iure, que no pueden ser destruidas por la prueba en contrario, y presunciones iuris tantum, que admiten esa contradicción. Ejemplo de la primera clase la del Código Civil, que presume que son hijos del matrimonio los nacidos dentro de

cierto plazo de celebrado o de disuelto. Las de la segunda clase son mucho más numerosas: el poseedor de una cosa mueble se presume propietario de ella, la entrega del título de crédito hace presumir el pago de la deuda, la buena fe se presume, etcétera. El fundamento lógico de las presunciones reside en que la dificultad de la prueba podría hacer perder muchas veces un derecho, de tal manera que la obligación de demostrar el hecho que podría destruir la presunción recae sobre quien lo alega y no sobre el que invoca la norma que lo ampara. Así, en los accidentes de trabajo se presume que el obrero no ha tenido culpa en su producción: el patrón debe acreditar una culpa grave para eximirse de indemnizarlo. Pero en otros casos, especialmente en las presunciones iuris er de iure, hay también motivos de orden social que intervienen para justificar su existencia.

Estas presunciones, que se llama legales porque derivan necesariamente de la ley, no deben ser confundidas con las presunciones simples o del hombre, que se admiten y utilizan frecuentemente en los juicios para averiguar la verdad de un hecho mediante razonamientos deductivos.

4°) Las ficciones. Mientras las presunciones se fundan en lo que generalmente ocurre, las ficciones jurídicas se apartan por completo de la realidad, pues convierten en verdadero lo que es evidentemente falso. Las leyes se reputan conocidas por todos; las embajadas extranjeras se consideran instaladas en el territorio de su nación, lo que les permite gozar de exención de impuestos y pesquisas y del derecho de asilo; ciertas cosas muebles, adheridas

al suelo, se reputan inmuebles, etcétera. La justificación de este procedimiento técnico reside en que es necesario resolver en forma ficticia ciertos casos que de otro modo no alcanzarían a solucionase. El derecho moderno trata, sin embargo, de suprimir en lo posible este sistema.

8.3. AGRUPACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Los procedimientos técnicos que hasta ahora hemos analizado sólo conducen a la elaboración de normas aisladas y particulares que no forman un conjunto homogéneo. Es preciso ahora reunirlas sistemáticamente. Las relaciones jurídicas no se presentan casi nunca bajo una forma simple que permita solucionarlas con una sola norma. La necesidad de prever todas las hipótesis posibles y de resolver anticipadamente todos los casos diferentes que pueden ocurrir obliga a dictar grupos de normas para cada situación jurídica o conjunto de problemas planteados al que elabora el derecho. Estos grupos de normas son de tres clases:

1°) Las categorías jurídicas, que son los conjuntos de normas destinados a regular una determinada situación jurídica. La patria potestad, la ausencia con presunción de fallecimiento, cada uno de los contratos (compraventa, locación, seguro, transporte, etc.), o actos jurídicos (el testamento, la adopción, etc.), son otras tantas categorías jurídicas que el derecho debe reglamentar minuciosamente, previendo todas las posibilidades que pueden presentarse, las soluciones que corresponden a cada una y el ámbito de acción que han de tener.

La utilidad de estas categorías es manifiesta. Permiten agrupar en un solo conjunto homogéneo y orgánico -ya sea en una ley o en un capítulo de un Código- todas las normas que se refieren a una misma situación jurídica, cualesquiera sean sus variantes y sus particularidades. Se establece así un orden en el derecho, que permite conocerlo y estudiarlo mejor.

2°) Las Instituciones jurídicas son grupos aún más amplios de normas que regulan un conjunto de situaciones jurídicas con un mismo espíritu y una finalidad común. La palabra institución, de uso frecuente en el derecho, tiene diversos significados: ya se aplica a los organismos más importantes del gobierno o de la administración pública (el Poder Ejecutivo, el Banco Central); ya se refiere a la teoría de la institución que ya explicamos; ya por último, con el aditamento de "jurídica", a los grupos de normas que ahora estamos considerando.

La institución jurídica es un conjunto amplio de relaciones organizadas por el derecho, y comprende naturalmente varias categorías. Así la familia, el matrimonio, la propiedad, las sucesiones, la quiebra, etcétera, son instituciones de esa índole. Ellas se forman en torno a problemas generales que se presentan necesariamente en la vida social, y que es menester regular jurídicamente. Aparece así en cada institución una idea central, un propósito básico, que es el que se trata de traducir en esa reglamentación orgánica: la unidad y permanencia del matrimonio, la protección de la familia, la salvaguardia de los intereses de los acreedores en la quiebra, etcétera.

3°) Las ramas del derecho. Por último, las categorías y las instituciones jurídicas se agrupan en ramas de acuerdo a su contenido, a la índole de las relaciones que regulan, o al origen de las normas: derecho civil, del trabajo, canónico, administrativo, constitucional, etcétera. La tendencia moderna se inclina a la codificación de estas ramas del derecho, y muchas de ellas han alcanzado efectivamente la madurez y estabilidad necesaria para que esta tarea haya podido realizarse. Otras, en cambio, por ser nuevas o en constante evolución no han llegado a ese estado, lo cual no impide que se trate naturalmente de agrupar a sus normas en conjuntos orgánicos para facilitar su conocimiento y perfeccionar su sistematización.

La distinción entre categorías, instituciones y ramas del derecho no es absoluta. No existe una delimitación perfecta entre estos tres conceptos, que sólo traducen una diferencia de grado y no de naturaleza. Sin embargo, la envergadura creciente y la diversidad mayor de las últimas con respecto a las primeras permiten reconocerlas fácilmente.

8.4. EL FORMALISMO EN EL DERECHO.

Las reglas técnicas o procedimientos materiales que hemos estudiado constituyen la parte formal del derecho. Es frecuente oponer el derecho de forma (identificándolo con la rama procesal) al derecho de fondo (que comprende a todas las demás), pero ya hemos visto que las formas y procedimientos existen necesariamente en todas las ramas. El orden jurídico se compone así de una parte -y no la menos importante en la vida práctica- de

normas que exigen el cumplimiento de actos materiales y exteriores. Es lo que se llama el formalismo.

Este formalismo ha existido siempre y es indispensable para dar mayor relieve a ciertos actos. Si en los derechos antiguos se manifestaba sobre todo mediante signos, gestos o frases sacramentales, en el derecho moderno ha ido adquiriendo predominio lógico la forma escrita, aunque tampoco han desaparecido los gestos y las palabras. Y si en la antigüedad esas formalidades eran requeridas para dar mayor solemnidad al acto e impresionar la imaginación de los asistentes, en lo moderno se persigue principalmente acreditar el cumplimiento de un acto jurídico facilitando su prueba. Por eso ha podido definirse la diferencia calificando de materialismo y de simbolismo el conjunto de formas usado en la antigüedad, porque consistía muchas veces en el empleo de signos o actos materiales destinados a traducir analógicamente el fin jurídico que se perseguía. Pero cualquiera sea su contenido o su finalidad, es evidente que el formalismo no puede desaparecer del derecho.

La razón de esto es bien clara. La forma se aplica principalmente, como ya dijimos, a los actos jurídicos, o sea a los actos voluntarios lícitos que tienen por objeto producir consecuencias en derecho. Pero toda manifestación de voluntad debe exteriorizarse en alguna forma para que sea posible reconocerla. La simple intención, el deseo o la idea no llegarían nunca a convertirse en acto jurídico si no se expresaran de alguna manera. Por eso la distinción entre actos formales y no formales, no se funda en la existencia de actos

sin forma, sino en el carácter obligatorio y previamente determinado de algunas formas que se exigen de modo exclusivo frente a otras que se dejan libradas a la libertad de cada uno. La exteriorización de la voluntad existe en ambos grupos. Hay casos, sin embargo, en que es menester rodear a esas manifestaciones de voluntad de ciertos requisitos para que se advierta claramente el carácter jurídico del acto, para darle mayor solemnidad e importancia, para asegurar su prueba o para conservarlo en toda su autenticidad. Y entonces aparece el formalismo como exigencia ineludible del sistema jurídico.

Sin embargo, parecería a primera vista que es preferible dejar libradas las manifestaciones de voluntad al arbitrio de las partes, que actuarán así con entera libertad. Pero ello es imposible. Hay actos que requieren imprescindiblemente ser exteriorizados de una manera tal que mediante la forma queden grabados perfectamente la naturaleza del acto y la verdadera intención del otorgante. No es lo mismo prometer la venta de un inmueble, aunque se haga con toda solemnidad, que firmar ante el escribano público una escritura traslativa de dominio, pues en este último caso la imaginación se impresiona más vivamente, las partes conocen el alcance de su acción, y quedan asentados en forma definitiva y fehaciente los detalles y las cláusulas del contrato. Por eso dice Ihering que "la forma es para los actos jurídicos lo que el sello para la moneda", "el sello de la voluntad jurídica"[84].

[84]R. Von Ihering, "El Espíritu del Derecho Romano", Madrid, 1912, pág. 205.

El mismo Ihering ha puesto en evidencia cómo el formalismo es al mismo tiempo una garantía de la libertad, y cómo aquél desaparece junto con ésta en los regímenes autoritarios. "Enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es hermana gemela de la libertad. Es, en efecto, el freno que detiene las tentativas de aquellos que arrastran la libertad hacia la licencia; la que dirige la libertad, la que la contiene y la protege. Las formas fijas son la escuela de la disciplina y el orden, y por consiguiente de la libertad: son un baluarte contra los ataques exteriores: podrán romperse, pero no plegarse. El pueblo que profesa verdadero culto a la libertad comprende instintivamente el valor de la forma, y siente que ella no es un yugo exterior, sino el vigía de su libertad"[85].

Problema bien distinto es, por cierto, el de la amplitud que debe darse a este procedimiento técnico. El formalismo tiene un límite determinado por su misma naturaleza y finalidad. Debe consistir simplemente en un medio destinado a conseguir ciertos fines jurídicos, y por lo tanto debe limitarse a asegurar la obtención de esos resultados. Desgraciadamente el derecho moderno, después de criticar al formalismo en el siglo XIX, ha vuelto a caer en un exceso de exigencias técnicas que con frecuencia deben considerarse superfluas. Tal efecto se advierte sobre todo en el derecho administrativo. Las relaciones de los gobernados con la administración pública y con el fisco están sujetas a series interminables de trámites, expedientes, solicitudes, certificaciones y

[85]Ibidem, pág. 206.

formularios que no hacen más que debilitar los procedimientos y fomentar la existencia de una burocracia cada vez más frondosa. Conviene reaccionar contra este abuso del formalismo, y reducirlo a sus justas proporciones.

8.5. FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA TÉCNICA JURÍDICA.

Hemos expuesto, en cada caso, la razón de ser de los procedimientos técnicos que acabamos de analizar. En términos generales, el tecnicismo jurídico se justifica por la necesidad de construir formal y conceptualmente al derecho, transformando así los objetos ideales de la ciencia y de la política jurídica en normas susceptibles de ser aplicadas.

No es suficiente traducir en palabras el pensamiento científico, o el deseo manifiesto por la política jurídica, pues con ello sólo se alcanzaría a sancionar normas vagas, incapaces de aprehender y de imponerse a los hechos. Para que la norma jurídica tenga imperio sobre la realidad, es preciso que imponga una forma determinada a esos hechos y que los asimile conceptualmente. Se trata, en cierto modo, de una obra de absorción de la conducta humana por el derecho, que supone hipotéticamente la realización de ciertos hechos y les asigna una consecuencia, o fija con antelación las consecuencias de los hechos previstos.

Para que el derecho alcance efectiva vigencia y aplicación se hace indispensable, en efecto, sancionar normas susceptibles de captar la multiforme realidad. Y esto requiere una labor de adaptación que

es esencialmente una obra técnica. Si se trata, por ejemplo, de determinar el destino de los bienes en ausencia de testamento, se hace necesario ante todo disponer -reglas de forma y de procedimiento- cómo y por quiénes puede ser iniciado el juicio sucesorio, qué garantías u oportunidades de intervención han de darse a los posibles herederos, quién administrará esos bienes mientras duren los trámites judiciales, etcétera; y luego -normas de fondo- a quiénes será otorgada la herencia, según el grado de parentesco. Si el primer aspecto es evidentemente técnico, puesto que se reduce a fijar reglas procesales tendientes a llevar a la práctica los principios del derecho sucesorio, también lo es el segundo, destinado a organizar de un modo abstracto y genérico una enorme cantidad de casos que indudablemente han de presentarse. Y, a tal efecto, las leyes suponen que el causante hubiera dejado sus bienes a sus parientes más próximos -presunción que no siempre concuerda con la realidad-; y sobre la base del efecto presunto determinan cuantitativamente la parte que a cada uno de esos parientes le corresponde, llamando a unos con preferencia sobre los otros, y aun obligando a repartir la herencia con los más lejanos, en virtud del derecho de representación que ficticiamente los coloca en el grado que hubieran tenido los ascendientes premuertos. Se advierte así, con toda claridad, el aspecto artificioso de este tecnicismo, y al mismo tiempo la necesidad de su empleo. Porque no sería posible resolver la innumerable variedad de situaciones que pueden presentarse en la vida jurídica, sino dictando normas generales que prescindiendo de los casos concretos resuelvan de modo uniforme esos posibles

conflictos de intereses, y traten asimismo de prevenirlos haciendo conocer anticipadamente la solución.

Pero la técnica no es sino una parte del derecho. La necesidad de su empleo no debe nunca hacernos olvidar que debe subordinarse a los fines que persigue el orden público. La técnica no es sino el instrumento de que se vale el derecho para alcanzar sus propósitos; y como medio destinado a llevar a la práctica objetivos superiores debe quedar sometidos a éstos y procurar exclusivamente su realización.

De estas premisas evidentes derivan las condiciones que debe reunir una buena técnica jurídica para que se justifiquen sus procedimientos artificiosos. En primer lugar, debe adaptarse con la mayor precisión posible a los fines del derecho, según los hemos estudiado en el capítulo 2, y a los propósitos particulares de la institución que se regula. En otros términos, debe contemplar las necesidades y los objetivos que está llamada a satisfacer. Y para ello debe procurar que las normas sean suficientemente generales para prever todas las situaciones posibles; adecuarse de la mejor manera a la realidad física y social; y eliminar los excesos de reglamentación y el innecesario formalismo para que en la práctica esos fines se cumplan con economía de esfuerzos y de medios. En segundo término, es indispensable también que las normas garanticen la seguridad de los resultados, manteniendo los derechos adquiridos y dando oportunidad de prever sus efectos y consecuencias. Y por último, la técnica debe sancionar normas claras, moldeadas en un vocabulario a la vez preciso e inteligible a la generalidad, y coherentes con el resto del ordenamiento jurídico para evitar contradicciones y antinomias.

TERCERA UNIDAD: LAS FUENTES DEL DERECHO

CAPITULO 9: FUENTES DEL DERECHO EN GENERAL

9.1. Las Fuentes del Derecho.
9.2. Clasificación de las fuentes del Derecho.
9.2.1. Fuentes reales o materiales,
9.2.2. Fuentes formales,
9.3. La Ley:
9.4. La Costumbre,
9.5. La Doctrina,
9.6. La Jurisprudencia,

9.1. LAS FUENTES DEL DERECHO

En su sentido original, fuente es el origen, nacimiento o causa del caudal que a partir de ella corre. Por ello, la mayor parte de los autores definen las fuentes como el origen, causa o nacimiento del derecho.

Savigny denomina fuentes jurídicas a "las causas de nacimiento del derecho general, o sea, tanto de las instituciones jurídicas como de las reglas jurídicas... formadas por abstracción de aquella". Afirma que el derecho general existe desde siempre en la conciencia común del pueblo. Para Savigny, "la verdadera fuente u origen es esa vida

invisible del derecho en el espíritu del pueblo, en su conciencia común"[86].

Posteriormente se identificó fuente con fundamento de validez. Según Kelsen, las fuentes no serían, por lo tanto, diversas al derecho mismo: serían las propias normas jurídicas, en cuanto sirven de fundamento de validez al proceso de creación normativa. Pero, como observa Aftalión, "el tema de las fuentes que aquí nos interesa es otro: alude no ya a la fuente de validez de cierta norma, sino a la existencia misma de esa norma que actúa como fuente de validez"[87].

Legaz y Lacambra señala las siguientes acepciones de la expresión Fuentes del Derecho:

"a) fuente de lo que históricamente es o ha sido derecho (antiguos documentos, colecciones legislativas, etc.);

b) fuerza creadora del derecho como hecho de la vida social (la naturaleza humana, el sentimiento jurídico, la economía, etc.);

c) autoridad creadora del derecho histórico o actualmente vigente (Estado o pueblo);

[86]Friederich C. Von Savigny, "Sistema de Derecho Privado Romano", Madrid, 1879, pág. 63.

[87]Gracia Olano Aftalion, "Introducción al Derecho",Buenos Aires, 1940, pág. 273.

d) acto concreto creador del derecho (legislación, costumbre, decisión judicial, etc.);
e) fundamento de la validez jurídica de una norma concreta;

f) forma de manifestarse la norma jurídica (ley, decreto, costumbre);

g) fundamento de un derecho subjetivo"[88].

Para Del Vecchio, el derecho tiene su fuente primaria, esencial e inagotable, en la naturaleza humana[89].

García Maynez habla de fuentes formales como "procesos de manifestación de normas jurídicas"; de fuentes reales como "los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas"; y de fuentes históricas para referirse a los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes[90].

Pasquier dice que: "Se presenta la cuestión de saber cómo se manifiestan las reglas del derecho positivo, dónde y cómo los justiciables y los jueces pueden tomar conocimiento, en una palabra, cuáles son las fuentes del derecho. Este término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues remontar la fuente de un río

[88]Luis Legaz y Lacambra, "Horizontes del Pensamiento Jurídico", Ed. Bosch, Barcelona, 1947, pág. 344.
[89]Girgio Del Vecchio, "Principios Generales del Derecho", Ed. Bosch, Barcelona, 1948, pág. 379.
[90]Eduardo García Maynez, "La Definición del Derecho", México, 1948, pág. 51.

es buscar el lugar en que sus aguas brotan de la tierra; del mismo modo, inquirir la fuente de una regla jurídica es buscar el punto por el cual ha salido de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del derecho"[91].

Gurvitch ideó la teoría pluralista basada en la jerarquía de las fuentes. Distingue entre fuentes primarias y secundarias. Estas últimas son todo procedimiento técnico de comprobación del derecho, como la ley y la costumbre. Fuente primaria es el fundamento de la fuerza obligatoria del derecho en vigor, fundamento que reside en los hechos normativos.

9.2. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

La mayoría de autores clasifican las fuentes en reales o materiales, y formales.

9.2.1. Fuentes Reales o Materiales

Fuentes reales o materiales según Abelardo Torré, "son los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. Estos factores son las necesidades o problemas (culturales, económicos, gremiales, etc.) que el legislador tiende a resolver, y,

[91]Claude Du Pasquier, Introducción a la Teoría General del Derecho", Librería Internacional, Lima, 1944, pág. 39.

además, las finalidades o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla"[92].

Aftalión define las fuentes materiales como "ciertos datos o hechos de la vida social (standards axiológicos, convicciones, movimiento de opinión, declaraciones partidarias, etc.)"[93].

Bonnecase distingue en las fuentes reales un elemento experimental y otro racional o real.

Al respecto expresa: "Es el elemento experimental el que engendra, de una manera inmediata, las reglas de derecho, bajo la inspiración y la dirección del elemento racional, cuya misión y efecto consisten en filtrar en cierta forma los datos del elemento experimental. Este está representado por las aspiraciones de la armonía social que derivan del medio social o de la naturaleza permanente del hombre.

El elemento experimental es "un conjunto de aspiraciones a la armonía social", y se halla formado por los datos reales, históricos e ideales.

Según Gény, se presenta un elemento experimental variable denominado dato ideal, "capaz de obrar sobre cada uno de ellos

[92]TORRE, Abelardo. Introducción al derecho. %a ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 274.

[93]AFTALION, GARCIA OLANO, Vilanova. Ob. cit., p. 275

(datos reales o estrictamente naturales), sumamente extendido en su alcance, flotante y vago en su contenido, que parece concentrar todas las aspiraciones humanas, con el fin de obtener el progreso incesante del derecho positivo".

El elemento racional, además de los datos obtenidos del medio social, está constituido por la naturaleza humana permanente del hombre. Francois Gény[94] sostiene que para elaborar las reglas de derecho y edificar las instituciones jurídicas, es preciso partir de los datos reales o estrictamente naturales que "consisten en las condiciones de hecho en que se encuentra colocada la humanidad. Poco importa que se trate de la naturaleza física o moral, en la cual el hombre está como encarcelado (clima, suelo y sus productos, constitución anatómica y fisiológica del hombre, estado psicológico, aspiraciones morales, sentimientos religiosos, etc.), o de las condiciones económicas que influyen sobre su actividad y de las fuerzas políticas o sociales existentes".

Sobre este dato real viene a injertarse, según Gény, el dato histórico. "De hecho, se puede observar que las instituciones jurídicas capitales, tal como la propiedad individual, cuyo fundamento racional está sujeto a las más vivas discusiones, encuentran su más sólido punto de apoyo en la evolución histórica, de la cual han surgido".

[94]GENY, Francois Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. 2a ed., Ed. Reus, Madrid, 1925, pp. 210 y ss.

En conclusión, el elemento racional se traduce en la noción del derecho[95].

9.2.2. Fuentes Formales

Bonnecase define las fuentes formales como "las formas obligadas y predeterminadas que ineludiblemente deben revestir los preceptos de conducta exterior, para imponerse socialmente, en virtud de la potencia coercitiva del derecho"[96].

Legaz y Lacambra dice que las fuentes formales son "todo acto de creación jurídica constatable de modo indubitable en la experiencia histórica del derecho, por medio del cual una intuición o un pensamiento jurídico es transmutado en norma de derecho, o por el que una cierta realidad vital-social se convierte en realidad jurídica"[97].

Por su parte, Abelardo Torré[98] se refiere a las fuentes formales como modalidades o modos de manifestación del derecho positivo.

Los autores clasifican las fuentes formales en cuatro grupos: a) la legislación; b) la costumbre; c) la doctrina; d) la jurisprudencia.

---

[95] Idem, pp. 132 y ss.

[96] BONNECASE, Julien. Introducción al estudio del derecho. Ed. José M. Cajica. Jr., Puebla (Mexico), 1944, p. 131.

[97] LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Ob., cit., p. 345

[98] TORRE, Abelardo. Ob. cit., p. 279.

Estas dos últimas no han sido consideradas como fuentes en sentido estricto.

Francois Gény, en su obra Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo[99], señala como fuentes formales de derecho, a la ley, la costumbre y la "autoridad y tradición", o sea, la jurisprudencia y la doctrina.

Abelardo Torré divide las fuentes formales en generales y particulares. Las generales son: Las leyes, la jurisprudencia uniforme, y la costumbre jurídica. Las particulares son: Las leyes particulares (p. Ej. la que concede una pensión), la voluntad (contrato, testamento, etc.) y la sentencia aislada.

9.3. LA LEY:

En su origen, la palabra ley perteneció al campo jurídico. A partir de la Ley de las XII Tablas (304 a. de C.) aparece como fuente del derecho la lex. El pueblo, reunido en comicios, votaba afirmativa o negativamente la propuesta de un senador romano, y se obtenía así una ley válida para todo el pueblo[100]. Antes de las leyes regían las mores maiorum, que venían de tiempo inmemorial.

[99] Idem, p. 371.

[100] AFTALION, GARCIA OLANO, Vilanova, Ob. cit., p. 285.

El término lex proviene, según algunos autores, del verbo latino ligare, que significa ligar o vincular, y se hace referencia a que la ley liga a los hombres en su actividad. Según otros, se deriva del verbo lego-legere, que significa leer, con lo que se alude a la forma escrita de la ley.

Para Abelardo Torré, "esta etimología se explica, por qué en la época de la República romana, mientras el derecho consuetudinario no era escrito y se conservaba en la memoria de los hombres, la ley; por el contrario, estaba escrita (jus scriptum), o mejor, dicho grabada en tablas de mármol, bronce, etc., que se fijaban en lugares públicos (p. ej. el tabularium del Capitolio en Roma), para que el pueblo las leyera y, conociéndolas, las cumpliera mejor"[101].

Por ley se entiende la expresión de las relaciones existentes entre hechos. Verbigracia, "el calor dilata los cuerpos" significa que, dado el hecho del calor aplicado a un metal, se produce otro hecho: la dilatación del metal.

La ley tiene varias acepciones: ley natural, ley de Dios, leyes sociológicas, etc., y pueden clasificarse como sigue:

a) LEYES NATURALES. Son las relaciones necesarias entre fenómenos naturales (causalidad). Estas leyes no pueden ser violadas y operan con base en el principio de causalidad.

[101] TORRE, Abelardo. Ob. cit., p. 283

b) LEYES SOCIOLÓGICAS O SOCIALES. Son las relaciones existentes entre fenómenos o hechos sociales. Abelardo Torré cita las siguientes: "Con la miseria aumenta la delincuencia y la prostitución" (sociología criminal); "en las multitudes el pensamiento se resta y el sentimiento se suma" (sociología social), etc. A estas leyes se las denomina de probabilidad, admiten excepciones y se basan en reglas científicas fundamentadas en la realidad social.

c) NORMAS JURÍDICAS. Ya hemos visto que las normas jurídicas encaran la conducta en tanto debe ser.

Aristóteles definió la ley como "el común consentimiento de la ciudad"; para Gayo, "la ley es lo que el pueblo manda y establece"; Papiniano, en fórmula que reproduce el Digesto, dice que "la ley es precepto común, decreto de hombre prudente, corrección de los delitos que por voluntad e ignorancia se cometen, y estipulación común de la República; conforme a Santo Tomás, es "ordenación de la razón dirigida al bien común y promulgada solemnemente por quien cuida la comunidad".

Marcadé, en su Cours du Code Napoleón, manifiesta que "la ley es una regla establecida por la autoridad que, de acuerdo con la Constitución Política, tiene el poder de mandar, prohibir o permitir en toda la extensión del Estado". Planiol la define como "una regla social obligatoria, establecida con carácter permanente por la autoridad pública, y sancionada por la fuerza". Según Del Vecchio, "la ley es el pensamiento jurídico deliberado y consciente,

expresado por órganos adecuados, que representan la voluntad preponderante en una multitud asociada".

Según Aftalión, "la ley es la norma general establecida mediante la palabra por el órgano competente (legislador)"[102].

Para Orgaz, "la ley es la norma escrita, de precepto general, que emana de los órganos políticos del Estado, y se presume fundada en una necesidad común relativa a la convivencia"[103].

Conforme a Bonnecase, "toda ley es, en principio, una disposición de orden general y permanente, que comprende un número indefinido de personas y de actos o hechos, a los cuales se aplica ipso jure, durante un tiempo indeterminado"[104].

Hans Kelsen dice que, "en sentido específico, legislación significa establecimiento de normas jurídicas generales, cualquiera que sea el órgano que lo realice: democrático o autocrático, parlamento o la combinación de un parlamento con un monarca, o solamente este último"[105].

[102] AFTALION GARCIA OLANO, Vilanova. Ob. cit., p. 291

[103] ORGAZ, Arturo. Diccionario elemental de derecho y ciencias sociales. Córdoba (Argentina), 1941. p. 325.

[104] BONNECASE, Julien. Ob. cit., p. 135.

[105] KELSEN, Hans. Citado por BASCUÑAN, Anibal. En introducción al estudio de las ciencias juridicas y sociales. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1950, pp. 167 y ss.

La palabra ley se emplea en tres sentidos: a) en sentido restringido: normas emanadas del poder legislativo con carácter de leyes; b) en sentido amplio: el derecho escrito; c) en sentido amplísimo: designa toda norma jurídica establecida en forma deliberada y consciente.

Ley en sentido material y en sentido formal. La teoría "dualista", que se debe primordialmente al jurista alemán Laband distingue en la ley dos elementos: el formal y el material o sustancial.

Leyes en sentido formal. Son las dictadas por el órgano legislativo según el procedimiento establecido, pero que carecen del contenido de verdaderas leyes; p. ej., ley de honores.

Leyes en sentido material. Son las que dicta el órgano legislativo y reúnen las características propias y contenido de verdaderas leyes, v. gr., ley de reforma agraria.

Algunos autores hablan de "ley particular" para referirse a la ley en sentido formal, y de "ley general" cuando se trata de la ley en sentido material.

Heller propugna una teoría unitaria de la ley, sosteniendo que no hay leyes exclusivamente formales ni leyes exclusivamente materiales: "Ley es toda norma de derecho dictada por el poder que representa al pueblo y que tiene, por ello, el carácter de regla superior (oberste Rechtsnorm). Las decisiones que no emanan de ese poder no son leyes, cualquiera que sea su contenido; ese contenido, por otra parte, es siempre una norma jurídica, pues para

que esta exista no se requiere la condición de generalidad; tanto si se refiere a un caso concreto como si está destinada a regir todos los casos iguales, una ley es una norma jurídica, en cuanto hace nacer facultades y obligaciones, en cuanto introduce un nuevo elemento particular o general en el orden jurídico anterior"[106].

Ya hemos visto la clasificación de las normas jurídicas que se aplica a la ley. Sin embargo, atendiendo a la definición que trae el Código Civil, las leyes pueden ser imperativas, prohibitivas, permisivas, declarativas y dispositivas.

En rigor, todas las leyes son imperativas, de tal suerte que la clasificación se hace teniendo presente el contenido de cada una de dichas normas.

Leyes imperativas. Son aquellas que se imponen al ciudadano de manera absoluta, y no pueden derogarse o modificarse por acuerdo de los particulares. La razón es que ostentan caracteres de orden público, que interesan a la moral y a las buenas costumbres.

Leyes permisivas. Estas leyes entrañan un mandato a todas las personas en el sentido de que respeten el derecho que ellas reconocen al titular. Las leyes permisivas no ordenan ni prohíben

[106]HELLER. Citado por DE BUEN, Denófilo. Introducción al estudio del derecho civil. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.

algo, sino que simplemente conceden una facultad a una persona para que ejecute a su arbitrio determinado hecho.

Leyes declarativas o supletorias. Como regla general, el ordenamiento jurídico difiere a la autonomía privada la regulación de los propios intereses; pero la ley prevé el caso de que las partes no regulen específicamente dichas relaciones, y por eso suple su silencio mediante las normas supletorias. Estas normas se encuentran primordialmente en materia de contratos y sucesión por causa de muerte cuando es intestada.

Leyes prohibitivas. Son las que mandan no hacer algo, prohíben o impiden determinada conducta, como las leyes penales.

Caracteres de la ley. San Isidro de Sevilla, citado por Aníbal Bascuñan[107], en sus Etimologías expresa: "La ley ha de ser honesta, justa, posible, adecuada a la naturaleza y a las costumbres del lugar, conveniente en el tiempo, necesaria, provechosa y clara, sin oscuridades que ocasionen dudas y estatuida para utilidad común de los ciudadanos y no para beneficio particular".

El derecho canónico fundado en las opiniones de Santo Tomás, Suárez e Isidoro de Sevilla, generalmente asigna a la ley humana las siguientes características: a) posible; b) honesta; c) útil; d) justa; e) permanente o estable; f) promulgada.

[107] SAN ISIDORO DE SEVILLA. Citado por BASCUÑAN, Aníbal. Ob. cit., p. 169.

Atendiendo a los caracteres materiales de la ley, pueden precisarse los siguientes:

Obligatoriedad. El carácter de la ley es imperativo-atributivo, la cual implica una voluntad que manda y otra que obedece.

Generalidad. Esto significa que la ley cobija a todas las personas que se encuentren en las condiciones previstas por ella, sin excepciones de ninguna clase. La ley no se agota porque se cumpla una o varias veces por diversas personas. Así mismo, no puede deducirse que la ley se extinga porque en casos concretos se infrinja, ya que puede ser violada debido a que el hombre es libre.

Permanencia. La ley rige un número indeterminado de casos o hechos y solo deja de tener vigencia mediante su derogación.

Abstracta e impersonal. Esto por cuanto la ley no está hecha para regir casos individuales, ni para personas determinadas.

La ley proviene del Estado. La ley es la manifestación consciente y deliberada de la voluntad estatal.

La ley se reputa conocida. Como ya lo veremos, nadie puede invocar su ignorancia para dejar de cumplirla.

9.4. LA COSTUMBRE:

9.4.1. Concepto y Elementos:

La costumbre es conducta repetida. Según Aftalión, la costumbre jurídica "es la repetición de conducta en interferencia intersubjetiva"[108]. Para Abelardo Torré, "es el conjunto de normas jurídicas derivadas de la repetición más o menos constante de actos uniformes"[109]. Du Pasquier dice que "la costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por esta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el jus moribus constitutum"[110]. Conforme a Geny, es "un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que componen dicho grupo"[111].

Es importante observar que se habla de derecho consuetudinario o de costumbre jurídica o derecho no escrito o derecho no promulgado, en contraposición a derecho legislado o derecho promulgado o derecho de las leyes.

[108] AFTALION, GARCÍA OLANO, Vilanova. Ob, cit., p. 319.

[109] TORRE, Abelardo. Ob. cit., p. 312.

[110] DU PASQUIER, Claude. Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía jurídica. Librería Internacional del Perú, Lima, 1950, p. 36.

[111] GENY. Francois. Ob. cit., p. 323.

Elementos. Según la doctrina tradicional, en la costumbre jurídica pueden distinguirse dos elementos: Un elemento material u objetivo, y uno espiritual, subjetivo o psicológico.

Estos elementos quedan expresados en la fórmula Inveterata consuetudo et opinio seu necessitatis.

a) Elemento material u objetivo, es decir, repetición constante de actos uniformes; y

b) Elemento espiritual, subjetivo o psicológico, que es la conciencia de su obligatoriedad, o "convencimiento de que aquello que se hace debe hacerse, porque es jurídicamente obligatorio"[112].

El uso debe reunir ciertos caracteres: a) Generalidad. La práctica debe ser común a un determinado círculo de personas independientes entre sí. El hábito debe observarse por el mayor número de individuos, aunque no se exige que lo sea por la absoluta totalidad de ellos. b) Constancia. La repetición del acto es constante, cuando, concurriendo las mismas circunstancias, no deja de realizarse una serie de actos uniformes. El tiempo y el número dependen de las circunstancias. La constancia resulta de la uniformidad y la continuidad de los actos. El uso no debe hacerse interrumpido por omisiones o hechos contrarios, sino que debe haberse seguido regularmente. c) Uniformidad. La uniformidad se

[112] LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Ob. cit., p. 295.

debe a que esos mismos hechos, a pesar de que no sean exactamente iguales, sí impliquen obediencia a un mismo principio. d) Duración. La duración implica que el uso se practique por un número de años suficiente, para formar el acuerdo en cuanto a su observancia. Algunas legislaciones antiguas exigían determinado número de años, e inclusive el mismo tiempo que la prescripción.

El elemento subjetivo o psicológico es la opinio juris; que Coviello describe así: "Los que obran conforme a la práctica constante deben estar convencidos de que es un deber jurídico obrar de ese modo, por lo que lesionaría el derecho de otro al conducirse en otra forma; o viceversa, deben creer que es un derecho el suyo que los otros están obligados a respetar"[113].

Algunos autores dicen que este principio carece de consistencia lógica, y otros consideran que la opinión es la creencia de que la práctica seguida corresponde a la necesidad de resolver un conflicto de intereses entre las partes de una relación jurídica.

Según Jellinek[114], citado por García Máynez, los hechos tienen cierta fuerza formativa. Cuando un hábito social se prolonga, acaba por producir, en la conciencia de los individuos que lo practican, la creencia de que es obligatorio. El jurista alemán estima que el derecho es obligatorio en tanto que los hombres están convencidos

[113] COVIELLO, Nicolás. Doctrina general de derecho civil. México, 1949, p.53.

[114] JELLINEK, George. Teoría general del Estado. Ed. Albatros, Buenos Aires, 1970, pp. 277-280. Citado por GARCIA MAYNEZ, Eduardo.

de su obligatoriedad, de suerte que la coacción como medio exterior que tiene el Estado para obtener el cumplimiento de las normas jurídicas, carecería en realidad de fuerza, si no existiera el elemento subjetivo mencionado.

Conforme a Puenta y Savigny, la norma consuetudinaria nace en la voluntad popular. Sin embargo, entre los partidarios de la escuela histórica "se advierten graves disensiones al querer determinar dónde radica la efectividad o razón obligatoria de la costumbre. Mientras para unos -Zitelmann, Dernburg- la costumbre tiene efectividad por el mero hecho de representar usos y actos uniformemente repetidos por la sociedad, otros -Windscheid, Gierke, Stahl- requieren la necesidad de que estos actos y usos estén revestidos con la convicción jurídica a ellos conferida por el pueblo... Los modernos oponen graves razones en esa opinio necessitatis, entre ellos Ferrara y Zitelmann. Para el jurista italiano, la convicción jurídica es una ficción ya que de ser elemento esencial de la costumbre y basado en el sentido de justicia de los actos repetidos, no se comprende que varíe tanto la norma consuetudinaria dentro de una misma nación y de una misma provincia"[115].

[115] COMIS Y MUÑOZ. Elementos de derecho civil mexicano. T.I, México, 1942, pp. 152 y 153.

Caracterización. La costumbre tiene los siguientes caracteres[116]: a) surge espontáneamente; b) es de formación lenta; c) no tiene autor conocido; d) suele ser incierta o imprecisa; e) es particularista.

9.4.2. Relación entre la costumbre y la ley

Racionalismo. Las costumbres tienen validez por mandato del legislador y en la medida en que éste las admite. La decadencia de las costumbres se inicia a comienzos del siglo XIX, con la codificación.

Escuela histórica. Según Savigny, el derecho no es creación del legislador, sino que se manifiesta en forma directa en la costumbre, que es reflejo de la conciencia jurídica popular, del espíritu del pueblo. Savigny afirma que cada pueblo tiene un espíritu propio, del cual el lenguaje, el arte, la moral y el derecho son resultado.
Positivismo. En términos generales, el derecho se identifica con la ley y pasa la costumbre a un lugar secundario como procedimiento de integración o cuando la ley se refiere expresamente a ella.

Formas de derecho consuetudinario..- Al estudiar las relaciones entre la ley y el derecho consuetudinario, Walter Heinrich, citado por Aftalión[117], describió tres formas de este último: Delegante, delegado y derogatorio.

---

[116] TORRE, Abelardo. Ob. cit., p. 314.

[117] AFTALION, GARCÍA OLANO, Vilanova. Ob. cit., p. 328.

1. "El derecho consuetudinario delegante se da cuando por medio de una norma jurídica no escrita se autoriza a una determinada instancia para crear derecho escrito". En estos casos, la costumbre se halla supraordenada a la ley.

2. Derecho consuetudinario delegado existe en aquellos casos en que la ley se remite expresamente a la costumbre para la solución de determinadas controversias.

3. Derecho consuetudinario derogatorio es el que existe toda vez que una ley carece de vigencia por obra de la costumbre, ya sea que nunca la haya tenido -vale decir, en los casos en que la práctica prescinde de la ley y se actúa como si ésta no existiera (desuetud)-ya sea que, habiendo alcanzado vigencia, la haya perdido más tarde por la formación de una costumbre contraria (costumbre abrogatoria).

Diferencias entre el derecho legislado y el derecho consuetudinario

Para Abelardo Torré[118], las principales diferencias entre el derecho legislado y el derecho consuetudinario, son las siguientes:

[118] Idem, p. 315.

a) El derecho consuetudinario es un producto inmediato, espontáneo y más bien intuitivo, de la vida social; en cambio, el derecho legislado es un producto reflexivo, técnico y mediato.

b) La costumbre es lenta y, por el contrario, la ley es rápida en cuanto a su formación.

c) La costumbre no tiene autor conocido, mientras que el derecho legislado sí lo tiene.

d) La costumbre es incierta e imprecisa, en tanto que la ley es precisa y permite una mayor certeza y seguridad en las relaciones jurídicas.

De todo lo anterior se colige que en el derecho moderno, el derecho legislado ostenta superioridad sobre el derecho consuetudinario.

9.4.3. Clasificación de la costumbre.

Desde el derecho romano las costumbres se han clasificado en interpretativas, supletorias y contrarias a la ley.

a) Costumbre interpretativa o "secundum legem". Es la costumbre que se forma de acuerdo con la ley y se ajusta a sus previsiones. Es el mismo derecho escrito que se ha adaptado a las prácticas sociales.

b) Costumbre supletoria o "praeter legem". Es la costumbre que disciplina relaciones no contempladas en la ley y que llena las lagunas de ésta. Son normas que no se oponen a las prescripciones del derecho escrito, sino que las completan. Tienen vigencia como fuente paralela a la ley o subsidiaria, con eficacia únicamente cuando la ley permite su aplicación.

c) Costumbre contraria a la ley o "contra legem". Es la costumbre que se opone abiertamente a las normas legales. En la antigüedad, y en especial en el derecho canónico, se le dio valor a la costumbre contra legem o práctica abrogatoria, pero siempre que reuniera los elementos de verdadera costumbre y que contara con la anuencia tácita de la autoridad.

Según el territorio que abarca pueden ser: a) generales; b) locales; c) nacionales, y d) extranjeras.

9.4.4. Costumbres y usos sociales. Diferencias.

Refiriéndose a las diferencias entre usos sociales y costumbre, García Máynez, dice así: "Entre ésta y aquellos existen, sin embargo, importantes diferencias, como lo ha demostrado claramente Gény. En los usos encontramos el elemento objetivo de la costumbre, la práctica más o menos reiterada y constante de ciertos actos; mas no podemos afirmar lo propio del elemento subjetivo, u opinio juris. Los usos sirven para completar o interpretar la voluntad de las partes sólo en cuanto se estima que han querido libremente acogerse a ellos. Ahora bien: esta facultad

electiva excluye la idea de necesidad que se halla indisolublemente ligada a la verdadera costumbre jurídica. De aquí que los usos no pueden aplicarse cuando las partes han manifestado una voluntad diversa"[119].

Tanto en los usos como en la costumbre hay repetición de conducta, pero los primeros no definen derechos y deberes correlativos. Además la costumbre jurídica es coercible, en tanto que los usos sociales no lo son, pues si bien dan lugar a sanciones, no pueden dar lugar a imposición coactiva.

9.5. LA DOCTRINA

Se entiende por doctrina todas las teorías y estudios científicos contenidos en libros, monografías, tratados, revistas, que contribuyen a la interpretación del derecho positivo y que guían las reformas de la legislación, así como son pauta para la aplicación del derecho.

García Máynez dice que "se da el nombre de doctrina a los estudios de carácter científico que los juristas realizan acerca del derecho, ya sea con el propósito puramente teórico de sistematización de sus preceptos, ya con la finalidad de interpretar sus normas y señalar las reglas de su aplicación"[120].

---

[119] GARCÍA M., Eduardo. Ob. cit., pp. 318 y ss.

[120] Idem, p. 68.

La doctrina como fuente del derecho. El derecho moderno tiende a negarle a la doctrina el carácter de fuente formal del derecho, ya que la considera como autoridad o dentro de las fuentes materiales. En el derecho romano fue considerada como fuente formal, en el caso del emperador Adriano, quien les dio fuerza obligatoria a las opiniones de ciertos jurisconsultos cuando eran concordantes (ius publice respondedi). Posteriormente, "para resolver las dudas que surgían en caso de controversias entre los autores, se dicto la famosa Ley de Citas, por la que se dio obligatoriedad a las opiniones de Papiniano. Esta Ley fue derogada por el emperador Justiniano (siglo VI)"[121].

La doctrina sirve como guía a los jueces y a los legisladores para la reforma de las instituciones, contribuyendo así al progreso del derecho a su aplicación a los casos concretos.

9.6. LA JURISPRUDENCIA

Para García Máynez, la jurisprudencia "es el conjunto de principios y doctrinas contenidos en las decisiones de los tribunales"[122], y según Du Pasquier[123] es el derecho (objetivo) que se desprende de los fallos pronunciados por los tribunales".

[121] SOHN, R. Instituciones de derecho privado romano. Gráfica Panamericana, México, 1951, p. 52.

[122] GARCÍA M., Eduardo. Ob. cit., pp. 68 y ss.

[123] DU PASQUIER, Claude. Ob. cit., p. 57.

Francois Gény[124], habla del poder pretoriano de la jurisprudencia y dice que este término tiene dos significados: a) como fuente supletoria de la ley, y b) como fuente independiente de la ley. Admite la primera función de la jurisprudencia, pero niega la segunda, por impedirlo el sistema constitucional francés.

La palabra jurisprudencia se emplea en tres sentidos:

a) como sinónimo de ciencia del derecho;

b) como conjunto de sentencias o fallos dictados por los jueces u órganos jurisdiccionales;

c) como conjunto de sentencias dictadas sobre un mismo punto y rejentadas en un mismo sentido.

La jurisprudencia implica que exista una serie de principios y doctrinas o normas generales, que se han deducido de la repetición uniforme de fallos judiciales y que sirven para orientar la decisión de casos similares. Como observa Aftalión, "el secreto de la jurisprudencia está, tal como hemos visto al tratar la costumbre, en la existencia de un núcleo ideal genérico, idéntico, común a una serie de casos individuales, pese a que éstos son, en su concreta realidad existencial, diversos"[125]. La existencia de la jurisprudencia

[124] GENY, Francois. Ob. cit., p. 479.

[125] AFTALION, GARCÍA OLANO, Vilanova. Ob. cit., p. 337.

se desprende, según Cossio[126], del hecho, universalmente reconocido, de que en la práctica forense hay ciertos fallos que influyen sobre otros.

La jurisprudencia como fuente. La jurisprudencia se nos presenta como fuente formal, ya que constituye un conjunto de normas emanadas de los jueces y que van a regir un número indefinido de casos semejantes. Desde luego, la jurisprudencia tiene mayor importancia en países de régimen jurídico angloamericano o de common law, que en países de derecho escrito en que prevalece la ley.

Se ha planteado el problema de determinar si la actividad judicial es "creadora" de derecho, o simplemente "declarativa" del derecho establecido en la ley. Hay tres tendencias, según la exposición de Abelardo Torré[127], que seguimos:

La jurisprudencia es "creadora" de derecho. En el derecho angloamericano se ha sostenido[128], que toda sentencia judicial crea derecho, cosa que ocurre en dos sentidos: 1) en cuanto al caso particular fallado, cuyo sentido jurídico queda así específicamente establecido; 2) en cuanto dicho fallo o decisión, de acuerdo con el

[126] COSSIO, Carlos. El derecho en el derecho judicial. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, p. 168.

[127] TORRE, Abelardo. Ob. cit., pp. 324 y ss.

[128] POUND, Roscoe. El espíritu de common law. Trad. de José Puig Brutau, Ed. Bosch, Barcelona, p. 40.

principio básico de que hay que stare decisis (acatar las decisiones), se incorpora al cuerpo general de common law, convirtiéndose en un precedente obligatorio -o, al menos, "persuasivo"- tanto para el propio tribunal que lo dicta como para los demás, cuando tengan que resolver casos iguales o análogos.

Cossio[129] sostiene que la actividad judicial no es una mera deducción silogística, sino una actividad creadora: "Toda ley permite siempre dos interpretaciones por lo menos: la de ser aplicable y la de no ser aplicable al caso..."; en cambio, si la operación fuera de mero silogismo, la solución forzada tendría que ser una sola.

En el derecho europeo y en el latinoamericano, se admite con reticencia que la facultad judicial de resolver casos particulares implica creación de normas individuales, ya que se considera, en forma infundada, que es peligroso darle demasiados poderes al juez. En este sentido, dice Aftalión: "Calificamos a esta creencia de ideología, pues es indudable que la índole creadora que tiene apodícticamente la función judicial -en cuanto individualización de normas generales-, (a) no le es conferida por ninguna teoría, sino que es algo ontológicamente inherente a la tarea de interpretación (por ser un acto de comprensión). Y en cuanto al influjo que pueden ejercer los procedentes (jurisprudencia) como fuente general (b), es

[129] COSSIO, Carlos. La teoría egológica del derecho. Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, p. 76.

un hecho que, en cuanto tal, ocurre o no, siendo evidente que, en el primer caso, nada puede contra ese hecho ninguna teoría"[130].

La jurisprudencia es "declarativa". Esta opinión sostiene que el juez no crea, si no que declara, el derecho que se encuentra contenido en el texto de la ley. El juez en la sentencia ejerce una función de silogismo: la ley es la premisa mayor, el caso es la premisa menor, y la sentencia es la conclusión o subsunción del caso dentro del tipo legal. La génesis lógica de la sentencia la describe Calamandrei en los siguientes términos: "De cualquier modo que se defina la sentencia y que se resuelva la cuestión rrelativa a si la misma es un acto de inteligencia o de voluntad, no se podrá nunca negar que en ella se contiene un juicio lógico el cual, como todo juicio, aún el más elemental y el más simple, debe ser el resultado de un silogismo, explícito o inconsciente... He aquí, pues, que el especial carácter que distingue el silogismo, del que la sentencia deriva, de todos los otros silogismo (los cuales tienen, lo mismo que él, una premisa mayor, que es la afirmación de una regla relativa a una generalidad de casos, y una premisa menor, que es la afirmación de que el caso concreto está comprendido en esta generalidad), consiste absolutamente en un particular requisito de la premisa mayor, lo cual tiene el carácter de una norma de ley. Así, en la mente del juez con la afirmación de la existencia de una norma de ley general, propositio mayor, con la afirmación de que el caso concreto está o no comprendido entre los contemplados por la norma, propositio

[130] AFTALION, GARCÍA OLANO, Vilanova. Ob. cit., p. 337.

menor, y con la deducción de la verificación en concreto del efecto jurídico establecido en abstracto por la norma, conclusión, está completo el llamado "silogismo judicial" el cual se reduce esquemáticamente por los tratadistas de actividad mental del juez"[131].

La jurisprudencia sólo es creadora cuando el juez llena una laguna de la ley. Esto, por cuanto frente a un vacío legal el juez llena dicho vacío mediante procedimientos de integración creando una verdadera norma.

La función del juez. El juez, como órgano de la actividad jurisdiccional del Estado, desempeña su función de administrar justicia principalmente en tres formas:

a) Aplicando la norma jurídica al caso concreto;

b) Interpretando el sentido, alcance y finalidad de la norma que aplica;

c) Integrando el orden jurídico cuando encuentra una laguna o vacío de la ley, para lo cual deberá tener en cuenta los procedimientos de integración.

[131] CALAMANDREI, Piero. Estudio sobre el proceso civil. 1961, pp. 371-372.

Aplicación de la ley. La actuación del derecho puede hacerse espontánea en forma forzada. Según Rocco,[132] "la actuación del derecho cualquiera que sea la persona y cualquiera que sea la forma en que se las haga, se opera siempre mediante un juicio lógico, un silogismo, del cual la norma jurídica es la premisa mayor, el acto jurídico que se determina a cumplir para la satisfacción del propio interés, la premisa menor y la ejecución del acto y sus consecuencias jurídicas, la conclusión".

Pero a pesar de que la regla general es que los particulares deben conformar su conducta a las prescripciones legales, sin embargo, no siempre hay una norma aplicable al caso concreto, o ésta en dudosa, o el mismo derecho no permite que los particulares autocompongan sus conflictos, como sucede en el derecho penal o en el derecho de la familia, o a pesar del derecho ser cierto es indiscutible, la persona obligada no lo satisface. En estos eventos se ha dicho que el derecho pasa de su actuación fisiológica a su actuación patológico. En el derecho primitivo la solución del conflicto de intereses se llevaba a la autotutela o defensa privada, pero en el derecho moderno existe la institución del proceso, mediante el cual las partes dirimen el conflicto ante el órgano de la función jurisdiccional del Estado y se someten a la decisión de éste, que produce un acto (sentencia) imparcial, irrevocable, coercible y obligatorio.

[132] ROCCO, Ugo. Tratado de derecho procesal civil. Ed. Temis, Vol. I, Bogotá, 1969, p. 40.

La labor del juez en el derecho moderno no es solamente subsumir casos concretos dentro de los tipos legales para aplicarles la consecuencia jurídica mediante la sentencia. Si bien el derecho persigue la certeza y seguridad, el juez debe eliminar o solucionar las contradicciones que pueden existir entre las normas jurídicas y suplir las diferencias y vacíos con criterios lógicos, pero tomando en cuenta la realidad social del medio donde actúe. La actuación del derecho no puede ser un asunto de pura lógica, sino que requiere la valoración del juez y el auxilio de determinados criterios sociológicos en búsqueda de la justicia.

Los principales métodos que critican el conceptualismo serán expuestos al tratar de la interpretación de ley. Todos estos métodos están de acuerdo en sostener la insuficiencia de la lógica tradicional. Al respecto expresa Luis Recaséns Siches[133] "hay que explorar la razón jurídica de los contenidos de las normas de derecho, la cual nos permitirá superar el azoramiento y la confusión que sintieron muchos juristas al percatarse de que la lógica tradicional quiebra en el mundo de la interpretación y del desarrollo del derecho. Ahora bien, esa razón jurídica material habrá de ser al fin y al cabo una especie de razón vital e histórica, o mejor dicho una lógica de la acción, la cual es razón, ratio logos, riguroso concepto". Luego de hablar de la razón histórica, agrega: "El reino de la vida humana, lo mismo de la vida viviente individual, que de las instituciones, es el

[133] RECASENS S., Luis. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. Fondo de cultura económica, México, 1956, p. 174.

reino de la acción, que es un reino diverso del campo del puro conocimiento, aunque éste sea también acción, desde otro punto de vista. La vida humana no es una realidad ya hecha, sino que, por el contrario, la vida consiste en un hacerse a sí misma, es un tener que andar haciéndose a sí propia, para lo cual tiene que bregar con el mundo a su alrededor, con su contorno o circunstancia. Este hacerse a sí misma de la vida consiste en tener que ir decidiendo en cada momento lo que va a hacer en el momento venidero. Tales decisiones consisten en elegir entre las posibilidades que el contorno nos depara en cada instante"[134].

La moderna orientación del derecho se basa en la inescindibilidad entre vida humana y normas jurídicas. Se ha dicho con sobrada razón que una norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada. Es necesario, para poder aplicar e interpretar correctamente la norma jurídica, que el juez haya descubierto los caracteres de lo humano, las situaciones peculiares de cada caso, las circunstancias que rodean los hechos, que analiza y la comprensión de los móviles de la conducta humana. Hay que comprender y entender el sentido que encierran los comportamientos humanos, ya que, como lo ha dicho Ortega y Gasset "lo humano se escapa a la razón físico-matemática como el agua por una canastilla".

[134] RECASENS S., Luis. Vida humana, sociedad y derecho: Fundamentación de la filosofía del derecho. 3° ed., Ed. Porrua, México, 1953, pp. 59-93

Cada conducta concreta, singular, particular, tiene sus especiales modalidades y contornos debido a que es la actuación o vivencia de la norma abstracta por una persona. Al juez le corresponderá determinar qué sentido, qué alcance y qué efectos concretos va a producir esa norma abstracta para el caso que se le ha planteado a su decisión, para lo cual deberá tener en cuenta la vida, los factores de su realidad social, la funcionalidad de los derechos y, en fin, todo aquello que pueda hacer que su pronunciamiento sea no sólo jurídico sino también justo. Esta nueva tendencia es la que se ha denominado la lógica de la humano, la lógica de lo razonable, para diferenciarla de la lógica de lo racional. El moderno derecho no acepta al fetichismo legalista ni la jurisprudencia conceptualista para, en su lugar, sustituirla por la razón vital, la razón histórica, el logos humano, sin que esto signifique que no se deba obedecer el orden jurídico, sino, por el contrario, una actuación no mecánica sino dinámica para interpretarlo, buscando la verdad real y la justicia en cada caso. Es la función creadora del juez. Las normas individualizadas en la sentencia o en el acto administrativo, contienen ingredientes que no se encuentran en las normas abstractas, y generales. Esos ingredientes son aportados y creados por el juez. El juez no es una máquina para dictar sentencias aplicando rigurosamente silogismos jurídicos, sino que deba crear normas y crear soluciones justas. Es lógico que la función creadora se entiende mejor en los casos difíciles, sea porque no existe norma o porque hay dos o más normas y la elección depende del criterio

del juez, o porque la ley es oscura, etc. Este papel creador de la función judicial fue puesto en evidencia ya en 1908 por Jean Cruet[135], en un libro titulado la vida del derecho y la importancia de las leyes. Según Cruet, una ley indeformable se puede conseguir sólo en una sociedad inmóvil. Una ley no puede conservar el mismo sentido que tuvo cuando se creó, si todo a su alrededor ha cambiado: Hombres, objetos, el juez y el legislador. En este aspecto es en el que la jurisprudencia debe cumplir una función creadora, como ha sucedido en Francia, o como ha sucedido en Colombia a partir del año 1936 con las grandes creaciones jurisprudenciales que les han dado carta de naturaleza a las nuevas tendencias del derecho (por ejemplo, en materia de abuso del derecho o responsabilidad).

El juez siempre tendrá que hacer valoraciones al producir la sentencia teniendo en cuenta en el caso concreto. En caso de que la situación esté subsumida en la norma, deberá aplicar ésta, pero luego de valorar la prueba según las reglas de sicología, lógica, experiencia (sana crítica) y de buscar el encuadramiento entre la significación abstracta y la individualización concreta. Si hay duda de cuál de las normas es la aplicable, debe buscar las diversas soluciones para encontrar la que sea más justa, tomando en cuenta criterios valorativos extractados de la vida. En caso de que no haya norma, integrará el orden jurídico. Refiriéndose a la función

[135] CRUET, Jean. La vie du droit et Pimpuissance des lois. Flammarion, París, 1908.

creadora del juez, dice admirablemente Calamandrei[136]: "Pero ¿cuántas veces la motivación es una fiel reproducción del sendero que ha guiado al juez hasta el punto de llegada? ¿Cuántas veces el juez está en condiciones de darse él mismo exacta cuenta de los motivos que le han inducido a decidir así? Se representa escolásticamente la sentencia como el producto de un puro juego lógico, fríamente realizado, sobre conceptos abstractos, ligados por una inexorable concatenación de premisas y consecuencias; pero en realidad, sobre el tablero del juez, los peones son los hombres vivos que irradian una invisible fuerza magnética que encuentran resonancias o repulsiones ilógicas pero humanas en los sentimientos del juzgador. ¿Cómo se puede considerar fiel una motivación que no reproduzca los subterráneos meandros de esas corrientes sentimentales, a cuyo influjo mágico ningún juez, ni el más severo, puede sustraerse?". El juez no puede primero buscar la parte resolutiva y luego investigar los hechos, por cuanto no se puede primero poner el techo y luego las paredes de una casa.

Integración del orden jurídico. Ya hemos expresado que el derecho nace en la vida social y que por tal el juez debe, al interpretar la norma, tener en cuenta las nuevas realidades que se plantean en cada caso. Es evidente que no puede haber justicia sin orden y que el orden jurídico requiere un minimun de certeza y seguridad, pero frente a una laguna de la ley el juez podrá buscar la norma en la

[136] CALAMANDREI, Piero. Elogio de los jueces, escrito por un abogado. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969, p. 176.

equidad y, en general, en los demás procedimientos que explicaremos más adelante.

Función "creadora de derecho" del juez. El juez, cuando dicta sentencia, crea derecho. Cardozo sostenía que su deber como juez era el de objetivar, no sus propias aspiraciones, convicciones y creencias, sino las aspiraciones, convicciones y creencias de los hombres y mujeres de ese tiempo, lo que no podía lograr si sus propias simpatías, creencias y devociones pertenecían a un tiempo ya pasado.

Ya hemos visto que dentro del sistema de la pirámide jurídica de Kelsen, existen normas generales -constitución, ley, reglamento, ordenanza- que poseen notas de prospección y generalidad y normas individuales -sentencia, transacción, contrato- que poseen un carácter individual y ex post facto. Advierte Kelsen que la sentencia es un acto de autoridad, es decir que su validez no depende de su verosimilitud; el juez crea normas individuales, que quedan incorporadas al pleno normativo, al elegir una entre varias posibilidades, o sea que no se limita a aplicar el derecho.

Oswaldo J. Maffía[137], señala que la creencia de que el juez no crea derecho, parte de una falsa ideología que identifica el derecho con la ley, que subordina lo científico a lo político o axiológico, que advierte que las normas individuales tienen tanta legalidad

[137] MAFFIA, Oswaldo J. Legislación Judicial. En Revista La Ley, septiembre 16 de 1965.

normativa y fuerza motivadora como las generales, que el objeto jurídico no se agota con estas últimas.

V.J. Irurzun[138] expresa: "Siendo que la materia a decidir por el juez comprende hechos, normas, valores y fines, aquél, al dictar su pronunciamiento, analiza hechos, considera normas y decide con toda su personalidad, es decir, valora, quiere, se encuentra motivado por fines, valores, medio social, hábitos, etc. ... crea derecho". Alf Ross explica lo anterior así[139]: "El juez crea derecho porque al juzgar se encuentra motivado por hechos, valores, normas, un medio social y un clima espiritual determinados. La labor interpretativa del juzgador no es meramente cognoscitiva sino también voluntaria, o sea que su personalidad queda comprometida en ese acto. En efecto, el mero conocimiento no es suficiente acicate para la acción si no existe interés por nada. El verdadero motor se encuentra en los factores irracionales, intereses, actitudes, pasiones, necesidades; el conocimiento se limita a dirigir, orientar la acción. En suma, el juez toma una decisión -`saber-motivo'- guiado por su `compromiso' en el mundo y la reviste de fundamentaciones -`saber-técnica'- que no son más que una fachada o disfraz para hacernos creer en la objetividad de la decisión".

El juez en nuestro derecho no puede cambiar la ley pero al interpretarla está creando derecho y la jurisprudencia ha dado origen a grandes concepciones jurídicas que en algunas ocasiones han tenido consagración legislativa.

[138] IRURZUN, V. J. Sociedad y Derecho. Ediciones Troquel, Buenos Aires, 1966, p. 47.
[139] ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia. Traducción de Genaro R. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p.56.

CAPITULO 10: LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ECUADOR:

10.1. Generalidades sobre las fuentes del Derecho.
10.2. Las Fuentes del Derecho Ecuatoriano.
10.3. Las normas jurídicas.
  10.3.1. La Constitución.
  10.3.2. Convenios y Tratados Internacionales.
  10.3.3. La Ley.
  10.3.4. Decretos y Reglamentos del Ejecutivo.
  10.3.5. Estatutos y Reglamentos.
  10.3.6. Ordenanzas, Acuerdos y Resoluciones.
10.4. La Costumbre.
10.5. La Doctrina.
10.6. Actos y Contratos Jurídicos.

10.1. GENERALIDADES SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO.

Conforme hemos visto en el capítulo anterior, cuando hablamos de las fuentes se pretende encontrar el lugar de origen, de donde proviene la norma jurídica. Según Savigny está en el espíritu del pueblo y para Del Vecchio en la naturaleza humana.

Hemos estudiado a los teóricos que clasifican tradicionalmente a las fuentes en: a) fuentes reales o materiales, que se dice, se encuentran en las fuerzas sociales que producen las normas jurídicas en forma

directa o indirecta; y b) fuentes formales que se encuentran en los procedimientos técnico jurídicos que constituyen en conjunto el Derecho.

Las fuentes materiales o reales, provienen de aquellas fuerzas sociales que dan lugar a las normas jurídicas algunas en forma directa como los órganos legislativos del Estado y de los organismos seccionales o autónomos, y otros en forma indirecta como: los tribunales de justicia que generan jurisprudencia y las concepciones ideológicas, filosóficas y políticas que generan doctrina. Se hablas aún de fuentes prejurídicas, anteriores al derecho, como la costumbre.

Las fuentes formales son los procedimientos el técnico-jurídico que sirven para exteriorizar el derecho según las diferentes normas que lo integran. Son manifestaciones o modos del Derecho Positivo. Cuando fuimos estudiantes de la carrera de derecho -en la década del 60 del siglo XX- nos enseñaron que las fuentes formales son: la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina; y, se consideraba a la ley como la primera y la principal fuente del Derecho y a la jurisprudencia constante de la Gaceta Judicial como la principal forma de aplicación de la ley.. Solamente desde las últimas décadas del siglo XX, se ha reconocido a la Constitución como la primera y principal fuente del Derecho.

10.2. LAS FUENTES DEL DERECHO ECUATORIANO

Según nuestra legislación tenemos como fuentes del derecho nacional:

- Las normas jurídicas,
- Actos y contratos de los particulares,
- Sentencias y resoluciones de autoridad competente,
- Delitos y cuasidelitos,
- La costumbre,
- La jurisprudencia,
- La doctrina; y,
- Los principios generales del Derecho.

Dentro de las normas jurídicas debemos observar su jerarquía, en el siguiente orden:

- La Constitución del Estado,
- Los Tratados y Convenios Internacionales,
- Los Códigos y las Leyes orgánicas y ordinarias,
- Los Decretos y los Reglamentos que dicta el Ejecutivo,
- Los Acuerdos y Resoluciones Ministeriales,
- Los Estatutos y Reglamentos de las personas jurídicas; y,
- Los Acuerdos, Ordenanzas y Resoluciones de las instituciones.

Estas son las fuentes principales, las otras se consideran fuentes secundarias: la costumbre, la jurisprudencia, la ley y los principios generales de Derecho.

10.3. LAS NORMAS JURÍDICAS.

Algunos tratadistas en sentido restringido se refieren a la Ley o a las legislaciones, pero si hablamos técnicamente tenemos que referirnos a las normas jurídicas que regulan la convivencia social.

Sabemos que en la sociedad existen tres clases de normas que regulan la conducta de los hombres: a) religiosas, basadas en la fe de que existe un ser superior y cuya transgresión (pecado) se castiga con penas extraterrenales; b) morales, basadas en el fuero interno, en la conciencia, cuya trasgresión se castiga con el remordimiento; y, c)jurídicas, dictados por el Estado o leyes naturales para explicar los fenómenos basados en el principio de casualidad que rigen los fenómenos naturales y las Ciencias de la Naturaleza.

El conjunto de normas jurídicas constituye el Derecho. Dichas normas tienen jerarquía y en caso de contradicción prevalece la norma superior. Dicha jerarquía, como lo hemos señalado es la siguiente: las normas de la Constitución, las normas de los Acuerdos y, de los Tratados Internacionales, válidamente suscritos por el Ecuador, las leyes orgánicas y ordinarias, los Decretos, Reglamentos, Acuerdos y Resoluciones del Ejecutivo, los Estatutos de las personas jurídicas, los Reglamentos Institucionales, públicos y privados, y, los acuerdos, resoluciones y Ordenanzas (Art. 425 de la Constitución del Ecuador).

JERARQUÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR

CONSTITUCIÓN ⟹ Ley Suprema del Estado, creada por la Asamblea Nacional Constituyente que prevalece sobre cualquier otra norma legal.

TRATADOS INTERNACIONALES ⟹ Son aquellos suscritos entre los Estados y/o los Organismos Internacionales, principal fuente del Derecho Internacional Público.

LEYES ORGÁNICAS ⟹ Expedidas por la Función Legislativa con la aprobación de la mayoría absoluta. Se refieren a la organización, actividades, derechos fundamentales, políticos y funciones del Estado, puede ser a través de códigos.

LEYES ORDINARIAS ⟹ Son expedidas por la Función Legislativa con la aprobación de la mayoría

simple. Puede ser a través de códigos.

DECRETOS-LEYES Y DECRETOS ⟹ Cuando el Congreso no tramita un proyecto de urgencia económica, el Presidente lo dicta como Decreto-Ley, con el fin de administrar el país.

REGLAMENTO Y ACUERDOS DEL EJECUTIVO ⟹ Procedimiento normativo que expide el Presidente de la República que constitucionalmente tiene la facultad para hacerlo.

ACUERDOS MINISTERIALES ⟹ Resoluciones del ejecutivo suscrito por el Presidente y el Ministro del Ramo competente sobre materia determinada.

ESTATUTOS Y REGLAMENTOS ⟹ Normas que rigen la organización y fines de las personas jurídicas.

ORDENANZAS ⟹ Dictadas por los gobiernos autónomos seccionales, Consejos Provinciales o

Municipios, mantiene: iniciativa, discusión, sanción y promulgación.

ACUERDOS RESOLUCIONES ⟹ Son normas que rigen a las personas jurídicas de Derecho Público o Privado. Tienen fuerza obligatoria para la institución.

10.3.1. La Constitución.

La Constitución de la República del Ecuador, fue aprobada en referéndum por el pueblo ecuatoriano luego de haber sido elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi de 2008. Fue publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008 y se halla vigente desde esa fecha.

En el Art. 424 señala que la Constitución es la norma suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Nuestra Carta Magna en su Titulo I se refiere a los elementos constitutivos del Estado, el Titulo II a los derechos; el Título III trata de las garantías constitucionales, el Título IV a la participación y organización del poder, el Título V a la organización territorial, el título VI al régimen de desarrollo, el Título VII al régimen del buen vivir, el Título VIII a las Relaciones Internacionales y el título IX a la supremacía de la Constitución. Tiene varias disposiciones transitorias y una derogatoria.

La Constitución es pues la norma jurídica de mayor valor y prevalece sobre cualquier otra. "El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones y demás actos y decisiones de los poderes públicos" (Art. 425 de la Constitución).

Sobre la reforma de la Constitución, el Art. 441 y siguientes señalan varios aspectos:

a) La enmienda de uno o varios artículos que no alteren su estructura se realizará mediante referéndum solicitado por el Presidente de la República o por iniciativa de un número no inferior a la tercera parte de los miembros de la Asamblea Nacional (Art. 441)

b) La reforma parcial que no suponga una restricción de derechos y garantías constitucionales tendrá lugar por iniciativa del Presidente de la República. La iniciativa de reforma constitucional será tramitada por la Asamblea nacional en al menos dos debates (Art. 442).

"La Corte Constitucional calificará cual de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso" (Art. 443.
La Asamblea Constituyente sólo podrá ser convocada a través de consulta popular. Esta consulta podrá ser solicitad por la Presidenta

o Presidente de la República, por las dos terceras partes de la Asamblea Nacional, o por el doce por ciento de las personas inscritas en el registro electoral..." (Art. 444).

El Art. 120.señala: "La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:

1. Posesionar a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República proclamados electos por el Consejo Nacional Electoral. La posesión tendrá lugar el veinticuatro de mayo del año de su elección.

2. Declarar la incapacidad física o mental inhabilitante para ejercer el cargo de Presidenta o Presidente de la República y resolver el cese de sus funciones de acuerdo con lo previsto en la Constitución.

3. Elegir a la Vicepresidenta o Vicepresidente, en caso de su falta definitiva, de una terna propuesta por la Presidenta o Presidente de la República.

4. Conocer los informes anuales que debe presentar la Presidenta o Presidente de la República y pronunciarse al respecto.

5. Participar en el proceso de reforma constitucional.

6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

7. Crear, modificar o suprimir tributos mediante ley, sin menoscabo de las atribuciones conferidas a los gobiernos autónomos descentralizados.

8. Aprobar o improbar los tratados internacionales en los casos que corresponda.

9. Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público, y requerir a las servidoras y servidores públicos las informaciones que considere necesarias.

10. Autorizar con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal de la Presidenta o Presidente o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, cuando la autoridad competente lo solicite fundadamente.

11. Posesionar a la máxima autoridad de la Procuraduría General del Estado, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Superintendencias, y a los miembros del Consejo Nacional Electoral, del Consejo de la Judicatura y del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

12. Aprobar el Presupuesto General del Estado, en el que constará el límite del endeudamiento público, y vigilar su ejecución.

13. Conceder amnistías por delitos políticos e indultos por motivos humanitarios, con el voto favorable de las dos terceras

partes de sus integrantes. No se concederán por delitos cometidos contra la administración pública ni por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia"

La Constitución de la República del Ecuador en vigencia, en su título II se refiere a los DERECHOS y a partir del Art. 10 señala:

- los principios de aplicación de los derechos,
- los derechos del buen vivir:
- agua y alimentación,
- ambiente sano,
- comunicación e información,
- cultura y ciencia,
- educación,
- hábitat y vivienda,
- salud,
- trabajo y seguridad social,
- movilidad humana,
- derechos de adultos, jóvenes, mujeres embarazadas,
- personas con discapacidad,
- personas con enfermedades contagiosas,
- personas privadas de la libertad,
- usuarios y consumidores,
- derechos de las comunidades y nacionalidades; y además::
- Derechos de libertad,
- Derechos de la naturaleza,
- Derechos de protección; y,
- Responsabilidades.

En los derechos de libertad se establecen: el derecho a la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna, el derecho a la integridad personal, derecho a la igualdad, derecho al libre desarrollo, derecho a opinar y expresar el pensamiento, derecho a practicar y profesar una religión, derecho a tomar decisiones libres, derecho a guardar la reserva, derecho a asociarse, derecho a transitar libremente, libre contratación, derecho al honor y buen nombre, derecho a la intimidad personal inviolabilidad y secreto de correspondencia, derecho a dirigir quejas, derecho a acceder a los bienes y servicios públicos, etc.

Entre los derechos de protección tenemos:

- Acceso gratuito a la justicia y a la tutela del Estado,
- Derecho al debido proceso:
- Presunción de inocencia
- Derecho a la defensa,
- Motivación de las resoluciones.

En todo proceso penal se señalan las siguientes garantías:

- La privación de la libertad será excepcional,
- Nadie puede ser privado de la libertad sin orden escrita de autoridad competente,
- Derecho a conocer en forma clara el motivo de la detención,
- Nadie puede ser incomunicado,
- Derecho al silencio,
- Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo,

- Recobrar de inmediato la libertad en caso de sobreseimiento o sentencia absolutoria.

En el título III se refiere a las GARANTIAS CONSTITUCIONALES:

- Acción de protección,
- Acción de hábeas corpus,
- Acción de acceso a la información pública,
- Acción de habeas data,
- Acción por incumplimiento; y,,
- Acción extraordinaria de protección.

10.3.2. Tratados y Convenios Internacionales.-

Son Tratados o Convenios Internacionales, los suscritos entre Estados o entre Estados y los organismos internacionales para regular las relaciones y la vida internacional. Constituyen la principal fuente del Derecho Internacional Público. La Constitución de la República del Ecuador les ha dado mayor jerarquía que las leyes, pero en todo caso en el marco de la Constitución y siempre que hayan sido válidamente celebrados.

El Art. 417 de la Constitución en vigencia dice: "Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución".

El Art. 418 dice: "A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales.

La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo.

"Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites.

2. Establezcan alianzas políticas o militares.

3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.

4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.

6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.
8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

"Art. 420.- La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República.

La denuncia de un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó.

"Art. 421.- La aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos.

"Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

10.3.3.- La Ley

Se dice que es la fuente real o material más importante que aparece por primera vez con las leyes de las XII Tablas (304 antes de Cristo).

La palabra ley proviene del verbo latino ligare que significa ligas o vínculos; y otros de lego, legase, que significa leer por cuanto en Roma la Ley estaba escrita y debía ser leída; y esa fue la principal característica de la ley; está escrita en contradicción con la costumbre que no lo estaba.

De conformidad con la Constitución Ecuatoriana (Art. 132) se requiere de ley en los siguientes casos: regular el ejerció de los derechos y garantías constitucionales, tipificar infracciones y establecer sanciones, crear, modificar o suprimir tributos, establecer deberes y responsabilidades a los gobiernos autónomos descentralizados, modificar la división política administrativa del país, otorgar facultad de expedir normas y para reformar o derogar leyes.

El Art 1 de nuestro Código Civil dice que la ley es la declaración de la voluntad soberana que, manifiesta en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. En consecuencia las leyes pueden ser: imperativas, prohibitivas o permisivas.

Nuestra Constitución vigente (Art. 133) clasifica a las leyes en orgánicas y ordinarias. Son orgánicas las que se refieren a la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución, las que regulan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, las que regulan la organización, competencia y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados y las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.. Su aprobación requiere de mayoría absoluta. Las demás leyes son

ordinarias y su aprobación requiere de simple mayoría. Las leyes orgánicas prevalecen sobre las ordinarias.

Las Leyes pueden estar agrupadas en cuerpos afines sobre una determinada materia y se denominan Códigos que son la forma metódica de organización de las leyes en libros, títulos, capítulos, secciones, párrafos, apartados(numerales y titulares) en articulo y en incisos de un mismo artículo, como lo señalamos.

CARACTERÍSTICAS DE LAS LEYES.- La Ley proviene del Estado (Función Legislativa); es general, esto es que rige para todos los habitantes del Estado: es de carácter permanente son importantes, esto es sin dedicatoria para nadie; son obligatorias, esto es garantizadas por la fuerza pública y se reputan conocidas de todos (Art.13 del Código Civil) lo cual es una ficción legal.

Las principales características de la ley son: 1) obligatoriedad: necesidad de ser cumplidas por aquellos para quienes se dicta; la ley es un mandato imperativo que encierra en si la obligación de ser acatado; 2) generalidad: es una decisión in abstracto, para todos los casos idénticos que puedan presentarse sin relación a persona determinada; y ,3) autenticidad: la ley debe proceder de autoridad legítima y competente para dictarla,

Las Leyes tienen un procedimiento formativo señalado en la Constitución que tiene fases o etapas así: iniciativa, discusión, aprobación sanción, promulgación y aprobación y publicación; así:

Tiene iniciativa para poder presentar proyectos de Ley, según la Constitución (Art. 134): los asambleístas con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el 5 % de los miembros, el Presidente de la República, las otras funciones del Estado en ámbitos de su competencia, la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública; y, los particulares pueden hacerlo con la firma de respaldo del cero punto veinticinco por ciento de empadronados.

Solo el Presidente de la República puede presentar proyectos para crear, modificar o suprimir impuestos, aumentar el gasto público o modificar la división política-administrativa (Art. 135 de la Constitución).

Los proyectos de ley deben reunir los siguientes requisitos: referirse a una sola materia, dirigirse al Presidente de la Asamblea, tener una exposición de motivos y el articulado que se proponga (Art. 136 de la Constitución).

El trámite ordinario de las leyes es: sometido a dos debates. Presentado el proyecto del Presidente de la Asamblea ordenará que se distribuya a los asambleístas y se difunda públicamente un extracto. Luego lo enviará a la Comisión Especializada que corresponda la que deberá emitir informe.

Con el informe de la Comisión se realiza el primer debate del pleno en el que se presentarán las observaciones. Luego vuelve a la

Comisión para un nuevo informe con lo que pasa a segundo debate.

En segundo debate el proyecto debe ser aprobado, modificado o negado. Si fuere aprobado se lo envía al Presidente de la República para lo sancione u objete en el plazo de treinta días. Con la sanción se publicará en el Registro Oficial.(Art. 137) En caso contrario el Presidente debe objetarlo parcial o totalmente.

Si el Presidente de la República objetare totalmente el proyecto vuelve a la Asamblea que lo deberá conocer después de un año en que puede ratificarse en un solo debate y si ello ocurre se dispone su envío al Registro Oficial (Art. 138).

Si la objeción fuere parcial el Presidente hace de colegislador enviando un texto alternativo con el que la Asamblea en treinta días puede: a) allanarse por simple mayoría; o, b) ratificarse en el con la votación de las dos terceras partes. En ambos casos se lo remitirá al Registro Oficial. (Art. 138).

Si la objeción fuere por inconstitucionalidad se remitirá a la Corte Constitucional y si del dictamen fuere confirmatorio se archivará el proyecto y en caso de ser negativo retornará a la Asamblea para su tramitación. (Art. 139)

Cuando el Presidente de la República envía a la Asamblea Nacional un Proyecto calificado de urgencia en materia económica en treinta días debe aprobarlo, modificarlo o negarlo. Mientras discute un

proyecto de urgencia económica el Presidente no puede enviar a la Asamblea otro con ese carácter. (Art. 140)

10.3.4. Decretos y Reglamentos del Ejecutivo

Los Decretos son resoluciones que toma el Presidente de la República en el ejercicio de sus funciones con el fin de administrar al país.

Los Decretos tienen fuerza de Ley y según el Art. 5 del Código Civil deben promulgarse en el Registro Oficial.

Técnicamente diferenciamos los actos de las tres funciones del Estado así: de la función Legislativa, las leyes del Ejecutivo, los decretos; y, de la función Judicial, las sentencias.

Los Reglamentos son normas de procedimiento que expide el Presidente de la República que constitucionalmente tiene la facultad reglamentaria. Hay varias clases de reglamentos: a) de Ejecución para operativizar las leyes; b) orgánico-funcional para normar la organización y funcionamiento de las instituciones públicas; y, c) autónomos dentro de su facultad discrecional.

Acuerdos Ministeriales son las resoluciones del Ejecutivo sobre un asunto determinado que debe ser suscrito por el Presidente de la República y el Ministro al que corresponde el Área de la materia sobre la que versa. En el Ecuador se ha abusado de los Acuerdos

Ministeriales que los suscriben los Subsecretarios y que se exceden en el uso de sus atribuciones y competencia.

10.3.5. Estatutos y Reglamentos

Los Estatutos son las normas que rigen a las personas jurídicas ya sean de derecho público o privado. En los Estatutos deben constar los fines, órganos y funciones deberes y derechos, forma de organización, etc. El Estatuto tiene fuerza obligatoria para la institución. En el Estatuto se prevé la facultad para que se dicten Reglamentos generales, especiales o internos. Los Estatutos prevalecen sobre los Reglamentos y los Reglamentos especiales sobre los generales.

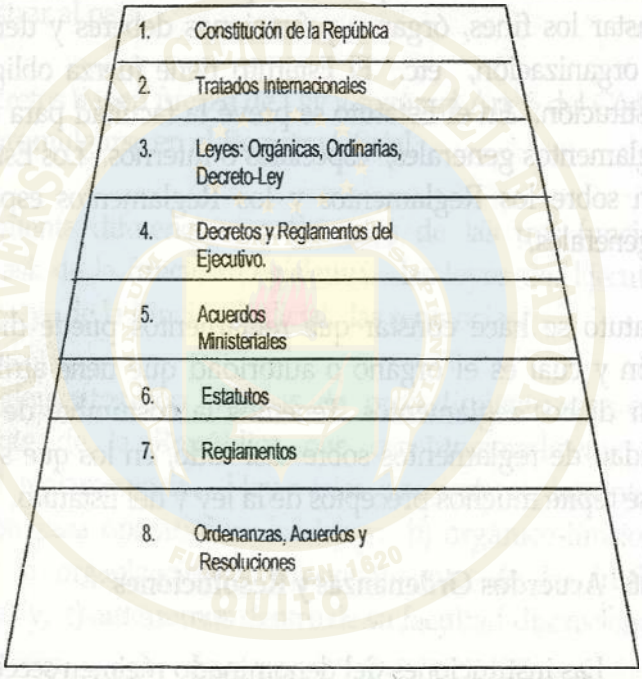
En el Estatuto se hace constar que reglamentos puede dictar la corporación y cuál es el órgano o autoridad que tiene atribución para dictar dichos reglamentos. Tenemos la costumbre de dictar gran cantidad de reglamentos sobre casi todo, en los que se hace constar o se repite muchos preceptos de la ley y del Estatuto.

10.3.6. Acuerdos Ordenanzas y Resoluciones

Las instituciones del denominado régimen seccional o autónomo, pueden dictar esta clase de normas para sus asociados; y en el de los Consejos Provinciales y de los Municipios tienen la facultad legislativa y la norma se denomina ORDENANZA (provincial o municipal) la que para su elaboración sigue los mismos pasos de la Ley: iniciativa, discusión, sanción y

promulgación. La sanción la hace el Alcalde o Prefecto. Se ha abusado de esta facultad. Los Acuerdos y Resoluciones como su nombre lo indica son decisiones de un organismo corporativo que tiene facultad para adoptarlos.

JERARQUÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR



Nota.- La Constitución en su Art. 425 al establecer el orden jerárquico incluye luego de las leyes a "las normas regionales y las ordenanzas distritales", pero aún no se ha expedida ninguna de estas normas.

10.4. LA COSTUMBRE.-

Es la primera fuente histórica del Derecho, anterior de la Ley, pues el sistema anglosajón o "common-law..." era consuetudinario, esto es basado en usos y costumbres hasta que el sistema romanístico o greco-romano impulso la Ley escrita.

La costumbre es de origen anónimo, lento, espontáneo e impreciso hasta llegar a la repetición constante de una conducta por la generalidad de un grupo social que se transforma en costumbre que se constituye en fuente de derecho.

En el Ecuador la costumbre al igual que la Jurisprudencia y la doctrina son fuentes secundarias. El Art. 2 del Código Civil dice que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella. El Art. 4 del Código de Comercio se dice que "las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley cuando los hechos son uniformes públicos y reiterados".

En esta unidad nos estamos refiriendo in extenso a la costumbre.

10.5. LA JURISPRUDENCIA

En sentido general la Jurisprudencia es sinónimo de Derecho; pero en sentido estricto es el conjunto de sentencias y fallos dictados por los Jueces en igual sentido. Generalmente se cita la jurisprudencia que tiene la Corte Suprema como máximo organismo de la Función Judicial.

La Jurisprudencia en el Ecuador, constituye una fuente supletoria pues sirven al juez para la aplicación del Derecho en casos análogos. Se publica en la GACETA JUDICIAL y muchos jueces en sus fallos las citan; aclarando que los fallos de triple reiteración son obligatorios; y,

10.6. LA DOCTRINA

Son las teorías contenidas en libros, Monografías, Tratados o Revistas.

Son los estudios que realizan los juristas que sirve de guía a jueces y legisladores en la aplicación del Derecho. Hay tratadistas famosos que se citan con frecuencia, en las resoluciones y que permiten aclarar aspectos de una determinada institución o tesis jurídica.

10.7. ACTOS JURÍDICOS Y CONTRATOS

Los actos jurídicos son declaratorias de una persona y los contratos son las declaraciones o acuerdos de dos o más personas con el fin de crear, modificar o extinguir Derechos y obligaciones.

Los actos y los contratos para su validez deben observar requisitos de fondo y de forma. Los requisitos de forma son los inherentes a cada clase de actos o contrato que deben tener elementos en su esencia, de su naturaleza y accidentales para ser tales (ejemplo: letras de cambio, acta o un contrato de arriendo).

Los requisitos de fondo son: 1) voluntad, esto es el discernimiento, la intención, que no haya vicios (los vicios de la voluntad son error, fuerza y dolor); 2) competencia, esto es la facultad de celebrar el acto o contrato, la misma que es indelegable, a menos que se confiera poder especial; 3) objeto lícito, 4) causa lícita; y, 5) fin lícito. Es lícito lo que está permitido por la ley, lo moral y las buenas costumbres.

Según nuestra legislación el contrato es ley para las partes, por lo que es fuente material del Derecho.

FUENTES DEL DERECHO
REALES O MATERIALES

DIVISIÓN CLÁSICA { Formales } LEY, COSTUMBRE, JURISPRUDENCIA, DOCTRINA

Reales o Materiales { Fuerzas, Factores, Elementos } Directas, Indirectas

Directas

Origen Legislativo	Leyes
Origen Ejecutivo	Decretos y

		Reglamentos
	Origen Seccional	Ordenanzas y Acuerdos
Indirectas	Tribunales Justicia	Jurisprudencia
	Concepciones Ideológicas	Doctrina
Voluntad Personal	Unilateral	Actos
	Bilateral	Contratos

CAPÍTULO 11: LAS NUEVAS FUENTES DEL DERECHO

11.1. Nuevo concepto de fuentes del Derecho.
11.2. Fuentes del Common Law.
11.3. La Costumbre como fuente del Derecho.
11.4. El negocio jurídico como fuente.
11.5. Los principios generales de Derecho.
11.6. Determinación y crítica de la fuente.

11.1. NUEVO CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO

Ya se ha expresado que la palabra fuentes designa las causas de creación del derecho, como también la manifestación o expresión visibles del derecho. Igualmente se le ha atribuido el sentido de fundamento de validez de las normas jurídicas.

Antes de explicar la concepción de Cossio y de Julio Cueto Rúa, es necesario hacer algunas anotaciones en cuanto a las fuentes: a) no siempre se ha acudido a todas las fuentes. Como lo anota Cueto Rúa[140], "ello ha dependido del grupo social, pueblo o comunidad de que se tratase, y del momento histórico en que surgieron los interrogantes"; b) no existe entre las fuentes un orden de prelación rígido e invariable. Además, ello depende del sistema jurídico de que se trate y de la especial situación histórica que vive cada

[140] CUETO R., Julio. Fuentes del derecho. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, 0. 28.

pueblo; c) según Cueto Rúa, "la mayor o menor gravitación de las fuentes depende también de la naturaleza del sujeto que se dirige a ellas en busca de respuesta a sus interrogantes". Así, por ejemplo, es posible que el juez pueda ser más sensible a la ley o a la jurisprudencia, y, en cambio, el legislador, ser más sensible a la costumbre y a la doctrina.

La nueva concepción que se oriente en sentido social es expuesta por Cueto Rúa[141] de la siguiente manera: "Las fuentes no sólo suministran orientación para resolver casos litigiosos, sino que actúan de una manera mucho más general y silenciosa, canalizando las manifestaciones vitales de los integrantes de los grupos sociales, los pueblos, las naciones, de modo tal que se coordine valiosamente la libertad individual de los miembros del grupo". Se conciben las fuentes como respuestas objetivas a interrogantes que plantea la realidad social, política y económica de un pueblo determinado.

Por su parte, Cossio expresa: "... si transportamos la discusión al problema de la fuerza de convicción que pueda pretender una afirmación dogmática del jurista, habremos escapado del círculo en que se mueve la discusión tradicional, porque no estaremos ni con unos ni con otros. Pues si bien cabe negar que la investigación de un origen genético sea de naturaleza dogmática, en cambio no es posible desconocer el carácter dogmático que tiene la investigación sobre la fuerza de convicción de una afirmación dogmática. De este

[141] Idíbem, p. 30.

modo, la noción múltiple y metafórica de fuente aparecerá subordinada a la noción única de `fuerza de convicción', aquélla originándose en ésta y explicándose dogmáticamente por ésta. La legitimidad de este planteamiento radica en su propia inminencia. Es común en la experiencia tribunalicia saber que los jueces han dictado una resolución basándose en razones axiológicas que no se atreven a expresar porque, según la confesión de ellos, serían razones jurídicas. Con la solución egológica no se podrá ver que tales argumentos judiciales son totalmente jurídicos y por eso son connaturalmente trinunalicios"[142].

Lo anterior significa que para que una sentencia tenga fuerza de convicción, no sólo debe estar apoyada en una norma jurídica (validez lógica), sino que también debe concordar con las valoraciones vigentes, o sea, realizar positivamente los valores jurídicos. No obstante, Cossio, inspirado por Husserl, introduce el tema de la objetividad al decir: "Pero las valoraciones, siendo individuales, no tienen otra garantía contra lo arbitrario y personal que regirse por valores objetivos... Por consiguiente, habrá fuerza de convicción, científicamente hablando, cuando la sentencia judicial ajuste su valoración a patrones históricos vigentes"[143].

Esta nueva concepción hace especial hincapié en que la división tradicional de las fuentes reales y formales no debe ser rígida, en

[142] COSSIO, Carlos. La valoración jurídica y la ciencia del derecho. Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 122.
[143] Idem. p. 415.

virtud de que todas las fuentes son hechos sociales, en los cuales se refleja un determinado criterio para la solución de los conflictos de intereses. El juez busca orientación en las fuentes para resolver el caso, para captar su sentido jurídico y su proyección social, ya que de todas maneras se trata de resolver un conflicto real en una sociedad determinada. Como lo expresa Julio Cueto Rúa, "en las leyes, en las sentencias y en las obras doctrinarias se encuentran expresados, mediante conceptos, los sentidos de conducta que legisladores, jueces y juristas, órganos los primeros y voceros los últimos, de la comunidad, han atribuido a determinadas realidades de conducta, definida de una manera más o menos esquemática".

Tradicionalmente, las fuentes formales serían la ley y la costumbre. La jurisprudencia solo sería fuente formal si el ordenamiento jurídico vigente le atribuye carácter obligatorio. En cuanto a la doctrina, sólo en muy raras ocasiones podría ser considerada como fuente formal del derecho. El ejemplo típico es el jus respondendi ex auctoritate principi, vigente en el derecho romano. Respecto a las fuentes formales, se conciben como los factores reales que constituyen el antecedente de creación de la norma jurídica. Sin embargo, la nueva orientación que estamos exponiendo dice que todas las fuentes deben ser consideradas como formales-materiales. Cueto Rúa[144] explica así la nueva tesis: "Las leyes y las costumbres son útiles como fuentes, no tanto porque suministren apoyo lógico a la decisión que se adopte en definitiva, cuanto porque

[144] Cueto, Julio. Ob, cit., p. 32

suministran un criterio material para discernir el sentido del caso en discusión y resolverlo de una manera que sea considerada valiosa por una pluralidad de los integrantes del grupo social. Es que las llamadas fuentes formales son también fuentes materiales. Las leyes expresan conceptualmente relaciones imputativas, o sea, una específica conexión entre ciertos hechos, a los que llamamos antecedentes, y ciertos comportamientos humanos que se enuncien como debidos (consecuentes)".

La costumbre no solo es fuente formal sino también material. En efecto, se trata de usos elegidos por los miembros de la comunidad que perfilan conductas con fundamentos axiológicos. La jurisprudencia está integrada por sentencias que deciden conflictos de intereses que perfilan conductas, que tienen consideraciones axiológicas. Las sentencias deben tener en cuenta los valores y las condiciones socio-económicas vigentes en el momento de decidir, para buscar una dinámica y científica interpretación de la ley. En cuanto a la doctrina, en ciertos países es notable la influencia de los tratadistas sobre la labor legislativa y jurisprudencial.

Resumiendo, tenemos que la teoría egológica del derecho puso de manifiesto la peculiar integración material-formal de las fuentes, esto por cuanto en la experiencia jurídica se integra en tres diversos momentos: el normativo, el empírico y el axiológico, mutuamente implicados y esencialmente unidos. Es el jurista quien por razones sistemáticas y analíticas, procede a su separación. En otras palabras se trata de la conducta humana en sus momentos lógico, empírico y axiológico.

En la tradición romanística (naciones latinas y germánicas) prevalece la ley y, en cambio, en el sistema anglo-americano (common law) tiene primacía el precedente judicial. Pero en ambos sistemas prevalen las normas dictadas por el Estado sobre todas las demás.

11.2. FUENTES DEL COMMON LAW

Blackstone deriva el fundamento de la obligatoriedad del precedente, de la costumbre en la que se deriva y de la cual constituye la prueba más conspicua. La norma fundamental del common law es la obligatoriedad del precedente, ya que el juez crea el derecho.

El sistema de precedentes fue modificado en el siglo XVI, al crearse la court of chancery y la división de los tribunales en los del common law y los de equity.

En resumen, puede decirse que las fuentes de common law son las siguientes: 1) El common law en sentido estricto, es decir, la jurisprudencia emanada de los clásicos tribunales ingleses. Si bien el juez crea el derecho, está atado por la obligatoriedad del precedente (stare decisis). 2) La equity, que es una rama de la jurisprudencia que emana los tribunales especiales -los tribunales de equidad- llamados courts of chancery en Inglaterra y courts of equity en Estados Unidos. 3) El statute law o derecho legislado.

Así se denomina el conjunto de leyes emenadas del Parlamento inglés y del Congreso y legislaturas estatales de los Estados Unidos.

En el siguiente esquema de Santa-Pinter[145], pueden verse los principales lineamientos del common l

1) Cas - law { Jurisprudencia continental / Derecho creado por el juez (Judge made law)

Derecho formado por decisiones judiciales

2) Doctrina de Precedentes

Procedente { a) Autoritarias { Tribunales Superiores / Tribunales

[145] SANTA-PINTER, J. J. Elementos de introducción al common law y civil law. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1963, pp. 25 y ss.

b) Persuasivas — Inferiores Commnwealth

Principio: causas juzgadas por principios obtenidos inductivamente de la experiencia judicial.

3) Stare decisis juez estás a lo resuelto — Los jueces resolverán según los precedentes salvo: a) que el precedente sea irracional;

b) que haya cambio notorio de circunstancias; y,
c) que el precedente viole norma de common law o equity.

4) Satute law — Derecho Legislado
- a) Derecho federal Federally crealed Law E.U.
- b) Derecho del Estado-miembro State created law. Australia

11.3. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

La costumbre como fuente del derecho tiene remoto ancestro, pues su vigencia se remonta a edades que se pierden en los orígenes de la civilización. En efecto, el derecho de los pueblos primitivos fue eminentemente consuetudinario, pues se carecía de

otro tipo de instrumentos legales que tutelaran los derechos de la colectividad. Al aparecer las primeras codificaciones fue perdiendo importancia, hasta el punto de que hoy solo se la considera como fuente supletoria de relativa trascendencia, salvo en materia comercial.

Fueron los romanos quienes tomaron conciencia de que cuando ya existe un ordenamiento, se debe considerar a la costumbre en relación con él, para establecer su valor jurídico. El valor de la costumbre como fuente formal está claramente expreso, para su época, en el Digesto: "La costumbre arraigada no sin razón es defendida como ocupando el lugar de la ley, y esto es lo que se llama derecho consuetudinario (ius moribus consuetudo). Porque si las leyes no nos obligan sino por haber sido recibidas por decisión popular, es justo que lo aprobado por el pueblo sin escrito alguno, también obligue a todos; pues, ¿qué más da que el pueblo declare su voluntad por el sufragio que por sus propios hechos?"[146].

En el antiguo derecho español se la consideraba como fuente formal del derecho, y así las Siete Partidas la dividieron en secundum legem, praeter legem y contra legem, codificación que, además, la definió así: "Costumbre es derecho o fuero que non e escrito, el cual han usado los omnes luengo tiempo, ayudándose del en las cosas o en las razones que le usaron"[147].

[146] Cfr. VILLORO-TORANZO, Miguel. Introducción al derecho. Ed. Universidad Iberoamericana, México. D.F., pp. 198-199

[147] Idem, p. 197.

Según el doctor Alfredo Constain[148], durante la Edad Media, algunos pueblos acogieron el derecho romano, mientras que otros, por el contrario, lo desecharon tildándolo de extranjerizante, por lo cual conservaron y aplicaron la costumbre que consistió en juzgar a través de los precedentes, es decir, de los casos análogos de los cuales se conservaba el recuerdo, razón por la cual en esta época tuvo su máxima importancia, hasta el punto de que, en ausencia del derecho escrito; podía considerarse como única fuente formal del derecho.

El culto a la legalidad imperante en el siglo XIX, propendió a negar a la costumbre su calidad de fuente del derecho.

A pesar de que la costumbre en la actualidad ha perdido su antigua importancia, en algunos países esta clase de normas pueden tener preponderancia sobre la ley; tal el caso del common law en el derecho anglosajón, según lo anota Duverger[149].

La costumbre en su sentido de fuente formal del derecho es un conjunto de prácticas repetidas durante largo tiempo en una colectividad humanad determinada, que han creado en ella un

[148]Cfr. CONSTAIN, Alfredo. Elementos de derecho. Bogotá, 1956, p. 24.

[149] Cfr. DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y derecho constitucional. Ed. Ariel, Caracas-Barcelona, p. 250.

Sin embargo, la costumbre a que se refiere la cita es sólo costumbre de procedencia erudita, en cuanto emana de las decisiones judiciales y constituye ley.

sentimiento de juridicidad del fenómeno, y cuya aplicación en ciertos casos es considerada como obligatoria.

Con respecto a la ley es clásica la división de la costumbre en tres categorías:

Costumbre según la ley: Cuando se acomoda a las prescripciones legales y de ordinario las adecua a las nuevas exigencias sociales.
Costumbre fuera de la ley: Cuando regula relaciones no previstas por la ley escrita.

Costumbre contra la ley: Cuando es contraria a la norma legal.

Es evidente que dentro de nuestro ordenamiento solo tiene relevancia la costumbre fuera de la ley, ya que la costumbre según la ley sólo coadyuva a su mejor conocimiento e interpretación, y cuando la costumbre es contraria a la ley no tiene relevancia alguna por expresa prohibición legal

Algunos autores, en atención a su origen, la dividen en costumbre de procedencia popular y costumbre de estirpe científica o erudita.

Validez en el ordenamiento jurídico. Para que la costumbre pueda operar como fuente se deben reunir los siguientes requisitos: 1) Que no exista norma aplicable al caso controvertido, ni directa ni indirectamente; 2) Que sea general, esto es, que sea conocida y practicada por el mayor número posible de personas, razón por la cual los hechos que la constituyen deben ser uniformes, públicos y

reiterados; 3) Que dicha costumbre sea conforme con el mínimo ético de convivencia; y 4) Que esté debidamente probada.

A pesar de que la costumbre es derecho, el cual no debe ser probado como regla general, nuestro ordenamiento positivo ha impuesto que la costumbre, para que tenga eficacia dentro de un caso determinado debe ser aprobada por la razón de basarse en hechos.

11.4. EL NEGOCIO JURIDICO COMO FUENTE

Con la expresión "negocio jurídico" se significa el medio o instrumento social y legalmente admitido para que los particulares satisfagan, dentro de los límites de orden público y de las buenas costumbres, los intereses que están dentro de la órbita de la autonomía privada. Incluye, por tanto, los conceptos tradicionales de convención y de acto unilateral tanto entre vivos como por causa de muerte. El contrato, la gestión de negocios ajenos y el testamento, son, por consiguiente, ejemplos de negocios jurídicos.

Todo negocio jurídico está constituido por tres clases de elementos: de la esencia, de la naturaleza y accidentales.

Son de la esencia los elementos que tienen que darse necesariamente para que exista el negocio, sin los cuales "o no produce efecto alguno, o degenera en otro", como lo dice el art. 1501 del C. C., refiriéndose solamente al contrato, criterio que consideramos válido para el negocio en general. Estos elementos

de la esencia son el aporte mínimo que los particulares deben hacer a la situación jurídica. Así, por ejemplo, es indispensable para la existencia de la compraventa que "una de las partes se obligue a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero"

A cada una de las posibles formas de situaciones jurídicas en que las personas pueden vincularse, la ley, o el uso social, adscriben ciertos efectos que emanan de la esencia misma de la situación. Son los llamados elementos naturales. Estos están, pues, ínsitos en la reglamentación dada por el ordenamiento o por el uso para cada negocio jurídico. Tienen ellos, sin embargo, la posibilidad de ser suprimidos por las partes si el ordenamiento jurídico no se opone a ello. Por eso, aunque es de la naturaleza de la compraventa la obligación para el vendedor de responder por los vicios ocultos de la cosa vendida, bien puede el comprador exonerar de esta obligación a aquél.

Los elementos accidentales son el conjunto de agregados lícitos que los particulares intervinientes en un negocio jurídico le introducen, sin contrariar su naturaleza o su esencia. Las partes pueden, por ejemplo, agregar a la compraventa pactos como el de reserva de dominio o de retroventa, o términos y condiciones especiales para ejecución.

De lo anterior se deduce que en el negocio jurídico los particulares se obligan no sólo en lo que a través de él manifiesten, sino también a todo lo que corresponde a la naturaleza de la específica situación

jurídica que establecen, a menos que expresamente hayan suprimido tales efectos, estando facultado para ello por la ley .

El negocio jurídico es, pues, una fuente mixta, en cuanto su contenido incluye no sólo la manifestación de las partes, sino también de las normas legales y consuetudinarias que correspondan a su naturaleza.

Presupuestos de validez. Se llaman presupuestos de validez del negocio jurídico los requisitos externos y anteriores al acto de disposición, exigidos por la ley para que pueda producir efectos jurídicos.

Tales requisitos hacen relación:

- A la capacidad de las partes que intervienen en él;
- A la idoneidad de su objeto;
- A la legitimación para celebrar el negocio.

a) La capacidad es la aptitud natural de las personas, reconocida jurídicamente para ser titulares de derecho (capacidad de goce), o para ser uso de ellos (capacidad de ejercicio). Al tenor del Código Civil, toda persona se presume capaz, y se deberá demostrar la existencia de alguna causal legal de incapacidad, tal como la minoría de edad, la enajenación mental, etc.,

b) El objeto del negocio debe corresponder a un interés posible e idóneo legal y moralmente, de las partes involucradas a él. No es válido, por ejemplo, un negocio que tuviese como objeto un bien común como el aire, o que recayese sobre un bien embargado, o sobre una actividad ilícita, como lo sería la comisión de un delito.

c) La legitimación es según Betti, "la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, lo cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se tratan de regular". En otras palabras, es la facultad para actuar en relación con el objeto materia del negocio. No puede, por ejemplo, tramitar el dominio de un bien sino su propio dueño.

Realizando un negocio que pretermita uno de los tres requisitos antes mencionados, quedará viciado de nulidad, es decir, estará privado de toda validez vinculante o compromisoria, no pudiendo, por tanto, producir los efectos que se propusieron las partes. Lo mismo ocurrirá si el negocio contraviene el orden público o las buenas costumbres, pues estos son presupuestos de su existencia.

11.5. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Se establece como última fuente los principios generales del Derecho y es necesario concretar su precisión terminológica. Los tratadistas dicen que son de naturaleza especial pues son "Verdades o criterios fundamentales", "principios de justicia",

"verdades ecuménicas", "postulados jurídicos de carácter general", que no están estereotipadas en normas escritas, sino que aparecen condensados en reglas o aforismos transmitidos tradicionalmente, lo cual a la fecha es ya raro ,pues la mayoría de ellos constan como principios o garantías fundamentales en las diferentes Constituciones de cada país o en los diferentes Convenios o Tratados Internacionales; y, deben ser considerados sólo en forma secundaria, esto es cuando hay falta de norma jurídica aplicable al caso, por lo que es un problema de aplicación del Derecho, como lo veremos en su oportunidad.

11.6. DETERMINACION Y CRÍTICA DE LA FUENTE

Dentro del estudio teórico del derecho, las discrepancias entre varias tesis formuladas en relación con un mismo problema se basan en el uso de fuentes formales distintas, en la interpretación diferente de una misma fuente, por utilización de métodos diversos, en la aplicación de técnicas interpretativas distintas cuando se parte de una misma fuente y un mismo método, o en una conjugación de varios de estos factores.

El procedimiento práctico que debe seguirse para determinar el punto o los puntos de discrepancia y tomar una postura crítica con respecto a ellos, incluye dos aspectos distintos, que son: 1) El análisis estructural; y, 2). La crítica jurídica.

El análisis estructural. El análisis estructural de una providencia se encamina a establecer la estructura lógica de la misma, la cual esta

conformada por cada uno de los problemas que en ella se plantean, las tesis sustentadas con relación a éstos, las fuentes formales en que se fundan las tesis y la enunciación del método y la técnica aplicados a la interpretación de las fuentes. Esquemáticamente la estructura se enunciaría así:

Problema: Se enuncia éste en forma interrogativa.

Tesis: Se transcriben dos tesis opuestas sobre el problema planteado, cuando las haya.

Fuente: Se enuncia la fuente formal de derecho en que se funde la solución de cada una de las tesis.

Método: Se enuncia el método utilizado para interpretar la fuente en cada una de las tesis.

Técnica: Se enuncia la técnica utilizada por las partes para interpretar la respectiva fuente.

El análisis formalmente aparecerá en un cuadro, así:

Primer problema:

Tesis A:	Tesis B:
Fuente:	Fuente:
Método:	Método:
Técnica:	Técnica:

Cuando en un mismo texto o en una misma providencia se plantean varios problemas, se debe hacer el análisis estructural de cada uno de ellos, en forma separada, empezando por aquellos cuya solución sea base para el planteamiento de los siguientes. Si se discute, por ejemplo, cuál es el tipo de delito cometido por una persona y qué pena le corresponde pagar, primero se debe resolver lo referente al tipo delictivo, pues de la naturaleza de éste depende en gran medida la pena que se debe aplicar.

La forma más simple para determinar los problemas es la de detectar los puntos sobre los cuales un doctrinante plantea un interrogante, o en donde discrepan dos partes en una providencia. Localizado este punto de controversia, se buscan las tesis sustentadas con relación a él, y a partir de ellas se formula el problema, de tal manera que éste está constituido por la pregunta a la cual responden a cabalidad las correspondientes tesis.

Es necesario tener mucho cuidado con los problemas complejos que formalmente aparecen como uno solo, los cuales hay que dividir en los problemas que los integran, para resolverlos por separado.

La crítica jurídica. La crítica es la postura personal que se asume frente a las tesis analizadas. Incluye los siguientes elementos:

La ubicación conceptual: Es decir, el marco teórico general dentro del cual el problema se plantea, y la especificación se éste. Cuando se trate de una providencia la ubicación puede consistir en un

pequeño resumen de los hechos de los cuales emerge el problema (o problemas) que se pretende plantear.

La presentación de las distintas tesis con sus fundamentos: El fundamento de cada tesis debe ser un resumen muy sucinto que permita establecer cuáles son la fuente, el método y la técnica utilizada por quien la defiende, y las razones dadas por él para utilizarlos.

El análisis crítico de los fundamentos de las distintas tesis: Diciendo cuáles se aceptan y cuáles se rechazan, y las razones jurídicas para ello.

La tesis personal, con su fundamento: Esta tesis puede ir antes de la crítica de que se habla en el numeral anterior, o al final de aquélla, a manera de conclusión.

Fuente aplicable a la solución del problema. En relación con el análisis estructural y la crítica jurídica de la fuente, es conveniente precisar que para determinar la fuente aplicable a la solución del problema se pueden hacer dos clases de juicios, según cada caso en particular: los de pertinencia, y los de vigencia.

a) Juicios de pertinencia. Son aquellos que se encaminan a establecer cuál, de entre varías fuentes vigentes, es la aplicable para la solución del problema. Tales son, por ejemplo, el juicio que diga que una norma legal no puede aplicarse por ser contraria a la Constitución, o que las normas especiales priman sobre las generales. Obsérvese que las normas en que se fundan estos juicios

no son fuente para la solución del problema, sino fundamentos jurídicos de tales juicios.

El juicio de pertinencia se halla ejemplificado más adelante en el ejercicio número 1 de los ejercicios de aplicación de "análisis estructural" y "crítica jurídica" específicamente en el aparte correspondiente a la primera tesis del doctor Gacharná, en donde dice: "Principio bien conocido de hermenéutica es el que siempre que se encuentre incongruencia o contradicción entre dos textos legales, la disposición anterior pero especial, prevalece sobre la posterior general".
Juicios de vigencia. Son los que se encaminan a establecer si una determinada fuente está o no derogada. Igualmente, como en los juicios de pertinencia, las normas en que se funden estos juicios no se deben confundir con las fuentes normativas en que se basa la solución del problema.

Un ejemplo de juicio de vigencia se puede apreciar también en el ejercicio número 1 citado anteriormente, en el aparte c) denominado "análisis crítico y tesis personal" del punto número 2, titulado "crítica jurídica" en donde dice: "No siendo contrarias las normas, mal puede aplicarse la regla de la derogatoria tácita. Como puede observarse, la fuente formal en que se funda la solución del problema es la disposición del C. C., y el fundamento normativo del juicio de vigencia de la fuente es del articulado del mismo estatuto.

CUARTA UNIDAD: APLICACIÓN, INTERPRETACIÓN E INTEGRACION DEL DERECHO

CAPÍTULO 12: JUSTICIA Y JUECES

12.1. La Función Jurisdiccional y la Función del Juez,
12.2. El buen juez de primera instancia,
12.3. El Juez distante,
12.4. ¿Cómo piensan los jueces que piensan?.
12.5. Los aplicadores de normas.

12.1. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA FUNCIÓN DEL JUEZ

Desde la época de Montesquieu se divide a los poderes o funciones del Estado en tres: Ejecutivo, Legislativo y Judicial. El Ex Decano de Ciencias Jurídicas de Chile, Dr. Máximo Pacheco G., en la obra que citamos dice que no son poderes sino funciones. La función Legislativa es la encargada de producir las normas jurídicas, la Función Judicial de aplicarlas a los diferentes casos o problemas de la vida diaria; y, la Función Ejecutiva es la encargada de hacer cumplir las resoluciones de la Función Judicial. La Función Judicial o también denominada con mayor propiedad Función Jurisdiccional es una de las funciones esenciales del Estado, es la encargada "de hace r justicia". El Estado administra la justicia a través de la Función Jurisdiccional.

La Función Jurisdiccional está compuesta por una serie de órganos y autoridades que jerárquicamente se encargan de "administrar justicia. En el caso del Ecuador se denomina Función Judicial y está compuesta por: Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional, Cortes Superiores, hoy Corte Provincial, Tribunal de los Contencioso-Administrativo, Tribunal Fiscal, Tribunales Penales; Jueces de la Niñez y la Familia, Jueces de lo Civil, Jueces de lo Penal, Jueces del Trabajo, Jueces de Inquilinato, Jueces de Tránsito; y, Comisarios y Tenientes Políticos hoy tenemos además el Consejo Nacional de la Judicatura.

La Constitución de cada Estado establece la forma como se organiza la Función Judicial; y, en el caso de la Constitución del Ecuador reconoce su independencia de las otras funciones del Estado y está representada por la Corte Nacional de Justicia que hoy se organiza por salas especializadas en las diferentes materias: Civil, Penal, delo contencioso- administrativo, etc. En cada Provincia existen Cortes Provinciales integradas también con salas especializadas.

Los jueces, en el Ecuador, ejercen su facultad legal con la siguiente formula. "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", pero ya dijimos que aplican la ley. Ese es el papel del juez: conocer, instruir, tramitar, juzgar, sentenciar y ejecutar las resoluciones ejecutoriadas. El juez es el funcionario público con competencia y capacidad para administrar justicia en base a la verdad procesal, esto es la que consta de autos. Ya sabemos que lo legal no siempre es lo justo.

El juez en su actuación debe observar los siguientes principios inherentes a su magistratura o investidura:

- ✓ Independencia: Nada más indigno y oprobioso para un juez que obedecer a intereses políticos, particulares o influencias de cualquier índice (hoy se habla mucho de despolitizar la justicia).

- ✓ Imparcialidad: Los jueces no pueden resolver los procesos ni por simpatía o antipatía, por amistad o tener y peor por dadivas o favores.

- ✓ Especialización: El juez debe especializarse en la rama del derecho que administra.

La función del juez ya sea de jurisdicción ordinaria o especial, singular o colegiada, según la materia o el número respectivamente o de instancia, es aplicar la ley al caso particular, interpretar el contenido de la Ley y si no se existe norma basarse en la costumbre, la jurisprudencia o la doctrina, pero no puede haber denegación de justicia.

El juez es el sujeto principal de la relación jurídica-procesal y del proceso y por lo mismo su papel es dirigir el proceso desde el inicio hasta la sentencia y su ejecución cuenta para ello con el personal necesario: Secretario, Oficial Mayor, Auxiliar, Liquidador, Alguacil, Síndico, Depositario, Citador, etc.

Las funciones del Juez son de gran importancia y significación y para ello deben estar revestidos de: serenidad, conocimiento, imparcialidad, prudencia, etc. Que les permita "hacer justicia" que es lo que esperan los litigantes o las partes procesales. Para el cumplimiento optimo de su función, los jueces tienen los siguientes poderes o facultades:

- ✓ Poder de decisión: El juez ejerce potestad jurisdiccional con calidad de cosa juzgada dejando a salvo los recursos existentes.
- ✓ Poder de coerción: El juez puede hacerse respetar y que se cumpla su fallo aún con auxilio de la fuerza pública.
- ✓ Poder de documentación: El juez tiene el poder, la facultad y la obligación de allegar documentos y pruebas a fin de establecer la verdad y de investigar la verdad material.
- ✓ Poder de ejecución: El juez puede hacerse cumplir las sentencias, coercitivamente, si es necesario.

Los deberes inherentes a los jueces son:

- ✓ Administrar justicia: No puede alegar falta u oscuridad la norma jurídica
- ✓ Fundamentación: Los jueces deben motivar (fundamentar) sus autos y sentencias. Las sentencias deben tener una parte expositiva del caso, una considerativa y una resolutiva.

- ✓ Otorgar los recursos: El juez tiene la obligación de aceptar los recursos que prevé la Ley en cada caso, a fin de que el Superior pueda revisar los fallos.

- ✓ Excusarse: El juez debe excusarse, esto es declararse impedido por causales de incompatibilidad, excusa o recusación.

- ✓ Respetar procedimientos: Cada proceso tiene un procedimiento establecido y debe seguirse el principio de la preclusión.

- ✓ Reserva: El juez debe guardar reserva de los asuntos sometidos a su resolución.

Los jueces actúan en el proceso de dos maneras: a) en el trámite con actos procesales que se denominan providencias y en algunos casos autos; y, b) con decisiones que puedan ser autos o sentencias. Tienen calidad de resolución los actos interlocutorios.

Las sentencias pueden ser, según los procesos: declarativas o dispositivas, represivas o presuntivas, singulares o colectivas contenciosas o de jurisdicción voluntaria, de conocimiento o ejecutivas.

Las providencias pueden ser aclaradas, ampliadas o revocadas por el mismo juez. Las sentencias y los autos solo pueden ser aclarados o ampliados y el Superior puede, por efecto de un recurso legalmente interpuesto, revocar la sentencia en todo o en parte y modificarla.

12.2. EL BUEN JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA

Hemos dicho que corresponde al Juez la aplicación del Derecho, esto es de las normas jurídicas vigentes, en los diferentes casos particulares o problemas concretos que le han sido sometidos a su consideración. Si existe un litigio es porque existen tesis contradictorias, esto es que los litigantes tienen derechos que invocan cada uno de ellos, de acuerdo con sus puntos de vista e intereses. Los Jueces en sus resoluciones tienen que observar la jerarquía de las normas jurídicas a las que hicimos referencia en unidades anteriores.

En su labor el Juez, para poder cumplir con su función, debe realizar en la forma más consciente posible las siguientes fases para la correcta aplicación del Derecho: examen minucioso de los hechos, consideración de los puntos controvertidos sobre los que se trabó la litis, análisis y valoración de las pruebas de cargo y de descargo, construcción mental de los hechos -teoría del caso.-, análisis de las normas jurídicas aplicables, determinación del efecto jurídico y resolución o sentencia.

En este acápite pretendemos señalar algunas de las más importantes cualidades propias de un buen juez, especialmente de los llamados a resolver conflictos en primera instancia mediante la aplicación del Derecho vigente. Se ha tenido presente la enorme riqueza de los inevitables trazos y modalidades subjetivas de los jueces. Ellas reflejan sus historias biográficas, singulares e irrepetibles. Estilos del razonamiento, tradiciones, ideas y creencias,

hábitos personales, dejan su marca en el tratamiento y la decisión de un caso. Sin embargo, esas inevitables notas subjetivas son neutralizadas por la formación profesional de los jueces, sus conocimientos de jerarquía científica, su capacidad perceptiva, sus instituciones del entendimiento colectivo, su integración funcional en el sistema judicial, su conciencia de las obligaciones inherentes al cargo y de las expectativas sociales en torno a su desempeño.

La tarea judicial demanda objetividad, desprendimiento, capacidad analítica, espíritu comprensivo, fortaleza mental. El juez vive solitario la tensión de intereses contrapuestos, padece las presiones de las expectativas comunitarias, articuladas o amorfas, organizadas o anárquicas, y siente los condicionamientos creados por la operación de una organización vertical. El ejercicio de sus funciones le demanda una esforzada dedicación individual y un exquisito sentido de la responsabilidad personal. Comprende el significado de su tarea como operador de un sistema de control social, sujeto a evaluación.

Un buen juez requiere tener:

a) CONOCIMIENTO DEL DERECHO VIGENTE

El juez debe tener un sólido conocimiento del derecho vigente. Conocer el derecho vigente significa, ante todo, estar al tanto de los sentidos que los órganos de la comunidad atribuyen a los comportamientos de los integrantes del grupo social, las creencias dominantes, los hábitos y las prácticas, las ideas y los conceptos

elaborados y desarrollados por los juristas, las normaciones legislativas y reglamentarias provenientes de las autoridades públicas, la organización y el funcionamiento del Estado, las valoraciones jurídicas experimentadas por los diversos sectores sociales y por quienes los representan y dirigen. Es errónea la noción de que el conocimiento sistemático de las proposiciones normativas generales es suficiente para el desempeño apropiado de la función judicial. Un juez que sólo conociera bien las proposiciones normativas generales y las teorías abstractas elaboradas a su respecto, no habría ganado suficiente conocimiento del Derecho tal como se lo vive y se lo experimenta en la vida cotidiana de la Nación, y, en particular, de sus tribunales.

El juez dirime conflictos humanos acaecidos en cierto sitio, en cierta época, en cierto ámbito social, en cuyo seno surgen pretensiones contrapuestas, cada uno de los partícipes del conflicto invoca en su favor, hechos, normas, valores, prácticas consuetudinarias, precedentes jurisprudenciales, datos históricos, ideales sociales e intereses. El juez, debe decidir. Ello significa preferir, no según sus preferencias subjetivas sino conforme a derecho.

El Estado ha atribuido al juez la potestad de dirimir conflictos surgidos en el seno de la comunidad. Para cumplir esa función de una manera adecuada debe procurar el mayor conocimiento posible de las circunstancias relevantes del caso sometido a su decisión. Conocer comportamientos significa comprenderlos, captar el sentido que exhiben cuando se los examina desde el punto de vista jurídico. Los sentidos de los comportamientos que

interesan a los jueces no son los experimentados en su intimidad por cada una de las partes litigantes, sino el sentido que la comunidad atribuye a esa clase de comportamientos cuando se los examina desde el punto de vista de la interferencia intersubjetiva de las conductas (relación de la acción de un sujeto con el impedimento por ella determinado en el comportamiento de otro sujeto).

Los sentidos objetivos del comportamiento de los integrantes de una comunidad se manifiestan de variadas maneras. En los Estados centralizados modernos, el procedimiento más simple y difundido es el de la legislación. Los legisladores han sido dotados de la facultad de enunciar genéricamente el sentido de los comportamientos humanos aludidos por las normas legislativas. El legislador es una suerte de órgano de la comunidad habilitado para notificar a quienes la integran el sentido que recibirán sus actos y omisiones. Los jueces son también dadores de sentidos objetivos, pues de sus sentencias se pueden extraer proposiciones normativas genéricas (la llamada jurisprudencia en el derecho civil de origen romanista; y el precedente, en el common law). También suministran sentidos objetivos de conducta, los doctrinarios cuando sus tratados, sus ensayos, sus estudios monográficos, son aceptados seguidos y reconocidos en el seno del grupo social. Por último, la propia comunidad suministra sentidos objetivos del comportamiento mediante sus costumbres. La costumbre, como práctica generalizada y repetida de comportamientos en determinadas circunstancias, permite comprender objetivamente el sentido del comportamiento acostumbrado y el de quien lo omite.

Conocer el Derecho significa para un juez, por lo tanto, conocer la significación objetiva de los comportamientos intersubjetivos de los miembros de la comunidad. El eje central de la preocupación judicial no son las proposiciones abstractas de las normas generales ni los enunciados doctrinarios de similar generalidad, sino los hechos concretos ejecutados por los integrantes de la comunidad en el curso de su existencia. Los jueces son conocedores de actos humanos, como lo son los sociólogos, con esta diferencia: los sociólogos se preguntan por la causa de esos comportamientos, en tanto los jueces se preguntan si esos comportamientos han sido lo que debían ser.

El juez, en razón de su conocimiento del Derecho, se encuentra en condiciones de formular un juicio normativo respecto de los actos humanos traídos a su conocimiento, y calificarlos ya como el ejercicio de un derecho, o como el cumplimiento de una obligación, o como la violación de un deber, o como el padecimiento de una sanción. Estos sentidos los extrae el juez de las grandes fuentes, dadoras de sentido jurídico en el mundo moderno: la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y las costumbres. Conocer el Derecho, significa, por lo tanto, conocer sus fuentes y dominar el proceso de individualización de las proposiciones normativas genéricas.

El interés cognoscitivo del juez se concentra en el proceso de individualización. Su tarea principal consiste en formular un juicio normativo individual sobre los concretos comportamientos humanos constitutivos del litigio traído a su conocimiento para su resolución. Poco ayuda al juez el permanecer en la abstracción de

la doctrina general. Su tarea no es la de formular juicios teóricos abstractos, sino la de pronunciarse sobre casos individuales de comportamiento humano. Ello requiere la aprehensión intelectual de las fuentes y la comprensión del sentido de los actos relevantes del conflicto traído a su conocimiento. El juez debe tener presente la jerarquización de las normas jurídicas y de las fuentes. La comprensión valorativa del comportamiento le permite al juez elegir aquellas normas jurídicas que expresan conceptualmente dicho sentido.

b) CONOCIMIENTO DE LA REALIDAD SOCIAL:

El conocimiento normativo concreto de los comportamientos humanos para identificar su sentido y hacer posible la búsqueda y la aplicación de la norma jurídica que mejor exprese ese sentido, requiere como condición necesaria un satisfactorio conocimiento de la realidad social. La comprensión del significado de un acto humano se encuentra ligada al conocimiento de la realidad social circundante. Desde el punto de vista jurídico, ningún acto humano es comprensible si se lo considera aislado de la realidad social en que se encuentra inmerso. El juez conoce un acto humano vinculado a otro acto humano. La perspectiva del juez es intersubjetiva y social. Intersubjetiva, porque el juez examina el comportamiento de dos o más personas: un sujeto actuante y un sujeto impedido. Social, porque el Derecho es un fenómeno de la realidad social, traduce valores sociales (v. gr. la cooperación, la solidaridad, la justicia), y se expresa mediante instrumentos de comunicación de carácter social.

El ordenamiento jurídico incluye procedimientos destinados a facilitar el ajuste de las normas a las cambiantes realidades sociales. Se basan en enunciados normativos vagos que abren un amplio campo de indefinición aprovechable por el juez para individualizar la norma general adecuándola a las características peculiares del caso concreto. Instituciones tales como el interés general, el orden público, las buenas costumbres, la culpa, la negligencia, el buen padre de familia, el estado de necesidad, el error, el fraude, la buena fe, desafían las definiciones precisas. Se las comprende a la luz de las prácticas sociales, los hábitos, las costumbres y las valoraciones colectivas.

Un juez dotado de pobres conocimientos de su propia realidad social enfrentará serias dificultades en la tarea de calificar un determinado comportamiento para decidir si resulta o no contrario al orden público o a las buenas costumbres, a la buena fe, o si se trata de un acto culposo o doloso, o contrario a la prudencia exigida por las circunstancias. Estas instituciones difusas y elásticas juegan una función de importancia en la experiencia jurídica. Suministran un telón de fondo sobre el que se proyectan las relaciones jurídicas. Condicionan la validez de los acuerdos contractuales.

El juez cuenta con diversos medios de ganar un conocimiento adecuado de la realidad social. Por lo pronto, la intensidad de su propia vida individual. Una persona activa, integrada en los organismos intermedios de la sociedad, bien informada sobre los acontecimientos en marcha tanto en el país como en el extranjero, dotado de fuentes informativas veraces está en condiciones de

comprender los acontecimientos y de identificar y valorar los procesos en marcha. Ese conocimiento se enriquecerá y se hará sistemático si el juez busca información estudiando sociología, ensayos interpretativos de la realidad, y estudios especializados. La lectura de las contribuciones literarias de los grandes novelistas, le ayuda a ver la realidad desde otras perspectivas.

El juez es un órgano de la comunidad. Se le ha confiado la interpretación y la aplicación del derecho vigente. Él es responsable de suministrar criterios objetivos de interpretación dejando de lado preocupaciones individuales subjetivas. No ha sido designado para dar satisfacciones a sus intereses particulares, a sus fobias o preferencias. Es responsable de facilitar el entendimiento colectivo. Sólo lo logra cuando se atiene a los datos vigentes en el seno de la comunidad, y a la significación objetiva que ellos presentan. Si las valoraciones vigentes en el seno de la comunidad no están a la altura de sus propias valoraciones, el juez siempre tiene a mano el remedio de su renuncia a la función judicial y la alternativa del camino político para modificar esa realidad.

c) AUTOCONCIENCIA DE LA FUNCIÓN CREADORA DEL JUEZ:

El juez crea Derecho en el ejercicio de su función judicial. Lo crea, en primer término, porque el crea la sentencia mediante la cual pone fin al litigio traído a su conocimiento. Antes de la sentencia, las partes y sus abogados, y la comunidad en su conjunto, sólo cuentan con la posibilidad lógica de la aplicación de variadas

normas del ordenamiento jurídico. El juez debe elegir algunas de esas normas para la resolución del caso. Tiene a su disposición diversos núcleos normativos, cuya aplicabilidad se encuentra condicionada por la formación que el juez "construye" el caso mediante la selección de los hechos del caso que considera relevantes. La elección de un núcleo normativo, a diferencia de otro le llevará a una determinada sentencia. De esta manera, así como el juez selecciona hechos, también selecciona normas para su aplicación al caso. El juez puede encontrar proposiciones normativas ambiguas y vagas, dotadas de varias significaciones posibles. Al dictar su sentencia, el juez despeja las incógnitas suscitadas por las variadas significaciones normativas. Transforma lo lógicamente posible en realidad individual y concreta. Después de la sentencia, cuando ésta ha ganado el carácter de final y definitiva, los derechos y las obligaciones de las partes quedan fijados de una manera cierta e indubitable. El paso de la posibilidad a la realidad, insito en toda sentencia con cualidad de cosa juzgada, acredita la función creadora del juez. Antes de la sentencia final estaba abierta la posibilidad de la selección fáctica y normativa. Con la sentencia final y definitiva, la posibilidad ha desaparecido. Una nueva situación jurídica ha sido creada por el juez.

Además, el juez crea Derecho al sentar precedentes con sus fallos. Los precedentes son sentencias, es decir, normas individuales. Ellas establecen una relación imputativa entre datos empíricos concretos e individuales (los antecedentes relevantes del caso) y ciertos actos u omisiones a ejecutar por ciertas personas en cierto lugar y tiempo igualmente determinados. Esta sentencia individual puede

transformarse en precedente en la medida en que futuros jueces extraigan de ella proposiciones normativas genéricas. Ese proceso de generalización tiene lugar mediante la ejecución de dos pasos lógicos; el primero consiste en eliminar de los datos antecedentes del caso precedente, todos aquellos carentes de relevancia a los fines de la resolución de la disputa. El segundo, consiste en generalizar los hechos considerados relevantes. En el caso del derecho civil de origen romanista, este proceso de supresión de datos relevantes opera en el contexto lógico-normativo suministrado a priori por el legislador. De esta manera, un precedente jurisprudencial en el derecho civil romanista constituye una instancia de especificación e individualización de la norma jurídica general. La función creadora del juez se hace más perceptible aún, cuando el juez debe resolver un conflicto planteado por hechos carentes de precedentes, inesperados, fuera de lo común, extraordinarios, sobre los cuales nada dicen las normas jurídicas vigentes. Suele hablarse en estos casos de "lagunas del Derecho". En realidad, "laguna" no existe porque el ordenamiento jurídico siempre permite resolver cualquier controversia. Opera aquí el principio ontológico enunciado por Carlos Cossio: todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido[150].

[150] COSSIO, Carlos. La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, págs. 263, 265, 336, 403 y sigs.

Cuando se habla de "laguna del Derecho" se está hablando, en realidad, de inexistencia de una solución justa para un tipo inesperado o extraordinario de conflicto[151]. Si el juez no encuentra referencia normativa alguna que le permita resolver con justicia el caso inesperado o extraordinario, no puede rechazar la demanda señalando que el actor carece de normas vigentes que sustenten su pretensión.

El juez debe tener conciencia esclarecida de la índole creadora de su actividad. Debe comprender que él, con su sentencia, no se ha limitado a resolver un conflicto particular. Si entre Pedro, el locador, y Juan, el locatario, ha surgido una disputa, el juez al dictar su sentencia no sólo ha puesto fin al conflicto surgido entre Pedro locador y Juan locatario. Además ha resulto un caso que puede ser interpretado como ejemplo de una clase de conflictos entre locadores y locatarios. Futuros jueces podrán seguir dicho precedente jurisprudencial señalando la similitud existente entre el caso pendiente de resolución y dicho precedente.

La autoconciencia esclarecida del juez sobre la índole de su propia función le lleva a la selección cuidadosa de los términos de su sentencia. Evitará expresiones de excesiva generalidad, perfilará con la mayor claridad posible los hechos relevantes del caso, destacará las circunstancias que lo individualizan, mencionará sus aspectos peculiares, y explicitará los datos relevantes de la disputa.

[151] Idem, págs. 544-545

De esta manera, el juez habrá sentado un precedente respecto de un punto definido y ceñido de la realidad social. El análisis cuidadoso de la posición de las partes en el litigio y de los intereses generales comprometidos coloca al juez en una actitud prudente y mesurada. Cuanto más específicos y concretos son los términos utilizados para decidir el litigio, cuanto mayor es el número de los hechos relevantes del caso, menor será la extensión lógica del enunciado normativo susceptible de extraerse del precedente. Menor será también el peligro de generalizaciones capaces de perturbar el tratamiento judicial de futuros conflictos. Con el correr del tiempo, situaciones inesperadas o conflictos extraordinarios pueden ganar habitualidad y previsibilidad. El sentido de esos eventos puede cambiar y llevar a nuevas valoraciones colectivas o a la emergencia de una realidad social diferenciada de la anterior. Los ajustes normativos que estas modificaciones puedan hacer necesarios se verán afectados si los precedentes jurisprudenciales han quedado expresados con términos de excesiva generalidad.

d) OBJETIVIDAD Y REALISMO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

Las partes involucradas en un litigio cuyas normas relevantes han sido controvertidos, deben producir su prueba ante el juez de primera instancia. Al margen de la coincidencia o de la divergencia que las partes puedan mantener acerca del derecho aplicable al caso, las diferencias en torno a los hechos del caso son, habitualmente, de importante incidencia sobre el desenlace del conflicto. Si la norma invocada por el actor enuncia como debida la

prestación por el demandado si se dan los hechos A, B y C, de poco le servirá dicha norma al actor si no prueba ante el juez el efectivo acaecimiento de A, B y C, tal como lo alegó en la demanda. Como lo sabe cualquier abogado un juicio puede perderse o ganarse en la etapa de la producción de la prueba. La mayoría de los casos contenciosos en trámite ante los tribunales son juicios donde la cuestión no gira tanto alrededor de la norma jurídica aplicable al caso, cuanto de la existencia o inexistencia de los hechos relevantes en que se funda la demanda.

La importancia capital de la prueba en los juicios controvertidos requiere un cuidadoso control judicial de su producción. Sin embargo, es un dato bien conocido de la realidad de experiencia que en muchos casos el juez no interviene directamente en ese período del proceso. Es un testigo distante salvo muy contadas excepciones de cuanto acaece en las diligencias de recepción de la prueba. No escucha a los testigos, ni a los peritos; no efectúa inspecciones oculares; no asiste a las absoluciones de posiciones de las partes litigantes. Es cierto que la organización de nuestros tribunales dificulta seriamente la recepción de la prueba por el mismo juez. Los juzgados se encuentran sobrecargados de trabajo, la tramitación escrita del proceso lo atrasa y lo prolonga; los incidentes procesales quitan energías dignas de mejor destino; la escasa colaboración recíproca de las partes y sus abogados multiplica las actuaciones escritas; la escasez de facilidades materiales (sillas, escritorios, máquinas de escribir, copiadoras, procesadoras de palabras, salas de audiencia) impide organizar con mayor racionalidad y economía los esfuerzos de los jueces, los

secretarios y los empleados. En este contexto negativo de ritualismo escrito y carencias materiales, las posibilidades correctivas del juez son menores o ineficaces. La inercia, el formulismo, y la resistencia al cambio que se perciben en el foro tienden a la perpetración de un cuadro lamentable. Con todo, el juez dispone de algunos recursos que permitirían intentar un cambio progresivo, para introducir eficacia en el proceso. Una actitud activa y emprendedora por parte de los jueces de primera instancia permitiría:

1) Individualizar los hechos relevantes a probar por las partes litigantes;
2) Eliminar medidas de prueba redundantes o innecesarias;
3) Perfilar los términos del litigio y de las pretensiones de las partes;
4) Estimular la cooperación de las partes litigantes;
5) Crear condiciones propicias para la búsqueda de soluciones transaccionales;
6) Disminuir el número de las peticiones escritas y sus secuelas (traslados, notificaciones y resoluciones);
7) Reducir la materia litigiosa y la materia apelable.

Para lograr estos objetivos se requiere una actitud dinámica por parte del juez, la colaboración activa del personal del juzgado, y la cooperación de los letrados de las partes.

El cambio es posible. Los jueces cuentan con recursos normativos idóneos para acelerar la transitación de los juicios y disminuir la sobrecarga de tarea del juzgado y de los abogados litigantes

provocada por tramitaciones anacrónicas, actitudes reaccionarias y formulismos vacíos.

La participación activa y directa del juez en la recepción de la prueba coloca en sus manos elementos informativos que le permitirán juzgar objetivamente la veracidad de los testigos, la precisión de sus recuerdos, la solvencia técnica o científica de los expertos y peritos, la visión directa de objetos y sitios relativos a la controversia. Ese mayor conocimiento, ese acercamiento del juez al trámite del juicio, esa iluminación de la disputa provocada por la intuición directa de las partes y de los trámites pone en manos del buen juez datos y antecedentes susceptibles de suministrar base empírica adecuada para la definición del litigio.

e) CAPACIDAD EXPRESIVA:

El juez, como los abogados, cuenta con la palabra, oral o escrita, como instrumento básico para el desempeño de sus funciones. Debe ser claro y preciso en sus decisiones y en la enunciación del fundamento de las mismas. La claridad en la palabra corresponde habitualmente a claridad en las ideas. Quien tiene claro en su mente el concepto o la proposición a expresar está en condiciones de manifestarse con similar claridad. Por lo contrario, quien se encuentra confundido, expresa confusión. Pero no son pocos los casos de quienes siendo claros en sus ideas, pueden enfrentar dificultades en la expresión de las mismas. Hay jueces experimentados y perspicaces, no obstante lo cual padecen problemas de comunicación, particularmente cuando ésta es escrita.

Dificultades sintácticas o limitaciones terminológicas pueden dificultar el esfuerzo del juez por dar razones convincentes de su fallo y comunicarlas con eficacia a las partes y a los tribunales superiores. El juez puede haber encontrado una justa respuesta a las pretensiones de las partes. Pero ello no basta. Debe expresarlo con vigor y agudeza para transmitir a las partes, especialmente a la perdidosa, la solidez del fundamento invocado y el valor de los elementos de prueba y de convicción utilizados.

La tarea de persuadir a los abogados no es sencilla. Ellos integran un sector altamente articulado y experimentado de la sociedad. Han sido entrenados para utilizar conceptos normativos con fuerza persuasiva. Están dotados de buena capacidad crítica y son consistentes en sus manifestaciones. Una buena justicia, requiere del juez razones fundadas de su decisión, expresadas mediante lenguaje conciso, coherente, claro y transparente. No basta hacer justicia. Hay que demostrarla.

Jueces ricos en el manejo del idioma, elegantes y convincentes en el empleo de las palabras, saben transmitir a las partes, a sus colegas, y a los integrantes de la comunidad, seriedad y la imparcialidad puesta en la decisión del conflicto sometido a su consideración. La buena presentación escrita del fallo atenúa a intensidad de la reacción negativa de la parte perdidosa y modera la expresión de las quejas de quien perdió el juicio. Sentencias judiciales bien fundadas y mejor escritas traen paz a la comunidad, pues el mensaje del juez dotado de adecuada capacidad expresiva pone de manifiesto la racionalidad de la decisión. Toda disputa entre

integrantes de un grupo social lo debilita. Buenos fallos judiciales expresados con claridad y fuerza persuasiva tranquilizan al grupo y apaciguan a los perdedores de buena fe.

f) FORTALEZA ESPIRITUAL:

Los jueces son médicos del alma. A sus despachos llegan los conflictos humanos, las diferencias que las partes no han sabido o no han podido superar. Traer un caso al tribunal implica el consumo de recursos y energías que se hubieran podido utilizar en tareas productivas de bienes para su distribución en el seno de la comunidad. Sin embargo, esos litigios tienen su razón de ser. Salvo casos excepcionales, responden a reales dificultades de entendimiento, a conflictos de intereses difíciles de transar.

Cuando dos partes se enfrentan en un litigio ante el juez, y hay razón para tal enfrentamiento el juez puede encontrarse en la delicada posición de quien comprende las buenas razones de ambas panes litigantes y el fundamento de sus respectivas pretensiones. Buenos abogados de las partes, hábiles en el manejo del idioma, agudos en la percepción de los conflictos y de sus limitaciones, al tanto de los desarrollos teóricos y jurisprudenciales, están en condiciones de formular alegaciones dotadas de un alto grado de persuasión. El juez percibe la legitimidad de los intereses pretendidos por los litigantes y los fundamentos de sus requerimientos. El actor ha tenido sus razones para demandar y el demandado para resistir la demanda. Colocado en una posición de

neutralidad e imparcialidad, el juez escucha a ambas partes y se siente convencido por ellas.

La necesidad de decidir el litigio coloca al juez en una difícil posición. Debe dictar sentencia. No puede eludir esa responsabilidad. Nadie puede compartir su soledad. El fallo será su fallo. Ese fallo dirá mucho acerca de las partes, pero mucho también dirá de quien lo dictó. En su soledad, el juez deberá pronunciarse sobre este conflicto humano cuyas razones comprende tanto como comprende las limitaciones del derecho aplicable. Sin embargo, deberá definirse y encontrar una respuesta razonable y legítima a las pretensiones de las partes litigantes. El cumplimiento de esta delicada tarea cae sobre las espaldas de un hombre o una mujer, constreñidos por sus limitaciones, sus inquietudes, sus angustias y sus carencias típicas dc todo ser humano. El juez es consciente de esas limitaciones y de la incidencia que ellas tendrán sobre las esperanzas y las aspiraciones de las partes. Sin embargo; no le está dada la posibilidad de eludir su deber. Podrá estar convencido de las buenas razones invocadas por los litigantes y comprender sus argumentaciones. Ello no obstante, deberá preferir, deberá efectuar su elección. Estas tensiones inevitables en el cumplimiento de la función de juzgar y resolver conflictos humanos conforme a derecho requiere del juez un alto grado de fortaleza espiritual. Debe aceptar como inevitable su responsabilidad por el sacrificio de determinados intereses, por la frustración de ciertas esperanzas, por la pérdida de bienes y aspiraciones. Al juez, le acosa la conciencia, de sus propias limitaciones, las limitaciones propias de la condición humana.

Percibe en la realidad dramas y tragedias irremediables. Sabe del reducido alcance de sus recursos y de la inexistencia de respuestas perfectas, capaces de satisfacer todas las pretensiones de las partes intervinientes. Y, sin embargo, no obstante sus limitaciones, y sus carencias, debe seguir adelante, debe decidir el caso a conciencia del dilema existente.

El juez debe estar preparado espiritualmente para soportar las limitaciones que impone la convivencia en sociedad y para cumplir sus funciones sabiendo que al así hacerlo frustrará esperanzas y lesionará expectativas fundadas.

g) SABIO EJERCICIO DE LA AUTORIDAD:

El juez concentra un alto grado de poder en sus manos. De él depende la suerte de quienes se encuentran sometidos al ejercicio de su jurisdicción. La estructura del Poder Judicial por un lado, y las normas jurídicas, por el otro, introducen mecanismos y procedimientos para controlar la autoridad y la discreción del juez. Lograrlo no es fácil pues la interpretación de las normas depende del juez, quien, además, cuenta con variados métodos interpretativos para definir en concreto el ejercicio de su poder. En la práctica y en razón de la naturaleza misma del proceso judicial, el juez dispone de un alto grado de poder en el cumplimiento de sus tareas. Un buen juez con malas normas jurídicas hará buen derecho, un mal juez con buenas normas; hará mal derecho:
El buen juez es prudente y medido en el ejercicio de su autoridad. Se adelanta a admitir la posibilidad de su error en la formulación de

sus juicios normativos, en la interpretación de las fuentes jurídicas, en la valoración de las conductas de las partes, en el juzgamiento de la prueba traída al juicio, en la medición de los perjuicios y en el dimensionamiento de los remedios otorgados. Aprovecha la cooperación de los abogados de las partes con el objeto de mejorar su información sobre el derecho aplicable al caso y de administrar las tramitaciones para lograr la máxima economía posible de recursos: Dirige el procedimiento cuidando de mantener su imparcialidad y de respetar las potestades y las facultades de los litigantes y sus respectivos letrados. Ejercita sus potestades disciplinarias de manera mesurada. Mantiene el orden en el tribunal y coordina sus tareas con las de otros organismos públicos intervinientes en el juicio. Evita interferencias en el cumplimiento de sus funciones y preserva su independencia de criterio.

h) REALIZACIÓN DE LA JUSTICIA:

La misión central del juez consiste en la realización de la justicia mediante la aplicación del Derecho. Ello significa, igualdad en el tratamiento de las partes y equilibrio y armonía de todos los valores. El juez es justo y realiza la justicia, si mantiene el orden en la sustanciación del caso, si suministra seguridad a las partes, si preserva su autoridad y la ejercita con prudencia y mesura; si crea un clima de entendimiento recíproco y de unidad en el esfuerzo por superar diferencias humanas; si logra la cooperación y la solidaridad de todos los interesados en el juicio todos quienes comprometen sus esfuerzos para permitir la superación del conflicto.

El juez tiene conciencia de su función en el litigio, conoce las circunstancias que lo rodean, tiene una idea definida de las opciones presentes en el caso, y de los recursos a su alcance tanto normativos como institucionales, para cumplir con justicia sus tareas de pacificación y mutuo entendimiento. Sabe que cada uno de los casos sometidos a su conocimiento y decisión, admite, lógicamente variadas soluciones, de las cuales una es la mejor. Sabe que la justicia consiste precisamente en buscar y realizar esa mejor solución. El buen juez sabe que los valores jurídicos gravitan de manera diferenciada en la vida de las instituciones jurídicas. La solidaridad da sentido al derecho de familia; el orden a la negociación de los documentos negociables; el poder, a la operación y conducción de las Fuerzas Armadas; la paz a las relaciones entre los diversos sectores de la comunidad nacional y los diversos Estados en el plano de la comunidad internacional; la cooperación, a las relaciones laborales e industriales y la seguridad a las prestaciones sociales de cobertura de riesgos. Por conocer, como conoce, la riqueza de la vida humana, la multiplicidad de sus facetas, la variedad de los intereses culturales, la plenitud de las formas de vida humana, la heterogeneidad de las vinculaciones, el juez es sutil y selectivo en la consideración de cada una de las disputas que llegan a su despacho para aguardar resolución judicial. Ir al juez -decía Aristóteles- es ir a la justicia, porque el juez ideal es algo así como justicia personificada[152]. Ir a la justicia es su

[152] ARISTOTELES, The Nicomachean Ethics. Libro V, párr. 11, nro. 77, trad. H. Rackham, Harvard University Press, Cambridge, 1975.

función pues sólo así logra el pleno entendimiento colectivo y suministra a cada ser humano la posibilidad de realizar su propio destino conforme a sus deseos.

12.3. EL JUEZ DISTANTE

Una de las limitaciones más intensas y de mayores repercusiones sobre el desarrollo judicial de un litigio se encuentra en la posición distante del juez en el proceso judicial civil. El exceso de tareas, el número de casos sometidos a su consideración, la insuficiente presentación de los casos por abogados noveles e inexperimentados, el denso volumen de las actuaciones escritas, dificultan la oportuna y temprana comprensión por el juez de los términos en que ha quedado trabada la litis y de los problemas probatorios involucrados. A esta altura del proceso, es común que el secretario y el oficial mayor del juzgado estén más informados que el juez. Esta característica de los juicios contenciosos en los grandes conglomerados urbanos se traduce en consecuencias importantes y duraderas. Habitualmente coloca en manos del secretario o del oficial mayor la redacción de los autos interlocutorios y la dirección del trámite. En los casos de incidentes procesales, el juez suele analizar las alternativas que le propone el secretario o el oficial mayor de la secretaría y señalar preferencia, pero omitiendo desarrollar en forma personal la argumentación justificatoria de ésta.

La distancia a la que la tradición, las prácticas consuetudinarias, la organización del juzgado y el número de asuntos, colocan al juez,

atenúa el vínculo que debiera existir entre los abogados de las partes como auxiliares de la justicia y el juez para facilitar la atención de los diversos problemas que va suscitando el caso. En cambio, resulta inevitable la canalización de esa vinculación hacia los secretarios y los oficiales primeros. En cierta medida, ésta es una situación insatisfactoria. El juez pierde contacto con el expediente y sus alternativas. Disminuyen así, las posibilidades de dirigir, ordenar el proceso y de ir ganando un conocimiento preciso del caso para su oportuna sentencia.

La propuesta es que el Juez esté, efectivamente, desde el comienzo mismo de los procedimientos, al tanto del juicio y de sus alternativas. Se multiplicarían las oportunidades de contacto entre el juez y los abogados de las partes en los juicios contenciosos y, luego de constituida la litis, permitiría definir el caso con precisión, identificar claramente los hechos relevantes en disputa y la índole y magnitud de las pretensiones de las partes. Este conocimiento preciso y esclarecido de los temas en disputa tiende a disminuir la materia litigiosa pendiente de sentencia y suele llevar a transacciones, como lo acredita la reiterada experiencia británica y norteamericana.

El Juez debe tener presente que se requiere de una justicia rápida y oportuna. Buena justicia, certera y fundada, es posible si se cuenta con jueces dotados de una suficiente formación jurídica básica, con inteligente dominio de la teoría general del Derecho, de la metodología de la investigación jurídica y del manejo imaginativo de las fuentes del Derecho. Mentes entrenadas en el empleo del

pensamiento normativo y enriquecidas por una generosa experiencia vital están capacitadas para atender casos de variadas características mediante la interpretación y la aplicación de normas generales suministradas a priori. El juez culto, hábil en el empleo del idioma, consistente en su pensamiento, e idóneo en el manejo de las fuentes del Derecho, está preparado para sentenciar casos de las más diferenciadas modalidades.

Existe virtual unanimidad en la identificación de la morosidad como una de las principales causas de la insatisfacción popular con la administración de la justicia. Justicia tardía no es justicia adecuada. En asuntos humanos el transcurso del tiempo no es indoloro ni neutral. El atraso, la lentitud, la prolongación de los trámites judiciales trae sus víctimas. La pasividad, la parálisis, la prórroga, tienen su precio en términos de sufrimiento humano. Ningún juez puede contemplar con tranquilidad de espíritu el cansino transcurso de los plazos y la dilación interminable de las actuaciones en los juicios contenciosos en materia civil y comercial. Ese lento discurrir de los trámites provoca desaliento, frustración, cinismo y desesperanza en el ánimo de quienes se han acercado a los tribunales con la esperanza de encontrar en ellos la solución para sus dificultades.

Mucho se ha escrito sobre las causas de la morosidad judicial. Sin embargo, el esfuerzo por eliminarla ha rendido escasos frutos hasta nuestros días. Es probable que en ello gravite la interpretación que los propios jueces hacen de sus propias prerrogativas, facultades, poderes y privilegios. Como se verá, la morosidad judicial no

depende tanto de los trámites procesales tal cual ellos se encuentran definidos en los códigos y las leyes de procedimiento, cuanto de la actitud espiritual y profesional de jueces y abogados en el cumplimiento de sus respectivas funciones.

Escaso o nulo mejoramiento en la materia se habrá de lograr mediante la modificación de las actuales normas procesales. Pese a las reformas que se han realizado en los últimos años, en el Ecuador, ha subsistido -y se ha agravado- el atraso en la sustanciación de los litigios y en la resolución de los casos. La clave del asunto se encuentra en la agilidad y responsabilidad de los jueces y de los abogados en el ejercicio de sus respectivas funciones.

En la mayoría de los casos civiles y comerciales contradictorios, el actor llega al tribunal con su demanda ante la evidencia de la infructuosidad de los otros instrumentos utilizados para la superación del conflicto: ni las gestiones directas, ni la mediación amistosa, ni las advertencias privadas han sido de utilidad. El actor ha llegado a la conclusión de que sólo le queda un remedio: solicitar la intervención de un juez competente, dotado de la autoridad y el poder requeridos para exhibir el cumplimiento de la conducta debida por el deudor, a la fuerza si fuere necesario.

El actor, habitualmente, no conoce al juez, ni ha ganado experiencia en el tratamiento judicial de sus intereses. Carece de un conocimiento adecuado del funcionamiento de los juzgados. No los ha visto en operación. Al común de la gente le cuesta la

representación mental precisa de esa persona -el juez- en cuyas manos ha colocado su suerte. Sin embargo, por razones cuya comprensión no resulta fácil espera de ese personaje singular una intervención reparadora, un acto de colaboración eficaz, en virtud del cual le será factible lograr cuanto pidió en vano a la otra parte. Confía en ese juez desconocido. Cree en él.

El juez, por su lado, en la mayoría de los casos, tampoco conoce al actor. Sólo es un nombre o apellido; o una razón social, ambos escasamente significativos. El conflicto llega a su despacho por operación mecánica de normas sobre distribución de causas.. Sabe que tras la demanda se encuentran intereses insatisfechos, expectativas frustradas, angustias y prejuicios, generosidad o sordidez. Pero poco o nada sabe de lo realmente acaecido. Ninguna idea precisa tiene de las personas de carne y hueso enfrentadas en esa lucha.

El juez, llamado por el actor a intervenir convoca, a su vez, a la otra parte. Le da la oportunidad de presentar su versión de los hechos y de hacer su reclamo. El demandado, habitualmente, tampoco conoce al juez. Suele tener una noción imprecisa de sus funciones y de sus poderes. Sabe que de ese juez, y de otros de instancias superiores, dependerá el resultado del litigio. Siente por ellos respeto y temor porque de ellos depende su suerte.

Tanto el actor como demandado concurren al tribunal en compañía de sus respectivos abogados. Éstos hablan por aquellos. Utilizan un lenguaje peculiar, expresiones cuyo significado se les escapa, un

estilo singular de razonamiento ajeno al de la vida cotidiana. Llaman al juez mediante fórmulas técnicas, a veces esotéricas. Ante el llamado, el juez se hace presente, pero las partes directamente interesadas en su actuación, no lo ven.

Los abogados programan la táctica y la estrategia a seguir. En el estudio y el cálculo de los factores intervinientes (normativos, económicos, financieros, políticos, psicológicos, sociológicos) incluyen las características burocráticas de la administración de justicia (organización del juzgado, distribución de funciones y tareas, hábitos, preferencias y rutinas). También computan la duración probable del proceso y sus diversas alternativas. El tema del tiempo juega una función significativa en el análisis del caso por los abogados. Ese tiempo se relaciona con las características particulares del comportamiento del juez. En la programación de su acción los abogados computan el tiempo del juez. Éste, por su parte, tiende a adoptar una actitud pasiva. Deja que las partes desarrollen sus respectivos planes de acción en el proceso, con sus respectivos cálculos de tiempos. Habitualmente se inclina por dejar librada a la discreción de las partes la administración del tiempo del tribunal, aun si ello implica una lenta o prolongada tramitación del litigio. De esta manera, un juicio contencioso puede permanecer años en primera instancia.

Un elemento importante de la estrategia del abogado es el invento de trámites, gestiones, y formulismos cuya única o más importante razón de ser es acentuar el consumo de tiempo. Si una de las partes llega a la conclusión de que el alargamiento del tiempo le favorece,

entonces comienza a jugar, inarticulada o inexpresada, una excepción dilatoria en la tramitación del litigio. Las tácticas procesales y los hábitos judiciales permiten sembrar minas ocultas o de explosión retardada en el camino del expediente. El resultado suele ser la prolongación de su tramitación. No existe la justicia, rápida y certera, de los jueces, liberados, de las cargas generadas por tramitaciones dilatorias, complejas o complicadas, de los auxiliares y funcionarios del juzgado, beneficiados por la disminución de los incidentes, y de los propios abogados, por completar sus tareas en menor tiempo, es decir, mediante menor consumo de recursos. El resultado es conocido y padecido por los litigantes, por sus abogados, por los jueces, El ritmo del juicio lo imponen los abogados de las partes. Son ellos quienes instan o dilatan el trámite. El juez busca distancia. Se transforma en un espectador cuyas acciones son reacciones, no iniciativas o se transforma en una figura distante cuya percepción por los interesados directos en el caso no resulta sencilla ni fácil. La justicia se presenta enigmática.

El juez debe ser imparcial. Sólo es juez de verdad cuando se comporta con objetividad ante las pretensiones contradictorias, de las partes, sin efectuar discriminaciones odiosas o dispensar tratamiento privilegiado a una parte, en detrimento de la otra. De ahí la clásica representación escultórica de la justicia, cegada su visión, pero en equilibrio su balanza. La imparcialidad, sin embargo, no depende de la distancia. Por lo contrario, cuando esta distancia es excesiva, peligra la justicia del fallo. Prescindir de contactos abiertos y regulares con ambas partes, mantenerse ajeno a

las contingencias del litigio, contemplar pasivamente los movimientos tácitos de los abogados así compliquen innecesariamente el trámite del juicio, dista de asegurar el acierto de la sentencia. Este requiere entre otros factores, lograr un conocimiento preciso de las pretensiones de las partes, de la prueba existente y del derecho aplicable. Por lo pronto, desde las primeras etapas del proceso civil o comercial, el juez debiera saber de qué se trata, cuales son los intereses en juego, y los fundamentos invocados. La imparcialidad ante las partes gana consistencia y autoridad cuando el juez actúa con conocimiento adecuado de las actitudes adoptadas por ambas partes desde las primeras etapas del litigio. Su suerte depende de una secuencia de actos ejecutados por las partes bajo la dirección y supervisión del juez. Estos actos secuenciales dependen de las peticiones formuladas, de la integración de la litis, de la sustanciación de los incidentes, del comportamiento procesal de los abogados. Deficiencias formales, insuficiencias de fundamentación, actos contradictorios, insuficiencias probatorias, pueden poner en peligro más de una legítima pretensión. Pero también es cierto que el juez puede organizar las tareas del juzgado de tal manera que la simplificación de ellas y su distribución, le permitan concentrar su atención en los juicios de contenido controvertido.

Alejarse de las partes puede poner en peligro la búsqueda judicial de la verdad. A veces el juez se considera tan distante de ambas partes litigantes que se ve a sí mismo como un funcionario cuya objetividad e imparcialidad le obliga a contemplar impasible el desarrollo de incidentes capaces de comprometer la verdad

buscada en el caso. No le conmueve la posibilidad del aprovechamiento del trámite por una parte en detrimento de la objetividad en la sustanciación del litigio. El juez no suele adelantarse a la producción del acto anulable, para prever e impedir su ocurrencia. La facultad la tiene. No la utiliza nunca.

La actitud distante de ciertos jueces, y la deficiencia formativa de algunos abogados ha llevado a demandas rebuscadas, pretensiones audaces, argumentaciones artificiales, o tramitaciones innecesarias. El resultado: pérdida de tiempo y lesión de la justicia. El juez debe ser objetivo e imparcial: al mismo tiempo, no debe tolerar la distorsión o la complicación injustificada del procedimiento. El punto de equilibrio lo gana con su activa participación en la composición adecuada del litigio.

En sistemas jurídicos como el inglés o el norteamericano, caracterizados por la activa participación del juez en la definición de los parámetros del pleito y en la supervisión de la prueba, es muy alta la proporción de los juicios que se transan antes del juicio oral convocado para decidir el caso. Contribuye a este resultado la constante presencia del juez en la preparación del juicio oral. Esa intervención lleva a definir con precisión las respectivas posiciones de las partes; al esclarecimiento de los recursos probatorios disponibles; a la cuantificación razonable de las pretensiones; al cálculo fundado del costo probable del juicio. La presencia conjunta de todos estos factores lleva al entendimiento de las partes y la solución transaccional del diferendo.

La aceleración del trámite del juicio contencioso y la reducción del tiempo requerido para sentenciarlo constituyen, en la actualidad, condiciones indispensables para asegurar a los integrantes de la comunidad una justicia imparcial eficiente y objetiva. Para ello el juez debe acercarse y colocarse en el centro del procedimiento para supervisarlo; y dirigirlo evitando nulidades y trámites irrelevantes y asegurando la igualdad de las partes. No se trata de introducir innovaciones ajenas a nuestro Derecho. Todo lo contrario, se trata de ejecutar facultades atribuidas a los jueces.

Para acercar al juez al litigio, y ligarlo a los abogados en el mutuo esfuerzo de especificar la disputa y sus hechos relevantes y los medios probatorios, el punto clave se encuentra en la modificación de los hábitos judiciales y forenses y de las creencias vigentes acerca de las funciones a cumplir por jueces y abogados. Los unos y los otros debieran considerarse factores de la justicia, responsables del orden y la seguridad, llamados a colaborar para dar paz, y para preservar los órganos de la comunidad en el ejercicio de sus potestades y en el cumplimiento de sus deberes.

La presencia activa del juez en el centro del proceso serviría también para destacar y proteger la estrecha relación existente entre la justicia del caso y la prueba eficaz de los hechos relevantes controvertidos en el litigio. Los estudios jurídicos acostumbran comisionar a sus abogados más jóvenes (y, por lo tanto, menos experimentados) para atender las audiencias convocadas para la recepción de la prueba confesional, testimonial y de explicaciones periciales. Los jueces y los secretarios sólo de manera muy

excepcional asisten a dichas audiencias. No les parece importante escuchar a los testigos, observarlos en sus gestos y actitudes, percibir los matices de sus afirmaciones, sus énfasis o sus ambigüedades. Ausentes el juez y el secretario de la recepción de prueba, el oficial mayor, ocupado en la preparación del despacho del día y en la atención de los pedidos de las partes o de sus abogados, también se aparta de la recepción de la prueba. Ella queda entonces en las manos de empleados, de menor jerarquía funcional.

En los juicios contenciosos, cuyos hechos relevantes se encuentran controvertidos, su desenlace depende en gran medida del resultado de la prueba. De poco valdría una excelente demanda o una notable defensa, si el abogado de la actora o el abogado de la demandada fallasen en la prueba de los hechos invocados por ellos en apoyo de su respectiva pretensión. La teoría desarrollada, y la argumentación efectuada quedarán flotando en el aire, desconectadas de los hechos que el juez declaró probados. Es que, en última instancia el eje del litigio contencioso, cuyos hechos son controvertidos, no pasa por las normas jurídicas, pasa por los hechos relevantes del caso.

Dice Jerome Frank[153] sobre este particular: "...para predecir la decisión judicial en un caso futuro, el abogado debe estar en condiciones de predecir con precisión cuáles eran los hechos de ese

[153] FRANK, Jerome, If Men were Angels, some Aspects of Government in a Democracy, 1ª ed., Harper and Brothers, New York, pág. 68.

caso. O, para decirlo de otra manera, la predicción de tal futura decisión requiere necesariamente la aptitud de anticipar los hechos. Pero ahí se encuentra la dificultad: nadie puede predecir el fallo del tribunal en tal juicio, aún si todas las normas jurídicas se encuentran tan determinadas como la estrella polar. La mayor dificultad surge de la naturaleza de los `hechos' en un juicio. Los hechos reales que provocaron el litigio no se hacen presentes por sí solos en el tribunal. Ellos no acaecen en la sala de audiencias. Cuando el juicio es sustanciado esos hechos son hechos del pasado. Ocurrieron meses o años antes. Lo que llega al tribunal es la prueba relativa a esos acontecimientos del pasado. Y ¿Qué es la `prueba'? Consiste en la declaración de testigos[154], consiste en lo que los testigos digan acerca de esos acontecimientos pasados... Los testigos no son infalibles. A menudo son observadores deficientes de los hechos, olvidadizos o parciales. Pueden cometer errores, primero, por la manera en que, originariamente, oyeron o vieron lo que había sucedido, segundo, por la manera en que recordaron lo que habían oído o visto; o, tercero, por la manera en que ellos declaraban en la sala de audiencias, lo que recordaban. Tal prueba testimonial, en cada una de esas tres etapas, se encuentra afectada por las experiencias individuales del testigo, su temperamento y su carácter".

[154] "Testigos en el common law son los testigos del derecho civil de origen romanista, pero tambien son testigo en el common law las propias partes litigantes cuando deponen ante el juez y los expertos operatios, los expert witnesses.

El carácter secundario que jueces y abogados atribuyen a la recepción de la prueba en juicios civiles y comerciales es herencia, probablemente, de una larga tradición, acentuada durante la época del iluminismo en Europa continental, y del predominio del conceptualismo dogmático en el mundo del Derecho, tanto en su versión germánica (begrifftjurisprudenz) como en su versión francesa (exegética). Ese predominio está llegando a su fin. Nuevas concepciones acerca de la índole de la función judicial de la interpretación y aplicación del Derecho, y de la función del abogado, están llevando a la acelerada revalorización de los hechos y de su prueba. En Derecho, los hechos del caso son los "hechos" declarados tales por el juez[155]. Si la prueba de los "hechos" ocupa una posición central en el desenlace del litigio, el juez se presenta como factor crucial en la determinación de los derechos y las obligaciones de las partes en todo litigio articulado alrededor de hechos controvertidos.

Dice Carlos J. Colombo[156]: "Puesto que él (el juez) es quien debe decidir, debe tener los medios para que se consagre con la mayor aproximación posible la verdad real de suerte que el elemento fáctico de su decisión toma como presupuesto los hechos como efectivamente han acontecido... La circunstancia de que es una facultad-poder significa que su ejercicio queda librado al prudente arbitrio del juzgador; debe disponer las medidas sólo si son

[155] En el common law, si junto al juez actúa el jurado, los hechos son declarados (found)

[156] COLOMBO, Carlos J., Op. cit., comentario al artículo 36, pág. 105.

indispensables y dentro de los límites legales que son: respetar la efectividad del derecho de defensa y mantener la igualdad de las parte".

12.4. COMO PIENSAN LOS JUECES QUE PIENSAN:

"Una mirada rápida y sincera sobre el funcionamiento de la administración de justicia en cualquier sistema jurídico contemporáneo ofrece el mismo incordíoso panorama: los jueces están atosigados de causas. La lentitud propia del proceso judicial es histórica: "...quién, si esto no fuese, soportaría los desvelos de un mal pagado amor, la lentitud de los tribunales...", se quejaba Hamlet en su célebre monólogo. La justicia, al parecer, es lenta, fue y nada indica que dejara de serlo. La tardanza ha formado parte de su estructura por siglos y hay razones para pensar que esta extraña situación ha influido en la forma en que proceden los magistrados"[157].

Es preciso recordar también la innumera cantidad de recursos que el derecho procesal pone a disposición de los abogados inescrupulosos, que así retrasan el advenimiento de la sentencia y "ganan tiempo", si es que eso es ganarlo en buena ley.

La tardanza judicial es la consagración de la pérdida de tiempo; en este punto la tardanza es lesiva, y ya como costumbre judicial

[157] Daniel E. Herredonrf "Los Poderes de los Jueces", Buenos Aires, 2.000, pág. 21.

constituye a lesión continua que la magistratura ejecuta contra toda la sociedad. El derecho a una decisión judicial rápida y eficaz está consagrado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y por las Convención Americana de Derechos Humanos:

En efecto, el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: "2. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales".

Tanto el Pacto como la Convención contienen indicaciones sobre los plazos que pueden atentar, al ser irrazonables, contra la libertad de las personas:

a) Una persona detenida debe ser llevada "sin demora" ante un juez (Convención y Pacto).

b) Tendrá derecho a ser juzgada "dentro de un plazo razonable" (Convención y Pacto);

c) El tribunal al que acude una persona privada de libertad debe decidir "a la brevedad posible" sobre la legalidad de la privación. (Pacto; la Convención utiliza la expresión "sin demora", lo cual es exactamente lo mismo).

Ante todo, cabe una reflexión sobre lo estipulado respecto del punto a) por ambos instrumentos. Dicen que una persona detenida debe ser llevada sin demora "ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales" (Pacto y Convención). La expresión no es superflua. Limita en todo y para todo lo que las agencias policiales pudieran hacer al respecto: la suprema autoridad policial, por suprema que sea -insistimos-, no puede decidir sobre la legalidad, procedencia, duración, etcétera, de una detención a prisión. Un funcionario ejecutivo, tampoco, ni los pertenecientes al ministerio fiscal, ni los procuradores, ni ningún otro funcionario con amplio poder discrecional sobre la libertad ambulatoria. Toda duda queda zanjada con la clarísima expresión "u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales", lo que pone una barrera infranqueable al poder administrador, a las agencias ejecutivas, y, en general, al poder de la policía.

La crisis del sistema penal latinoamericano, y la ausencia de controles eficaces, han hecho que las demoras judiciales, tan tradicionales, se hayan convertido en una verdadera injusticia en marcha. De todos modos, el problema no es latinoamericano ni solamente actual; ya hemos dicho que Hamlet se quejaba de "la lentitud de la justicia" en su viejo monólogo.

Hace pocos años, la Corte Europea de Derechos del Hombre, constituida de acuerdo al artículo 43 de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, dictó una sentencia elogiable. Se trata del caso

"Cour Europeenne. D. H. arrêt Baraôna du 8 juillet, Serie A, Num. 122"[158] sobre dilación procesal. Un procedimiento iniciado en 1981 no había concluido en 1987 en la jurisdicción en que se había sustanciado el proceso (Portugal), al tiempo de dictarse el pronunciamiento del tribunal internacional. La Corte dio por violadas las normas de la Convención de la que Portugal es parte. La médula de la dilación estuvo dada por una larga serie de prórrogas que el ministerio público solicitaba a la justicia portuguesa para realizar los trámites procesales correspondientes en un juicio en el que el Estado portugués era el demandado. La Corte, luego de minuciosas y detalladas consideraciones sobre los hechos y los procedimientos en sede nacional e internacional, y de la pertinente invocación de las normas aplicables, concluye, en sentencia condenatoria contra Portugal, que "ni la complejidad de la causa ni el comportamiento del demandante han influido en la duración del proceso. La dilación surge, esencialmente, de la manera en que las autoridades competentes han conducido la causa. "Existe, por lo tanto, exceso del plazo razonable en el sentido del artículo 6°, inciso 1° de la Convención".

Hay tratadistas que sostienen la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno de cada país. Al respecto consignamos la opinión del constitucionalista Germán J. Bidart

[158] "Cour europeênne. D. H., arrêt Baraôna du 8 juillet, seria A. num 122", en "Publications de la cour Europeênne des Droit de l'Homme", serie A; Arrêts et decisions, vol. 122; Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1987, Carl Heymanns Verlan Kg. Köln, Berlin-Bonn- Munchen.

Campos[159].Países con tradición de constituciones rígidas, como México o los Estados Unidos de América, establecen que los tratados son infraconstitucionales. No obstante, la jurisprudencia ha tratado de equiparar el rango de las declaraciones de derechos constitucionales con los tratados sobre derechos humanos. La Convención de Viena sobre derecho de los tratados impide invocar al derecho interno para incumplir un tratado. Por lo tanto, ninguna norma interna -ni la propia Constitución- puede contradecir la normativa de tratados ratificados. No obstante, resulta recomendable una modificación de esta posición en los países con constituciones rígidas.

Consideramos que el derecho internacional es actualmente una expresión muy bien ajustada a la situación del mundo: un mundo intercomunicado, enlazado, empequeñecido por la ciencia, la robótica y la electrónica.

Herrendorf a quién venimos citando en este acápite añade: No importa tanto la tardanza que media entre la presentación de la demanda o la denuncia y la sentencia, sino la rapidez con la que el buen juez debe actuar, si desea remediar dicha tardanza o disimularla en lo que él, como juez, pudiere disimular. No son pocos los problemas que suscita este acostumbrado retardo de justicia. Estos tantos inconvenientes podrían cuestionarse así:

---

[159] BIDART CAMPOS, Germán J., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, T. III, Ediar, Buenos Aires, 1990, pág. 114.

¿Es la lentitud judicial una forma de la denegatoria de justicia que viola derechos humanos, elementales en cualquier lugar?

¿Cómo medir los nocivos efectos societarios que produce ese retardo de justicia cuando se trata de un juicio, alimentario, un crédito provisional o cualquiera otra situación por la que la vida, el bienestar, la subsistencia o la honra de las personas que dan a merced de una sentencia que se aguarda inútilmente?

¿Constituye sociológicamente una deuda impagable que el Estado tiene con los gobernados?

¿Cuál es el ánimo colectivo, tipificable por la psicología social, de una comunidad dispuesta admitir retardos inadmisibles?

Estas preguntas podrían ser contestadas por los magistrados, por su ubicación existencial como magistrados con vocación por la justicia, que sienten heridas sus conciencias y frustradas, sus intenciones más jóvenes.

Pero, ante este fenómeno moderno del juez atosigado, cabrían reflexiones de otro estilo.

Uno se imagina al juez atosigado, lleno de causas pendientes, de audiencias cruzadas, de problemas insolucionados, almacenando expedientes que no ha leído ni entrevisto, y atormentado en la busca de la más imprescindible jurisprudencia y doctrina que cupiere citar a fin de no seguir gastando tiempo escaso en mucha

erudición. La informática jurídica añade un dulce sabor ordenador al caos de la materia.

Ahora bien, ante el enjambre de cuestiones que el juez tiene por delante, una función le resulta ineludible: pensar adecuadamente cada uno de sus pasos, interpretando las conductas que el expediente describe, valorándolas correctamente, eligiendo con precisión las normas que conceptualicen esas conductas y, en fin, pensando con su cabeza de juez con vocación por la justicia cuál es, de todas, la mejor solución. Pues la justicia no es más que la mejor posibilidad coexistencial ante una situación determinada.

Más adelante, el autor citado nos dice: El problema se muestra en dos instancias:

La primera, si se trata de un buen juez o de un mal juez.

No hay motivos para pensar que todos los jueces son buenos, que sienten la ensordecedora voz de la justicia escarnecida y viven su judicatura con efusivo rigor. No es así. Muchos jueces han llegado a la magistratura de la misma manera que cayó el gobierno de Napoleón el Pequeño: por casualidad.

La tradición judicial en los países latinoamericanos pone a los jueces en situación de estar por debajo de la dignidad de la que debería gozar esa función.

"Los jueces de la tradición del Common Law están ubicados a la altura de un prestigio inmejorable; la judicatura es parte de una carrera compleja, llena de ardores. Acaso las discontinuidades gubernamentales, la menesterosidad universitaria, la inconciencia política, o todo eso junto, han ubicado al juez latinoamericano en situación de tener que dar explicaciones a la justicia. El cargo de juez tiene todavía algún prestigio, pero la sociedad política está encargándose de liquidarlo. El cargo se otorga con criterios políticos, y los jueces no tienen ninguna dificultad en ejercer ese cargo porque toda la administración de justicia, cuyos criterios no son complejos, se mueve sola. El juez no parece ser ya un magistrado -en sentido etimológico- dispuesto a resolver los entuertos que la sociedad lleva a sus estrados. Es más bien un funcionario burocrático, triturado por expedientes, mal pagado, con más ganas de sacarse de encima las causas pendientes que revolucionar la jurisprudencia con sentencias históricas"[160].

Herrenderf señala "Pensar no es una tarea muy divulgada, y sería un abuso de lenguaje suponer que todos los jueces lo hacen. Cabría suponer que una rápida meditación sobre algún asunto equivale a haberlo pensado de cabo a rabo. Pero la función de pensar no es espontánea como una ocurrencia feliz que nos aborda en minutos. Tampoco los problemas que requieren solución judicial pueden estar a la espera de ocurrencias felices y eventuales. Antes bien, los jueces han de tener una capacidad peculiar, muy propia de los

[160] Ob. cit. Pág 63.

científicos de las ciencias humanas: intuición intelectual y capacidad de comprensión en el sentido egológico de dicha comprensión, que es el sentido que la fenomenología atribuyó acertadamente al conocimiento de los objetos culturales".

En otra parte nos dice: El derecho, pues, es un objeto cultural, un habitante de la cultura ambiente, y no puede ser tratado gnoseológicamente de otro modo, bajo riesgo de desnaturalizarlo. Si el derecho se comprende, ¿cómo debe proceder el juez? Comprender es ver en una cosa su sentido con los ojos de la inteligencia, pero añadiendo: el que ve, descubre el sentido y, a la vez lo otorga. Tal como ocurre con una obra de arte: el espectador ve la belleza del cuadro al mismo tiempo que su espíritu le da esa belleza. La dación y el descubrimiento son conceptos relativos. La lógica llama conceptos relativos a aquellos que existen al mismo tiempo que el otro, y uno sin el otro es imposible. Así, los conceptos de padre e hijo son relativos, porque uno comienza a ser padre cuando tiene un hijo que comienza a ser hijo, y cada una de las dos cosas -filiación y paternidad- ocurre simultáneamente y depende recíprocamente de la otra, con honrosas excepciones.

12.5. LOS JUECES APLICADORES DE NORMAS Y LA DOCTRINA

a) LOS APLICADORES DE NORMAS

Los jueces de tradición romanista, y con exacerbada desesperación los jueces latinoamericanos, han visto devaluado su

desempeño judicial. La tradición doctrinaria vigente sorprendentemente hoy, lo obliga a funcionar como un aplicador automático de normas escritas. Se admite con alérgica tolerancia que el juez "interprete" una norma, pero, nunca que deje de aplicarla por propia decisión doctrinaria, o que encuentre una forma más justa, más razonable o más adecuada de resolver el caso al margen de la ley.

La doctrina sostiene todo un andamiaje formalista que, si bien por un lado es un gran sustento para la preservación de la legalidad y el funcionamiento de todo orden jurídico, también puede convertirse en una verdadera camisa de fuerza para sujetar al derecho judicial. Camisas de fuerza y cinturones de castidad de muchos tamaños sujetan y controlan a los jueces, para que sólo actúen como aplicadores de normas, lo que convierte a los parlamentos y a los gobiernos ejecutivos en los monopolizadores de la creación normativa, como quería Kelsen un poco a pesar de sí mismo, como hemos dicho tantas veces[161].

[161] La idea de un monopolio legislativo en manos del Estado es permanente y duradera en todas las obras de Kelsen. El estudioso decidido a recabar este problema con indisimulado fervor puede escrutar todas sus obras importantes que son cuatro, a saber:
Teoría General del Estado, Labor, Barcelona, 1934, trad. de Luis Legaz y Lacambra;
Teoría Pura del Derecho, Revista de Derecho Privado, 1ra. edición, Madrid, 1953, trad. de Luis Legaz y Lacambra;
Teoría del Derecho y del Estado, Imprenta Universitaria, México, 1950, trad. de Eduardo García Maynez;
Teoría Pura del Derecho, 2da. edición, Buenos Aires, 1966;
En todos los casos se han mencionado las primeras ediciones en castellano. Para mayor

precisión en la búsqueda de las obras mencionadas valgan estos datos adicionales:

1. Teoría General del Estado, fue publicado en español en la magnífica traducción realizada por el maestro Luis Legaz y Lacambra, en Barcelona, 1934. La siguiente edición la realizó el Fondo de Cultura Económica de México, en 1948, seguramente por influencia de los juristas españoles exiliados. La obra, si bien fue divulgada en nuestro idioma con bastante tardanza, es de 1925 (Allgemeine Staatslehre, Enzyklopadie der Rechts-und Staatswissenchaften, 23 Band, Berlin: Julius Springer, 1925). La traducción al japonés se realizó sólo en 1975 (Ippan kokuhogaku, Tokio).

2. Teoría Pura del Derecho fué traducida por primera vez al español por Luis Legaz y Lacambra (Revista de Derecho Privado, Madrid) en 1935. El original alemán es de 1934 (Reine Rechtslehre, Leipzig y Viena, F. Feuticke). En Sudamérica se conoció la versión argentina, obra del profesor Jorge Tejerina (Losada, 1941), con el auspicio del Instituto de Filosofía Jurídica y Social que fundó y dirigía Carlos Cossio. La cantidad de traducciones es impresionante; vale la pena mencionarlas para darse una idea cabal. Hay versión italiana de la obra Torino, 1952. Trad. de Renato Treves); coreana (Seúl, 1949. Trad. de H. Sandok; 1ra. ed. 1952; 2da. ed. 1953); búlgara (Sofía, 1937. Trad. de von Jossio); china (Shangai, 1946. Trad. de Liu-Yen-Ku); inglesa (Band. 1953. Trad. de Charles Wilson); polaca (Varsovia. 1934. Trad. de K. W. Kumaniecki); suiza (Juhrgang, 1934); yugoslava (Brno, 1934. Trad. de Vpalccav Chityl), entre otras, reconocidas por la influencia que ejercieron en las culturas jurídicas de países que acudían a esta obra. Se omiten las reimpresiones y retraducciones, o nuevas versiones, en idiomas ya mencionados; pero cabe destacar que Teoría Pura del Derecho es una de las obras que más comentarios bibliográficos ha recibido como obra jurídica, y que más literatura científica ha estimulado. (Véase al respecto Robert Walter, Hans Kelsen-Ein Lieben im Dienste der Wissenschaft, Manz, Verlang Wien, Austria. No hay versión española).

3. Teoría del Derecho y del Estado es mucho más que una actualización de la obra de 1925. Es la primera teoría general merecedora de ese nombre. Desde el punto de vista egológico es posible de múltiples críticas. Fue publicada en ingles, pues Kelsen ya estaba radicado en los Estados Unidos (General Theory of Law and State, Century Legal Philosophy Series, vol. I, Cambridge, Mass.; Harvard University Press, 1945; 2ª. impr., Harvard, 1946; 3ª. impr., Harvard, 1949; 4ª. impr., New York, 1961; 5ª. impr., New York, 1973). La primera versión

El juez se ha convertido en un funcionario dócil, domesticado por el sistema de gobierno. El poder descubrió que podía ejercer su grave dominio sobre las agencias judiciales que han sido enseñadas a no salirse de ciertos cánones estrechos fijados por la ley.

En este punto radica el más crucial de los perfiles ideológicos de la teoría de la creación del derecho de Kelsen y sus seguidores, aun los de esta hora. Los jueces, atentos solamente a sistemas rígidos y escritos de derecho, no tienen ninguna función creadora. La costumbre, la buena doctrina, y, en definitiva, la verdad más viva que el juez pueda encontrar en la realidad que comprende, cuenta mucho menos que una buena norma; a veces hasta estorba, especialmente cuando se pretende admitir que la verdad está dicha por las legislaturas y, en suma, por el poder político y sus innumerables acompañantes, que han monopolizado la creación

---

española fue la de García Maynez, México, 1950 (Imprenta Universitaria). Hay versiones italiana, polaca y sueca.

4. La segunda edición de Teoría Pura del Derecho poco tiene que ver con la primera. Los retoques, suspensiones, ampliaciones, agregados, modificaciones y alteraciones, cambio fundamental de vocabulario y un viraje notorio en la perspectiva científica hacen de este trabajo digno de divorsiarse de su predecesor. Kelsen es aquí otro. Otro jurista, con otra mente, con otras ideas. Cossio encontraba en esta "reedicción" la impronta de su teoría egológica. En los episodios de Salzburgo se advirtió que los cambios de mentalidad de Kelsen eran ciertos. Esta "segunda edición" se hizo en Viena en 1960; la versión francesa llamada a tener mucha influencia, es de 1962: la italiana de 1966; las portuguesas de 1962 - Portugal- y 1976 -Brasil-; la inglesa de 1967; la finesa de 1968; la primera castellana en 1966 -Buenos Aires; la segunda de 1968 -Buenos Aires y la tercera

del derecho de tal forma que ningún otro actor político puede modificar sus rigideces.

La Ciencia del Derecho, como cualquiera otra ciencia del hombre, se turba cuando está ahorcada entre parámetros agotadores. Como si obligáramos a un músico a componer sus óperas en ritmo de balada, o a un politólogo a pensar sólo en términos de monarquía cartista, o a un literato a mirar todo texto desde el barroco, los juristas limitados por abismos doctrinarios y conductas científicas de las que no pueden salirse no pueden producir más que lo que se ha producido hasta hoy en esa misma línea.

"La inoriginalidad del derecho en las últimas décadas largas décadas -ha sido tema de muchas meditaciones. Nos preguntamos si alguna vez se volverá a enseñar a los estudiantes que los que viven y crean el derecho son las personas, los unamunianos seres de carne y hueso que viven cada día de la vida can dolor, con felicidad, con angustia, con dichas, con desvelos. Que no hay más derecho que la conducta desplegada tal y como ella se despliega; que los jueces, en tanto que son, los que tienen en sus manos la función de comprender esas conductas, no pueden burlarse de las normas, pero sí pueden juzgar de acuerdo a pautas de valoración que, dentro de lo razonable, descubran soluciones mejores que las que las normas proponen; y que el derecho, como vida humana viviente y como forma de cultura, requiere de nuevas formas

científicas, esto es, formas nuevas de pensar que, descompriman una ciencia bastante agobiada por sí misma"[162].

Está claro que la sentencia del juez estará, fundada en una norma general o en los principios que ese juez hallare en normas generales. Pero a su vez, aquella ley o estos principios no serán una pura fantasía normativa: estarán también fundadas en forma lógico-normativa en una Constitución, cúspide formal de la pirámide. Esta Constitución deberá su validez al hecho de haber sido sancionada de acuerdo a la Constitución anterior, y ésta de acuerdo a la anterior.

Blackstone encuentra dos excepciones a la forma adecuada que un juez tiene de declarar el derecho: las sentencias absurdas y las sentencias injustas. Advierte que no es imposible que un juez "declare"" el derecho de un modo injusto o de un modo absurdo, y trate de impedir que esas sentencias fundadas en "derecho injusto", o en "derecho absurdo", se conviertan en precedentes obligatorios.

Sabemos que el juez es el que le da vida al ordenamiento jurídico haciéndole funcionar a todo él cada vez que emite un fallo. El derecho no es algo concluido y acabado que un funcionario aplica insensiblemente. El juez está integrando el ordenamiento jurídico todo, que desciende hasta el sitio en que el juez está. El derecho, en

[162] Ob. cit. Pág. 64.

este sentido, es el hecho del juez, es el producto de una actitud judicial, aunque no todo él sea solamente el hecho del juez. Por eso es correcto afirmar que el derecho está haciéndose siempre y que siempre que haya jueces que juzguen, el derecho estará haciéndose y reapareciendo en todas sus tramas de existencia.

Ahora tenemos que ver cuál es el aporte que sustancialmente hace el juez cada vez que sentencia, pues lo cierto es que es el juez el que debe adecuar las normas a las conductas que juzga: él es quien protagoniza las vivencias de justicia, orden, solidaridad, paz, y cualquier otro valor jurídico.

El juez no es indiferente al derecho, no está fuera de la vivencia de la experiencia jurídica, sino que la integra vivenciándola de una manera sustantiva. Así, el juez no tiene la misma vivencia de un caso que tiene un jurista; el jurista tiene una vivencia teórica de los problemas, los asume como materia de una ciencia y los entiende como problemas de disciplina. El juez, pues, tiene una vivencia peculiar del derecho, que es la vivencia que integra la experiencia jurídica con la justicia, es decir, el sustrato de las conductas con el valor de esas conductas.

b) APLICACIÓN DE LA DOCTRINA:

Los jueces cuando sentencian citan esos textos interpretativos, acogiendo la idea de que la doctrina es fuente de derecho, según reza el latiguillo que los estudiantes de abogacía aprenden desde el primer día.

Esta situación se ve muy empeorada por la competencia descomunal que suelen desatar los juristas para destacarse más y mejor que sus colegas, lo que sin duda no es ningún pecado de esa ciencia; ni es tampoco una originalidad: Bohr decía que los físicos se nutren en la competencia y en la envidia -"la envidia anda tan flaca y amarilla porque muerde y no come"-, especialmente si tenemos en cuenta que Bohr fue contemporáneo de Einstein.

Thomas S. Kuhn dice en su Estructura de las revoluciones científicas que la competencia tiene un perfil estimulante. Robert Merton escribió que la organización de la ciencia funciona como "un sistema de vigilancia organizada", con la consiguiente obligación de detectar los errores de los otros para exigir una recompensa por ello, Paul Feyerabend, en su Tratado contra el método, sostiene que la mayor cantidad de grandes descubrimientos que registra la ciencia se debe a errores ocasionales, a casualidades o a empecinamientos por triturar al contrincante. De hecho, la estructura del progreso científico tiene en la competencia despiadada, en las disputas asesinas y en las envidias -mal que le pese al "espantoso Newton", como dice Feyerabend- un gran motor.

El mayor trastorno que produce la competencia en la ciencia del derecho es que cualquier diferencia insustancial es suficiente para abrir una escuela jurídica nueva con dos adeptos mal convencidos. Tampoco ellos tienen tiempo para pensar.

No es desgraciado que haya mucha gente que reclame para sí los beneficios de la verdad. Pero cuando se trata de una ciencia tan peculiar, cuyo modo de pensar debe atenerse a cierto rigor, es un poco incómodo que los criterios sean tan elásticos e impidan un avance armónico de toda la disciplina. Compartimos la idea de Kuhn respecto de la organización de una comunidad científica: si ella no tiene un modo ordenado y honesto de comportarse, la ciencia no avanza jamás.

Ocurre lo que está ocurriendo ahora con la comunidad científica americana: un investigador venezolano no sabe qué están investigando sus colegas canadienses, mexicanos y peruanos, y ninguno de ellos -salvadas las excepciones- se preocupa demasiado por saber si sus temas están ya mejor investigados en otra latitud. La voracidad de muchas editoriales por vender libros, como se vende la pasta de dientes, hace que se publiqué cualquier paquete de lecciones por poco originales que fueran. Los investigadores profesionales, que se ven comprometidos a escribir y publicar para seguir cobrando sus sueldos de investigadores y progresar en sus carreras científicas, corren el riesgo de que no se les ocurra nada nuevo, nada bueno, o nada, y publican esas nadas a fin de cumplir con sus contratos.

El distinguidísimo jurista Julio C. Cueto Rúa indicó esto hace ya muchos años: "La ciencia jurídica anglonorteamericana se encuentra sustancialmente aislada de la latinoamericana y viceversa. Dos esfuerzos científicos considerables se ignoran mutuamente con prejuicios recíprocos. Juristas de un sistema se

preocupan profundamente, a veces por problemas cuya magnitud recién comienza a percibir, cuando ya sus colegas de restante lo han meditado con profundidad cubriendo parte sustancial del campo de la investigación. Ese esfuerzo permanece oculto e ignorado y el resultado es una duplicación inútil de la investigación y una lastimosa pérdida de tiempo[163].

Cabe hacer una anotación sobre la que este desperdicio de esfuerzos intelectuales puede significar. Por razones seguramente complejas, hay ideas en la ciencia que pueden quedar momentáneamente fuera de la historia social. Cossio llamó a esto el "embotellamiento de las ideas históricas". Eso ha pasado muchas veces, con perjuicios no sólo para los científicos y la ciencia, sino para toda la humanidad.

El problema sigue siendo hoy, como lo fue antes, cuál es el modo de pensar propio del jurista. Los físicos y matemáticos no suelen arriesgar opiniones rápidas y venturosas. ¿Por qué, entonces, han de hacerlo los sociólogos, los politólogos, los juristas?

¿Cómo piensan los jueces que piensan? Por lo pronto, piensan los objetos de la ciencia del derecho con métodos impropios. Describen situaciones y las resuelven bien a mal según la doctrina más enseñada, la norma más próxima, siempre y cuando las causas no

[163] CUETO RUA, Julio César, Common Law, Texas, 1956, Southera Methodist University y Southwestern Foundation: Cap. I, Punto I, Edición castellana: La ley, Buenos Aires, 1957.

sean resueltas en forma mecánica por los secretarios y oficiales de los tribunales, lo que es un secreto a voces: práctica que ha desplazado a los jueces de sus funciones a cambió de la comodidad de contar con los dichos subrogantes de facto.

Pero si el juez asume su función con todas sus luces, seria visible que el atosigamiento al que esté sometido le impedirá desplegar su actividad mental de cabo a rabo, y deberá conformarse, por inteligente y lúcido que sea, con soluciones rápidas, inmediatas, que le permitan salir del embrollo y no atrasar los asuntos de su despacho.

En la emergencia, las soluciones normativas -normativistas digamos- son las más aceleradas: le cabe al juez no hacer más que repetir lo que la norma dice, con lo que se libera de actividades más complejas -interpretativas, comprensivas, intelectivas-.

En esa reiteración de los vocablos de la norma pertinente queda contenida la sentencia. Así resuelven habitualmente los problemas nuestros jueces. Por atosigamiento, por velocidad, por falta de tiempo material, por comodidad intelectual.

Así suelen pensar los jueces que piensan; se adhieren sin miramientos al rigorismo de la expresión normativa, y sin quererlo alientan la idea de que el derecho es lo que las normas dicen que es. Lo que a esta altura de la filosofía del derecho es toda una descortesía.

12.6. COMO PIENSAN LOS JEUCES QUE YA TIENEN RESUELTO HACERLO:

El tratadista argentino Daniel E. Herrendorf en la obra que hemos citado "El Poder de los Jueces", comenta que los abogados, los juristas, las filósofos de la ciencia del derecho y los jueces ejercitan un estilo de pensamiento propio del jurista. Pero el juez no solamente está involucrado por este estilo de pensar, sino que además está obligado por él. Se diría que debe pensar así y no de alguna otra manera. No puede intelegir de ninguna otra manera más que con la especialísima razón práctica que todo juez despliega cuando juzga.

Sólo en lo medida en que el juez ejerce su razón práctica como estilo de pensar, puede decirse que se comporta como juez y sustancializa una conducta judicial. En este problema va montado el ser o no ser del juez: su nota ontológica es el modo de pensar que sea capaz de desplegar. Una sentencia elaborada bajo el conjuro de un estilo de pensar diferente, no es una sentencia; y el juez que la elabora, no es juez. "Como para Hamlet, también para los jueces estos problemas arriesgan su ser o no ser. El ser y la nada, para decirlo postmoderadamente, siempre que Hamlet nos queda demasiado lejos. Y aquí es preciso una aclaración de orden gnoseológico. A nadie se le escapa que soy helénico a causa de mi juventud, y que, para novedades, las clásicas. Tengo en la cabeza la idea -reductible, claro- de que después del existencialismo alemán muy poco le ha pasado a la filosofía. También creo que el derecho está todavía con un saldo al descubierto demasiado grande con la fenomenología

para arriesgar otras aventuras. Las expediciones de las postmodernos y los surrealistas mágicos -que es como decir Bergson con traje con traje de Batman- me tienen tan despreocupado que acepto un duelo al amanecer con el último exponente de la mejor escuelilla de marras. Como mancra de entender la verdad, la postmodernidad me parece un tajo abierto por la literatura en el cuerpo agonizante de la ciencia. Además, ¿cuál es la novedad? Porque vamos a ver: la sustancia extensa es el sustrato de las cualidades materiales; la sustancia pensante es él continente de los objetos psíquicos; esta verdad ¿es moderna o postmoderna?, que es como preguntar si el principio de identidad es clásico o barroco. Por eso la postmodernidad es ella misma y su propia trampa. Su despliegue es un universo de emblemas discursivas que, de tan abarcadores, contienen su efusividad y su muerte. La postmodernidad es un oficio periodístico ilusorio que consiste en buscar originalidades donde no debe haber más que razón práctica. La clave puede hallarse en La Critica de la Razón Cínica, de Peter Sloterdijk, un verdadero monumento a ninguna cosa".

El tratadista citado nos señala que debemos de analizar cómo podría pensar un juez cuando actúo como juez: un juez, digamos así, ideal, ese juez por el que todos querríamos ser juzgados alguna vez, aunque sea para ser condenados, sólo por ver cómo actúa un juez que lo es de verdad.

Luego, agrega "El nombre de este capítulo puede constituir un acto de Cinismo puro. Y después del libro de Freud El Chiste y su

Relación con el inconsciente, también podría ser motivo de psicoanálisis. Sea como fuere, no es ninguna descortesía admitir que no todos los jueces piensan de veras. De hecho, en una región donde muy pocos piensan, que los jueces -todos, sin excepción- lo hicieran, sería un milagro de estirpe olímpica.

Añade que en cuanto al modo en que debe pensar un juez que lo hace, indicamos una esperanza y una expectativa, pues la realidad suele desmentir las algarabías ciudadanas fomentadas por la creencia de que los jueces fallan, siempre, con gran sentido de justicia, creencia que, en el fondo, vino muy bien para mantener el respeto que los ciudadanos no sienten por otros funcionarios muy estatales.

Los jueces latinoamericanos están formados, mayoritariamente, en un normativismo férreo. No sólo las universidades promueven generalmente esa tendencia por ser la que encontró mayor recogimiento; también hay abultada doctrina y muchísima jurisprudencia que alientan y aplauden las soluciones normativistas que ponen a la ley por encima de la justicia y a las conductas por debajo de las sentencias. El juez, lo repetimos, se contenta con aplicar bien una norma. Inequitas lex, sed lex podría ser el adagio que acompañe a los jueces en su tarea.

El impulso del normativismo es tan poderoso que hasta el sano realismo norteamericano, cuyo exponente más atrevido fue Frank, empezó a temperarse -no solamente al conjunto de las meditaciones del realista italiano Enrico Pattaro- y actualmente se habla de un

"realismo normativista" con todo lo que esta expresión puede ser equiparable al círculo cuadrado.

El normativismo cuenta también con doctrinarios inteligentísimos, ilustres, aquí y allá, y todos ellos hacen pie en la Teoría Pura de Kelsen siempre que en ella puedan encontrarse todos los andamiajes necesarios para que el normativismo camine aunque sea en silla de ruedas.

La idea del abogado de que no pueda hacerse nada fuera de la ley es correcta. La idea del juez de que no pueda decidir nada fuera de la ley es una limitación sin sustento.

¿Cuál es la diferencia entre uno y otro? La situacionalidad de cada cual, el juez es quien "dicta la justicia", y en el que esta la posibilidad de comprender y valorar las conductas que están bajo su análisis de un modo diverso y como comprende y valora un legislador, cuya comprensión y valoración están estampadas en la norma. Esto es así porque el legislador legisla para conductas en abstracto, conductas genéricamente aprehensibles, pero sin tener a la vista la situación existencial en la cual esa norma será aplicada. Una cosa es penalizar el homicidio o el aborto, y otra es tener delante de uno mismo a un ser con su rostro y su cuerpo parpadeantes, transmitiendo su "haber cometido un homicidio" o

su "haber permitido un aborto". Unamuno decía "A mí la muerte no me preocupa en absoluto. Lo que no me gustaría es morirme"[164].

"Mientras la humanidad no prefiera seguir deshumanizándose como lo ha hecho hasta hoy tan eficazmente -con el auxilio, por cierto, del derecho- habrá que aprender a comprender el universo de "cada cual", pues la justicia no es para todos sino para cada uno. Y en este "cada uno" está contenido todo el humanismo occidental, que es platónico, es judío, es cristiano y es existencialista.

El mundo se deshumaniza; las universidades aborregan alumnos numerados y expiden diplomas; las administraciones maltratan a los ciudadanos en laberintos de hueca quietud, donde cada cual es algo menos que un expediente; los medios de información y distribución de chatarra intelectual emboban la mente y masifican los espíritus, en un fofo destilar de avalanchas de "grandes novedades" inventadas que aturden y enceguecen. La venta de ilusiones y el alquiler de paraísos es una forma más de la vida en bloque; el mundo masificado y en vías de expansión tiene ejemplos terroríficos, como China y Japón, graneros de gente anónima. Si lo único que puede salvarnos es un nuevo Renacimiento, como quiere José Isaacson, que además nos libere del terrorismo intelectual y la estética de la mugre, tal vez los primeros pasos de esa resurrección esperanzada sea un intento por repersonalizar otra vez las relaciones sociales.

[164]Ob. Cit. Pág. 148

Y la justicia tiene que ser una relación de cada hombre con su destino"[165].

Otro problema que analiza Herrendordf, es el exceso ritual de los tribunales es una verdadera enfermedad; es difícil hallar tribunales que con habilidad y franqueza se deshagan de esas malas costumbres que llevan a los jueces a un expedientismo agobiante, y cuyos resultados son una esclerotización indeseable de la justicia. Al respecto, nos remitimos a lo dicho más arriba al tratar el problema respecto de las previsiones del Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El juez, para hacer justicia ("El juez es la justicia" es la expresión aristotélica) debe proceder de tal forma que (a) el exceso ritual manifiesto sea imposible, y (b) que se sienta capaz de deshacerse de las imposiciones más o menos arbitrarias de la ley, si ella violenta su buena conciencia de justicia.

Utilizando una metáfora de Carlos Cassio, la norma debe ser para el juez coma una partitura para un músico:[166] cada músico ofrecerá con la misma partitura por delante una versión diferente, muy diferente de la misma obra musical. El tal vez más grande director de este siglo, Herbert von Karajan, entendía que la interpretación de una partitura era la misma música; "la música soy yo", solía repetir,

[165] Ibídem,(pag. 185).

[166] COSSIO, Carlos. El Derecho en el Derecho Judicial, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.

sobre la idea de que la humildad no es ninguna virtud. Pues bien, cada músico ejecuta la partitura interpretada por él, de modo que parte de si mismo estará en la interpretación: pero interpretar no es desvirtuar: Karajan podía ofrecer una versión de la Sinfonía Coral totalmente distinta a la de Kazandjiev, pero nunca la Sinfonía Coral iba a parecerse, por vicios de interpretación, al Bolero de Ravel. Interpretar no es desarticular, descomponer: esto es lo que deben entender los juristas can mayor rigor.

"No olvidamos que muchos juristas han pensado que estas ideas pueden poner a la sociedad al borde de una hipotética pero comentada "dictadura de los jueces", que hará de la ley exactamente lo que quiera. Esto no es realmente cierto. Especialmente los norteamericanos son muy sensibles ante esto, por el oscuro recuerdo de la Corte Roosevelt que ejercía un poder despiadado. Un prestigioso constitucionalista argentino, cuyo nombre reservamos para citar de su autoría ocurrencias más felices, llegó a calificar de "una verdadera dictadura de los jueces" a la declaratoria de inconstitucionalidad por la Corte de la fracción de la ley de matrimonio civil relativa al divorcio y la reasunción de la aptitud nupcial[167]. Estos son excesos verbales y circunstanciales, y atendibles por razones políticas. Al fin y al cabo, si lo que se teme

[167] Corte Suprema, "Sejean, Juan B. c. Zaks de Sejean, Ana M.", República Argentina, 7/XI/1986. (V. E.D., t, 121, págs. 522 y sigs, Buenos Aires). Al respecto cf. BIDART CAMPOS, "La Corte Suprema y el divorcio vincular", en E.D., t. y pág. cit.: y HERRENDORF, "La radicación egológica de la filosofía de la Corte Suprema de Justicia", en L.L., 28/XII/1986, Buenos Aires.

es una dictadura de los jueces, sería más provechoso atender la nada hipotética dictadura de las mayorías parlamentarias, mucho más grotesca que las decisiones judiciales por medio de decretos presidenciales (en América Latina) u órdenes ejecutivas (en Estados Unidos), o lois-mares (en Francia).

Salvado este punto, debemos restringir la actividad de los jueces en trance de interpretar la ley a su modo, en incluso decidir no utilizar esa ley si lo cree conveniente. Siempre sobre la idea de que la interpretación de la ley, como la interpretación de una partitura, no es una piedra libre: queda siempre trazado por el ordenamiento jurídico un círculo de juridicidad dentro del cual el juez puede moverse cómodamente, pero sin escaparse por la tangente que ese círculo -como todo otro- tuviere.

El autor a quién venimos siguiendo en esta parte nos propone:

a) Que el juez esté "vitalmente" capacitado para ser un buen juez: vitalmente quiere decir: que no sea un pusilánime, que no sea un genuflexo, que no tenga todas las aptitudes burocráticas que existen. Su vida debe estar incardinada con "hacer justicia" de la misma manera en que la vida de un médico se incardina con la salud del prójimo, y la de un artista con la belleza de su obra. Existencialmente, debe haber programado su vida de tal modo que la justicia le imparte vitalmente. Todo esto está en su buena conciencia, conciencia por la cual la sociedad lo unge juez y no otra cosa.

b) Debe saber que trata con conductas humanas, y que debe tenerlas a la vista de modo indubitable y claramente. No puede prescindir de ellas como no puede prescindir de sí mismo. Juzga conductas, y debe tratar con ellas. En ellas debe advertir lo que hay de valioso y disvalioso. Debe ver además la situación en la cual fue desplegada esa conducta con todos sus detalles.

c) Debe llevar dentro como una forma de su animus una idea clara del proyecto existencial que la sociedad escogió para sí. Las decisiones judiciales no pueden violentar el programa de existencia que la sociedad elige con vitalidad. De acuerdo a la doctrina clásica, es un representante del pueblo elegido en tercer grado de soberanía, y está sujeto a respetar las formas de vida usuales -no "su" forma de vida- y el modo de lanzarlas hacia el porvenir. No se trata de que preserve "su" moral o "sus" costumbres, sino que sea capaz de preservar las que todos admiten para poder vivir y seguir viviendo en sociedad. De otro modo estaría traicionando a la sociedad que lo ungió juez.

d) Debe estar en condiciones de ejercer la intuición intelectual como parte del modo de pensar propio del jurista, a fin de descubrir la mejor posibilidad contenida en una situación determinada. Pues todas las situaciones de conducta que se presentan ante un juez contienen una mejor posibilidad como solución; es preciso que el juez descubra esa mejor posibilidad y la exprese en su sentencia. Esta actividad se vincula con la

necesidad de mantener el entendimiento societario que la sociedad contiene como uno de sus pilares.

Pues bien; si el juez actúa de este modo no ha de tener ningún reparo -ni la sociedad ningún temor- en apartarse de la letra de la norma y dictar justicia a conciencia, sabiendo que está pensando, y que está pensando no como un comerciante o como un veterinario, sino como un juez. Puesto que "es" juez.

Siempre que su 'ser-un-juez" lo comprometa existencialmente, la conmueva a toda él como siendo-un-juez, su resolución estará en la mejor cinca de la justicia.

Pensar no es una tarea fácil; tampoco está brindada a todos la misma dimensión. Es como el arte: hay artistas geniales, como Mozart; hay artistas simplemente talentosos, como Salieri; hay artistas pésimos. A los genios la vida les brota en lo que hacen; a los talentosos, la vida se les va en lo que hacen; a los pésimos la vida les llega inerte como un desecho.

En otra parte de su interesante obra el autor citado señala que los seres humanos se muestran necesariamente a través de sus conductas. De un hombre sabemos que es fuerte, que es alto, que es gordo; ésta es su anatomía. También sabemos que es débil, o que resiste rigores físicos, o que se enferma a menudo; ésta es su fisiología. También sabemos que es tímido, que es aventurero, que es locuaz; éste es su carácter.

Pero, ¿en dónde radica su "ser-un-hombre", en dónde vemos con claridad lo que un hombre verdaderamente es en tanto que ser humano? Sólo en su conducta. La conducta es la mostración plena del hombre, es, fenomenológicamente, la fenomenalización de la persona. Los seres humanos 'son" así como se comportan. Por eso los jueces cuando juzgan observan la Conducta del súbdito de la justicia: no el cuerpo, ni el funcionamiento del cuerpo, ni el carácter.

"Tal como venimos diciéndolo, los jueces están en sus cargos para preservar el entendimiento societario del que hemos hablado ya, y que jurisprudencialmente ha recibido muchas denominaciones: correcto entendimiento judicial, mejor posibilidad existencial, entendimiento comunitario, etc.

"¿Puede prestarse a arbitrariedades un principio tan genérico como éste? Por supuesto que sí; pero los jueces son jueces, no son mafiosos, y por eso mismo, porque son lo que son y no son otra cosa, es impensable una actitud de consciente, deliberada y alevosa arbitrariedad en la función del juez.

"Ya dijimos que en cierto sentido -en sentido aristotélico, todo lo cual debe entenderse casi parabólicamente- el juez es la justicia, pues él la dicta (y jurisdicción, juris-dictio, quiere decir dictar justicia). En su conciencia de juez está radicando la virtud de hallar la mejor posibilidad contenida en la situación que comprenda; y el juez comprende con conciencia de juez, pues ontológicamente no puede tener otra.

"Cuando un juez se nutre de antecedentes, normas, costumbres, interpreta conductas, se equivoca, acierta, piensa, hace todo esto con conciencia y ciencia judicial, pues de otro modo no podría desplegar esa actividad: lo que un juez hace al juzgar es actividad jurisdiccional y no otra cosa.

"Lo que un caballo despliega como conducta siempre es conducta animal, mamífera, equina; no puede ser otra cosa que un caballo. Esta es su ontología de caballo -y no de rana, de pez, de florero, de enciclopedia o de emperador- ser caballo y comportarse equinamente. Por eso Incitado no pudo ser cónsul, ni sacerdote, ni senador; la personalidad jurídica de alguien no puede provenir de una nominación normativa."[168].

Kelsen distingue dos especies de imputaciones: en una (imputación periférica) hay dos hechos, uno imputado al otro (p. ej.: dada la transgresión, debe ser la sanción; dada la contratación de una locación, debe ser la tenencia del inmueble por el locatario); en otra (imputación central) hay una cantidad indefinida de imputaciones periféricas, todas ellas imputadas sobré el mismo centro ideal como si allí se anudaran normativamente. La imputación periférica resulta constitutiva de cada norma por separado; la imputación, central constituye con su manojo de normas una pequeña esfera jurídica relativamente independiente dentro del ordenamiento jurídico. Este centro imaginario de imputación donde convergen

[168]Ibídem, pags. 288-90

sus normas como lo hacen en el cubo de una rueda sus rayos que vienen desde la llanta, sería la personalidad jurídica de un sujeto cualquiera. Eso es todo; en el problema conceptual de la personalidad jurídica no habría nada más que una imputación central anudando imputaciones periféricas.

La noción kelseniana de personalidad jurídica explica por igual y con personas colectivas. En la historia de las ideas jurídicas se había consumado una solución puramente normativa como ésta para este problema ni se había columbrado tanta simplicidad y tanta eficacia para dar sobre el punto a los técnicos una verdadera claridad mental. Pero sobre esta base Kelsen pasa a decir además, con razón, que en la personalidad colectiva no hay en rigor ninguna persona de verdad con su incuestionable unicidad en presencia, sino una personificación antropocéntrica e imaginaria como sujeto del derecho; y a decir también, ahora sin razón, que en la personalidad jurídica individual tampoco hay persona alguna; sólo habría igualmente la misma personificación imaginaria, promovida acaso por un mita ancestral o por alguna afirmación extracientífica, porque según él el individuo sería un ente biológico del ser, y el derecho, siendo un deber ser, sería cosa ajena a todos los dominios del ser: el derecho encontraría la personalidad en la imputación central y en tal sentido sería una hipótesis hablar aquí de una persona como de una realidad personal sobre la base de la simple

personificación con que cabe expresar él juego de la imputación central[169].

Como racionalista, Kelsen cree que el derecho es ese conjunto de idealidades semánticas que las normas positivas expresan verbalmente, es decir, que el derecho son las normas porque éstas son lo que ellas dicen, con lo cual Incitato no tiene mayor problema en ser senador y cónsul y también sacerdote. Si pensamos, en cambio, que el derecho es un conjunto de realidades biográficas, que las normas pueden mentar pero no crearlas, la perspectiva es muy distinta, e Incitato se quedaría sin ninguna de sus rescriptas jerárquicas.

Pero lo que hace como juez no puede definir otra cosa que una conducta judicial que le adjudica a él la posibilidad de ser y seguir siendo juez justamente por eso que hace. Así vemos que el hacer del que hace define el sentido de su existencia. Por lo que hace, y no por lo que dice. Por lo que al decir hace, un juez puede estar equivocado; pero por lo que al hacer hace, puede quedar definida su existencia como juez.

Lo repetimos: así como los hombres se comportan, así son. Y, siguiendo a Boileau, "en cada momento de tu vida eres todos los que has sido y todos los que serás".

[169]Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, ed. de 1945.

El juez, para ser juez y seguir siendo juez, despliega una conducta judicial. No puede desplegar otra sin dejar de ser, ontológicamente, juez, aunque su nombramiento siga mentándolo como juez del mismo modo en que normativamente.

Esto es así porque si el juez dejó de desarrollar una conducta adecuada a su ser-juez, también se frustra la aptitud jurídica del nombramiento que mienta a esa conducta: si la conducta de juez se esfuma, se esfuma con ella lo jurídico de ese ser-juez

De modo que si aceptamos que los jueces son jueces, los llamamos jueces y, sobre todo, obedecemos sus sentencias que como jueces elaboran y cuyo cumplimiento ordenan, estamos aceptando que son jueces porque están comportándose como jueces. Y si esto es así, mientras los jueces sigan comportándose como jueces seguirán siéndolo, y no estará entre sus posibilidades de jueces comportarse de otra manera. Así, un juez arbitrario no es un juez.

CAPITULO 13. ORGANIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL:

13.1. Jueces y órgano jurisdiccional.
13.2. Principios fundamentales de la organización judicial.
13.3. Selección, nombramientos y ascenso de los funcionarios judiciales.
13.4. Características de la Función Judicial,
13.5. El Juez como sujeto principal de la relación jurídica,
13.6. Actos decisorios del Juez.

13.1. JUECES Y ORGANO JURISDICCIONAL

Todos conocemos de la naturaleza, los fines, y la importancia de la Función Judicial, del proceso y de la jurisdicción, en la vida de sociedad. Conocemos del derecho del ciudadano a obtener la prestación de la función jurisdiccional del Estado y la obligación para éste de prestarla, y cómo la jurisdicción es también un derecho subjetivo público del Estado de obligar a los particulares y entidades a someterse á ella para la composición de sus controversias o la declaración de sus derechos.

Pero esos fines solo pueden ser alcanzados mediante un órgano jurisdiccional cuya composición permita su adecuado funcionamiento y mediante unas normas positivas de derecho procesal que sean aptas para los mismos propósitos.

Es este el problema fundamental de la justicia. "Las normas positivas de derecho material resultan ineficaces si no es posible su adecuada actuación en los casos particulares, mediante un proceso; y esto no se logra sino cuando se dispone de esos dos medios indispensables: el órgano calificado para hacerlo y las normas procesales adecuadas para su intervención. Es más posible obtener una justicia buena con malos códigos de procedimientos, que con malos jueces. Las deficiencias de aquellos pueden ser subsanadas con el criterio jurídico, la capacidad y la actividad de los funcionarios que los aplican; pero las deficiencias de estos hacen nugatorias las ventajas de buenos códigos[170]. En el panorama de la justicia más valen muchas sentencias buenas y rápidas, sin literatura jurídica, que unas pocas rebosantes de ciencia. Más importante es también la marcha acelerada de los procesos, que los largos y profundos estudios contenidos en las sentencias. Si debiéramos escoger entre justicia rápida y simplemente buena, o justicia lenta, pero sabia, nos quedaríamos con la primera.

La importancia que tiene la organización judicial ha hecho que en las Constituciones se incluyan por lo menos los principios básicos, como sucede en la Constitución de la República del Ecuador.

Son los jueces y magistrados las personas encargadas de administrar justicia (en otros países existen funcionarios de

[170]SANTIAGO SENTIS MELENDO: Teoría y práctica del proceso, ed. cit., t. I, p. 3; COUTURE: Estudios, ed. cit., t. I, p. 146; MARIO GUIMARAES: o juiz e a funcao jurisdiccional, Rio de Janeiro, 1958, ps. 34-35.

distintas denominaciones como pretores en Italia); pero no son el órgano jurisdiccional, ya que éste existe independiente de las personas físicas que ocupan sus cargos y, considerado en abstracto, permanece inmutable aun cuando varían aquellos.

Los jueces y magistrados personifican los diversos despachos en que se descompone el órgano jurisdiccional: Corte, tribunales, juzgados; pero no se confunden con ellos. Teóricamente, la justicia se administra por esos órganos o entidades, no por el juez Fulano o el magistrado Zutano; es el juzgado, el tribunal o la Corte, quienes profieren las sentencias. La justicia es impersonal, a pesar de que se lleva a cabo mediante las personas que ejercen esas funciones.

"En cambio, nos parece inadmisible la distinción que algunos autores proponen entre órgano y oficio, considerado éste objetivamente, como el conjunto de tareas o poderes; porque, en verdad, por órgano se entiende, procesalmente hablando, una entidad física o jurídica, a la que se le asignan tareas, oficios y poderes para el ejercicio de la función jurisdiccional. No existe diferencia real entre los dos conceptos[171].

La oficina judicial, cualquiera que sea, no tiene personería jurídica, y el juez o magistrado, individualmente considerados, o el colegio o conjunto cuando forman una oficina plural (tribunales y Corte), se limitan a obrar en nombre del Estado tal como ocurre en el campo

[171] ROCCO, Trattato, ed. cit., t. II, ps.3-6.

administrativo. En ambos campos -el judicial y el administrativo- el sujeto activo o pasivo de las relaciones jurídicas originadas en los actos de sus funcionarios, es la entidad pública representada por estos, ya que esos funcionarios no ejecutan actos personales ni obran en sus propios nombres. Por eso los jueces administran justicia "EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY" en Ecuador " EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA"

13.2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL

La organización judicial, como cualquiera otra, descansa sobre un conjunto de principios básicos, de cuya aplicación depende la calidad de la justicia que en cada país se tenga. Vamos a exponerlos brevemente, sin pretensiones exhaustivas:

1) Independencia de los funcionarios judiciales: Significa este principio que debe eliminarse la intervención de poderes y funcionarios de otros órganos (ejecutivo y legislativo), lo mismo que de intereses políticos y de cualquiera otra clase, en la tarea de administrar justicia. Por eso un Estado en donde los jueces sufran la coacción de gobernantes, legisladores y políticos, deja de ser un Estado de derecho. Nada más oprobioso que la existencia de jueces políticos al servicio de los intereses de partido o de determinado gobierno.

Idéntica independencia debe existir respecto a las fuerzas que representan el capital o el trabajo humano, enfrentadas con mayor acritud cada día. Para que se cumpla este principio, los funcionarios judiciales deben ser empleados del Estado, pagados por éste y han de disponer de remuneraciones justas, proporcionales a la alta dignidad de su cargo, que les permita vivir y gozar de cierta holgura económica[172].

2) Imparcialidad de jueces y magistrados: No es suficiente con la independencia de los funcionarios judiciales frente a los funcionarios ejecutivos, a los políticos, a los capitalistas y a las agrupaciones obreras; es indispensable, además, que en los casos concretos que decidan, el único interés que los guíe sea el de la recta administración de la justicia, sin desviar su criterio por consideraciones de amistad, de enemistad, de simpatías o antipatías respecto a los litigantes o sus apoderados, o por posibilidades de lucro personal o de dádivas ilícitamente ofrecidas, o por razones políticas[173].

Es el complemento del principio anterior, que le sirve a un mismo tiempo de condición necesaria. Si falta la rigurosa aplicación de ambos, se llega inexorablemente a la corrupción judicial y a la negación de la justicia. Para evitarlo es

[172] COUTURE: Estudios, ed. cit., t. I, p. 146

[173] PEDRO ARAGONES Alonso: Proceso y Derecho procesal, Madrid, 1969, p. 89; WERNER, G. La imparcialidad como principio básico del proceso, en conducta y Norma, Buenos Aires, 1955: COUTURE; Estudios, ed. cit., t. I, p. 95.

indispensable un procedimiento eficaz en los nombramientos de los funcionarios judiciales, y no será suficiente consagrar en las leyes estrictos principios y sanciones penales drásticas para sus infractores; normas que de todas maneras deben existir. Es en la forma de designarles y en su calidad; no en su vigilancia y castigo, donde se encuentra la garantía de una justicia independiente e imparcial.

Sin jueces dignos de su misión, la norma será simple letra muerta. Son gravísimas las consecuencias de permitir que, bien sea por el origen o nombramiento de los funcionarios judiciales, por la posibilidad de ocasionar sus renuncias o por la utilización de cambios en las leyes orgánicas para idénticos fines, la justicia esté a merced de la política y los políticos.

Por otra parte, las fuerzas representativas del capital y del trabajo pueden intervenir en la formación de tribunales de conciliación y arbitramento obligatorios o voluntarios, para dirimir sus conflictos. Pero cosa muy diferente es cuando se trata de administrar justicia en los litigios particulares que se presenten, inclusive en la jurisdicción laboral.

3) Permanencia de los órganos de la jurisdicción: Una justicia que no dispusiera para su servicio de órganos permanentes, sería inoperante en la mayoría de los casos.

Nos referimos a la permanencia de los órganos en sí (juzgados, tribunales y Corte), no de los funcionarios cuya variación no

afecta la de aquellos. Solo en sociedades primitivas puede recurrirse a jueces designados para cada caso. Los funcionarios pueden variar, pero el oficio debe ser desempeñado siempre por alguien.

Por eso se prohíbe a los jueces y magistrados abandonar el cargo, inclusive después que su renuncia ha sido aceptada y su reemplazo designado, mientras éste no le reciba el despacho; o se encargue de él a un subalterno; la contravención a esta norma implica delito.

4) La organización judicial debe abarcar el territorio nacional y estar al alcance de todos: No se trata de que en cada lugar exista un juez, pero sí de que no haya ninguno que no esté sometido a la competencia de algún juez. Porque la jurisdicción es un derecho subjetivo del Estado para someter a ella toda persona, natural o jurídica, que se encuentre dentro del territorio nacional; pero es también una obligación del Estado, para prestar con ella el servicio de administrar justicia a toda persona que lo solicite y en todo el territorio nacional.

5) Debe existir suficiente número de funcionarios: Para que la justicia pueda ser general y pueda existir en todo el territorio nacional, sin que su lentitud y las dificultades para que los interesados recurran al juez competente la hagan ineficaz, debe existir un número suficiente de funcionarios judiciales.

Hay que considerar el territorio, porque el juez de primera instancia debe estar más o menos próximo al lugar donde ocurran los hechos que ha de conocer; y también hay que tener en cuenta el número de asuntos contenciosos y voluntarios que puede atender cada juez, porque un recargo de trabajo implica retardo inevitable en el despacho.

6) Distribución del territorio nacional en diversas circunscripciones, con jueces separados para cada una: Es la distribución territorial de la competencia, para hacer posible el ejercicio adecuado de la jurisdicción en todo el territorio nacional. Esta circunscripción debe ser menor para los jueces inferiores y mayor para los superiores siguiendo el principio de que estos últimos conocen de los asuntos que corresponden a varios de aquellos, hasta terminar en un juez supremo que ejerce jurisdicción en todo el país (nuestra Corte Nacional, el Consejo Nacional de la Judicatura, Las Cortes Provinciales, Los Tribunales Distritales de lo Fiscal y lo Contencioso Administrativo, los Tribunales Penales y Jueces de diferentes materias).

7) Pluralidad jerárquica de los funcionarios: Es la distribución de la jurisdicción, que se refiere al principio de las dos instancias y a los recursos extraordinarios de casación y de revisión.

   La institución de jueces inferiores y superiores no mira solamente a una mayor circunscripción territorial, sino a un grado superior de competencia, para que sea posible la revisión

por los últimos de las providencias dictadas por los primeros, dando así una mayor garantía de certeza a la administración de justicia y procurando la uniformidad de criterio que evite el caos jurídico por sentencias contradictorias sobre cuestiones similares.

La casación no representa una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario, Tampoco constituye una tercera instancia el recurso extraordinario de revisión, contra sentencias ejecutoriadas, sino que es en verdad un nuevo proceso contra la sentencia por causas excepcionales y como una excepción a la firmen de la cosa juzgada.

Sin embargo, la imperativa urgencia de acelerar los procesos, demasiado lentos actualmente en casi todos los países, hace aconsejable la supresión de la doble instancia, para dejar sola una, ante Tribunales de jerarquía similar a los que hoy atienden la segunda, siempre en salas plurales, con procedimiento oral concentrado, para toda clase de asuntos, y con recurso de casación restringido como hoy para orientar la jurisprudencia principalmente; se tendría así justicia acelerada, pero buena, para ricos y pobres, y se terminaría con la antidemocrática distribución de los mejores jueces para los negocios de mayor valor (que generalmente son los de los ricos) y de los jueces

menos buenos e inclusive malos para los negocios de poco valor (que generalmente son los de los pobres>. [174].

8) Jerarquía de los oficios o despachos judiciales: La distribución territorial y la pluralidad de los grados de competencia traen como consecuencia la necesidad de regular las jerarquías en orden a la dependencia que los oficios o despachos deben tener respecto a los de mayor grado. Sería un caos completo, si cualquier despacho u oficio dependiera de todos los de grado superior, pues se presentarían conflictos y contradicciones entre estos y se haría imposible la marcha de los negocios.

   Se trata, por consiguiente, de obtener que solo determinados oficios o despachos sean los superiores jerárquicos de los cuales dependan los inferiores ubicados en determinado territorio.

9) La distinta composición de los oficios o despachos: Para una mejor rapidez en la administración de justicia, los jueces inferiores suelen ser singulares, es decir, que un juez debe atender cada despacho, con independencia de los demás jueces de igual grado que tengan similares funciones, inclusive en la

[174] DEVIS ECHANDIA: Párrafo final del num. 13 del t. III, de este Compendio, ediciones 1ª a 5ª; Progresos y deficiencias de nuestra justicia civil, en Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, año 1975, núms.. 208 a 209, y en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, 1976, num. I, ps. 7 a 54; La aceleración de la justicia civil, trabajo presentado al Congreso Internacional Belga de Derecho Procesal, agosto 1977, publicado en nuestros Estudios de Derecho Procesal, Bogotá. Edit. A B C; t. II, 1980, ps. 557 a 572.

misma circunscripción territorial. En cambio, los jueces superiores de cierto grado deben ser plurales o colegiados, para conocer varios de ellos un mismo asunto simultáneamente, aportando sus luces y dando así una mayor garantía de certeza e imparcialidad.

Naturalmente, a los jueces colegiados se llevan los asuntos de mayor importancia, y los recursos contra las sentencias de los singulares. Un sistema ideal para el futuro sería dejar solo cien o más tribunales plurales de única instancia, y el recurso de casación limitado.

10) Un sistema de selección, nombramiento y ascensos de los funcionarios que garantice su independencia, su imparcialidad y su capacidad jurídica y moral: Un sistema apropiado de selección y nombramiento de los funcionarios, es un requisito sine qua non para que ellos reúnan las condiciones de independencia, imparcialidad, honestidad y capacidad, sin las cuales no puede existir justicia. Si el sistema es inapropiado y defectuoso, quedará viciada en su base toda la organización judicial. Hace falta una verdadera carrera judicial.

11) Un sistema legal de procedimiento judicial que permita a los funcionarios el desempeño de su misión a la altura de sus capacidades y de su voluntad de trabajo: La mejor voluntad, la consagración más esmerada y la preparación jurídica más completa pueden verse frustradas, en el desempeño de los cargos judiciales, por los defectos del procedimiento legal. Si al

juez se le convierte en un pasivo espectador del debate judicial, sin facultades para impulsar adecuadamente el proceso y evitar su estancamiento, para rechazar las maniobras dilatorias de la parte que no está interesada en obtener justicia. sino en demorar su aplicación, para controlar y sancionar las faltas contra la buena fe y la lealtad que deben existir en todas las actuaciones procesales, para adelantar el proceso con la debida concentración e inmediación, para ordenar y practicar pruebas de oficio y valorar el elemento probatorio sin convertirse en una simple máquina registradora de las conclusiones previamente supuestas por una rigurosa tarifa legal, para subsanar los vicios procesales que se presenten y evitarlos si es posible, para exigir inicialmente la comprobación de los presupuestos necesarios a fin de dictar sentencia de fondo y evitar procesos inútiles (interés sustancial para obrar y legitimación en la causa) y para evacuar los procesos en un tiempo relativamente corto, la justicia será lenta y mala, a pesar de las buenas condiciones que tengan los jueces y magistrados . Todo esto sin olvidar que más importantes son las condiciones personales de los funcionarios, que las ventajas del procedimiento legal.

12) Separación de las distintas ramas de la jurisdicción: La complejidad de los problemas sociales exige la diversificación de las leyes procesales y de la jurisdicción para disponer de procedimientos distintos y apropiados a cada clase de problemas y de jueces especializados en ellos. Por eso existen leyes procesales y jurisdiccionales civiles, penales, laborales, contencioso administrativas, fiscales, militares, eclesiásticas, de

aduanas, y en algunos países, comerciales, constitucionales y disciplinarias.

Sin embargo, lo importante es la especialización de los jueces y magistrados; porque bien posible es un solo procedimiento común para las distintas ramas de la jurisdicción (civil, penal, laboral, contencioso administrativa, etc.), especialmente si es verbal.

La jurisdicción es una, como derecho subjetivo y como obligación del Estado y emanación de su soberanía para el desempeño de una de sus funciones fundamentales; pero se la clasifica y divide según el número de organizaciones judiciales que se constituyan en cada país, para sus distintas actividades

13) Existencia de un Ministerio Público paralelo a la organización judicial: No solo en materias penales y militares, sino también en las contencioso-administrativas y en las civiles y laborales, deben existir funcionarios representantes de la sociedad, que intervengan en los procesos con el fin de procurar el restablecimiento o el cumplimiento de la ley y la recta administración de justicia. Su colaboración trae provechosos resultados.

13.3. SELECCIÓN, NOMBRAMIENTOS Y ASCENSOS DE LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES:

Varios son los sistemas que se han aplicado y que actualmente existen. Su bondad depende no solo de ellos mismos, sino del medio en donde aplican, porque el sistema bueno para un país, puede resultar malo en otro por la índole de las personas encargadas de aplicarlo. Pero los vicios del sistema dejan contaminada la administración de justicia en sus propias bases y hacen más improbable su adecuado funcionamiento.

Quizá no existe un sistema perfecto, libre de todo defecto y que no se preste a desviaciones al cabo del tiempo; pero sí es posible para cada país escoger uno que ofrezca el mínimo de inconvenientes y el máximo de ventajas.

El sistema de elección popular de los jueces, usado en algunos países, tiene el grave inconveniente de prestarse a la influencia política, con todos sus vicios, y, por tanto, a colocar en segundo plano las virtudes de los candidatos.

El sistema de elección por los cuerpos legislativos, presenta, en grado menor, el mismo inconveniente del anterior.

El sistema de libre nombramiento por el ejecutivo puede dar resultado en países de muy distinta índole del nuestro; pero en las repúblicas hispanoamericanas conduciría generalmente a la

formación de un órgano judicial incondicional del gobierno y, en consecuencia, político.

El sistema de designación por los superiores jerárquicos del mismo órgano jurisdiccional, es sin duda el que mejor garantiza la independencia y apolicidad de los funcionarios y se presta a una superior selección de los candidatos, libre de los intereses políticos. Está vigente en el Ecuador que previa selección de candidatos elegibles por el Consejo Nacional de la Judicatura, la Corte Nacional designa los magistrados de las Corte Provinciales y estos a todos los jueces de cada Distrito, pero a la fecha existe un Consejo de la Judicatura provisional que esta haciendo la evaluación de toda la Función Judicial, concurso para la Corte Nacional y los Juzgados.

LA CARRERA JUDICIAL

Se entiende por carrera judicial la organización de los funcionarios jurisdiccionales a base de permanencia, estabilidad, escalafones y ascensos, en forma bastante similar a lo que ocurre con la carrera militar, pero sin la obligatoriedad de los ascensos que existen en, ésta, sino mediante concursos de méritos. Todo esto para que, una vez producido el ingreso en la carrera, el funcionario no esté sujeto a la angustia de las reelecciones periódicas, con todo el gravoso

acompañamiento de recomendaciones, intrigas, solicitudes y apadrinamientos, que afectan la dignidad del juez[175].

Es indispensable que la ley exija rigurosas condiciones para el ingreso a la judicatura, con carrera o sin ella.

La carrera judicial implica que se ingrese a la judicatura en el grado inferior, previo el cumplimiento por parte de los candidatos de los requisitos establecidos y el sometimiento a la aprobación de un curso especial de postgrado de tiempo completo y duración no menor de dos años, sin necesidad de estar desempeñando un cargo de juez, como es obvio. Sin embargo, para las promociones a grados superiores se consideran como únicos candidatos quienes hayan ingresado a la carrera y estén desempeñando cargos inferiores, o similares pero en lugares de menor importancia. Claro está que para implantar la carrera como sistema nuevo, se requieren normas especiales de ingreso, a fin de aprovechar a los funcionarios calificados de todo grado que estén desempeñando los cargos.

La promoción no puede ser el resultado simple del cumplimiento de un cierto tiempo en el desempeño del cargo, como sucede en la carrera militar, porque la consecuencia podría ser el imperio de la mediocridad, con catastróficos efectos; debe ser el resultado de la selección hecha por el superior encargado de llenar las vacantes,

[175] COUTURE: Estudios, ed. cit., t. I, ps. 132, 135 y 140; SENTIS MELENDO: Teoría y práctica del proceso, ed. cit., t. II, ps. 19-39, DEVIS ECHANDIA: Nociones generales de derecho procesal civil, ed. cit., num. 152.

con la evaluación del Consejo Nacional de la Judicatura y concursos de méritos, en consideración a los méritos de los candidatos que reúnan la condición formal del tiempo de servicio mínimo en el cargo que están desempeñando.

El problema está en definir el sistema para seleccionar tanto los candidatos a ingresar a la carrera, como los aptos para el ascenso.

Consideramos como el principal fundamento para una adecuada solución de este problema la existencia de sueldos justos, que más bien pequen por exceso y jamás por defecto. Los sueldos de nuestros jueces son insuficientes.

Por una parte, creemos que para la designación de la Corte Nacional no debe aplicarse el sistema cerrado de la carrera. Puede suceder que entre los magistrados de los tribunales y sus fiscales se encuentren candidatos de excelencia para llenar las vacantes de la Corte o atender a su necesaria renovación periódica, según el sistema adoptado; pero también es posible lo contrario, al menos en el número que se requiere. Además, la indispensable evolución de la jurisprudencia exige el ingreso de abogados y profesores que tengan ideas nuevas, formadas a través de experiencias ajenas al desempeño de cargos judiciales, que aporten doctrinas modernas y que no sufran el peso de la peligrosa rutina judicial.

Una solución aconsejable es la de asignar una tercera parte de las plazas para renovar en la Corte, a profesionales en ejercicio y profesores universitarios.

A las calidades anteriores se suman las de orden moral. Es de suma importancia para la justicia, la honorabilidad, imparcialidad, independencia y dignidad de los jueces y magistrados.

Además, debe establecerse el retiro forzoso por edad o incapacidades y la destitución por falta grave en el desempeño de las funciones o por haberse incurrido en sanciones penales, normas que deben estipularse para toda clase de funcionarios, (Actualmente en Ecuador hay retiro forzoso a los 70 años).

Las promociones deberán ser con base en concursos entre los funcionarios en ejercicio, cuando se trate de llenar vacantes. Podrían utilizarse para las pruebas escritas los expedientes de procesos que se encuentren en estado de recibir sentencia, a fin de que los concursantes elaboren el proyecto del caso, sin olvidar que deben ser los antecedentes morales y las obras, conferencias y lecciones, la capacidad de trabajo y estudio probada en los años servidos en la judicatura o en la profesión y el profesorado, y la calidad demostrada a través de las sentencias y autos proferidos o proyectados como jueces y magistrados, y de los conceptos como fiscales, lo que debe contar en primer término. Así resulta un concurso de méritos y antecedentes.

Cuando se produzca una vacante para juez y existan funcionarios de carrera con antecedentes meritorios, en cargos de igual jerarquía, pero ubicados en lugares menos importantes, lo pertinente es llenarla con el traslado de uno de aquellos y abrir el concurso para

la vacante que deje el favorecido. El traslado debe ser también por concurso de méritos y antecedentes.

13.4. CARACTERÍSTICAS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

Santiago Sentis Milendo nos dice que la administración de justicia debe ser permanente, general exclusiva y definitiva, además de imparcial e independiente.

Permanente, puesto que la existencia de los conflictos entre particulares o entre estos y el Estado es continua y no dejará de presentarse jamás.

General, porque todo titular de derecho, es decir, toda persona, natural o jurídica, está en posibilidad permanente de necesitar la tutela del Estado, y de este modo, por una parte, para todas las extranjeras y nacionales, deben estar abiertas las puertas de la justicia, y, por otra, pesa sobre ellas la obligación de someterse a sus decisiones.

Exclusiva, porque no solamente los particulares no pueden constituirse en jueces, salvo los casos en que por virtud de la ley adquieren cierto carácter especial, como sucede a los árbitros y jurados, sino que es ésta una función fundamental del Estado, ejercida por éste como una emanación de la soberanía nacional.

Definitiva, porque las decisiones pronunciadas por los funcionarios competentes deben quedar libres de toda revisión o discusión

futura, es decir, que deben tener fuerza obligatoria indefinida, una vez agotados o pre concluidos los recursos que la ley procesal consagre, salvo que por causas excepcionales y taxativamente enunciadas por la ley se pueda revisar la sentencia, como ocurre con el recurso extraordinario de revisión y cuando se establece que puede modificarse la sentencia ejecutoriada por otro proceso o sea que le niega a aquélla la fuerza o efecto de cosa juzgada.

La función del juez en la aplicación del derecho se realiza de tres maneras diferentes, a saber: a) interviniendo para desatar un conflicto de pretensiones jurídicas sometidas a su decisión (en lo civil, laboral y contencioso administrativo), o para resolver el conflicto social creado con la ocurrencia de hechos ilícitos constitutivos de delitos o contravenciones (en materia penal), mediante procesos de jurisdicción contenciosa; b) pronunciando la declaración que una persona interesada le ha solicitado y sin que ello entrañe conflicto para desatar contra la otra, o bien, actuando para investir de legalidad ciertos actos (procesos de jurisdicción voluntaria): y c) realizando la ejecución forzosa o coactiva de un hecho (procesos contenciosos de ejecución).

Ejercen también los jueces otras funciones que pueden calificarse como administrativas, relacionadas, claro está, con la administración de justicia, como el nombramiento de otros funcionarios judiciales, nombramiento de los empleados subalternos de los tribunales o juzgados, reglamentación del trabajo interno de sus dependencias, y otras similares.

El tratadista citado nos dice que la misión del juez tiene aspectos distintos:

a) Aplicar la ley general a los casos particulares, o sea, individualizar la norma abstracta;

b) Interpretar el contenido de la ley, haciéndola evolucionar para adaptarla a las nuevas circunstancias sociales y políticas que la inevitable evolución histórica vaya presentando; es decir, interpretación dinámica y no estática.

c) Crear una norma cuando no encuentre disposición en la ley ni en la costumbre y necesite resolver una controversia determinada, ya que no puede abstenerse de fallar so pretexto de no existir norma para el caso. Pero nunca normas penales sustanciales.

En el último caso el juez crea una norma nueva; pero téngase presente que no lo hace nunca en su nombre. El necesita salvar la autoridad moral del derecho consagrado y por eso coloca sus innovaciones bajo el mandato de la ley o de la costumbre o de las reglas generales del derecho, cubriéndolas con el sello de la legalidad.

También, el juez llena los vacíos procesales con las normas análogas vigentes para casos análogos, e igualmente los vacíos de leyes sustanciales no penales.

Pero así como no debe considerarse al juez como un siervo de la ley, imposibilitado para darle vida y crear normas de derecho por vía jurisdiccional, tampoco es posible admitir la noción del juez omnipotente y con poderes ilimitados para darle a los asuntos llevados a su estudio la solución que libremente quiera escoger[176].

No puede el juez romper abiertamente con la ley y dedicarse a crear un sistema legislativo propio. Pero al interpretar la ley científicamente, el juez puede darle la vida que en su simple texto no aparece, y llevarla a producir un resultado justo en ese momento histórico, pues éste debe ser el fin de toda sentencia.

La solución justa no debe buscarse solamente en el texto escueto de la ley, sino también en los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico positivo de cada país. Así, sin independizarse de la ley puede el juez contribuir a la creación de normas positivas, como una fecunda fuente de derecho en constante evolución.

"Interpretando las normas constitucionales y legales, pueden los jueces contribuir a mejorar la justicia social o a disminuir la injusticia social, existente en el derecho positivo de cada país; esto ennoblece y acrecienta su trascendental función, contribuyendo más eficazmente al progreso, la paz y el bienestar del pueblo[177].

[176] COUTURE: Estudios, ed. cit., t. I, p 79; CAPELLETTI: Procesos e ideologie, ed. cit., págs. 3-35.

[177] DEVIS ECHANDIA: Justicia judicial y justicia social, en Estudios de Derecho Procesal, A B

Se infiere de lo dicho, que al interpretar la ley no es posible aferrarse a las palabras ni al sentido literal, ni a la intención primitiva del legislador, como única manera de conocer el derecho contenido en las normas escritas. Lo que debe perseguirse es el conocimiento del contenido jurídico que se encierra en la ley, de acuerdo con las circunstancias de toda índole que existen en el momento de aplicarla en el respectivo medio social y desentrañando su verdadera finalidad, que es la realización del derecho material en el caso concreto.

"Cuando se interpreta la ley procesal es imposible dejar de lado los fundamentales que conforman en cada país el derecho procesal y menos los que tienen ya un alcance universal, ni los principios constitucionales que sirven de fuente a aquellos[178].

Otro principio es el de analogía. Pero, debe tenerse en cuenta que el caso análogo no es caso idéntico, sino el semejante, el que tiene algo de común, como la simple lógica enseña, y es, por lo tanto, una noción comparativa. Es difícil saber cuándo la diferencia sobrepasa la analogía, para hacer de ellos dos distintos; en eso consiste la labor del intérprete.

Lo importante es tener en cuenta cuál es la razón jurídica de la norma que se trata de aplicar por analogía, y cuál debe ser la razón o principio jurídico que debe regular el caso no contemplado por el

C, Bogotá, t. II, 1980, págs. 553-556.

[178] CARNELUTTI: Sistema, ed. cit., t. I, num. 37; UGO ROCCO: Trattato, ed. cit., t. I, págs. 196-206.

legislador. Es decir, si ese principio se encuentra consagrado en alguna norma, tendremos que éste le es aplicable por analogía al caso no regulado. Existe entonces eadem ratio.

Y no deben olvidar los jueces este principio fundamental: el proceso debe dar a los interesados todo aquello y solo aquello que tienen derecho a conseguir; de ahí que deben usar con la máxima eficiencia las amplias facultades para dirigir e impulsar el proceso y para decretar pruebas de oficio, y la libertad para valorar las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, pues solo así podrán hacer efectivo y real, en cada proceso, dicho principio, cuya aplicación es un deber de los jueces y magistrados;

13.5. EL JUEZ COMO SUJETO PRINCIPAL DE LA RELACIÓN JURÍDICA PROCESAL

En acápites anteriores, explicamos los principios fundamentales de la organización judicial, la manera de seleccionar y designar los funcionarios judiciales y la carrera judicial. Ahora señalamos que, "es indiscutible que el juez es el sujeto principal de la relación jurídica procesal y del proceso[179]. En efecto, a él corresponde: dirigirlo efectivamente e impulsarlo en forma de que pase por sus distintas etapas con la mayor celeridad y sin estancamientos; controlar la conducta de las partes para evitar, investigar y sancionar la mala fe, el fraude procesal, la temeridad y

[179] NICETO ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO: Estudios de Teoría General e Historia del Proceso, México, 1974, págs. 239-277.

cualquier otro acto contrario a la dignidad de la justicia o a la lealtad y probidad; procurar la real igualdad de las partes en el proceso; rechazar las peticiones notoriamente improcedentes o que impliquen dilaciones manifiestas; sancionar con multas a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan sus órdenes y con pena de arresto a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por la razón de ellas; expulsar de las audiencias a quienes perturben su curso; decretar toda clase de pruebas que estime convenientes para el esclarecimiento de los hechos que interesen al proceso; apreciar esas pruebas y las promovidas por las partes, de acuerdo con su libre criterio, conforme a las reglas de la sana crítica; por último, proferir las decisiones interlocutorias por autos y las definitivas por sentencia.

Como lo dijimos antes, según nuestra legislación, el juez no es simple espectador del debate judicial, ni siguiera en el proceso civil y mucho menos en los demás, sino el verdadero director del proceso y el dispensador de la justicia de acuerdo con el derecho positivo y a nombre de la República y por Autoridad de la Ley.
Por el aspecto propiamente jurisdiccional, los poderes del juez se identifican con los poderes de la jurisdicción, a saber: poder de decisión, poder de coerción, poder de documentación y poder de ejecución.

El poder de decisión comprende el ejercicio de la potestad jurisdiccional para la tutela del orden jurídico y de la libertad individual, para desatar los conflictos y darle certeza jurídica a los

derechos subjetivos y las situaciones jurídicas concretas, mediante la sentencia, que cuando se trata de procesos contenciosos reviste la calidad especial de cosa juzgada, y para la resolución por providencias interlocutorias de los problemas que se presenten en el curso del proceso.

En el poder de coerción se incluye el disciplinario, que le permite sancionar con multas a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones, o demoren su ejecución, y sancionar con pena de arresto a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas , ordenar la devolución de los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros, expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso y sancionar con multas a los empleados y representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representantes, cuando estos deban rendir declaración o atender cualquiera otra citación que el juez les haga .

El poder de documentación faculta al juez para adoptar las medidas conducentes a verificar los hechos que interesen al proceso, decretando y practicando pruebas, allegando directamente documentos, no sólo a instancia de parte sino oficiosamente.

"Los poderes de coerción y de documentación se denominan también de ordenación e instrucción, y comprenden las facultades para investigar oficiosamente los hechos, decretando pruebas de

toda clase y careos entre partes o éstas y los testigos, y las demás que en el número anterior se mencionan[180].

El poder de ejecución permite que él proceda a cumplir coercitivamente las condenas impuestas en sentencias y en otras providencias judiciales, para la restitución o entrega de bienes, para la guarda de personas, para demolición de cosas o su construcción, y para el remate en pública subasta de bienes embargados y secuestrados, con el fin de pagar el valor de esas condenas y también el de obligaciones emanadas de manera clara, expresa y exigible de documentos públicos o privados auténticos, emanados del ejecutado o de su causante.

Resultado de la importancia de sus funciones es también que los jueces y magistrados estén sujetos a deberes y obligaciones de orden reglamentario: horario de trabajo, asistencia a audiencias y diligencias, práctica personal del reparto de negocios y término para resolver las peticiones, residir en la sede de su cargo y a otros de alcance más sustancial, aplicables a toda clase de procesos (penales, laborales, contencioso administrativos y civiles), a saber:

1) Administrar la justicia que se les solicita, sin que les valga la excusa de no encontrar ley para el caso, pues entonces deben recurrir a otra que regule uno análogo o a los principios generales de derecho sustancial y procesal.

[180] CARNELUTTI: Instituciones, ed. cit., t. I, ps. 294-295

2) Motivar sus sentencias y autos interlocutorios.

3) Otorgar los recursos que la ley consagra y que le sean interpuestos oportunamente;

4) Respetar los procedimientos y la ley sustancial.

5) Obedecer las incompatibilidades que para el ejercicio del cargo consagra la ley.

6) Declararse impedidos para conocer un negocio determinado en los casos señalados en la ley;

7) Actuar en todos sus actos con ética estricta e imparcialidad absoluta en el sentido de buscar únicamente la recta justicia conforme al derecho y la equidad, sin permitir que su criterio se incline a favor de una parte por interés personal, enemistad, amistad, parentesco, política, religión, raza u otro factor similar;

8) Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptando las medidas conducentes para impedir su paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran;

9) Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que la ley le otorga; es decir, los amplios poderes para decretar pruebas , evitando la temeridad y mala fe de los abogados que actúen como apoderados de las partes, evitar y

sancionar todo intento de fraude procesal, para de esa manera verificar la realidad de los hechos y procurar la sentencia justa, sin que el descuido o la mala fe de los abogados conduzcan a una sentencia adversa a la parte que tenga la razón (que en tal hipótesis generalmente será la parte pobre o más débil económica y culturalmente);

10) Prevenir, remediar y sancionar por los medios autorizados en la ley procesal, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal;

11) Emplear los poderes que la ley procesal le otorga, para evitar también nulidades y providencias inhibitorias; para lo cual puede ordenar la citación oficiosa de quienes falten en el proceso, con el fin de integrar el contradictorio, en caso de litis consorcio necesario y adoptar medidas de saneamiento al comenzar el proceso.

12) Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta.

Como puede observarse de lo dicho en este acápite, en el derecho moderno se le otorgan al juez amplias facultades, pero al mismo tiempo se le imponen mayores deberes y responsabilidades.

Siendo la administración de justicia una función que está en manos de personas de capacidad limitada y sujetas a pasiones y defectos,

por un imperativo de la naturaleza humana se presenta, como posibilidad, más o menos cierta, según el medio y la calidad de los sujetos la necesidad de corregir errores o vicios y de impedir abusos de parte de sus funcionarios.

Para los simples errores de los jueces existe el principio de las dos instancias, con los recursos ante el superior, y el muy especial de casación, y el más extraordinario, de revisión de las sentencias ejecutoriadas por motivos especiales; si se trata de un vicio de procedimiento, existe la nulidad. Estos errores y vicios no constituyen abusos, ni faltas, porque son propios de la razón humana; sin embargo, cuando se causa un perjuicio a las partes del proceso o a terceros que intervinieron en él, por motivo de un error "inexcusable" del juez, queda éste obligado a responder civilmente por aquellos.

Contra la posibilidad de que el juez obre con parcialidad o mala fe, de que se exceda en sus facultades para aplicar sanciones o de que incumpla sus deberes y se abstenga de proveer, la ley consagra la vigilancia judicial a cargo del ministerio público, sanciones y medidas de carácter penal y disciplinario y otras de naturaleza civil, además de las incompatibilidades e impedimentos.

Existe, además responsabilidad penal de los jueces está contemplada expresamente por el Código Penal, para los casos de peculado, concusión, cohecho, negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, prevaricatos, abuso de autoridad, ejercicio de la profesión como mandatarios, aunque se

hallen en uso de licencia, asesoramiento de las partes litigantes, intervención en directorios políticos, violación de la reserva del sumario, abstención de dar noticia de delitos perseguibles de oficio, utilización en provecho propio o ajeno de inventos o descubrimientos científicos que conozcan en razón de su cargo después de haberse posesionado el reemplazo

"Se ha discutido si es posible exigirle responsabilidad a funcionario judicial, cuando se trata de actos culposos o dolosos que no alcancen a constituir delito, pero que resulten arbitrarios o ilegales, lesivos del patrimonio material o moral de las partes litigantes o de terceros, sean en forma de sentencias o autos o decisiones en el curso de diligencias, o de abstenciones en el cumplimiento de los deberes (como mora en el despacho de los negocios o negativa de resolver ciertas peticiones o denegación de justicia)[181].

"Una cuestión interesante es: ¿si el funcionario es responsable personalmente, deja de serlo el Estado? De ninguna manera, pues la responsabilidad de aquel no elimina la de éste. La responsabilidad del Estado existe sólo cuando aparece la del empleado judicial, como es natural: si éste resulta irresponsable por ausencia del dolo y culpa, aquel no puede serlo[182].

[181] MARIO GUIMARAES: O juiz a Funcao jurisdiccional, ed. cit., p. 230 y 240; CARNELUTTI: Instituciones, ed. cit., t II, p. 299-300; ROCCO: Trattato, ed. cit., p. 30; COUTURE: Estudios, ed. cit., t. I, p. 90-91

[182] BIELSA: Derecho Administrativo, 4ª ed. t. II, 365; GUIMARAES: ob. cit., p. 247: DUGUIT: Traité de droit administrative, 2ª ed., p. 537; DEVIS ECHANDIA: Tratado, ed. cit., t. II.

Ningún cargo público exige con mayor rigor que el judicial una ética intachable en su desempeño. No se trata sólo de abstenerse de incurrir en ilícitos penales y de no violar las prohibiciones expresas de los Códigos de Procedimiento, leyes y decretos complementados. En todos estos casos existen sanciones penales o disciplinarias. La ética, en cambio, se refiere a las actuaciones del juez que no tienen sanción jurídica "al comportamiento procesal del juez no sancionable jurídicamente". Donde el mandato jurídico no existe para él, donde la sanción jurídica no puede producirse, allí habrá de funcionar la ética, como dice Sentis Melendo[183].

13.6. ACTOS DECISORIOS DEL JUEZ: AUTOS Y SENTENCIAS:

El juez dirige y decide el litigio o resuelve las peticiones que sin controversia se le presenten. Para esto dispone de ciertos poderes, que agrupamos en cuatro categorías: de decisión, de coerción, de documentación y de ejecución. Naturalmente el ejercicio de esos poderes se hace mediante actos adecuados, que pueden ser de gobierno y de composición.

Los actos de gobierno procesal del juez son las órdenes, y los de composición procesal, las decisiones. Los actos decisorios del juez

num. 189, y Nociones generales, ed. cit., num. 162; SILVA MELERO: La prueba procesal, Madrid, 1963, t. I, p. 138-139.

[183] SENTIS MELENDO: Teoría y práctica del proceso, ed. cit., t. II, p. 64.

están contenidos en las providencias que dicta y se clasifican entre nosotros en dos categorías: autos y sentencias.

Por lo tanto, los actos decisorios de composición procesal se dividen entre nosotros en sentencias y autos interlocutorios; y los actos de gobierno procesal se denominan autos de sustanciación. Todos son especies del género providencias.

Son sentencias las que deciden sobre las pretensiones de la demanda, o las excepciones que no tengan el carácter de previas cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien, y las que resuelvan los recursos de casación y revisión. Son autos todas las demás providencias, de trámite o interlocutorias, sin definirlos. "La sentencia es el acto mediante el cual el juez cumple el deber jurisdiccional que le imponen tanto el derecho de acción como el derecho de contradicción[184].

Son interlocutorios los autos que contienen alguna decisión sobre el contenido del asunto litigioso o que se investiga y que no corresponde a la sentencia, o que resuelven alguna cuestión procesal que puede afectar los derechos de las partes o la validez del procedimiento, es decir, que no se limitan al mero impulso procesal o gobierno del proceso. Son ejemplos los autos que resuelven un incidente, o admiten o rechazan la demanda, o

[184] CORTE SUPREMA: sentencia de casación civil (22 de junio 1973), publicada en la revista Derecho Colombiano, número 139, de julio de ese año, págs. 11-33 y 31 octubre 1972, publicada en "Jurisprudencia al Día", tomo julio-diciembre de ese año, p. 166.

determinan la personería de alguna de las partes o de sus representantes, o niegan el decreto o práctica de una prueba, o señalan una caución, o decretan embargos o desembargos, o admiten la intervención de un tercero o la rechazan.

Los autos de sustanciación son los que se limitan a disponer un trámite de los que la ley establece para dar curso progresivo a la actuación, se refieren a la mecánica del procedimiento, a impulsar su curso, ordenar copias y desgloses, citaciones y actos por el estilo.

En ocasiones se pone término al proceso mediante un auto interlocutorio, como cuando se declara probada la excepción previa de cosa juzgada sobre la totalidad de la pretensión o de caducidad definitiva, o se acepta un desistimiento o una transacción. Entonces el auto tiene valor de sentencia.

Se ha discutido mucho acerca de si el auto que decreta pruebas o la resolución que acepta una prueba y dispone practicarla, es de sustanciación o interlocutorio. Tanto se relaciona con el derecho controvertido el decretar una prueba como el negarla, y por esto creemos que el auto es siempre interlocutorio.

También se ha discutido acerca de la naturaleza de los autos que admiten la demanda, que ordenan un requerimiento o la notificación de la cesión de un crédito o del título ejecutivo a los herederos o la citación para reconocer documentos privados; estos autos son de sustanciación si se limitan a eso, pero si además resuelven sobre la personería de las partes, o el registro de la

demanda, o la caución que deba otorgase, u otro punto que no sea de simple trámite, son en esa parte interlocutorios. Los autos que decretan pruebas anticipadas, antes del proceso, tienen la misma naturaleza que los que decretan pruebas en el proceso y por lo tanto los consideramos interlocutorios, sea que se cite o no a la futura parte contraria.

Hemos dicho que la sentencia es el acto por el cual el juez cumple la obligación jurisdiccional derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o fondo del demandado. Mediante la sentencia se convierte, para cada caso, en voluntad concreta la voluntad abstracta del legislador que la ley contiene.

Toda sentencia es una decisión y el resultado de un razonamiento o juicio del juez, en el cual existen las premisas y la conclusión. Pero al mismo tiempo contiene un, pues tiene fuerza impositiva, ya que vincula y obliga. Es, por lo tanto, el instrumento para convertir la regla general contenida en la ley, en mandato concreto para el caso determinado. Pero no es por sí misma un mandato, ya que se limita a aplicar el que contiene la ley.

La sentencia puede ser de tantas clases como los procesos, y, por lo tanto, puede hablarse de sentencias declarativas o dispositivas: de conocimiento o ejecutiva; declarativas, de declaración constitutiva o de condena; represivas o preventivas, singulares o colectivas; contenciosas o de jurisdicción voluntaria.

"Dos tesis se han formulado sobre la naturaleza de la sentencia: una sostiene que es un juicio lógico y otra que es un acto de voluntad. En realidad, las dos tesis contemplan aspectos diversos de la sentencia y lejos de excluirse se complementan[185].

Pero no se trata de un acto de voluntad del juez, sino del Estado a través de aquél. "Nosotros consideramos la sentencia como un mandato y juicio lógico del juez para la declaración de la voluntad del Estado, contenidas en la norma legal que aplica en el caso concreto[186].

El juez no crea el derecho, sino que lo declara o reconoce, de acuerdo con los hechos de donde se origina y con la norma legal que lo regula, o la costumbre cuando es aplicable.

En los procesos de única instancia existe una sola sentencia: en los de dos instancias (que son la gran mayoría si se apela de la de primera o existe consulta forzosa ante el superior), habrá dos sentencias, una en cada instancia; además, en algunos procesos existe recurso extraordinario de casación y entonces para resolverlo se dicta una tercera sentencia; también se resuelve por sentencia el

[185] ROCCO: Trattato, ed. 1966, t. II, p. 237-238; CALAMANDREI: La genesi lógica della sentenza civile, en Opere Guiridiche, Nápoles, 1955, p. 11-54: SANTIAGO SENTIS MELENDO: Revista Iberoamericana de Derecho procesal, 1976, núms.. 2-3.

[186] Nuestra Corte Suprema la ha considerado "un juicio, una operación de carácter crítico, indispensable para concretar la voluntad abstracta de la ley", concepto similar al nuestro; casación civil de 22 febrero 1973, sin publicar. Ordinario de Willfort & Cta., contra Hernando Sarmiento y otro.

recurso extraordinario de revisión, pero es un trámite separado y posterior a la terminación del proceso

En nuestros procedimientos los autos y las sentencias deben constar por escrito y en su encabezamiento debe indicarse en letras la fecha en que se dictan y la denominación legal del juzgado, tribunal o Corte; además, deben llevar la firma del funcionario que los dicta, o de los varios magistrados cuando se trata de acto de sala, lo mismo la del secretario.

Debe encabezarse la parte resolutiva de las sentencias con la fórmula sacramental: "Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley"; pero su omisión no es vicio de nulidad.

Cuando la providencia se dicta en el curso de una diligencia judicial o una audiencia, es inicialmente oral, pero entonces debe dejarse constancia de ella en el acta respectiva, que a su vez lleva aquellas especificaciones y las firmas de quienes intervienen.

En toda decisión interlocutoria o sentencia se distingue la parte motiva y la parte dispositiva o resolutoria. Cuando se trata de sentencias, debe distinguirse la motivación de los hechos y la de derecho. En los procesos civiles, laborales y contencioso-administrativos, se debe hacer una relación concisa del litigio, de su objeto, de sus causas, hechos y sujetos, indicando sus nombres o domicilios: de las pruebas y la crítica que merecen; de las normas de derecho y de las razones de justicia y equidad que se tengan en

cuenta, y su aplicación a las peticiones y excepciones. En materia penal se exigen más formalidades.

La disposición o resolución puede consistir en una sola decisión o en varias, según que en la demanda se formulen una o varias peticiones y que exista o no demanda de reconvención; o que haya pluralidad de imputados o concurrencia de delitos. En el segundo caso, se debe resolver por separado, pero en la misma sentencia, sobre cada demanda y sobre las diversas peticiones de éstas, e igualmente respecto a cada imputado y a cada delito.

Como el fin que se busca es la certeza jurídica, la sentencia debe ser clara y precisa, por lo cual, cuando presenta oscuridad en sus decisiones, el juez de oficio o a petición de parte, debe proceder a aclararla siempre que lo haga o se le pida dentro del término de la ejecutoria y que los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda estén contenidos en la parte resolutiva, o en la motiva si influyen en el contenido de aquélla. Naturalmente, toda sentencia debe ser interpretada racionalmente, cuando no sea suficientemente clara y no se haya aclarado por el juez o el tribunal que la dictó.

En el proceso penal, la sentencia debe resolver sobre todas las imputaciones formuladas en el auto de llamamiento al imputado o procesado o a los varios que existan, lo cual implica considerar todas las defensas de aquellos.

Es regla general que ninguna providencia judicial surte efectos mientras no esté ejecutoriada. La ejecutoria se surte una vez vencido el término para recurrir o tres días después de notificadas cuando carecen de recursos por esta razón, providencia en firme es lo mismo que ejecutoriada.

Pero hay una diferencia muy importante entre los efectos de la ejecutoria de las sentencias y la de autos. Las primeras una vez ejecutoriadas no pueden ser reformadas y producen el efecto de la cosa juzgada entre las mismas partes o sus sucesores, si el proceso a contencioso, salvo especial y expresa excepción de la ley; además obligan a las partes y vinculan al juez. En cambio, los autos ejecutoriados no atan al juez cuando decide en la sentencia, y por tanto puede separarse de ellos cuando dicta ésta. Sin embargo, las sentencias pueden ser "complementadas" o "adicionadas" por el mismo juez que las dicta, cuando omitan resolver sobre alguna pretensión o excepción, o reconvención, o demanda de proceso acumulado, o sobre el pago de costas, o sobre perjuicios en casos de temeridad o de mala fe de las partes o de sus apoderados o en otro caso en que la ley ordene imponer tales perjuicios oficiosamente; esta complementación o adición debe hacerse dentro del término de ejecutoria si es de oficio, o a petición de parte presentada dentro del mismo término.

Pero no quiere decir lo anterior que los autos ejecutoriados no tengan ningún valor vinculativo y que el juez pueda modificarlos o revocarlos oficiosamente o a solicitud de parte, en cualquier momento. Por el contrario, si los interesados no formulan los

recursos que contra ellos existen, en el término de su ejecutoria, y ésta se surte, los autos interlocutorios vinculan al juez y a las partes, como necesaria consecuencia para el orden y la marcha progresiva de la actuación, a no ser que se trate de proferir sentencia, porque en este caso el juzgador puede separarse de sus conclusiones, o que exista una causal de nulidad que afecte la parte del proceso en donde se encuentren esos autos y aquélla sea declarada[187], o que la ley contemple un incidente para resolver el punto y se tramite y en el auto que lo resuelva se llegue a otra conclusión que en el anterior.

Los errores puramente aritméticos cometidos en cualquier providencia (auto o sentencia), pueden ser corregidos por el mismo juez o tribunal, de oficio o a solicitud de parte, mediante un auto susceptible de los mismos recursos que la providencia corregida, en cualquier tiempo. Los errores de la sentencia, distintos de los puramente aritméticos, sólo pueden corregirse mediante los recursos oportunamente interpuestos.

La aclaración de autos procede también de oficio dentro del término de ejecutoria, o mediante recurso oportuno de reposición que debe presentarse dentro del mismo término. El juez sólo debe acceder a la aclaración cuando de acuerdo con su criterio le parezca que existe el motivo de duda sobre su decisión, aunque el peticionario piense otra cosa. La aclaración de la sentencia no

[187] DEVIS ECHANDIA: Tratado, ed. cit., t. III, num. 438

puede llegar a modificar su alcance o el contenido de la decisión, pues debe limitarse a desvanecer las dudas que se produzcan por los conceptos o frases contenidos en ella, para precisar simplemente el sentido que se les quiso dar al redactarla.

Debe tenerse cuidado de no confundir la cosa juzgada con la ejecutoria de la sentencia. Esta se cumple cuando no hay recursos pendientes por no otorgarlos la ley o por haber pasado el término para interponerlos, cualquiera que sea la sentencia; aquélla es una calidad especial que la ley les asigna a algunas sentencias ejecutoriadas. No hay cosa juzgada sin ejecutoria, pero si ésta sin aquélla.

Igualmente importa saber que toda sentencia ejecutoriada obliga a las partes y debe cumplirse voluntariamente o en forma coactiva, aun cuando no constituya cosa juzgada. Por consiguiente, es un error decir que la obligatoriedad de la sentencia sea un efecto de la cosa juzgada, pues lo es de toda sentencia ejecutoriada.

Por otra parte, con la sentencia ejecutoriada se producen varios efectos jurídicos; se cumple por el juez la obligación impuesta por la demanda; sirve de titulo ejecutivo contra el obligado a cumplirla; impone a otros funcionarios ciertas obligaciones, como el registrador de instrumentos públicos la de registrarla si produce alguna modificación en la situación jurídica de un simple derecho real constituido en él, y en algunos casos al notario la de protocolizarla; sirve para llevar determinada condición o calidad ante la sociedad, como sucede con las que versan sobre el estado

civil. Es decir, produce algunos efectos fuera del proceso, además de los que normalmente produce dentro de él.

Por este motivo se distingue entre la eficacia interna y la eficacia externa, de la sentencia. La primera se refiere a su imperatividad y obligatoriedad, que es un efecto que se produce con toda sentencia ejecutoriada, y a su definitividad e inmodificabilidad que sólo corresponde cuando tiene la calidad de cosa juzgada, entre quienes fueron partes y sobre el juez. La segunda se refiere a consecuencias distintas de la vinculación entre las partes y el juez, pero de indudable valor jurídico[188].

La sentencia requiere o no ejecución de acuerdo con la naturaleza de la pretensión que en ella se reconozca y con la clase de proceso a que haya dado origen la acción incoada. Los procesos declarativos o de declaración constitutiva agotan la pretensión con la sentencia, y si es favorable el demandante queda satisfecho con los efectos jurídicos que en ella se deducen.

En cambio, la sentencia favorable al demandante en los procesos de condena deja pendiente su cumplimiento para que la pretensión quede satisfecha. Toda sentencia de condena ejecutoriada presta mérito ejecutivo si las obligaciones que impone son exigibles y liquidas o liquidables.

[188] CARNELUTTI: Sistema, ed. cit., i. I, núms.. 95 y 103.

Para la ejecución de la sentencia de condena no es necesario por lo general recurrir a un proceso posterior y distinto, sino, por el contrario, se procede a su cumplimiento por el mismo juez de primera o única instancia, sobre el mismo expediente, sea que se trate de entrega de bienes (por ejemplo, en los casos de restitución de tenencia o de reivindicación de posesión) o de pago de sumas de dinero para lo cual sea necesario el embargo, secuestro y remate de bienes del obligado

Finalmente señalemos que se entiende por exequátur el requisito que deben llenar las sentencias dictadas en un país y otras providencias que revistan tal carácter, inclusive laudos arbítrales, para tener cumplimiento en otro[189]. Se denomina también proceso de delibación o de reconocimiento o de homologación. Se inicia mediante el ejercicio de una acción autónoma, e independiente del proceso donde se pronunció la sentencia. Se trata de un verdadero proceso de tipo declarativo, porque persigue que se reconozca el valor que dicha sentencia extranjera tiene. Es una condición o

[189] SENTIS MELENDO: La sentencia extranjera, Buenos Aires, 1958; MORELLI: Il diritto processuale civile internazionale, Padova, 1038; MAURO CAPELETTI: Las sentencias y las normas extranjeras en el proceso civil, Buenos Aires, 1968, p. 1-125; CARLOS DE MIGUEL ALFONSO: El reconocimiento de sentencias extranjeras en el derecho procesal español, Atenas 1967; ADOLFO GELSI DIDART: Planteamiento procesal del tema de la sentencia extranjera, en Revista de derecho procesal, Madrid, 1959, p. 9 ss.

formalidad para su cumplimiento, pero no un acto constitutivo de su eficacia o valor que lo tiene por sí misma[190].

Es importante conoce que es el exequátur. El exequátur se aplica a las sentencias judiciales y demás providencias que en el país donde se profieran revistan tal carácter, pronunciadas en procesos judiciales contenciosos o de jurisdicción voluntaria, y a los laudos proferidos por tribunales, es decir, a actos de jurisdicción y no a simples decisiones administrativas. El carácter de judicial o administrativo se debe juzgar de acuerdo con el derecho nacional del lugar donde fue dictada; lo mismo la legalidad del laudo arbitral.

Para el trámite de exequátur existen varios sistemas. El administrativo, ante autoridades de esa rama: el judicial, ante el órgano judicial; éste puede tener dos modalidades, la que permite solicitarlo directamente ante el juez que conoce de la demanda o del proceso en que se vaya a hacer valer la sentencia extranjera, lo cual tiene el inconveniente de que pueden sobrevenir diversidad de conceptos y decisiones; la que exige un trámite previo, generalmente ante el más alto tribunal nacional, cuya decisión es obligatoria para todos los funcionarios del país[191].

---

[190] CHIOVENDA: Principios, ed. cit., I, p. 306, e Instituciones, ed. cit., t. II, p. 49, y SENTIS MELENDO: La sentencia extranjera, ed. cit., p. 158, opinan, en contrario, que se trata de una "acción constitutiva"; GIUSSEPE FRANCHI: Guirisdicione italiana e casa giudicata, Padova, 1967, p. 81-115.

[191] CAICEDO CASTILLA; Derecho internacional privado, 1960, p. 490-492.

Debe tener en cuenta lo siguiente:

a) Las sentencias eclesiásticas proferidas en el exterior, necesitan exequátur (en relación con este punto existe jurisprudencia contradictoria de la Corte)[192];

b) Puede pedirse para toda providencia con valor de sentencia, conforme a la ley del país de su origen, como ocurre con la que prueba una transacción que le pone término al proceso; y rige para las dictadas en procesos contenciosos y de jurisdicción voluntaria, y en arbitramentos[193];

c) La competencia para ese negocio debía corresponder a los jueces del país donde se dictó la sentencia y no a los nacionales, y no debe existir proceso en curso o concluido ante los jueces nacionales sobre ese asunto;

[192] CORTE SUPREMA: en sentencias de 23 noviembre 1925, 30 junio 1932, 28 abril 1949 y 7 junio 1952, exigió el exequátur sin hacer excepción para las sentencias eclesiásticas: G. J. t. XXX, p. 201; t. XL., 165, t. LXV, p. 697 y t. LXXII, p. 373; en sentencia de 28 abril 1949 habló correctamente de la equivalencia de los fallos civiles y eclesiásticos, lo cual lleva a exigir el exequátur para ambos; t. LXV, p. 698-700. Pero en sentencia de 6 abril 1956 sostuvo la tesis contraria y dijo que las sentencias eclesiásticas no exigen exequátur, lo cual consideramos un error monumental: t. LXXXII, num. 2167, p. 548.

[193] DEVIS ECHANDIA: Tratado, ed. cit., t. III, num 446.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPITULO 14: APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO:

14.1. Aplicación del Derecho.
14.2. Interpretación del Derecho.
14.3. Métodos y escuelas de interpretación del Derecho.
14.4. La nueva hermenéutica jurídica.

14.1. APLICACIÓN DEL DERECHO

Hemos dicho que corresponde al Juez la aplicación del Derecho, esto es de las normas jurídicas, en los diferentes casos particulares o problemas concretos que le han sido sometidos a su consideración. Si existe litigio o juicio es porque existen tesis contradictorias, esto es que los litigantes tienen derechos que invocan cada uno de ellos, de acuerdo a sus puntos de vista e intereses.

Los jueces pueden ser ordinarios, especiales o convencionales. Los jueces ordinarios son los que pertenecen a la Función Judicial, según su especialización y competencia; pero hoy, muchos casos se someten a la resolución de árbitros o mediadores por la Ley de Arbitraje y Mediación que lo permite

El Juez ordinario o especial, debe aplicar el Derecho, no solo la ley y en ello tenemos que reconocer -al menos en nuestro medio- que los

Jueces han venido siendo especialmente aplicadores de la ley. TIENEN QUE APLICAR LA NORMAS JURIDICAS Y PARA ELLO DEBEN OBSERVAR SU JERARQUÍA, a la que nos hemos referido en unidades anteriores, esto es que tienen que partir del estudio, conocimiento y análisis de las diferentes fuentes del Derecho a fin de aplicar la norma correcta. Solo a falta de norma legal expresa se debe recurrir a la costumbre, a la jurisprudencia, a la doctrina o a los principios generales de derecho, como fuentes secundarias, conforme lo establecimos en la unidad de estudio referente a las Fuentes del Derecho.

Los tratadistas sostienen que el Juez para aplicar correctamente el Derecho requiere efectuar una actividad mental que se traduce en un silogismo jurídico cuya premisa mayor sería la norma jurídica de más alta jerarquía aplicable al caso. La premisa menor el caso concreto o el problema que tiene que resolver y la conclusión sería la sentencia, esto es que el Juez en la aplicación del Derecho debe utilizar el método deductivo. Ello parece fácil en teoría, pero en la práctica requiere de mucho estudio y reflexión, como lo hemos puntualizado anteriormente.

En su labor el Juez, para poder cumplir con su función, debe realizar en la forma más consciente posible las siguientes fases para la correcta aplicación del Derecho:

- Examen minucioso de los hechos,
- Consideración de los puntos controvertidos sobre los que se trabó la litis,

- Análisis y valoración de las pruebas de cargo y de descargo,
- Construcción mental del hecho específico -teoría del caso-,
- Análisis de las normas jurídicas aplicables,
- Determinación del efecto jurídico,
- Resolución. (SENTENCIA)

La aplicación del Derecho no es siempre fácil. Puede presentarse una serie de problemas como: interpretación de las normas jurídicas, normas jurídicas contradictorias, conflicto de normas o leyes de igual valor. Puede requerirse de una integración del Derecho y no de una simple interpretación en cuyo caso el Juez crea el Derecho y su sentencia implica creación del Derecho pues sabemos que no se puede alegar falta u oscuridad de normas.

A la Interpretación del Derecho o de las normas jurídicas se la denomina HERMENEUTICA JURIDICA, la misma que contempla dos grandes sistemas de interpretación: a) reglados, como el caso de la legislación ecuatoriana, colombiana y chilena, y b) no reglados como el caso de la legislación alemán.

Cuando hablamos de la técnica jurídica dijimos que consiste en el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos del Derecho. Existe una técnica de formulación y aplicación de las normas jurídicas. A la primera suele denominarse técnica legislativa, pero en este acápite nos referiremos a la aplicación de las normas jurídicas que corresponde a la Función Judicial, a través de los jueces y magistrados, conforme nos hemos referido en los capítulos anteriores

La técnica jurídica tiene por objeto la aplicación del Derecho a los problemas concretos. La técnica, como utilización idónea de medios para lograr propósitos, siempre requiere un mínimo de conocimientos. En cuanto a la técnica jurídica, García Maynez expresa lo siguiente: "La técnica jurídica consiste en el adecuado manejo de los medios que permiten alcanzar los objetivos que aquél persigue. Pero como éstos se obtienen por formulación y aplicación de normas, tendremos que distinguir la técnica de formulación y la de aplicación de los preceptos del derecho. La primera, a la que suele darse el nombre de técnica legislativa, es el arte de la elaboración o formulación de las leyes; la segunda atañe a la aplicación del derecho objetivo a casos singulares"[194].

Así, pues, la aplicación del derecho se produce tanto en la sentencia del juez que resuelve un caso singular y concreto, como en la ley que dicta el legislador para resolver un específico problema de la realidad social. Por esto ha dicho Abelardo Torré que "aplicar una norma jurídica es regular la conducta por ella aludida, frente a una determinada realidad mediante otra norma que encuadre en la aplicada"[195].

La mayoría de los autores sostienen que el juez, al proferir una sentencia, requiere efectuar una actividad mental que se traduce en un silogismo, cuya premisa mayor es la ley, la premisa menor el

[194] GARCÍA M., Eduardo. La definición del derecho. México, 1948, pp. 317 y ss.
[195] Ibidem, p. 345.

caso concreto que tiene que resolver, y la conclusión es la sentencia que efectúa la subsunción del caso dentro del tipo legal.

Pero quien se limita a este concepto, no entiende la labor que desarrolla el juez. En efecto, como dice Cossio, "el carácter apriorístico de la ley respecto de la sentencia, nos hace ver que el juez ha de descender de la ley a la sentencia, con método deductivo, de tal manera que cualquier cosa de la ley que aparezca en la sentencia, ha de tener esa conformidad racional de lo general a lo particular, común a toda deducción"[196].

Se ha observado, con razón, que en un caso tipificado en la ley no se presenta una única solución, sino que es posible que haya varias, todas igualmente correctas desde el punto de vista racional-deductivo, y el juez en el fallo debe aplicar una sola. Es lo que Kelsen ha expresado al decir que la ley es un marco de posibilidades donde se pueden ubicar varias soluciones.

La actividad del juez la ha resumido admirablemente Calamandrei, en los siguientes términos: "Del análisis de la operación lógica que el juez realiza desde que las partes le someten el problema jurídico hasta el momento en que él les responde, cabe deducir que tal actividad puede teóricamente escindirse en las fases siguientes, indicadas por orden cronológico, examen preliminar sobre la

[196] COSSIO, Carlos. La teoria egológica del derecho. Instituo de Filosofía del Derecho y Sociología. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, p. 67.

trascendencia de los hechos; interpretación de las resultancias de la prueba; valoración de estas resultancias; construcción del hecho específico concreto a base de los juicios singulares de hecho, y calificación jurídica de aquél; comparación del hecho específico cuya certeza se ha establecido, con el hecho específico legal; determinación del efecto jurídico.

Aparte, y como actividad reservada a los solos casos en que el hecho específico concreto está constituido por una declaración de voluntad jurídica, "debe considerarse la interpretación de los negocios jurídicos, a la cual el juez procede durante la fase de construcción del hecho específico y principalmente durante la fase última de determinación"[197].

Todo lo anterior demuestra que la labor del juez no solo es efectuar silogismos y juicios, sino que a través de la interpretación de la norma jurídica valora la conducta humana y realiza la justicia.

Los principales problemas que plantea la aplicación del derecho, son los siguientes:

a) Interpretación de la ley, o mejor, del derecho;

b) Integración del derecho;

[197] CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre el proceso civil. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, p. 413.

c) Conflictos de leyes en el tiempo, y

d) Conflictos de leyes en el espacio.

El concebir la labor del juez como la aplicación de un silogismo sujeto a las mismas leyes que estudian los lógicos, puede conducir a una interpretación exegética de las normas. Fernando Gómez Mejía[198] resume en estos términos la crítica que la doctrina moderna ha hecho al silogismo judicial y que compartimos: "Ante todo, suponiendo la corrección lógica del procedimiento, habría que señalar que el problema principal del juez no es producir la consecuencia o conclusión que se sigue con las dos premisas, mayor y menor, del silogismo, sino encontrar tales premisas. Y no hay reglas lógicas que permitan obtenerlas, mediante simples procedimientos formales. En cuanto las normas de cuya aplicación se trata, estatuyen deberes en términos necesariamente generales y abstractos, con carácter fundamentalmente clasificatorio siempre existirán dificultades para determinar si un caso concreto pertenece, o no, a una determinada clase. Además, por lo general, son varias

[198] GÓMEZ M., Fernando. La interpretación del derecho. Ediciones Ananke, Bogotá, 1979, p. 62.

En igual sentido, KELSEN, Hans. Teoría general del derecho. Edición Rialp S. A., Madrid, 1962.

DIEZ P., Luis. Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Ed. Ariel, Barcelona, 1973.

ENGISCH, Karl. Introduccion al pensamiento jurídico. Ediciones Guadarrama, Madrid, 1967.

RECASENS S. Luis. Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable. F. C. E. -UNAM, México, 1971.

las normas relevantes para decidir el caso. Por último, aun suponiendo que las dificultades anteriores no impliquen para su solución la necesidad de recurrir a valoraciones, siempre subsistiría un problema práctico: partiendo de la idea de un orden jurídico estatal completo, es decir, sin lagunas, para poder prescindir de las valoraciones en la selección de los textos legales que contribuyen a la formación de la premisa mayor que requeriría el análisis exhaustivo minucioso de todas las disposiciones legales que existen en el ordenamiento; y esto como la tarea similar de construir un lenguaje en que n existan palabras clasificadoras, es empresa difícil. Por eso se ha dicho que esta tarea, más que lógica es típica y, en definitiva, arts inveniendi.

La formulación de la premisa menor comporta problemas axiológicos similares. En mayor o menor medida discrecionalidad, es siempre el juez quien debe apreciar las pruebas y calificar los hechos, y seleccionar de entre éstos aquellos con relevancia jurídica, todo lo cual supone juicios valorativos. Pero además, todo caso jurídico es una historia por lo cual sería más preciso que la fórmula Kelseniana. "Si es A, debe ser B" se enunciara como "Si A ha sido, es justo que B se decida"; y la historia es una transmisión de hechos pretéritos en que ya se han introducido los criterios valorativos de quien transmite.

De modo, pues, que toda sentencia implica creación, y no simple aplicación del derecho, así exista la posibilidad de formalizar como silogismo una decisión judicial. En este sentido, insisten algunos autores en considerar al silogismo como mecanismo explicativo de

la función judicial aunque la naturaleza de ésta queda situada más allá del alcance de tal explicación.

El juez debe tener en cuenta la realidad social, la equidad, las circunstancias del caso, los precedentes anteriores, la doctrina y jurisprudencia, la finalidad de las normas, todo lo cual implica que la sentencia no puede reducirse a considerar los artículos del código como teoremas y al juez como un geómetra.

14.2. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Mucho se ha hablado de la interpretación de la Ley, pero lo correcto es que hablemos de la interpretación del Derecho o de las normas jurídicas puesto que la ley es sola una clase de norma jurídica y como tal es parte del Derecho.

Interpretar es desentrañar el sentido de una expresión, interpretar una norma jurídica es descubrir el sentido que encierra. El problema capital en la teoría de interpretación es saber que debe entenderse por el sentido de la ley. Lo que cabe interpretar no es la voluntad del legislador sino el texto de la ley o de la norma. Esto no significa que la interpretación a de ser puramente gramatical, sino que hay que buscar el sentido lógico objetivo de la norma.

La ley, dice Josserand, está destinada a ser aplicada y, por lo tanto, debe interpretarse. El legislador no puede prever todos los casos. La vida, como lo señala un jurista, "es más ingeniosa que el legislador y que el mejor de los juristas".

Alessandri Rodríguez define la interpretación legal como "la determinación del significado, alcance, sentido o valor de la ley frente a las situaciones jurídicas concretas a que dicha ley debe aplicarse"[199]. La interpretación implica una labor consistente en resolver un caso concreto aplicando una norma general, y tiende a desentrañar el sentido, finalidad, propósito y alcance de la ley. Esto, por cuanto la ley puede tener expresiones oscuras, o ambiguas o contradictorias, etc. Es lógico que lo que se interpreta es la significación de los signos y no su materialidad.

La interpretación tiende a buscar el sentido de la ley. Pero, ¿qué se entiende por sentido de la ley? Se afirma que es el pensamiento del legislador, ya que la ley es obra suya; pero, como dice García Máynez, "no se advierte que lo querido por el legislador, no coincide en todo caso con lo expresado en la ley"[200].

Lo que hay que interpretar es el texto de la ley en consonancia con el ordenamiento jurídico y de acuerdo con su genuina significación. Se ha dicho que los romanos llamaban interpres (intérprete, adivino) al que juzgaba de lo venidero por las entrañas de las víctimas[201].

[199] ALESSANDRI R., Arturo. Curso de derecho civil. Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1961, pp. 118 y ss.

[200] GARCÍA M., Eduardo. Ob. cit., p. 340.

[201] Ibídem, p. 341.

Interpretar, en sentido filosófico, "es conocer, por comprensión, cuál es el sentido que un signo expresa"[202].

Cossio critica la conclusión de la doctrina según la cual los jueces interpretan las leyes. Para Cossio[203], las leyes son conceptos, esto es, objetos ideales que, como tales, no se "explican", ni se "interpretan" o "comprenden", sino que se "inteligen". Según este autor, "los jueces no interpretan las leyes o normas, sino que interpretan o comprenden conductas a través de ciertos esquemas de interpretación -tipos, standars- llamados leyes".

En la interpretación se distinguen: a) la expresión (signos); b) la significación; c) el objeto. Lo fundamental es indagar la significación de la ley, ya que la norma puede contener expresiones sinónimas, equivocas, tautológicas, equivalentes, etc.

La teoría general de interpretación de las normas jurídicas se denomina hermenéutica jurídica.

En cuanto a los sistemas de interpretación señalemos que hay dos:

a) Sistema reglado. Cuando los principios directivos de la interpretación se hallan contenidos en la ley. El sistema reglado

[202] COSSIO, Carlos. El derecho en el derecho judicial. Buenos Aires, 1967, p. 128.
[203] Ibídem, pp. 129 y ss.

evita la arbitrariedad, pero amarra al juez en cuanto a los medios para indagar el sentido y alcance de la ley.

b) Sistema no reglado. Cuando las normas de interpretación no están reguladas en la ley, como el caso del Código alemán. El sistema no reglado le da al juez un gran campo de acción, pero puede degenerar en arbitrariedad.

La interpretación puede ser:

- Doctrinal o libre: Es la que realizan los juristas y comentaristas. Esta interpretación es libre por cuanto no esta sujeta a pautas, es científica porque busca el progreso del derecho, y carece de fuerza obligatoria, aunque puede influir decisivamente en la legislación y en la función judicial.

- Judicial: Es la interpretación realizada por los jueces y tribunales al decidir los casos a ellos sometidos en sus sentencias. Es obligatoria para las partes y sus causahabientes o sucesores y puede constituir doctrina obligatoria o probable cuando ha "sentado jurisprudencia" por ser reiterada en diversas sentencias de la Corte Suprema, según lo determinan diversas legislaciones.

- Legislativa o auténtica: Es la que efectúa el legislador mediante una ley interpretativa. Esta interpretación es obligatoria para todos, ya que se realiza a través de una ley.

De acuerdo con la extensión y alcance de la interpretación, se suele distinguir:

a) Interpretación declarativa o estricta: Es la que reproduce el texto de la ley y se presenta en textos claros, precisos y concisos;

b) Interpretación extensiva: Es aquella en que el interprete extiende el alcance de la ley, debido a que el legislador expreso menos de lo que pretendía expresar (minus dixit quam voluit);

c) Interpretación restrictiva: Es aquella en que el intérprete reduce el alcance de la ley, por cuanto el legislador se excedió en el texto (plus dixit quam voluit).

Elementos en la interpretación.

Savigny distingue cuatro elementos en la interpretación: gramatical, lógico, histórico y sistemático, los cuales no deben considerarse aisladamente sino analizarse en forma conjunta para lograr una genuina interpretación.

Elemento gramatical. Tiene por objeto la palabra la cual sirve de medio de comunicación entre el pensamiento de legislador y el nuestro.

Esta interpretación debe hacerse según las reglas del lenguaje y por ello se denomina gramatical. No puede desconocerse la importancia de la interpretación literal de la ley. Los aspectos

idiomáticos son básicos y elementales en toda labor interpretativa, ya que en muchas ocasiones una interpretación jurídica se puede ver reducida a asuntos de palabras. Es importante analizar el espíritu de la ley (non verba legis, sed vim et potestatem), pero no se puede perder la vista que es esencia la investigación empírica del significado semántico de los vocablos y oraciones. Nuestro Código Civil dice que "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su temor literal a pretexto de consultar su espíritu".; y, agrega: "Las palabras de la ley se entenderá en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal".

Ahora bien, ¿qué se entiende por sentido? Según Roberto J. Vernengo[204].

"Tener sentido es, ante todo, la propiedad que adjudicamos a los signos que admitimos dentro del lenguaje en el que nos movemos. Tener sentido, por lo tanto, es siempre algo relativo a un lenguaje. En el caso de nuestra ley escrita, los signos que tienen sentido y con cuyo sentido se configura el sentido de la ley, son signos de lenguaje natural, por lo común. Condición necesaria que debe satisfacer una expresión verbal, escrita u oral para poder tener algún sentido es sencillamente la de integrar el repertorio de

[204] VERNENGO, Roberto J. La interpretación literal de la ley. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 15.

términos simples y compuestos "oraciones" admitidos en el lenguaje usado. La condición, sin embargo, no es simple: ¿son enumerables, o recursivamente definibles, los signos simples y compuestos de los lenguajes naturales? Las gramáticas generativas postulan que si lo son, recursivamente los signos compuestos "oraciones", pero no los simples. Sea ello como fuere, se trata de una condición obviamente insuficiente. Que el término `mesa' tenga sentido, que quiera decir algo castellano, puede acreditarse apuntado a una muestra de su representación gráfica en la página 870 de mi ejemplar "supongo que así sucederá en todos" de la 18ª edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua".

En materia jurídica no se puede precisar el sentido de los términos por mostración de un hecho u objeto alguno. No puede por ejemplo, mostrarse un contrato, pero si puede mostrarse un perro. El autor citado precisa lo anterior diciendo que "tener sentido no es, en rigor, una propiedad que pueda atribuirse a un signo en relación al lenguaje a que pertenece, sino que es más bien una relación de coordinación, en ciertos contextos específicos de uso, entre dos lenguajes (o entre un lenguaje y un sublenguaje) y sus correspondientes signos[205].

La interpretación comienza por el análisis del tenor externo de la ley. La ley se escribe -dice Santo Tomás- ut sententia legislatoris manifestatur: para que se manifieste el fallo, la decisión, el sentir, la

[205] Ibidem, p. 31.

afirmación del legislador[206]. Sin embargo, debe considerarse que el legislador no puede prever todos los casos, y que como la realidad social es cambiante en ciertos casos hay que acudir a la interpretación científica y social.

Pero la interpretación literal debe tener en cuenta el contexto y no ser aislada. Ross[207] ha observado que el significado de una palabra se precisa cuando el vocablo es analizado como parte integrante de un enunciado específico; a su vez, el significado de éste - y por ende, el de sus palabras - resulta del contexto o situación. "El significado de un término, pues, es función del significado del enunciado en que aparece, de su contexto verbal, y de la situación en que se lo utiliza"[208] hay que entender el significado de un término en función del enunciado que integra junto con otras normas. Es decir, el significado se integra con el contexto y la situación, y no exclusivamente con el significado corriente de las palabras.

Elemento lógico.- Busca la voluntad del legislador o espíritu de la ley. No basta conocer el sentido literal de la ley, sino que es necesario indagar tanto la ratio legis o propósito perseguido por el legislador, como la occasio legis o sean las circunstancias particulares que determinaron la dictación de la norma. Es bueno advertir que la interpretación gramatical debe hacerse

[206] SANTO TOMAS. Summa Theologica. 2;2 q.6, o a 5.

[207] On Law and Justice. Referencia de Roberto J. Vernengo, en ob. cit., p. 100.

[208] VERNENGO, Roberto J. Ob. cit., p. 101.

conjuntamente con la lógica, ya que no se puede separar la expresión del pensamiento. Ahora bien, ¿cuál es el pensamiento del legislador? Se ha dicho que es la voluntad de quién hizo la ley, lo cual implica para descubrirla habría que acudir a los trabajos preparatorios, discusiones parlamentarias, exposición de motivos, etc. Sin embargo, actualmente se insiste en que lo importante no es saber que quería el legislador cuando elaboró la ley, si no que diría si viviera hoy y estuviera enfrentado a la actual situación social. El derecho moderno es más objetivo y tiende a que las normas se interpreten de acuerdo con la actual situación y no efectuar una indagación que muchas veces no tiene resultados prácticos porque responde a otras exigencias sociales ya superadas.

Elemento histórico.- "Tiene por objeto la indagación del estado de derecho existente la materia en la época de elaboración de la ley, y el estudio de los antecedentes que tomó en cuenta el legislador para dictarla[209]. Pero, en la actualidad, además se debe investigar el sentido que deduzca de acuerdo con los análisis extractados de la realidad social existente en el momento de aplicar la ley. Radbruch, citado por Valencia Zea[210], sostiene que "el verdadero autor no es el escritor muerto hace tiempos, si no el poeta o el pensador que vive eternamente en la obra y que se renueva sin cesar en vista de las nuevas condiciones de la vida social". Se ha dicho que el juez, al interpretar la norma, no debe tener puestos los ojos en el pasado si

[209] ALESSANDRI R., Arturo. Ob. cit., pp. 121 y ss.

[210] VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. 10ª ed., Ed. Temis, T. I, Bogotá, 1984, p. 109, nota 18.

no en el presente. En cierto sentido, el juez hace una labor de adaptación y creación, teniendo en cuenta las nuevas exigencias sociales y los problemas que no habría imaginando el legislador.

Elemento sistemático.- Este método hace hincapié en la intima conexión o enlace entre todas las normas jurídicas que constituyen el ordenamiento jurídico. Cuando exista una norma oscura, ambigua, contradictoria, habrá que tener en consideración que no es una norma aislada, sino que forma parte de un conjunto o sistema jurídico. Nuestro C. C. se refiere al contexto para ilustrar el sentido de cada una de las partes de la norma, y especialmente al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Las normas son competentes de un capítulo y éste de un titulo, la unión de títulos forma un libro y la reunión de libros integra el Código, que, a su vez, es una parte del ordenamiento jurídico cuyas bases ideológicas están contenidas en la Constitución. Por esto, al hablar de los principios generales de derecho, veremos que la Constitución tiene una estructura política, administrativa, fiscal, monetaria, religiosa, económica, cultural y social. Igualmente, nuestro Código Civil acepta una serie de principios básicos como el respeto a la persona humana, a la familia, a la propiedad privada con función social, a la autonomía de la voluntad limitada por el orden público, la moral y las buenas costumbres, la libertad testamentaria, la exigencia de que la persona que cause un daño debe repararlo, la libertad de contratación, etc.

Como conclusión, debemos expresar lo siguiente:

- Una correcta interpretación debe tener en cuenta los distintos métodos según el caso. La interpretación debe comenzar por un análisis gramatical, ya que las leyes se hacen mediante un escrito y, por ende, hay que indagar su sentido lingüístico. Ahora bien, si esto no es suficiente, el intérprete deberá buscar la voluntad del legislador al momento de hacerse la ley, y si esto no ayuda en la solución del caso, no tendrá más alternativa que interpretarla de conformidad con las exigencias sociales vigentes en el momento en que va a aplicar la ley. Desde luego que el juez no puede crear el derecho, pero sí adaptarlo a las nuevas circunstancias (nova et vetera). En este sentido, es muy útil el estudio de la economía, la sociología, la historia, la geopolítica, y en general todas las disciplinas sociales, y,

- El intérprete debe considerar que cada sistema jurídico obedece a una estructura y tiene unas bases ideológicas establecidas en la Constitución Nacional y, por consiguiente, con este criterio deberá buscar el sentido de las normas jurídicas que haya de aplicar.

No sobra advertir que la interpretación se dirige no sólo a la ley o norma jurídica general y abstracta, sino también a las normas individualizadas, como puede ser un contrato o una resolución administrativa.

14.3. METODOS Y ESCUELAS DE INTERPRETACION.

Son numerosos los métodos según el concepto que se profese acerca de la interpretación. Esto, por cuanto acerca del sentido de la ley hay opiniones diferentes.

Método exegético:

Se ha dicho que el método más antiguo es el gramatical, porque cuando el derecho dejó de ser consuetudinario el intérprete atuvo al texto escrito de la ley. Este método de interpretar la ley según sus propias palabras, fue el predilecto de la escuela de los glosadores, cuyo método consistía en hacer glosas o notas marginales a los textos del corpus juris civilis de Justiniano.

Los glosadores creían que todo el derecho civil se encontraba en los textos romanos y olvidaban los principios, para detenerse en el análisis gramatical de las palabras.

La aparición del Código de Napoleón hizo resurgir la escuela de los glosadores y dio nacimiento a la exégesis. Según Francois Gény[211] este método se encuentra expuesto desde 1841 en una Memoria de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, por Blondeau, decano en esa época de la Facultad de Derecho de París, acerca de La

[211] GENY, Francois. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. 2ª ed., Ed. Reus, Madrid, 1925, p. 23.

autoridad de la ley, con el subtitulo "Fuente de la cual deben hoy emanar todas las decisiones jurídicas".

Para Blondeau, la ley debe ser en la actualidad el origen único de decisiones jurídicas y debe interpretarse de acuerdo con su texto. Dicho autor rechaza lo que denomina "falsas fuentes de decisión que con frecuencia suplantan la voluntad del legislador", entre las cuales cita los precedentes, las autoridades, los usos no consagrados expresamente por la ley, la equidad, la utilidad general, las máximas jurídicas o los pretendidos axiomas tomados de las ciencias afines.

Si el juez encargado de ocurrir a esta necesidad tropieza con una ley ambigua, notoriamente insuficiente, o con leyes que se contradigan, y no puede poner en claro el pensamiento del legislador sobre el punto en cuestión, Blondeau llega a decir que tendrá entonces motivos tan poderosos para abstenerse como para intervenir, que deberá considerar como no existentes estas leyes y rechazar la demanda.

Este método fue desarrollado por Laurent en su obra Principes de droit civil francais, y atenuado por Demante, Marcade, Demolombe, Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie y Vigie, así como por M. Hue y Ch. Beudant. Los principales postulados de este método, según la exposición de Gény en su obra "Método de

interpretación y fuentes en derecho privado positivo[212], son los siguientes:

Interpretación stricto sensu de los textos legales. Es lo que se denominaba la riqueza de la legislación. Demolombe decía: "Mi divisa, mi profesión de fé, es también: ¡Los textos antes que nada!. Es el culto y fetichismo de la ley

Cuando la ley es clara y precisa, no puede irse contra letra, so pretexto de penetrar en su espíritu. LA INTERPRETACIÓN ES GRAMATICAL. Cada disposición legal debe ser considerada en relación con otras como parte de un sistema jurídico. En caso de que ocurran contradicciones en los textos legales debe examinarse si hay antinomia o si la disparidad es evidente. Si la contradicción subsiste se resuelve en el sentido de que la ley posterior deroga a la anterior.

Cuando la interpretación gramatical falla se recurre a la interpretación lógica que según Ihiering consiste "en llegar a buscar el pensamiento de la ley en el espíritu de su autor, pasando por encima de las palabras"[213].

En caso de que no sea posible se acudirá a la lógica formal: argumento a contrario: puede inferirse que hay una solución

[212] Ibídem, pp. 24 y ss.

[213] Rudolf von Ihering, "Espíritu del Derecho Romano", pág. 138.

contraria para los casos no comprendidos en el texto, argumento a pari: una extensión analógica cuando hay una identidad de sustancia jurídica.

Gény formula las siguientes críticas al método exegético: a) Innoviliza el derecho y cerrar el camino al desarrollo de toda idea nueva, estanca el derecho pues se atrincheran en el texto; b) Se atribuye un exceso de importancia a la codificación, y c) abuso de las concepciones puras desarrolladas en lógica abstracta.

Método Savigniano:

Savigni sostiene que la ley es expresión del derecho popular y que hay que recurrir a la historia, que la interpretación de la ley es un procedimiento para reconstruir el pensamiento contenido en ella, esto es que hay que conocer la evolución histórica de la ley, y en caso de existir lagunas propone recurrir a la analogía. "Expresa Savigny que cuando las fuentes son insuficientes para resolver la cuestión de derecho, debemos licitar esa laguna, porque la universalidad del derecho es tan esencial como su unidad"[214].

Método de la libre investigación científica:

El principal exponente de este método es Gény quién sostiene que la finalidad de la interpretación de la ley escrita es descubrir el

[214] Fernando Gómez, ob. cit. Pág. 152.

pensamiento del legislador. "El sentido de la ley se determina conforme a la intención del legislador, que revela las circunstancias dominantes de la época en que se formuló la ley y no las existentes en el de la aplicación" Luego agrega: "Me parece pueril que se trate de oponer, como se hace con frecuencia, la interpretación gramatical a la interpretación lógica. Está fuera de duda que una y otra se complementan necesariamente"[215].

Gény sostiene que al estudiar la voluntad del legislador, a más de investigar los elementos lógicos gramaticales, hay que acudir a los elementos intrínsecos que aclaran el sentido y el alcance de la fórmula, y para ello "debe el intérprete representarse con la mayor exactitud posible las relaciones de hecho que ha querido el legislador organizar jurídicamente, con todas las circunstancias que, determinándolas, ponen de relieve las exigencias morales, políticas, sociales, económicas y aun técnicas a que el precepto debe dar satisfacción" y a ello denomina la ratio legis[216]. A ello denomina la ratio legis y propone que frente a las lagunas de la ley debe aplicarse la analogía.

[215] Francois Gény, "Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado Positivo", pág.267.
[216] Ibídem, pág. 267.

El método se denomina libre porque se sustrae a la autoridad de toda norma positiva y científica, debido a que no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que solo la ciencia puede revelar. Para la interpretación, el juez debe desprenderse de todo influjo personal y fundar su decisión jurídica sobre elementos de naturaleza objetiva. El método jurídico debe tener por preocupación dominante descubrir, en defecto de la ayuda de las fuentes formales, los elementos objetivos que determinarán todas las soluciones exigidas por el derecho positivo.

El método sostiene que se debe tomar en consideración la justicia. "Es preciso reconocerlo: existen ciertos principios de justicia, revelados por la razón o por la conciencia moral, a los cuales los elementos variados y movibles de la vida social darán su carácter positivo; pero cuyo asiento está fuera del mundo de los fenómenos o de las contingencias"[217].

El método de la libere investigación científica se basa en tres criterios: el principio de la autonomía de la voluntad, el orden y el interés público; y, el justo equilibrio o armonización de los intereses privados opuestos. Gény señala que los ingredientes de las normas

[217] Ibídem, pág. 524)

jurídicas son dados como hechos reales, como hechos históricos, como principios racionales o como aspiraciones ideales.

Escuela del Derecho Libre:

Con este nombre se conoce una corriente iniciada en Alemania, en 1906 por el profesor Herman Kantorowicz, quién no acepta que la ley sea la única fuente del derecho positivo, sino que se debe reconocer significación a las normas que brotan de la conciencia jurídica popular. Entiende por derecho libre "las convicciones predominantes que tiene la gente en un cierto lugar y un cierto tiempo sobre lo que es justo, convicciones las cuales, real y efectivamente, regulan la conducta de esas gentes"[218].

Los postulados de esta escuela son: a) la función jurisdiccional es misión el Estado, b) Si el texto de la ley es unívoco y su aplicación no viola el derecho libre, el juez debe resolver con apego a la norma jurídica; c) El juez puede y debe prescindir de la ley si parece que ella no le ofrece una solución carente de dudas; d) En los casos complejos el juez debe resolver discrecionalmente. En resumen,

[218] Luis Recasens S., "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho", México, 1956, pág. 58.

para esta escuela, el juez no sólo descubre sino que crea el derecho con la finalidad de lograr la realización de la justicia.

Jurisprudencia de intereses y jurisprudencia sociológica:

La jurisprudencia de intereses trata de dilucidar los principios que deben regir la actividad jurisdiccional. Según esta escuela para interpretar una norma jurídica hay que analizar cuál es el conflicto de intereses que se trata de zanjar. "La jurisprudencia de intereses se niega a confinar al juez a una mera función de conocimiento, y, además rechaza el método de llenar las lagunas mediante el uso de conceptos clasificatorios. Por el contrario, propugna que la directriz hoy en día es y debe ser la adecuación de los resultados a las necesidades prácticas de la vida"[219].

Para esta escuela el Juez no debe limitarse a una labor cognoscitiva sino dinámica, buscando la solución más adecuada para resolver los conflictos de intereses que tiene que conciliar. Ello implica que tiene que hacer una valoración de los intereses en conflicto y la respectiva protección o no protección que estos merecen.

[219] Luis Recasens, ob. cit., pág. 64.

lógico-legal, es decir de la lógica jurídica puras", 3) juicios deductivos pero asertóricos, que tienen "valor puramente de hecho, fundados en la existencia de la ley, pues en cuanto la ley es la estructura de la sentencia, ésta va considerando aquellos contenidos dogmáticos que nacieron de un acto del legislador"[223]

El Pluralismo Metódico:

Existen otras escuelas a más de las que hemos analizado y que son las más conocidas, como la de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen quién sostiene que cada vez que hay que aplicar una norma hay que considerar las normas generales y también las individuales. La Escuela italiana de Max Ascoli que sostiene que existe un profundo dualismo que distingue la abstracción de la norma y la concreción de los hechos de la vida, pero en los tiempos modernos, la mayoría de tratadistas han adoptado el "pluralismo metódico" para interpretar las normas jurídicas. Legaz y Lacambra dice que "una justa ponderación de los elementos gramatical, sistemático e histórico y finalista o teleológico, parece el modo mas seguro de llegar a una interpretación que posea un valor de verdad y rectitud"[224].

Así las cosas, casi todos los métodos pueden ser empelados y seleccionados, para lograr una solución justa. No hay un método

[223] Carlos Cossio, "El Derecho en el Derecho Judicial, pág. 115.
[224] Luis Lagaz y Lacambra: "Horizonte del Pensamiento Jurídico", Edit. Bosch, Barcelona, 1947, pág. 419.

por excelencia, porque la labor de interpretación es de comprensión y no se puede prescindir de la conciencia del juez en la valoración judicial, la que debe ser objetiva, justa, de contenido racional, científica, para lo cual puede acudir a uno u otro método de los expuestos .La sentencia no es sólo una operación lógica de individualización, sino un acto que implica un punto de vista propio sobre la justicia y la valoración de las normas legales, por lo que el Juez es un auténtico creador del Derecho.

14.4. LA NUEVA HERMENEUTICA JURIDICA

La "nueva hermenéutica jurídica", es una corriente que rechaza la solución positivista de dejar puertas abiertas en la decisión jurídica, esto es resquicios de discrecionalidad de la metodología jurídica tradicional, propugnando los ideales de certeza y seguridad. Entre los exponentes de esta corriente tenemos:

a) La Teoría general de la interpretación de Emilio Betti

La teoría hermenéutica de Betti parte de las obras sobre categorías civilistas de la interpretación, la interpretación de la ley y de los actos jurídicos para desarrollar su "Teoría General de la Interpretación" publicada en 1955. Su crítica se dirige contra la pretensión de encerrar en la expresión lingüística de la ley, de una vez por todas y sin lugar a dudas, todas las soluciones jurídicas de cualquier caso que pudiera presentarse, "constituye una ilusión creer que la disciplina codificada no

presenta lagunas y que sea derecho vivo y vigente, todo lo que está escrito en el código; siendo también un grave error creer que es posible inmovilizar el derecho y paralizar su dinámica con la coacción del formalismo en la aplicación de la ley"[225].

Señala que el juez está llamado a realizar una actividad mucho más compleja e importante que la de poner en relación los hechos con la norma para que automáticamente, en función del juego lógico de esas premisas, se obtenga la solución del caso. Dice que "no se trata de invertir el curso del procedimiento de abstracción y construcción de los conceptos, sino enderezarlos hacia la meta, eligiendo y perfeccionando los instrumentos de la dogmática, como parte integrante de la interpretación jurídica"[226].

Una de las claves de la propuesta de renovación metodológica de Betti pasa por considerar que la interpretación jurídica tiene como función vivificar la ley, preservar su eficacia permanentemente mediante el "entender", "el texto literal del código funciona como una urdimbre o armazón, que no se reanima sino es en contacto con la vida de la sociedad a que está destinado, y se reanima solo en la medida en que responde a las formas interiores del viviente sentido jurídico"[227].

[225] Emilio Betti, "Interpretación de la ley y actos jurídicos, Madrid, 1975, pág. 99.
[226] Ob. cit. Pág. 107.
[227] Ibídem, pág. 109.

Betti concibe el proceso cognitivo del "entender" como un proceso en cuyo desarrollo intervienen tres términos: "en un extremo del proceso se halla el espíritu viviente y pensante del intérprete, en el otro un espíritu que se ha objetivado en una forma representativa y como intermediación entre esos dos espíritus, las formas representativas en que la espiritualidad objetivada se presenta ante el sujeto intérprete como algo ajeno e independiente de él, como una objetividad inamovible, pero que debería interiorizar en el "entender"[228].

Por último Betti plantea la necesaria adecuación del "entender" con el sentido objetivo depositado en la forma representativa de vincularlo a un criterio de correspondencia o consonancia hermenéutica, según el cual el intérprete debe legar a poner en armonía la actualidad del "entender" con la llamada o incitación que le llega como algo objetivo y ajeno a él, "de modo que una y otro vibren en perfecto al unísono"[229].

b) La Hermenéutica filosófica de Hans-Georg Gadamer:

La hermenéutica filosófica de Gadamer es más una teoría del conocimiento que un método hermenéutico o el desarrollo de una técnica interpretativa. Considera que la hermenéutica jurídica recuerda por sí misma el auténtico procedimiento de las ciencias del espíritu. La interpretación de las fuentes legales, en

[228] Betti, ob., cit. Pág.110.
[229] Ibídem, pág. 304.

su opinión, una tarea eminentemente práctica "El Juez intentará responderá la idea jurídica de la ley mediándola con el presente. No se comporta pues como historiador, pero si se ocupa de su propia historia que es su historia presente"[230].

La Filosofía hermenéutica de Gadamer puede caracterizarse a partir de cuatro rasgos diferenciales: la "linguisticidad" de la comprensión, la consideración del proceso de aplicación, comprensión e interpretación como algo unitario, el papel creador del intérprete y la consideración de que ese papel creador se circunscribe en lo que el llama la "fusión de horizontes". Vamos a explicar estos rasgos:

La linguisticidad parte de que la interpretación lingüística es la forma de interpretación en general y por ello se convierte en el presupuesto esencial de la mediación y la realización hermenéutica; y para ello es necesario partir de un lenguaje común, ya que la linguisticidad no es sólo el presupuesto que determina el objeto hermenéutico, también determina la realización hermenéutica dando lugar a una característica importante de la filosofía de Gadamer.

Otra característica de la hermenéutica de Gadamer es que no sólo la comprensión e interpretación, aparecen

[230] Hans-Georg Gadamer, "Hermenéutica como filosofía práctica", Ed. Alfa, Barcelona, 1976, pág. 81.

indisolublemente ligados, sino que la aplicación se confunde e integra con ambas en el proceso de la realización hermenéutica. "La aplicación determina, desde un principio y en su conjunto el fenómeno de la comprensión, siendo un proceso del momento hermenéutico tan esencial e integral como la comprensión y la interpretación[231].

Luego, añada que el trabajo del intérprete no es simplemente reproducir lo que dice o dijo en realidad un interlocutor. El sentido del texto no se limita a ser mera expresión vital de la subjetividad de su autor, ni tan siquiera remitiendo ese sentido al que pudiera tener para un destinatario contemporáneo. "El intérprete tiene un papel creador, tiene que actualizar el significado del texto[232].

Finalmente Gadamer habla de la fusión de horizontes pues dice que hay que dejar bien sentado que se está ante una auténtica tensión entre texto y presente. "La tarea hermenéutica consiste en no ocultar esta tensión en una asimilación ingenua, sino en desarrollarla conscientemente. Esta es la razón por la que el comportamiento hermenéutico está obligado a proyectar un horizonte histórico que se distinga del presente"[233].

[231] Gadamer, ob. cit. Pág.377.
[232] Ibídem. Pág. 398.
[233] Ibídem, pág. 379.

Los principios anteriores son los ejes básicos de lo que se conoce como nueva hermenéutica jurídica, que se presentan como una alternativa al método jurídico tradicional, superando los planteamientos del método lógico-deductivo, sino que plantea que la comprensión de la ley equivale a la comprensión de un texto, lo que permite comprender las nuevas teorías de la argumentación jurídica.

c) La Metodología Hermenéutica Constructivista de Ronald Dworkin:

Dworkin propone a búsqueda de la mejor solución posible y el carácter dinámico de las interpretaciones, en sus diferentes obras publicadas a partir de 1975 y hasta 1993 tratando de construir una teoría de la aplicación del Derecho en contra del positivismo y del realismo jurídico, hasta llegar a la versión definitiva sobre su teoría hermenéutica del derecho como integridad[234].

Dworkin sostiene que el razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación constructiva, que el derecho consiste en la mejor justificación de las prácticas legales consideradas globalmente, que el derecho se debe concebir como una integridad para salvaguardar los márgenes más amplios

[234] Ronald Dworkin, "El Imperio del Derecho", Harvard, Cambridge, 1993, pág. 57.

posibles de objetividad en la interpretación jurídica, pues la mejor solución es la "solución correcta para cada caso"[235].

Para Dworkin "interpretación es la actividad consistente en tratar de imponer coherencia sobre los comportamientos que integran una práctica social, e imponer coherencia significa proponer un sentido de significado consistente...lo que hace el intérprete en definitiva, es asignar un valor a las reglas de una práctica social mediante la descripción de algún esquema de intereses, fines o principios que esta práctica puede servir, expresar o ejemplificar"[236].

Se introduce en la interpretación primero una dimensión crítica y evolutiva y luego una dimensión constructiva"...la interpretación se pliega en el seno de la práctica alternando su forma y que la nueva forma va a promover nuevas interpretaciones. De esta manera a práctica cambia dramáticamente a pesar de que cada nueva transformación se apoya en la interpretación de la última alcanzada[237]. Como se puede observar Dworkin coincide con el carácter dinámico o evolutivo sustentado por Gadamer.

Según Dworkin, la interpretación es una práctica social creativa. No es una interpretación meramente mecánica o causal, sino

[235] Ibídem, pág. 67.

[236] Ibídem, pág. 72.

[237] Ibídem, pág. 75

constructiva. "Esto es, una interpretación que, partiendo del punto de vista del intérprete, se centra en la investidura de un propósito a un objeto o práctica social para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al que pertenece. Una vez asumido el punto de vista interno, los propósitos en juego para construir el valor de la práctica social no son los del autor sino los del intérprete que participa en la misma"[238].

La metodología hermenéutica de Dworkin se basa en tres premisas: a) La radicalidad de su crítica al "fundamentalismo hermenéutico" de la semántica de la voluntad. Rechaza el modelo que hace girar toda la interpretación sobre el pivote autoritario de la intención del autor, para acentuar el papel del intérprete, proponiendo la interpretación creativa, b) Los difíciles equilibrios de la certeza para encontrar una solución correcta para la práctica u objeto de interpretación. Dworkin ha tratado de salvaguardar las posibilidades de la certeza hermenéutica, y rechaza las tesis positivistas porque la discrecionalidad impide llegar a una solución correcta; y, c) Descubrir cuáles son las formas o tipos de consenso que requiere la interpretación constructiva. Se apoya en que algunas práctica son mejores que otras y admite la posibilidad de la discrepancia argumentativa siempre que se produzca dentro de la actividad hermenéutica. Obliga a considerar la interpretación como una actividad constructiva mediada por el reconocimiento de la importancia del intérprete cuya función consiste en adjudicar un

[238] Ibídem, pág. 77.

valor a la práctica de sus propias convicciones "hacer del objeto o practica que está siendo interpretado lo mejor que pueda ser"[239]. Dworkin en la obra que venimos citando plantea el lema del consenso hermenéutico, para comprobar si la interpretación es correcta propone el control de la adecuación de la teoría con las normas de la institución objeto de la misma.

[239] Ibídem, pág. 86.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST SAPIENTIA
OMNIUM
FUNDADA EN 1620
QUITO

CAPÍTULO 15. INTERPRETACION E INTEGRACION DEL DERECHO

15.1. Plenitud del orden jurídico.
15.2. La interpretación y la integración según la ley.
15.3. Interpretación e integración según Leny.
11.4. Procedimientos de Integración.
11.5. De los límites de la actividad interpretativa.
11.6. Teorías de la argumentación jurídica.

15.1. PLENITUD DEL ORDEN JURIDICO:

Monroy Cabra nos dice que la tesis de la plenitud del orden jurídico fue preconizada por Savigny en su Tratado de Derecho Romano, escrito en 1840, en estos términos "Si las fuentes resultan insuficientes para resolver una cuestión jurídica, debemos colmar la laguna, pues la universalidad es una condición tan esencial al derecho como su unidad. Pero la dificultad consiste en saber como habremos de proceder. Aun cuando los autores hayan tratado aparentemente este tema de maneras muy diversas, sus doctrinas pueden, sin embargo, reducirse a dos opiniones principales. Unos piensan que existe un derecho universal y normal (el derecho natural), complemento de todo derecho positivo, como lo es en Alemania el Derecho Romano en relación con los distintos derechos territoriales. No necesito refutar aquí la aplicación de una doctrina que he combatido en su misma base. Otros estiman que el derecho positivo se complementa así propio, en virtud de su fuerza orgánica

de acuerdo con la definición que del derecho positivo he dado, debo admitir la verdad de esta última tesis; precisamente me he servido de ella para suprimir las contradicciones y restablecer la unidad del derecho. El resultado de este procedimiento en relación con el derecho positivo, se lama analogía; las lagunas se llenan pues analógicamente"[240].

Las lagunas del derecho, o mejor, de la ley, son los casos jurídicos que no tienen una solución establecida en la ley; pero cuando se habla de la plenitud del orden jurídico se hace referencia a que no hay situación que no esté regulada por el derecho. Se ha sostenido que en todos los casos en que no existe un precepto legal que provea la situación concreta, ésta puede resolverse de acuerdo con la regla de que aquello que no está ordenado, está permitido. La tesis de la plenitud del orden jurídico conduce a negar las lagunas del derecho. Toda controversia sometida a un juez o tribunal debe ser resuelta y por lo tanto el derecho carece de lagunas, ya que los vacios de la ley deben ser llenados por el juez. "Pero se ha observado que si en el derecho no hay lagunas, en la ley si las hay. Todo ordenamiento jurídico tiene incoherencias y vacíos en su regulación normativa. Para llenar esos vacíos o lagunas existen los

[240] Marco Gerardo Monroy Cobra, "Introducción al Derecho", 7ª. Edición, Editorial Tenis, Bogotá, 1986, pág. 272.

procedimientos de integración. Ahora si en el ordenamiento existen reglas de integración, el intérprete debe acudir a ellas, y si no existen, a las reglas dadas por la doctrina"[241].

Según Recaséns: "el juez puede encontrarse ante las siguientes situaciones: a) que había norma formulada y vigente que cubre el paso planteado, lo cual, aplicada, produce una solución satisfactoria, b) que exista duda sobre cual entre varias normas de igual rango es la que debe aplicarse. En este tipo de situaciones, el juez debe ensayar las soluciones que cada una de las normas producen al ser aplicadas al caso concreto, eligiendo entre ellas aquella que conduce a una solución más satisfactorias, es decir, más justa, c) que parezca haber una norma legal que cubre el caos planteado; pero se ensaya la aplicación de ésta al caso particular controvertido, se cae en cuenta que la aplicación de la norma al mismo llevaría una consecuencia que parece contraria al resultado que ella se propone, o sea, a los efectos que el autor de la norma intentó, o que hubiera intentado de haber tenido a la vista la controversia completa en cuestión; d) que por más que el juez busque y rebusque, por más que el juez investigue y elabore, no halla en el derecho positivo previamente formulado, una norma que sea aplicable al caso concreto planteado y se contempla la existencia de una laguna"[242].

[241] Monroy C. ,ob. cit. Pág. 287.

[242] Recaséns Siches, ob. cit. , pág. 256.

Díaz Couselo señala que si bien existen lagunas en la ley, debemos considerar que "ese principio de la plenitud hermenéutica del derecho constituye un principio general, dado que como se señaló, no puede quedar interferencia sin solución jurídica, siendo ello una necesidad lógica. Esto significa, en otros términos que no existen lagunas lógicas sino axiológicas"[243].

El hecho de la plenitud del ordenamiento jurídico no implica que no haya lagunas que se deben llenar mediante los procedimientos de integración y en última instancia e los principios generales del derecho, ya que el "el juez no puede dejar de juzgar sin dejar de ser juez"[244].

Ahora bien, ¿qué debe hacer el juez que debe resolver si se encuentra con vacios en la ley?. Heck señala tres caminos: a) libre estimación. Este método es propugnado por la escuela del derecho libre y puede conducir a decisiones subjetivas y contradictorias; b) limitación a la subsunción, o sea, negar toda pretensión no fundada en una norma jurídica. A pesar de que es un criterio legal es injusto, ya que deja sin solución los casos que no se encuentran previstos en la norma jurídica; c) complementación coherente y dependiente del precepto. Esto es, decidir aplicando la analogía, la costumbre, los principios generales de derecho y la justicia"[245].

[243] José María Díaz Couselo, "Tratado de Derecho Civil, Ed. Enneserus, Madrid, 1996, pág. 215.

[244] Cossio, "La Plenitud del ordenamiento jurídico. Buenos Aires, 1986, pág. 51.

[245] Philipp Heck. "El problema de la creación del Derecho", Ed. Ariel, Barcelona, 1961, pág. 34.

En los casos de lagunas de la ley se recurre mucho a la analogía que consiste en aplicar a un caso no previsto en la ley, la norma que rige otro caso semejante o análogo, cuando existe la misma razón para resolverlo de igual manera, por ello se dice que la analogía es un principio de integración del derecho. No hay que confundir la analogía con la interpretación extensiva

También se señala como auxiliares del juez, para el caso de lagunas, a los principios generales del derecho que algunos autores los identificaban con los del derecho romano y otros con los principios del derecho natural. Se trata de ciertos principios superiores que informan el ordenamiento jurídico y que se basan en la naturaleza del hombre. Estos principios tienen validez universal, se basan en la razón y naturaleza del hombre y son fundamento del derecho positivo.

15.2. LA INTERPRETACIÓN Y LA INTEGRACIÓN SEGUN LA LEY

Interpretar, de manera general, es desentrañar el sentido de una expresión. Interpretar la ley es descubrir el sentido que encierra. El problema capital de la teoría de la interpretación es saber que debe entenderse por sentido de la ley y suele decirse que el sentido de la ley no puede ser sino la voluntad del legislador, pero no cabe interpretar la voluntad del legislador sino el texto de la ley, lo cual no significa que la interpretación haya de ser puramente gramatical.

La interpretación no es una labor exclusiva del juez. La interpretación puede hacerla el legislador, el juez o un particular. En el primer caso hablamos de la interpretación auténtica, en el segundo de la interpretación judicial o jurisprudencial; y, en el tercero de la interpretación doctrinal. La interpretación legislativa es obligatoria, la interpretación judicial obliga cuando hay fallos de triple reiteración y la interpretación doctrinal es privada y puede ser acogida o no.

Para la interpretación existen numerosos métodos y escuelas, como lo señalamos anteriormente, pero conviene puntualizar los siguientes:

La interpretación como exégesis de la ley: Entre los principales métodos hermenéuticos tenemos el tradicional o exegético, basado en el texto que puede ser tan claro que no surja ninguna duda sobre el pensamiento del legislador, en cuyo caso no es lícito eludir su letra so pretexto de penetrar en su espíritu como señala nuestro Código Civil. Pero en ocasiones el texto es obscuro e incompleto y no basta el examen gramatical en cuyo caso se sugiere: examen de trabajos preparatorios o exposiciones de motivos, análisis de la tradición histórica y de la costumbre o por último la analogía, la equidad y los principios generales de derecho, los cuales no permiten siempre, por desgracia, descubrir el sentido de la ley. Entonces se plantea recurrir a los recursos de la lógica formal, entre los que se señalan:

a) Argumento a contrario.- Cuando un texto legal encierra una solución restrictiva, en relación con el caso a que se refiere, puede inferirse que los no comprendidos en ella deben ser objeto de una solución contraria,

b) Argumentos a pari, a majori ad minus, a minori ad majus. Estos argumentos constituyen en su conjunto y combinación, lo que se llama razonamiento de analogía. Los argumentos se basan en que en todos aquellos casos en que existe una misma razón jurídica, la disposición debe ser la misma. Cuando existe igualdad o paridad de motivos se denomina argumento a pari;cuando hay una mayor razón, argumento a minori ad majus y, cuando ocurre lo contrario se denomina argumento a majori ad minus.

Cuando no bastan los recursos de la lógica se recurre a la costumbre y a la equidad. En lo que a la costumbre toca todos los tratadistas niegan que sea una verdadera fuente del derecho y se recure a ella sólo cuando la ley así lo dispone, como en el caso de nuestra legislación ecuatoriana.

Con relación a la interpretación, en el Ecuador nuestra Constitución establece que la única interpretación obligatoria y auténtica es la que realiza el Congreso Nacional, así no estemos de acuerdo con su naturaleza y alcance.

Cuando se encuentran algunas lagunas de la ley o de las normas jurídicas, su existencia marca el límite de la interpretación con el de

la integración del Derecho. Cuando el Juez que debe aplicar o interpretar la norma para resolver una controversia sometida a su jurisdicción y competencia, encuentra lagunas, tiene que cumplir con su deber y el Derecho prevé esa posibilidad e indica a los jueces de que medios han de echar mano para llenar los vacíos pues el Juez tiene en todo caso el deber de resolver el problema sin que pueda alegar insuficiencia o falta de normas. Hay vacíos o lagunas en Derecho que deben ser suplidos o llenados por el Juez que conoce de la causa.

Entre las formar de integrar el Derecho para resolver el problema tenemos la analogía. El razonamiento analógico reviste la forma de un silogismo. La analogía supone una identidad parcial. La analogía consiste en atribuir a situaciones idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley) las consecuencias jurídicas señaladas en la regla aplicable al caso previsto, si bien entre uno y otro solo hay una identidad parcial.

Casi todas las legislaciones modernas disponen que en aquellos casos que no es posible resolver una situación jurídica de acuerdo con la analogía debe recurrirse a los principios generales del Derecho, los mismos que ya los hemos explicado anteriormente en qué consisten, aunque haya controversia en la literatura jurídica pues algunos dicen que son los principios del Derecho Romano, otros los que son los "universalmente admitidos" y otros los que se identifican con la justicia.

Finalmente en muchas legislaciones se hace constar que a falta de todo ello debe recurrirse a la "equidad" lo cual también es muy discutible y contradictorio. Algunos sostienen incluso que es igual a los principios generales del Derecho. En todo caso como son fuentes discutibles en la legislación ecuatoriana no han sido consideradas como tales. Todos estos temas son tratados por los diferentes juristas a quienes se cita en las unidades anteriores.

15.3. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN SEGÚN GÉNY

Gény parte del principio de que la finalidad de la interpretación de la ley estriba en descubrir el pensamiento del legislador, en lo que coincide con la escuela exegética, más no acepta que la legislación sea la única fuente del derecho ni que puede prever todas las situaciones jurídicas posibles. "Interpretar la ley equivale simplemente a investigar el contenido de la voluntad legislativa, con el auxilio de la formula que la expresa Y mientras se permanezca en la esfera de la interpretación propiamente dicha, esta investigación debe hacerse sin idea preconcebida sobre su adaptación más o menso completa al medio social a que debe aplicarse, o sobre la perfección mas o menos ideal de la regla por descubrir. No quiero decir, por supuesto que el intérprete puede eliminar de su horizonte tales elementos; solo afirmo que únicamente puede servirse de ellos para esclarecer el diagnóstico de

la voluntad del legislador, no para dirigir o rectificar esa voluntad"[246].

Interpretar, dice Gény, equivale a substituir la voluntad del legislador por las convicciones del intérprete, y no es por lo tanto verdadera interpretación sino falsificación de la voluntad legislativa. "El Estado social contemporáneo del Juez no debe pesar sobre la interpretación del texto legal, sino cuando éste expresa una noción variable y fugaz por naturaleza, como la de orden público, por ejemplo. Interpretar semejante noción de acuerdo con las ideas reinantes en la época de la aplicación no es comprender la fijeza de la ley, puesto que ella misma ha reconocido la contingencia y relatividad de este elemento, cuya apreciación deja al intérprete"[247].

Gény critica la distinción entre interpretación gramatical e interpretación lógica. Una y otra se complementan necesariamente, pues la gramatical debe ser lógica y la lógica parte del estudio de los textos, y añade que la interpretación de la ley ha de hacer se en función dela voluntad de sus autores. En esa búsqueda de la voluntad legislativa juega la lógica un papel importante, pues el legislador se vale del lenguaje común y procede de manera inteligente. Sostiene que a manudo para descubrir la voluntad del legislador se debe tomar en cuenta elementos extrínsecos, que

[246] Gény," Métodos y Fuentes del Derecho Privado Positivo", pág. 265.
[247] Gény, ob. cit. pág. 272.

aclaran su sentido y alcance y que esos elementos son de diversa índole.

"En primer lugar conviene examinar la finalidad perseguida por el legislador, es decirlas circunstancias sociales, económicas, técnicas, etcétera, para las cuales la ley fue elaborada, así como los problemas que su autor pretendió resolver. Aparecerá así el fin propio de la ley (ratio legis) que, sin revelar por sí mismo y exclusivamente los medios empelados por el legislador para realizarlo, permite, al menos, comprenderlos mejor y desenvolver los detalles"[248].

Además propone considerar: el medio social en que la ley se originó, los principios y concepciones jurídicas que el legislador tuvo presente, y el estudio de los trabajos preparatorios. Todo esto, según Geny, cuando se trata de una interpretación propiamente dicha, esto es cuando tienden a buscar la voluntad del legislador.

Cuando se trata de la integración, según Gény, uno de los medos más eficaces es la aplicación analógica en la que se aplica un precepto relativo a un caso semejante, no por el simple hecho de la semejanza, sino porque existe la misma razón para resolver el caso imprevisto en igual forma que el otro. "Pero, en todo caso la analogía infiere una solución, para una cierta situación de hecho, de

[248] Ibídem, pág. 288.

una semejanza fundamental entre tal situación y aquella otra que la ley ha reglamentado"[249].

Finalmente con relación a la equidad nos dice: "rama separada del gran árbol de la justicia, cuando de ella se habla alúdase algunas veces a una especie de instinto que sin apelar a la razón razonadora, conduce a la solución mejor y más conforme con el fin de toda organización jurídica. Otras veces por equidad se entiende la adaptación de la idea de justicia a ciertos hechos, en vista de las circunstancias que en ellos recurren. En su primera forma el sentimiento de equidad es uno de los datos de la conciencia jurídica y, como tal, puede servir de guía al intérprete, del mismo modo que la noción de justicia. En su segundo aspecto, es decir, como equidad individual, no debe determinar la aptitud del juez sino en aquellos casos en que la ley así lo autoriza o cuando a falta de fuentes formales, la naturaleza del caso lo reclama"[250].

15.4. PROCEDIMIENTOS DE INTEGRACIÓN

En los acápites anteriores hemos determinado que la ley tiene lagunas y su existencia marca el límite de la tarea del intérprete como tal. Cuando el juez llamado a resolver un caso observa que las reglas interpretativas son insuficientes para cumplir con sumisión específica, deja de ser intérprete para asumir un papel

[249] Ibídem, pág. 305.
[250] Ibídem, pág. 110.

semejante al del legislador. ¿Cómo debe proceder para colmar los vacíos de las fuentes formales?

Lo primero que debe hacer el juez, es investigar si en el ordenamiento legal existen o no reglas generales de integración. Si existen debe sujetarse a ellas, y, en caso contrario debe aplicar los procedimientos que la doctrina jurídica le brinda. Como juez tiene en todo caso la obligación de resolver pues no puede alegar insuficiencia de la ley. Entre los procedimientos de integración tenemos:

La analogía como método de integración: Se dice que la analogía no es un procedimiento puramente lógico. "En el razonamiento lógico o por analogía de que un objeto A' coincide con otro objeto A'' en ciertas notas a, b, c, que son comunes a ambos, se concluye que A'' poseerá también la nota p que sabemos posee A'. Es un razonamiento de lo particular a lo particular análogo o de lo singular a lo singular análogo. Por su forma el razonamiento lógico reviste la apariencia de un silogismo: la Tierra está poblada por seres vivos; Marte es análogo a la Tierra (tiene de común con ella las propiedades a, b, c, etc.); luego Marte debe estar poblado de seres vivos. El silogismo debe su rigor a que se atiene a las leyes ideales evidentes que rigen los pensamientos; en cambio en el razonamiento analógico se admite que a ciertas correspondencias entre dos objetos deben seguir otras, lo cual si bien goza de cierta verosimilitud, carece en absoluto de seguridad; por esto el razonamiento analógico nunca termina en una resuelta afirmación.

Es fácil advertir en que radica la inseguridad de este razonamiento"[251].

Para aplicar el procedimiento de la analogía en el campo del derecho, no basta con examinar la analogía de normas, hay que tomar en cuenta, asimismo, la de situaciones. Dos situaciones jurídicas son análogas cuando entre ellas existe una identidad parcial, o lo que es lo mismo, cuando presentan ciertos elementos comunes. La aplicación analógica supone la existencia de dos situaciones jurídicas análogas, una prevista y la otra no prevista por la ley

Suele decirse que la norma que rige el previsto se aplica analógicamente al no previsto. Pero esto es impropio, porque lo que se aplica al caso imprevisto no es el precepto legal que resuelve el caso análogo, sino una norma nueva, que posee un supuesto jurídico diverso. La disposición formulad analógicamente es idéntica a la del precepto que prevé el caso semejante, más los supuestos difieren entre sí. La analogía consiste pues en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y la otra no prevista en la ley) las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. De ello se infiere que no debe hablarse de aplicación analógica de un precepto a un caso no previsto, sino de creación de una norma nueva.

[251] Romero y Pucciarelli "Lógica y Nociones de Teoría del Conocimiento", 2da. Edición, Buenos Aires, 1939, pág. 88

Los Principios Generales del Derecho: Casi todas las legislaciones, y entre ellas la nuestra disponen que, en aquellos casos en que no es posible resolver una situación de acuerdo con la analogía, debe recurrirse a los Principios Generales del Derecho, pero determinar que debe entenderse por ello es uno de las cuestiones más controvertidas en la literatura jurídica Para algunos tratadistas son los del derecho romano, otros dicen que se trata de los universalmente admitidos por la ciencia y otros, por último los identifican conos del derecho justo o natural. Del Vecchio sostiene que ésta última opinión es la correcta.

Nosotros podemos señalar que se trata de ciertos principios superiores que informan el ordenamiento jurídico y que se basan en la naturaleza del hombre. Estos principios tienen validez universal, se basan en la razón y naturaleza del hombre y son fundamento del derecho positivo como la igualdad de las personas ante la ley, el cumplimiento de los contratos, la buena fe, el respeto a los derechos humanos, la justicia, la responsabilidad de los servidores públicos, etc.

No hay que perder de vista que en todos los casos en que las fuentes formales resultan insuficientes para que el juez solucione un caso concreto, éste tiene que colocarse en situación semejante a la del legislador y tiene que transformar en preceptos formalmente validos los principios generales del derecho, esto es que el juez está obligado a establecer las normas de decisión para los casos imprevistos, no de una manera arbitraria, sino en la misma forma en que el legislador lo habría hecho. Resolver una cuestión

imprevista de acuerdo con los principios generales del derecho quiere decir por tanto, fallarla como el legislador lo habría hecho si hubiere podido conocer el caso especial, por ello el Art. 1 del Código Civil Suizo dice que a falta de una disposición legal aplicable, "el juez debe resolverlo de acuerdo con el derecho consuetudinario y, a falta de costumbre, de acuerdo con las reglas que establecería si tuviese que proceder como legislador. Se inspira en las soluciones consagrados por la doctrina y la jurisprudencia"[252].

La Equidad: El concepto clásico de equidad fue acuñado, con precisión y claridad inimitables, por Aristóteles, quién la consideró como una virtud del juzgador. "Lo equitativo y lo justo son una misma cosa; y siendo buenos ambos, la única diferencia que hay entre ellos es que lo equitativo es mejor aún. La dificultad está en que lo equitativo siendo justo, no es lo justo legal, sino una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es que la ley necesariamente siempre es general, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales...la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que se disimule los vacíos que deja. La ley no es por eso menos buena: la falta no está en ella; tampoco está en el legislador que dicta la ley; está por entero en la naturaleza misma de las cosas..Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha

[252] Art. 1 del Código Civil Suizo.

engañado por haber hablado en términos generales, es imprescindible corregirle y suplir su silencio...Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado"[253].

Algunos tratadistas aceptan y otros niegan la posibilidad de identificar la equidad con los principios generales del Derecho. Se sostiene que los principios generales del derecho son los mismos principios generales de la equidad, pero en todo caso se considera a la equidad como el primero de dichos principios, al igual que a la justicia.

15.5. LIMITES DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

Los tratadistas señalan que si bien la actividad interpretativa ofrece un marco de gran variedad, y que existe una gran cantidad de métodos todos los cuales pueden ser utilizados según el caso concreto, para que las decisiones sean jurídicamente correctas, deben observarse unos "límites racionales", que se los concreta así:

- La actividad interpretativa siempre ha de desarrollarse dentro de las limitaciones jurídico-normativas, expresando que en toda norma hay dos zonas: una zona determinada o fácilmente determinable y otra zona indeterminada, incierta o en penumbra, donde la actividad interpretativa es mayor. La zona

[253] Aristóteles: Ética a Nicómaco, Libro V, cap. X, Traducción de Mariano de Azcátrate.

determinada actuaría como auténtico límite al que está sometido el juez a la hora de resolver,

- Es necesario adecuar el texto con el significado de la norma mediante un razonamiento dialéctico que ponga en coordinación el texto normativo y las circunstancias particulares del caso a resolver, pudiendo ser la interpretación extensiva o restrictiva,

- El Juez no debe olvidarse el significado primitivo de la norma, es decir, lo que quiso decir quién legisló,

- La conjugación de criterios. debe procurar una interpretación más razonable que no puede ser la que el juez considere personalmente sino aquella que se adecue mejor a los valores y usos de la sociedad,

- Se debe emplear una lógica argumentativa y o dialéctica a fin de que haya transparencia en el proceso y una motivación suficiente, con argumentos más o menos sólidos y,

- Nosotros, agregaremos que el Juez debe tener siempre presente que su misión es lograr la justicia en base a la búsqueda de la verdad a partir de las pruebas que se hayan aportado en el proceso.

En todo caso es importante para el intérprete conocer las modernas teorías de la argumentación jurídica, a las que nos vamos a referir

en el acápite siguiente, con el fin de asegurar la objetividad de la decisión jurídica y la certeza del Derecho.

15.6. TEORIAS DE LA ARGUMENTACION JURÍDICA

Se pretende lograr la seguridad jurídica y la certeza del derecho y para ello se recurre a las teorías de la argumentación racional que se apartan de los métodos tradicionales que hemos analizado, especialmente se reconoce las insuficiencias del método lógico deductivo y se propone un cambio radical en la manera de plantear la fundamentación de la objetividad hermenéutica y la propia racionalidad de la interpretación. Vamos a exponer brevemente las tres principales teorías de la argumentación jurídica: Chaim Perelman y la Nueva Retórica: Perelman (1912-84), autor belga de origen polaco, procura alcanzar la verdad en la aplicación de la ley y por ello es contrario a los juicios de valor, sino que hay que inclinarse ante la realidad de los hechos. "Los juicios científicos son, pues, juicios de verdad"[254].

Perelman funda su teoría en tres premisas: el valor que funda la justicia, la regla que la enuncia y el acto que la realiza. Sostiene que tanto los juicios de valor que enuncian la justicia, como las atribuciones mediante las que tales juicios de valor se realiza, son susceptibles de un establecimiento racional de las reglas de justicia

[254] Chaim Perelman, "De la Justicia", UNAM, México, 1964, pág. 135.

concretas. Este procedimiento no es otro que la teoría de la argumentación racional.

Perelman señala que la racionalidad de la decisión jurídica va a acabar descansando en el método, en la racionalidad de la metodología que se sigue para llegar a esa decisión. En este sentido entiende que el procedimiento adecuado para la justificación de las decisiones jurídicas es el método de la argumentación racional o "nueva retórica", en base a la retórica clásica que reconstruye. Para ello distingue entre "juicios de verdad" y "juicios de valor".

Los juicios de verdad son los enunciados lingüísticos de los que se valen los científicos para exponer sus teorías, mientras quelas decisiones jurídicas descansan sobre los juicios de valor "Justificar un juicio de verdad sería bastante fácil. Basta con proceder a su demostración empírica, contrastando la realidad de los hechos con la referencia significativa del juicio de verdad. Pero esta demostración no es posible en el caso de los juicios de valor, ya que éstos o tienen referente empírico. Por eso la objetividad de las decisiones judiciales no es idéntica a la objetividad que pueden alcanzar los científicos en la exposición de sus investigaciones experimentales. No tiene nada que ver con la verdad. La objetividad que se busca mediante el método de la argumentación racional descansa en la adhesión, en el acuerdo o en la aceptación generalizada de la decisión jurídica...Para que se acepte una decisión jurídica, ésta tiene que ser razonable. El jurista que toma la decisión tiene que tratar de convencer a los destinatarios de la

decisión de que esa decisión debe ser aceptada porque es la decisión más razonable"[255].

Monroy Cabra nos dice que la retórica o argumentación racional de Perelman pretende "construir una teoría racional de la argumentación y en ese sentido da prioridad a la convicción sobre la persuasión. Trata de fundamentar una lógica específica que tiene como finalidad identificar argumentos capaces de convencer, esto es, válidos objetivamente. Lo cual quiere decir, en primer lugar, que la eficacia nos e liga al efecto, sino los cánones de aceptabilidad racional vigentes en una determinada comunidad científica. Por esta razón, cuando se habla de argumentación racional o nueva retórica no se hace referencia en realidad a técnicas de elocuencia, sino más bien a un procedimiento que refrendaría de antemano las soluciones correctas"[256].

LA TEORIA NEOEMPIRISTA DE LA CIENCIA JURÍDICA:

Los principales exponentes son Peczenik, Wroblewski, Aaranio y Alexy que buscan dar un salto metodológico en la búsqueda de la certeza, con nuevos conceptos o frases como: transformaciones, asaltos, saltos no deductivos, afirmando que debe aceptarse que existe "un salto no deductivo en la elección definitiva de la solución jurídica del caso...La solución jurídica suele conllevar

[255] Perelman, ob. cit., pág. 35.

[256] Monroy C., ob. cit. pág. 499.

transformaciones no deductivas: un salto, un paso final no deductivo. La causa inmediata de este salto no deductivo estaría determinada por el hecho de que las reglas de interpretación no forman un conjunto cerrado y su aplicación es susceptible de controversias; pero además también por las dificultades derivadas de la búsqueda de la norma aplicable y de las interferencias axiológicas que se produce en la decisión jurídica"[257].

El Neoempirismo nos dice que "desde el momento que el intérprete transforma el derecho legal en derecho interpretado, esta transformación exige que se cumplan ciertas demandas de racionalidad que son ineludibles desde el punto de vista de la justificación de la interpretación jurídica. Dicho de otro modo, dado que la justificación de la aplicación del derecho, no puede plantearse deductivamente, como la adscripción de la decisión al texto de la ley, la legitimación de la misma dentro de los márgenes de la transformación producida debe plantearse como algo autónomo de la propia ley, como una estricta cuestión de racionalidad"[258].

La teoría neo empirista de la ciencia jurídica tiene muchas concomitancias con las teorías de la nueva hermenéutica jurídica que analizamos en acápites anteriores, sobre todo en el valor de la actividad intelectual subjetiva del intérprete y su papel en la

[257] Alexander Peczenik, "The Basis of Legal Justification", Lud, 1989, pág. 133.

[258] Aulis Aarnio, "Lo racional como razonable. UN tratado sobre la justificación jurídica", CEC, Madrid, 1991, pág. 28.

organización del significado de la ley, pero se aparte de ellas al diseñar el soporte metodológico que debe guiar la actividad del intérprete. La solución correcta creen que está directamente relacionada con la aceptabilidad racional del resultado. "El resultado correcto es el resultado más aceptable al que se llega tras la oportuna ponderación racional de los criterios de interpretación y los argumentos de justicia material por un intérprete calificado que conozca los criterios y los argumentos válidos dentro de la comunidad jurídica en la que actúa"[259].

Finalmente hacemos hincapié en que para los neo empiristas la decisión jurídica deberá estar basada en argumentos racionales, capaces de conseguir la aprobación de la mayoría.

ROBERT ALEXY. DISCURSO PRÁCTICO Y TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA:

Alexy realizó en 1978 su tesis doctoral sobre teoría de la argumentación jurídica argumentando la insuficiencia del método deductivo por las siguientes razones: la no consecuencia lógica de la decisión jurídica en relación con la norma general y los hechos del caso; la imposibilidad de resolver esa inconsecuencia con las meras reglas del método jurídico tradicional; y a imposibilidad de evitar los valores en la decisión jurídica.

[259] Wroblesky, "Legal Reasoning in Legal Interpretation", 1998, pág. 410.

Alexy destaca cuatro razones que determinan la existencia de un salto lógico entre la formulación de la norma y la decisión del caso: "1) la vaguedad del lenguaje jurídico; 2) la posi9bilidad de conflictos de normas; 3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma vigente; y 4) la posibilidad de decidir incluso contar el tenor literal de una norma en casos especiales"[260].

Alexy parte de la teoría del discurso racional de Habermas quién rechaza la concepción positivista de la verdad y propone una teoría consensual de la verdad y nos habla de una teoría procedimental de la verdad cuando afirma: "la teoría del discurso tiene como base una concepción absolutamente procedimental de la corrección...la solución correcta se alcanza si se sigue un método, un procedimiento adecuado. Al igual que ocurre con las regla del cálculo, si se usan correctamente las reglas de la argumentación jurídica sólo podrá haber un único resultado correcto. Un enunciado normativo N., es correcto si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento P.[261]

Alexy se aparta de Haberrmas cuando dice: "sería una equivocación, particularmente por lo que se refiere a las cuestiones prácticas, exigir la seguridad de una corrección absoluta. Esto no puede garantizarlo ningún procedimiento; pero si se suprime esta

[260] Robert Alexy "La Idea de una Teoría Procesal de la Argumentación Jurídica", ed. Alfa, Barcelona, 1985, pág. 28.

[261] Ob. cit. pág. 203.

exigencia de la corrección absoluta, entonces resulta con claridad que ningún procedimiento es más adecuado que el del discurso para desarrollar al mismo tiempo la capacidad de imaginación y de corrección. Ni la verdad teórica discursiva del discurso práctico general, ni la del discurso jurídico garantizan una corrección absoluta. El discurso jurídico suaviza muchas las debilidades pero no puede eliminarlas; siempre existirá un núcleo de incerteza que no puede eliminarlo por completo"[262].

Para Alexy "la argumentación práctica general constituye, el fundamento de la argumentación jurídica. La argumentación práctica general no es expulsada de la argumentación jurídica. La argumentación jurídica sigue dependiendo normalmente de argumento prácticos de tipo general....existen factores que obligan a distinguir y considerar el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctica general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente"[263].

Alexy llegó a formular reglas y formas de argumentación: veintidós reglas y seis formas de argumentación del discurso práctico general que clasifica en seis grupos: 1) reglas fundamentales: no contradicción, sinceridad, coherencia del hablante y comunidad; 2) reglas de la razón: fundamentación, igualdad de derechos, universalidad y no coerción; 3) reglas sobre la carga de la

[262] Ibídem, pág. 294.

[263] Ibídem, 311.

argumentación: ordenar la argumentación en forma clara; 4) reglas de fundamentación; 5) reglas de transición y 6) reglas específicas del discurso jurídico: justificación interna, justificación externa, interpretación, argumentación dogmática, uso de precedentes, argumentación práctica general, argumentación empírica.

Alexy se propone lograr un "código de la razón práctica, que comprendiese e hiciese explícitas las reglas y las formas de la argumentación práctica racional. Una utopía que obviamente podría acabar o por lo menos reducir metodológicamente los problemas de la certeza jurídica....mostrando de que manera hay que usar oportunamente las distintas formas de los argumentos"[264].

[264] Ibdem, pág. 314

CAPITULO 16.- COROLARIO

LA APLICACIÓN CORRECTA DE LAS NORMAS JURIDICAS POR PARTE DE LOS JUECES EN EL ECUADOR:

A MANERA DE CONCLUSIÓN O COROLARIO VAMOS A RESUMIR LO SIGUIENTE:

15.- Las Fuentes del Derecho Ecuatoriano.
2.- Las normas jurídicas,
2.1.- La Constitución
2.2.- Tratados Internacionales,
2.3.- La leyes.
2.4.- Decretos y Resoluciones del Ejecutivo.
2.5.- Estatutos y Reglamentos,
2.6.-Acuerdos y Resoluciones.
3.- La costumbre
4.- La jurisprudencia.
5.-La doctrina,
6.- Actos jurídicos y contratos.
7.- Nueva concepción de fuentes del derecho
8.- Fuentes del Common Law,
9.- El negocio jurídico como fuente,
10.- Determinación y crítica de la fuente,
11.- Objetividad y realismo en la aplicación de la prueba por el Juez.,

15.1 LAS FUENTES DEL DERECHO ECUATORIANO:

Hemos estudiado a los teóricos que clasifican tradicionalmente a las fuentes en: a) fuentes reales o materiales.

Las fuentes materiales o reales, provienen de aquellas fuerzas sociales que dan lugar a las normas jurídicas algunas en forma directa como los órganos legislativos del Estado y de los organismos seccionales o autónomos, y otros en forma indirecta como: los tribunales de justicia que generan jurisprudencia; y, las concepciones ideológicas, filosóficas y políticas que generan doctrina. Se hablas aún de fuentes prejurídicas, anteriores al derecho, como la costumbre.

Las fuentes formales son los procedimientos el técnico-jurídico que sirven para exteriorizar el derecho según las diferentes normas que lo integran. Son manifestaciones o modos del Derecho Positivo. Solamente desde las últimas décadas del siglo XX, se ha reconocido a la Constitución como la primera y principal fuente del Derecho y esa es la primera regla que deben observar todos los jueces.

Según nuestra legislación tenemos como fuentes del derecho nacional:

- Las normas jurídicas,
- Actos y contratos de los particulares,
- Sentencias y resoluciones de autoridad competente,
- Delitos y cuasidelitos,

- La costumbre,
- La jurisprudencia,
- La doctrina; y,
- Los principios generales del Derecho.

15.2.- LAS NORMAS JURÍDICAS.

El conjunto de normas jurídicas constituye el Derecho. Dichas normas tienen jerarquía y en caso de contradicción prevalece la norma superior. Dicha jerarquía, como lo señala el Art. 425 de la Constitución en vigencia es: las normas de la Constitución, los tratados y convenios internacionales, las leyes orgánicas y ordinarias, las normas regionales y las ordenanzas distritales, los decretos y reglamentos, las ordenanzas, los acuerdos y las resoluciones; y, los demás actos y decisiones de los poderes públicos, de acuerdo al siguiente ordenador gráfico.

JERARQUÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR

CONSTITUCIÓN	⟹	Ley Suprema del Estado, creada por la Asamblea Nacional Constituyente que prevalece sobre cualquier otra norma legal.
TRATADOS INTERNACIONALES	⟹	Son aquellos suscritos entre los Estados y/o los Organismos

Internacionales, principal fuente del Derecho Internacional Público.

LEYES ORGÁNICAS ⟹ Expedidas por la Función Legislativa con la aprobación de la mayoría absoluta. Se refieren a la organización, actividades, derechos fundamentales, políticos y funciones del Estado, puede ser a través de códigos.

LEYES ORDINARIAS ⟹ Son expedidas por la Función Legislativa con la aprobación de la mayoría simple. Puede ser a través de códigos.

DECRETOS-LEYES Y DECRETOS ⟹ Cuando el Congreso no tramita un proyecto de urgencia económica, el Presidente lo dicta como Decreto-Ley, con el fin de administrar el país.

REGLAMENTO Y ⟹ Procedimiento normativo

ACUERDOS DEL EJECUTIVO que expide el Presidente de la República que constitucionalmente tiene la facultad para hacerlo.

ACUERDOS MINISTERIALES ⟹ Resoluciones del ejecutivo suscrito por el Presidente y el Ministro del Ramo competente sobre materia determinada.

ESTATUTOS Y REGLAMENTOS ⟹ Normas que rigen la organización y fines de las personas jurídicas.

ORDENANZAS ⟹ Dictadas por los gobiernos autónomos seccionales, Consejos Provinciales o Municipios. Mantiene: iniciativa, discusión, sanción y promulgación.

ACUERDOS RESOLUCIONES ⟹ Son normas que rigen a las personas jurídicas de Derecho Público o Privado. Tienen fuerza obligatoria para la institución.

Nota: No se han expedido aún normas regionales y ordenanzas distritales.

16.2.1.- La Constitución.

La Constitución de la República del Ecuador, fue aprobada en referéndum por el pueblo ecuatoriano luego de haber sido elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi de 2008. Fue publicada en el Registro Oficial Nro. 449 de 20 de octubre de 2008 y se halla vigente desde esa fecha

Nuestra Carta Magna en su Titulo I se refiere a los elementos constitutivos del Estado, el Titulo II a los derechos; el Título III trata de las garantías constitucionales, el Título IV a la participación y organización del poder, el Título V a la organización territorial, el título VI al régimen de desarrollo, el Título VII al régimen del buen vivir, el Título VIII a las Relaciones Internacionales y el título IX a la supremacía de la Constitución. Tiene varias disposiciones transitorias y una derogatoria.

La Constitución de la República del Ecuador, en su título II se refiere a los DERECHOS y a partir del Art. 10 señala:

- los principios de aplicación de los derechos,
- los derechos del buen vivir:
- agua y alimentación,
- ambiente sano,
- comunicación e información,
- cultura y ciencia,

- educación,
- hábitat y vivienda,
- salud,
- trabajo y seguridad social,
- movilidad humana,
- derechos de adultos, jóvenes, mujeres embarazadas,
- personas con discapacidad,
- personas con enfermedades contagiosas,
- personas privadas de la libertad,
- usuarios y consumidores,
- derechos de las comunidades y nacionalidades; y además::
- Derechos de libertad,
- Derechos de la naturaleza,
- Derechos de protección; y,
- Responsabilidades.

En los derechos de libertad se establecen: el derecho a la inviolabilidad de la vida, el derecho a una vida digna, el derecho a la integridad personal, derecho a la igualdad, derecho al libre desarrollo, derecho a opinar y expresar el pensamiento, derecho a practicar y profesar una religión, derecho a tomar decisiones libres, derecho a guardar la reserva, derecho a asociarse, derecho a transitar libremente, libre contratación, derecho al honor y buen nombre, derecho a la intimidad personal inviolabilidad y secreto de correspondencia, derecho a dirigir quejas, derecho a acceder a los bienes y servicios públicos, etc.

Entre los derechos de protección tenemos:

- Acceso gratuito a la justicia y a la tutela del Estado,
- Derecho al debido proceso:
- Presunción de inocencia
- Derecho a la defensa,
- Motivación de las resoluciones.

En todo proceso penal se señalan las siguientes garantías:

- La privación de la libertad será excepcional,
- Nadie puede ser privado de la libertad sin orden escrita de autoridad competente,
- Derecho a conocer en forma clara el motivo de la detención,
- Nadie puede ser incomunicado,
- Derecho al silencio,
- Nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo,
- Recobrar de inmediato la libertad en caso de sobreseimiento o sentencia absolutoria.

En el título III se refiere a las GARANTIAS CONSTITUCIONALES:

- Acción de protección,
- Acción de hábeas corpus,
- Acción de acceso a la información pública,
- Acción de habeas data,
- Acción por incumplimiento; y,,
- Acción extraordinaria de protección.

16.2.2.- Los Tratados y Convenios Internacionales.-

Son Tratados o Convenios Internacionales, los suscritos entre Estados o entre Estados y los organismos internacionales para regular las relaciones y la vida internacional. Constituyen la principal fuente del Derecho Internacional Público. La Constitución de la República del Ecuador les ha dado mayor jerarquía que las leyes, pero en todo caso en el marco de la Constitución y siempre que hayan sido válidamente celebrados.

El Art. 417 de la Constitución en vigencia dice: "Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución".

El Art. 418 dice: "A la Presidenta o Presidente de la República le corresponde suscribir o ratificar los tratados y otros instrumentos internacionales.

La Presidenta o Presidente de la República informará de manera inmediata a la Asamblea Nacional de todos los tratados que suscriba, con indicación precisa de su carácter y contenido. Un tratado sólo podrá ser ratificado, para su posterior canje o depósito, diez días después de que la Asamblea haya sido notificada sobre el mismo.

"Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites.

2. Establezcan alianzas políticas o militares.

3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.

4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.

6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

"Art. 420.- La ratificación de tratados se podrá solicitar por referéndum, por iniciativa ciudadana o por la Presidenta o Presidente de la República.

La denuncia de un tratado aprobado corresponderá a la Presidenta o Presidente de la República. En caso de denuncia de un tratado aprobado por la ciudadanía en referéndum se requerirá el mismo procedimiento que lo aprobó.

"Art. 421.- La aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos.

"Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

16.2.3.- Las Leyes

Antes se decía y se consideraba quela ley es la fuente real o material más importante. Aparece por primera vez con las leyes de las XII Tablas (304 antes de Cristo). La palabra ley proviene del verbo latino ligare que significa ligas o vínculos; y otros de lego, legase, que significa leer por cuanto en Roma la Ley estaba escrita y debía ser leída; y esa fue la principal característica de la ley; está escrita en contradicción con la costumbre que no lo es la tabla.

De conformidad con la Constitución Ecuatoriana (Art. 132) se requiere de ley en los siguientes casos: regular el ejercito de los derechos y garantías constitucionales, tipificar infracciones y

establecer sanciones, crear, modificar o suprimir tributos, establecer deberes y responsabilidades a los gobiernos autónomos descentralizados, modificar la división política administrativa del país, otorgar facultad de expedir normas y para reformar o derogar leyes.

El Art 1 de nuestro Código Civil dice que la ley es la declaración de la voluntad soberana que, manifiesta en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. En consecuencia las leyes pueden ser: imperativas, prohibitivas o permisivas.

Nuestra Constitución (Art. 133) clasifica a las leyes en orgánicas y ordinarias. Son orgánicas las que se refieren a la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la Constitución, las que regulan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, las que regulan la organización, competencia y funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados y las relativas al régimen de partidos políticos y al sistema electoral.. Su aprobación requiere de mayoría absoluta. Las demás leyes son ordinarias y su aprobación requiere de simple mayoría. Las leyes orgánicas prevalecen sobre las ordinarias.

Las Leyes pueden estar agrupadas en cuerpos afines sobre una determinada materia y se denominan Códigos que son la forma metódica de organización de las leyes en libros, títulos, capítulos, secciones, párrafos, apartados(numerales y titulares) en articulo y en incisos de un mismo artículo, como lo señalamos.

Las principales características de la ley son: 1) obligatoriedad: necesidad de ser cumplidas por aquellos para quienes se dicta; la ley es un mandato imperativo que encierra en si la obligación de ser acatado; 2) generalidad: es una decisión in abstracto, para todos los casos idénticos que puedan presentarse sin relación a persona determinada; y 3) autenticidad: la ley debe proceder de autoridad legítima y competente para dictarla,

Las Leyes tienen un procedimiento formativo señalado en la Constitución que tiene fases o etapas así: iniciativa, discusión, aprobación sanción, promulgación y aprobación y publicación; así:

Tiene iniciativa para poder presentar proyectos de Ley, según la Constitución (Art. 134): los asambleístas con el apoyo de una bancada legislativa o de al menos el 5 % de los miembros,, el Presidente de la República, las otras funciones del Estado en ámbitos de su competencia, la Corte Constitucional, Procuraduría General del Estado, Fiscalía General del Estado, Defensoría del Pueblo y Defensoría Pública; y, los particulares pueden hacerlo con la firma de respaldo del cero punto veinticinco por ciento de empadronados.

Solo el Presidente de la República puede presentar proyectos para crear, modificar o suprimir impuestos, aumentar el gasto público o modificar la división política-administrativa (Art. 135 de la Constitución).

Los proyectos de ley deben reunir los siguientes requisitos: referirse a una sola materia, dirigirse al Presidente de la Asamblea, tener una exposición de motivos y el articulado que se proponga (Art. 136 de la Constitución).

El trámite ordinario de las leyes es: sometido a dos debates. Presentado el proyecto del Presidente de la Asamblea ordenará que se distribuya a los asambleístas y se difunda públicamente un extracto. Luego lo enviará a la Comisión Especializada que corresponda la que deberá emitir informe.

Con el informe de la Comisión se realiza el primer debate del pleno en el que se presentarán las observaciones. Luego vuelve a la Comisión para un nuevo informe con lo que pasa a segundo debate.

En segundo debate el proyecto debe ser aprobado, modificado o negado. Si fuere aprobado se lo envía al Presidente de la República para lo sancione u objete en el plazo de treinta días. Con la sanción se publicará en el Registro Oficial. (Art. 137) En caso contrario el Presidente debe objetarlo parcial o totalmente.

Si el Presidente de la República objetare totalmente el proyecto vuelve a la Asamblea que lo deberá conocer después de un año en que puede ratificarse en un solo debate y si ello ocurre se dispone su envío al Registro Oficial (Art. 138).

Si la objeción fuere parcial el Presidente hace de colegislador enviando un texto alternativo con el que la Asamblea en treinta días puede: a) allanarse por simple mayoría; o, b) ratificarse en el con la votación de las dos terceras partes. En ambos casos se lo remitirá al Registro Oficial. (Art. 138).

Si la objeción fuere por inconstitucionalidad se remitirá a la Corte Constitucional y si del dictamen fuere confirmatorio se archivará el proyecto y en caso de ser negativo retornará a la Asamblea para su tramitación. (Art. 139)

Cuando el Presidente de la República envía a la Asamblea Nacional un Proyecto calificado de urgencia en materia económica en treinta días debe aprobarlo, modificarlo o negarlo. Mientras discute un proyecto de urgencia económica el Presidente no puede enviar a la Asamblea otro con ese carácter. (Art. 140)

16.2.4.- Decretos y Reglamentos del Ejecutivo

Los Decretos Ejecutivos son resoluciones que toma el Presidente de la República en el ejercicio de sus funciones con el fin de administrar al país.

Los Decretos tienen fuerza de Ley y según el Art. 5 del Código Civil deben promulgarse en el Registro Oficial.

Técnicamente diferenciamos los actos de las tres funciones del Estado así: de la función Legislativa, las leyes del Ejecutivo, los decretos; y, de la función Judicial, las sentencias.

Los Reglamentos son normas de procedimiento que expide el Presidente de la República que constitucionalmente tiene la facultad reglamentaria. Hay varias clases de reglamentos: a) de Ejecución para operativizar las leyes; b) orgánico-funcional para normar la organización y funcionamiento de las instituciones públicas; y, c) autónomos dentro de su facultad discrecional.

Acuerdos Ministeriales son las resoluciones del Ejecutivo sobre un asunto determinado que debe ser suscrito por el Presidente de la República y el Ministro al que corresponde el Área de la materia sobre la que versa. En el Ecuador se ha abusado de los Acuerdos Ministeriales que los suscriben los Subsecretarios.

16.2.5.- Estatutos y Reglamentos

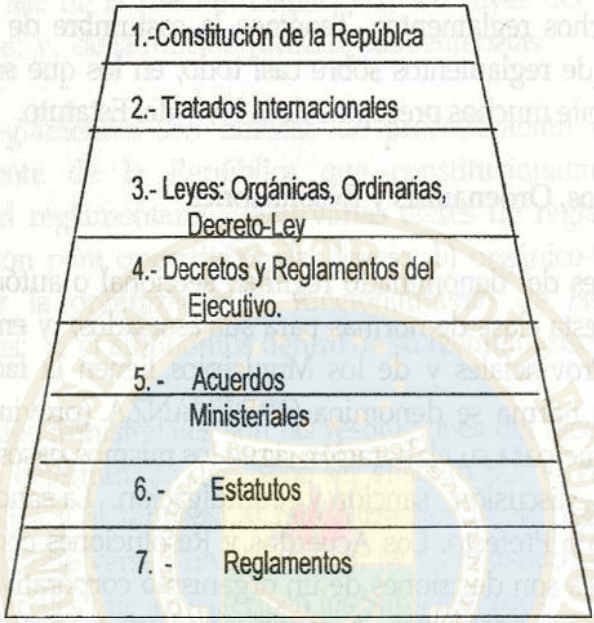
Los Estatutos son las normas que rigen a las personas jurídicas ya sean de derecho público o privado. En los Estatutos deben constar los fines, órganos y funciones deberes y derechos, forma de organización, etc. El Estatuto tiene fuerza obligatoria para la institución. En el Estatuto se prevé la facultad para que se dicten Reglamentos generales, especiales o internos. Los Estatutos prevalecen sobre los Reglamentos y los Reglamentos especiales sobre los generales.

En el Estatuto se hace constar que reglamentos puede dictar la corporación y cuál es el órgano o autoridad que tiene atribución para dictar dichos reglamentos. Tenemos la costumbre de dictar gran cantidad de reglamentos sobre casi todo, en los que se hace constar o se repite muchos preceptos de la ley y del Estatuto.

15.2.6.- Acuerdos, Ordenanzas y Resoluciones

Las instituciones del denominado régimen seccional o autónomo, pueden dictar esta clase de normas para sus asociados; y en el de los Consejos Provinciales y de los Municipios tienen la facultad legislativa y la norma se denomina ORDENANZA (provincial o municipal) la que para su elaboración sigue los mismos pasos de la Ley: iniciativa, discusión, sanción y promulgación. La sanción la hace el Alcalde o Prefecto. Los Acuerdos y Resoluciones como su nombre lo indica son decisiones de un organismo corporativo que tiene facultad para adoptarlos. A continuación un gráfico con la pirámide jerárquica de las normas en el Ecuador.

JERARQUÍA DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN EL ECUADOR



Nota.- La Constitución en su Art. 425 al establecer el orden jerárquico incluye luego de las leyes a "las normas regionales y las ordenanzas distritales", pero aún no se ha expedida ninguna de estas normas, pues aun no se han establecido las regiones..

16.3.- LA COSTUMBRE.-

Es la primera fuente histórica del Derecho, anterior de la Ley, pues el sistema anglosajón o "common-law..." era consuetudinario, esto es basado en usos y costumbres hasta que el sistema romanístico o greco-romano impulso la Ley escrita.

La costumbre es de origen anónimo, lento, espontáneo e impreciso hasta llegar a la repetición constante de una conducta por la generalidad de un grupo social que se transforma en costumbre que se constituye en fuente de derecho.

En el Ecuador la costumbre al igual que la Jurisprudencia y la doctrina son fuentes secundarias. El Art. 2 del Código Civil dice que la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella. El Art. 4 del Código de Comercio se dice que "las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley cuando los hechos son uniformes públicos y reiterados".

El juez solo a falta de las normas jurídicas, en el orden jerárquico que hemos señalado pueda aplicar la costumbre.

16.4.- LA JURISPRUDENCIA

En sentido general la Jurisprudencia es sinónimo de Derecho; pero en sentido estricto es el conjunto de sentencias y fallos dictados por los Jueces en igual sentido. Generalmente se cita la jurisprudencia que tenia la Corte Suprema, hoy Corte Nacional, como máximo organismo de la Función Judicial.

La Jurisprudencia en el Ecuador, constituye una fuente supletoria pues sirven al juez para la aplicación del Derecho en casos análogos, solo cuando no existen normas jurídicas. La jurisprudencia se publica en la GACETA JUDIDIAL y muchos

jueces en sus fallos las citan; aclarando que los fallos de triple reiteración son obligatorios;

16.5.- LA DOCTRINA

Son las teorías contenidas en libros, Monografías, Tratados o Revistas. Son los estudios que realizan los juristas que sirve de guía a jueces y legisladores en la aplicación del Derecho, cuando hay duda o se requiere hacer interpretación. Hay tratadistas famosos que se citan con frecuencia, en las resoluciones y que permiten aclarar aspectos de una determinada institución o tesis jurídica.

16.6.- ACTOS JURÍDICOS Y CONTRATOS

Los actos jurídicos son declaraciones de una persona y los contratos son las declaraciones o acuerdos de dos o más personas con el fin de crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones Los actos y los contratos para su validez deben observar requisitos de fondo y de forma. Los requisitos de forma son los inherentes a cada clase de actos o contrato que deben tener elementos en su esencia, de su naturaleza y accidentales para ser tales.

Los requisitos de fondo son: 1) voluntad, esto es el discernimiento, la intención, que no haya vicios (los vicios de la voluntad son error, fuerza y dolor); 2) competencia, esto es la facultad de celebrar el acto o contrato, la misma que es indelegable, a menos que se confiera poder especial; 3) objeto lícito, 4) causa lícita; y, 5) fin

lícito. Es lícito lo que está permitido por la ley, lo moral y las buenas costumbres.

Según nuestra legislación el contrato es ley para las partes, por lo que es fuente material del Derecho.

A continuación el gráfico de las fuentes:

FUENTES DEL DERECHO
REALES O MATERIALES

DIVISIÓN CLÁSICA { Formales } { LEY, COSTUMBRE, JURISPRUDENCIA, DOCTRINA }

Reales o Materiales { Fuerzas, Factores, Elementos } { Directas, Indirectas }

Directas

Origen Legislativo	Leyes
Origen Ejecutivo	Decretos y Reglamentos
Origen Seccional	Ordenanzas y Acuerdos

Indirectas	Tribunales Justicia	Jurisprudencia
	Concepciones Ideológicas	Doctrina
Voluntad Personal	Unilateral	Actos
	Bilateral	Contratos

16.7.- NUEVA CONCEPCIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO:

Ya se ha expresado que la palabra fuentes designa las causas de creación del derecho, como también la manifestación o expresión visibles del derecho. Igualmente se le ha atribuido el sentido de fundamento de validez de las normas jurídicas.

La nueva concepción que se oriente en sentido social es expuesta por Cueto Rúa[265] de la siguiente manera: "Las fuentes no sólo suministran orientación para resolver casos litigiosos, sino que actúan de una manera mucho más general y silenciosa, canalizando las manifestaciones vitales de los integrantes de los grupos sociales, los pueblos, las naciones, de modo tal que se coordine valiosamente

[265] Idíbem, p. 30.

la libertad individual de los miembros del grupo". Se conciben las fuentes como respuestas objetivas a interrogantes que plantea la realidad social, política y económica de un pueblo determinado.

Por su parte, Cossio expresa: "... si transportamos la discusión al problema de la fuerza de convicción que pueda pretender una afirmación dogmática del jurista, habremos escapado del círculo en que se mueve la discusión tradicional, porque no estaremos ni con unos ni con otros. Pues si bien cabe negar que la investigación de un origen genético sea de naturaleza dogmática, en cambio no es posible desconocer el carácter dogmático que tiene la investigación sobre la fuerza de convicción de una afirmación dogmática. Es común en la experiencia tribunalicia saber que los jueces han dictado una resolución basándose en razones axiológicas que no se atreven a expresar porque, según la confesión de ellos, serían razones jurídicas. Con la solución egológica no se podrá ver que tales argumentos judiciales son totalmente jurídicos y por eso son connaturalmente trinunalicios"[266].

Lo anterior significa que para que una sentencia tenga fuerza de convicción, no sólo debe estar apoyada en una norma jurídica (validez lógica), sino que también debe concordar con las valoraciones vigentes, o sea, realizar positivamente los valores jurídicos. No obstante, Cossio, inspirado por Husserl, introduce el

[266] COSSIO, Carlos. La valoración jurídica y la ciencia del derecho. Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 122.

tema de la objetividad al decir: "Pero las valoraciones, siendo individuales, no tienen otra garantía contra lo arbitrario y personal que regirse por valores objetivos... Por consiguiente, habrá fuerza de convicción, científicamente hablando, cuando la sentencia judicial ajuste su valoración a patrones históricos vigentes"[267].

Esta nueva concepción hace especial hincapié en que la división tradicional de las fuentes reales y formales no debe ser rígida, en virtud de que todas las fuentes son hechos sociales, en los cuales se refleja un determinado criterio para la solución de los conflictos de intereses. Como lo expresa Julio Cueto Rúa, "en las leyes, en las sentencias y en las obras doctrinarias se encuentran expresados, mediante conceptos, los sentidos de conducta que legisladores, jueces y juristas, órganos los primeros y voceros los últimos, de la comunidad, han atribuido a determinadas realidades de conducta.

Tradicionalmente, las fuentes formales serían la ley y la costumbre. La jurisprudencia solo sería fuente formal si el ordenamiento jurídico vigente le atribuye carácter obligatorio. En cuanto a la doctrina, sólo en muy raras ocasiones podría ser considerada como fuente formal del derecho. Respecto a las fuentes formales, se conciben como los factores reales que constituyen el antecedente de creación de la norma jurídica. Sin embargo, la nueva orientación que estamos exponiendo dice que todas las fuentes deben ser

[267] Idem. p. 415.

consideradas como formales-materiales. Cueto Rúa[268] explica así la nueva tesis: "Las leyes y las costumbres son útiles como fuentes, no tanto porque suministren apoyo lógico a la decisión que se adopte en definitiva, cuanto porque suministran un criterio material para discernir el sentido del caso en discusión y resolverlo de una manera que sea considerada valiosa por una pluralidad de los integrantes del grupo social. Es que las llamadas fuentes formales son también fuentes materiales.

La costumbre no solo es fuente formal sino también material. En efecto, se trata de usos elegidos por los miembros de la comunidad que perfilan conductas con fundamentos axiológicos. La jurisprudencia está integrada por sentencias que deciden conflictos de intereses que perfilan conductas, que tienen consideraciones axiológicas. Las sentencias deben tener en cuenta los valores y las condiciones socio-económicas vigentes en el momento de decidir, para buscar una dinámica y científica interpretación de la ley. La doctrina, en ciertos países es notable la influencia de los tratadistas sobre la labor legislativa y jurisprudencial.

Resumiendo, tenemos que la teoría egológica del derecho puso de manifiesto la peculiar integración material-formal de las fuentes, esto por cuanto en la experiencia jurídica se integra en tres diversos momentos: el normativo, el empírico y el axiológico, mutuamente

[268] Cueto, Julio. Ob, cit., p. 32

implicados y esencialmente unidos. Es el jurista quien por razones sistemáticas y analíticas, procede a su separación.

En la tradición romanística (naciones latinas y germánicas) prevalece la ley y, en cambio, en el sistema anglo-americano (common law) tiene primacía el precedente judicial.

16.8.- FUENTES DEL COMMON LAW

Blackstone deriva el fundamento de la obligatoriedad del precedente, de la costumbre en la que se deriva y de la cual constituye la prueba más conspicua. La norma fundamental del common law es la obligatoriedad del precedente, ya que el juez crea el derecho.

El sistema de precedentes fue modificado en el siglo XVI, al crearse la court of chancery y la división de los tribunales en los del common law y los de equity.

En resumen, puede decirse que las fuentes de common law son las siguientes: 1) El common law en sentido estricto, es decir, la jurisprudencia emanada de los clásicos tribunales ingleses. Si bien el juez crea el derecho, está atado por la obligatoriedad del precedente (stare decisis). 2) La equity, que es una rama de la jurisprudencia que emana los tribunales especiales -los tribunales de equidad- llamados courts of chancery en Inglaterra y courts of equity en Estados Unidos. 3) El statute law o derecho legislado.

Así se denomina el conjunto de leyes emenadas del Parlamento inglés y del Congreso y legislaturas estatales de los Estados Unidos.

En el siguiente esquema de Santa-Pinter[269], pueden verse los principales lineamientos del common law.

1) Cas-law
   - Jurisprudencia continental
   - Derecho creado por el juez (Judge made law)
   - Derecho formado por decisiones judiciales

2) Doctrina de Precedentes

Procedente
- a) Autoritarias
  - Tribunales Superiores
  - Tribunales

[269] SANTA-PINTER, J. J. Elementos de introducción al common law y civil law. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1963, pp. 25 y ss.

b) Persuasivas — Inferiores Commnwealth

Principio: causas juzgadas por principios obtenidos inductivamente de la experiencia judicial.

3) Stare decisis — Tú juez estás a lo resuelto — Los jueces resolverán según los precedentes salvo: a) que el precedente sea irracional; b) que haya cambio notorio de circunstancias; y, c) que el precedente viole norma de common law o equity.

4) Satute law — Derecho Legislado:
- a) Derecho federal Federally crealed Law E.U.
- b) Derecho del Estado-miembro State created law. Australia (ej.)

16.9.- EL NEGOCIO JURIDICO COMO FUENTE

Con la expresión "negocio jurídico" se significa el medio o instrumento social y legalmente admitido para que los particulares satisfagan, dentro de los límites de orden público y de las buenas costumbres, los intereses que están dentro de la órbita de la

autonomía privada. Incluye, por tanto, los conceptos tradicionales de convención y de acto unilateral tanto entre vivos como por causa de muerte. El contrato, la gestión de negocios ajenos y el testamento, son, por consiguiente, ejemplos de negocios jurídicos.

Todo negocio jurídico está constituido por tres clases de elementos: de la esencia, de la naturaleza y accidentales.

Son de la esencia los elementos que tienen que darse necesariamente para que exista el negocio, sin los cuales "o no produce efecto alguno, o degenera en otro". Estos elementos de la esencia son el aporte mínimo que los particulares deben hacer a la situación jurídica. Así, por ejemplo, es indispensable para la existencia de la compraventa que "una de las partes se obligue a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero"

A cada una de las posibles formas de situaciones jurídicas en que las personas pueden vincularse, la ley, o el uso social, adscriben ciertos efectos que emanan de la esencia misma de la situación. Son los llamados elementos naturales. Estos están, pues, ínsitos en la reglamentación dada por el ordenamiento o por el uso para cada negocio jurídico. Tienen ellos, sin embargo, la posibilidad de ser suprimidos por las partes si el ordenamiento jurídico no se opone a ello. Por eso, aunque es de la naturaleza de la compraventa la obligación para el vendedor de responder por los vicios ocultos de la cosa vendida, bien puede el comprador exonerar de esta obligación a aquél.

Los elementos accidentales son el conjunto de agregados lícitos que los particulares intervinientes en un negocio jurídico le introducen, sin contrariar su naturaleza o su esencia. Las partes pueden, por ejemplo, agregar a la compraventa pactos como el de reserva de dominio o de retroventa, o términos y condiciones especiales para ejecución.

De lo anterior se deduce que en el negocio jurídico los particulares se obligan no sólo en lo que a través de él manifiesten, sino también a todo lo que corresponde a la naturaleza de la específica situación jurídica que establecen, a menos que expresamente hayan suprimido tales efectos, estando facultado para ello por la ley .

El negocio jurídico es, pues, una fuente mixta, en cuanto su contenido incluye no sólo la manifestación de las partes, sino también de las normas legales y consuetudinarias que correspondan a su naturaleza.

Presupuestos de validez. Se llaman presupuestos de validez del negocio jurídico los requisitos externos y anteriores al acto de disposición, exigidos por la ley para que pueda producir efectos jurídicos.

Tales requisitos hacen relación:

- A la capacidad de las partes que intervienen en él;

- A la idoneidad de su objeto;

- A la legitimación para celebrar el negocio.

a) La capacidad es la aptitud natural de las personas, reconocida jurídicamente para ser titulares de derecho (capacidad de goce), o para ser uso de ellos (capacidad de ejercicio). Al tenor del Código Civil, toda persona se presume capaz, y se deberá demostrar la existencia de alguna causal legal de incapacidad, tal como la minoría de edad, la enajenación mental, etc.,

b) El objeto del negocio debe corresponder a un interés posible e idóneo legal y moralmente, de las partes involucradas a él. No es válido, por ejemplo, un negocio que tuviese como objeto un bien común como el aire, o que recayese sobre un bien embargado, o sobre una actividad ilícita, como lo sería la comisión de un delito.

c) La legitimación es según Betti, "la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, lo cual resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se tratan de regular". En otras palabras, es la facultad para actuar en relación con el objeto materia del negocio. No puede, por ejemplo, tramitar el dominio de un bien sino su propio dueño.

Realizando un negocio que pretermita uno de los tres requisitos antes mencionados, quedará viciado de nulidad, es decir, estará privado de toda validez vinculante o compromisoria, no pudiendo, por tanto, producir los efectos que se propusieron las partes. Lo

mismo ocurrirá si el negocio contraviene el orden público o las buenas costumbres, pues estos son presupuestos de su existencia.

16.10.- DETERMINACIÓN Y CRÍTICA DE LA FUENTE

Dentro del estudio teórico del derecho, las discrepancias entre varias tesis formuladas en relación con un mismo problema se basan en el uso de fuentes formales distintas, en la interpretación diferente de una misma fuente, por utilización de métodos diversos, en la aplicación de técnicas interpretativas distintas cuando se parte de una misma fuente y un mismo método, o en una conjugación de varios de estos factores.

El procedimiento práctico que debe seguirse para determinar el punto o los puntos de discrepancia y tomar una postura crítica con respecto a ellos, incluye dos aspectos distintos, que son: 1) El análisis estructural; y, 2). La crítica jurídica.

El análisis estructural de una providencia se encamina a establecer la estructura lógica de la misma, la cual esta conformada por cada uno de los problemas que en ella se plantean, las tesis sustentadas con relación a éstos, las fuentes formales en que se fundan las tesis y la enunciación del método y la técnica aplicados a la interpretación de las fuentes. Esquemáticamente la estructura se enunciaría así:

Problema: Se enuncia éste en forma interrogativa.

Tesis: Se transcriben dos tesis opuestas sobre el problema planteado, cuando las haya.

Fuente: Se enuncia la fuente formal de derecho en que se funde la solución de cada una de las tesis.

Método: Se enuncia el método utilizado para interpretar la fuente en cada una de las tesis.

Técnica: Se enuncia la técnica utilizada por las partes para interpretar la respectiva fuente.

El análisis formalmente aparecerá en un cuadro, así:

Primer problema:

Tesis A:	Tesis B:
Fuente:	Fuente:
Método:	Método:
Técnica:	Técnica:

Cuando en un mismo texto o en una misma providencia se plantean varios problemas, se debe hacer el análisis estructural de cada uno de ellos, en forma separada, empezando por aquellos cuya solución sea base para el planteamiento de los siguientes. Si se discute, por ejemplo, cuál es el tipo de delito cometido por una persona y qué pena le corresponde pagar, primero se debe resolver

lo referente al tipo delictivo, pues de la naturaleza de éste depende en gran medida la pena que se debe aplicar.

La forma más simple para determinar los problemas es la de detectar los puntos sobre los cuales un doctrinario plantea un interrogante, o en donde discrepan dos partes en una providencia. Localizado este punto de controversia, se buscan las tesis sustentadas con relación a él, y a partir de ellas se formula el problema, de tal manera que éste está constituido por la pregunta a la cual responden a cabalidad las correspondientes tesis.
La crítica es la postura personal que se asume frente a las tesis analizadas. Incluye los siguientes elementos:

La ubicación conceptual: Es decir, el marco teórico general dentro del cual el problema se plantea, y la especificación se éste. Cuando se trate de una providencia la ubicación puede consistir en un pequeño resumen de los hechos de los cuales emerge el problema (o problemas) que se pretende plantear.

La presentación de las distintas tesis con sus fundamentos: El fundamento de cada tesis debe ser un resumen muy sucinto que permita establecer cuáles son la fuente, el método y la técnica utilizada por quien la defiende, y las razones dadas por él para utilizarlos.

El análisis crítico de los fundamentos de las distintas tesis: Diciendo cuáles se aceptan y cuáles se rechazan, y las razones jurídicas para ello.

La tesis personal, con su fundamento: Esta tesis puede ir antes de la crítica de que se habla en el numeral anterior, o al final de aquélla, a manera de conclusión.

Fuente aplicable a la solución del problema. En relación con el análisis estructural y la crítica jurídica de la fuente, es conveniente precisar que para determinar la fuente aplicable a la solución del problema se pueden hacer dos clases de juicios, según cada caso en particular: los de pertinencia, y los de vigencia.

a) Juicios de pertinencia. Son aquellos que se encaminan a establecer cuál, de entre varías fuentes vigentes, es la aplicable para la solución del problema. Tales son, por ejemplo, el juicio que diga que una norma legal no puede aplicarse por ser contraria a la Constitución, o que las normas especiales priman sobre las generales.

Juicios de vigencia. Son los que se encaminan a establecer si una determinada fuente está o no derogada. Igualmente, como en los juicios de pertinencia, las normas en que se funden estos juicios no se deben confundir con las fuentes normativas en que se basa la solución del problema.

16.11.- OBJETIVIDAD Y REALISMO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA POR LOS JUECES:

Las partes involucradas en un litigio cuyas normas relevantes han sido controvertidos, deben producir su prueba ante el juez de primera instancia. Al margen de la coincidencia o de la divergencia

que las partes puedan mantener acerca del derecho aplicable al caso, las diferencias en torno a los hechos son, habitualmente, de importante incidencia sobre el desenlace del conflicto. Si la norma invocada por el actor enuncia como debida la prestación por el demandado, si se dan los hechos A, B y C, de poco le servirá dicha norma al actor, si no prueba ante el juez el efectivo acaecimiento de A, B y C, tal como lo alegó en la demanda. Como lo sabe cualquier abogado un juicio puede perderse o ganarse en la etapa de la producción de la prueba. La mayoría de los casos contenciosos en trámite ante los tribunales son juicios donde la cuestión no gira tanto alrededor de la norma jurídica aplicable al caso, cuanto de la existencia o inexistencia de los hechos relevantes en que se funda la demanda.

La importancia capital de la prueba en los juicios controvertidos requiere un cuidadoso control judicial de su producción. Sin embargo, es un dato bien conocido de la realidad forense que el juez no interviene directamente en ese período del proceso. No escucha a los testigos, ni a los peritos; no efectúa inspecciones oculares; no asiste a las absoluciones de posiciones de las partes litigantes. Es cierto que la organización de nuestros tribunales dificulta seriamente la recepción de la prueba por el mismo juez, la tramitación escrita del proceso lo atrasa y lo prolonga; los incidentes procesales quitan energías dignas de mejor destino; En este contexto negativo de ritualismo escrito y carencias materiales, las posibilidades correctivas del juez son menores o ineficaces.

Una actitud activa y emprendedora por parte de los jueces permitiría:

a) Individualizar los hechos relevantes a probar por las partes litigantes;
b) Eliminar medidas de prueba redundantes o innecesarias;
c) Perfilar los términos del litigio y de las pretensiones de las partes;
d) Procura la cooperación de las partes litigantes;
e) Crear condiciones propicias para la búsqueda de soluciones transaccionales;
f) Disminuir el número de las peticiones escritas y sus secuelas (traslados, notificaciones y resoluciones);
g) Reducir la materia litigiosa y la materia apelable.

Para lograr estos objetivos se requiere una actitud dinámica por parte del juez, la colaboración activa del personal del juzgado, y la cooperación de los abogados de las partes.

El cambio es posible. Los jueces cuentan con recursos normativos idóneos para acelerar la tramitación de los juicios y disminuir la sobrecarga de tarea del juzgado y de los abogados litigantes provocada por tramitaciones anacrónicas, actitudes reaccionarias y formulismos vacíos.

La participación activa y directa del juez en la recepción de la prueba coloca en sus manos elementos informativos que le permitirán juzgar objetivamente la veracidad de los testigos, la

precisión de sus recuerdos, la solvencia técnica o científica de los expertos y peritos, la visión directa de objetos y sitios relativos a la controversia. Ese mayor conocimiento, ese acercamiento del juez al trámite del juicio, esa iluminación de la disputa provocada por la intuición directa de las partes y de los trámites pone en manos del buen juez datos y antecedentes susceptibles de suministrar base empírica adecuada para la definición del litigio

El juez debe ser claro y preciso en sus decisiones y en la enunciación del fundamento de las mismas. La claridad en la palabra corresponde habitualmente a claridad en las ideas. Quien tiene claro en su mente el concepto o la proposición a expresar está en condiciones de manifestarse con similar claridad. Por lo contrario, quien se encuentra confundido, expresa confusión. Pero no son pocos los casos de quienes siendo claros en sus ideas, pueden enfrentar dificultades en la expresión de las mismas. Hay jueces experimentados y perspicaces, no obstante lo cual padecen problemas de comunicación, particularmente cuando ésta es escrita. El juez puede haber encontrado una justa respuesta a las pretensiones de las partes. Pero ello no basta. Debe expresarlo con vigor y agudeza para transmitir a las partes, especialmente a la perdedora, la solidez del fundamento invocado y el valor de los elementos de prueba y de convicción utilizados.

Los jueces son médicos del alma. A sus despachos llegan los conflictos humanos, las diferencias que las partes no han sabido o no han podido superar. Traer un caso al tribunal implica el consumo de recursos y energías que se hubieran podido utilizar en

tareas productivas de bienes para su distribución en el seno de la comunidad. Sin embargo, esos litigios tienen su razón de ser. Salvo casos excepcionales, responden a reales dificultades de entendimiento, a conflictos de intereses difíciles de transar.

Cuando dos partes se enfrentan en un litigio ante el juez, y hay razón para tal enfrentamiento el juez puede encontrarse en la delicada posición de quien comprende las buenas razones de ambas panes litigantes y el fundamento de sus respectivas pretensiones. Buenos abogados de las partes, hábiles en el manejo del idioma, agudos en la percepción de los conflictos y de sus limitaciones, al tanto de los desarrollos teóricos y jurisprudenciales, están en condiciones de formular alegaciones dotadas de un alto grado de persuasión. El juez percibe la legitimidad de los intereses pretendidos por los litigantes y los fundamentos de sus requerimientos. El actor ha tenido sus razones para demandar y el demandado para resistir la demanda. Colocado en una posición de neutralidad e imparcialidad, el juez escucha a ambas partes y se siente convencido por ellas.

La necesidad de decidir el litigio coloca al juez en una difícil posición. Debe dictar sentencia. No puede eludir esa responsabilidad. Nadie puede compartir su soledad. El fallo será su fallo. Ese fallo dirá mucho acerca de las partes, pero mucho también dirá de quien lo dictó. En su soledad, el juez deberá pronunciarse sobre este conflicto humano cuyas razones comprende tanto como comprende las limitaciones del derecho aplicable. Sin embargo, deberá definirse y encontrar una respuesta

razonable y legítima a las pretensiones de las partes litigantes. El cumplimiento de esta delicada tarea cae sobre las espaldas de un hombre o una mujer, constreñidos por sus limitaciones, sus inquietudes, sus angustias y sus carencias propias de todo ser humano. Estas tensiones inevitables en el cumplimiento de la función de juzgar y resolver conflictos humanos conforme a derecho requiere del juez un alto grado de fortaleza espiritual. Debe aceptar como inevitable su responsabilidad por el sacrificio de determinados intereses, por la frustración de ciertas esperanzas, por la pérdida de bienes y aspiraciones.

El juez concentra un alto grado de poder en sus manos. De él depende la suerte de quienes se encuentran sometidos al ejercicio de su jurisdicción. La estructura del Poder Judicial por un lado, y las normas jurídicas, por el otro, introducen mecanismos y procedimientos para controlar la autoridad y la discreción del juez. Lograrlo no es fácil pues la interpretación de las normas depende del juez, quien, además, cuenta con variados métodos interpretativos para definir en concreto el ejercicio de su poder. En la práctica y en razón de la naturaleza misma del proceso judicial, el juez dispone de un alto grado de poder en el cumplimiento de sus tareas. Un buen juez con malas normas jurídicas hará buen derecho, un mal juez con buenas normas; hará mal derecho:

La misión central del juez consiste en la realización de la justicia mediante la aplicación del Derecho. Ello significa, igualdad en el tratamiento de las partes y equilibrio y armonía de todos los valores. El juez es justo y realiza la justicia, si mantiene el orden en

la sustanciación del caso, si suministra seguridad a las partes, si preserva su autoridad y la ejercita con prudencia y mesura; si crea un clima de entendimiento recíproco y de unidad en el esfuerzo por superar diferencias humanas; si logra la cooperación y la solidaridad de todos los interesados en el juicio.

Ahora bien, ante el enjambre de cuestiones que el juez tiene por delante, una función le resulta ineludible: pensar adecuadamente cada uno de sus pasos, interpretando las conductas que el expediente describe, valorándolas correctamente, eligiendo con precisión las normas que conceptual icen esas conductas y, en fin, pensando con su cabeza de juez con vocación por la justicia cuál es, de todas, la mejor solución. Pues la justicia no es más que la mejor posibilidad ante una situación determinada.

Finalmente recomendamos a todos los jueces el discurso práctico y la teoría de la argumentación jurídica de ROBERT ALEXY, quien en su tesis doctoral, en 1978, argumentó la insuficiencia del método deductivo por las siguientes razones: la no consecuencia lógica de la decisión jurídica en relación con la norma general y los hechos del caso; la imposibilidad de resolver esa inconsecuencia con las meras reglas del método jurídico tradicional; y a imposibilidad de evitar los valores en la decisión jurídica.

Alexy destaca cuatro razones que determinan la existencia de un salto lógico entre la formulación de la norma y la decisión del caso: "1) la vaguedad del lenguaje jurídico; 2) la posibilidad de conflictos de normas; 3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una

regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma vigente; y 4) la posibilidad de decidir incluso contar el tenor literal de una norma en casos especiales"[270].

Alexy parte de la teoría del discurso racional de Habermas quién rechaza la concepción positivista de la verdad y propone una teoría consensual de la verdad y nos habla de una teoría procedimental de la verdad cuando afirma: "la teoría del discurso tiene como base una concepción absolutamente procedimental de la corrección...la solución correcta se alcanza si se sigue un método, un procedimiento adecuado. Al igual que ocurre con las regla del cálculo, si se usan correctamente las reglas de la argumentación jurídica sólo podrá haber un único resultado correcto. Un enunciado normativo N., es correcto si y sólo si puede ser el resultado de un procedimiento P.[271]

Alexy se aparta de Haberrmas cuando dice: "sería una equivocación, particularmente por lo que se refiere a las cuestiones prácticas, exigir la seguridad de una corrección absoluta. Esto no puede garantizarlo ningún procedimiento; pero si se suprime esta exigencia de la corrección absoluta, entonces resulta con claridad que ningún procedimiento es más adecuado que el del discurso para desarrollar al mismo tiempo la capacidad de imaginación y de corrección. Ni la verdad teórica discursiva del discurso práctico

[270] Robert Alexy "La Idea de una Teoría Procesal de la Argumentación Jurídica", ed. Alfa, Barcelona, 1985, pág. 28.
[271] Ob. cit. pág. 203.

general, ni la del discurso jurídico garantizan una corrección absoluta. El discurso jurídico suaviza muchas las debilidades pero no puede eliminarlas; siempre existirá un núcleo de incerteza que no puede eliminarlo por completo"[272].

Para Alexy "la argumentación práctica general constituye, el fundamento de la argumentación jurídica. La argumentación práctica general no es expulsada de la argumentación jurídica. La argumentación jurídica sigue dependiendo normalmente de argumento prácticos de tipo general....existen factores que obligan a distinguir y considerar el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctica general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente"[273].

Alexy llegó a formular reglas y formas de argumentación: veintidós reglas y seis formas de argumentación del discurso práctico general que clasifica en seis grupos: 1) reglas fundamentales: no contradicción, sinceridad, coherencia del hablante y comunidad; 2) reglas de la razón: fundamentación, igualdad de derechos, universalidad y no coerción; 3) reglas sobre la carga de la argumentación: ordenar la argumentación en forma clara; 4) reglas de fundamentación; 5) reglas de transición y 6) reglas específicas del discurso jurídico: justificación interna, justificación externa,

[272] Ibidem, pág. 294.

[273] Ibidem, 311.

interpretación, argumentación dogmática, uso de precedentes, argumentación práctica general, argumentación empírica.

Alexy se propone lograr un "código de la razón práctica, que comprendiese e hiciese explícitas las reglas y las formas de la argumentación práctica racional. Una utopía que obviamente podría acabar o por lo menos reducir metodológicamente los problemas de la certeza jurídica....mostrando de que manera hay que usar oportunamente las distintas formas de los argumentos"[274].

[274] Ibdem, pág. 314

ANEXO.-

ESQUEMA PRÁCTICOS Y EJEMPLOS PARA EL EJERCICIO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES:

1.- INTRODUCCIÓN:

La Constitución de la República del Ecuador, en el título III, a partir del Art. 84 y hasta el Art. 94, se refiere a las GARANTIAS CONSTITUCIONALES, estableciendo las siguientes acciones:

- Acción de protección,
- Acción de hábeas corpus,
- Acción de acceso a la información pública,
- Acción de habeas data,
- Acción por incumplimiento; y,
- Acción extraordinaria de protección.

El Art. 87 de la Constitución citada señala que además: "Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el fin de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho".

El ejercicio de estas acciones tiene como objetivo precautelar los Derechos Fundamentales.

Los derechos fundamentales son el conjunto de derechos subjetivos y garantías reconocidos en la Constitución como propios de las

personas y que tienen como finalidad prioritaria garantizar la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad, la participación política y social, el pluralismo o cualquier otro aspecto fundamental que afecte al desarrollo integral de la persona en una comunidad de hombres libres. Tales derechos no sólo vinculan a los poderes públicos que deben respetarlos y garantizar su ejercicio estando su quebrantamiento protegido jurisdiccionalmente, sino que también constituyen el fundamento sustantivo del orden político y jurídico de la comunidad.

¿ Quién es el sujeto de los derechos fundamentales?. El sujeto de los derechos fundamentales, el titular, para el primer liberalismo, era únicamente los particulares. Por tanto, los poderes públicos no lo pueden ser. El sujeto titular por excelencia es el ciudadano, únicamente las personas físicas eran titulares de derechos fundamentales, las personas jurídicas públicas o privadas no tenian la titularidad de los derechos fundamentales. En el caso del Ecuador, el Art. 86 de la Constitución numeral 1 dispone: "Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución".

En relación con el objeto, lo que interesa proteger es la propiedad, la seguridad y las libertades individuales y privadas. Es la concepción negativa de la libertad. El sujeto pasivo de los derechos fundamentales son exclusivamente los poderes públicos que son los que están obligados a hacer o no hacer. De ahí que cuando se caracterizaba jurídicamente al derecho fundamental de esta etapa

se decía que era un derecho público subjetivo. Y es un derecho que reconoce la Constitución y que tiene como destinatario exclusivamente a los poderes públicos.

En relación con los destinatarios, además de los poderes públicos, también los particulares pueden ser sujetos pasivos de los derechos fundamentales. La fuerza de los derechos fundamentales irradia condicionando también a los particulares.

Los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados en un ordenamiento jurídico concreto. Es decir, son los derechos humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto. La terminología de los derechos humanos se utiliza en el ámbito internacional porque lo que están expresando es la voluntad planetaria de las declaraciones internacionales, la declaración universal de los derechos humanos frente al derecho fundamental.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos. El derecho fundamental jurídicamente tiene la estructura normativa de un derecho subjetivo, es decir, que los derechos fundamentales son instituciones jurídicas que tienen la forma del derecho subjetivo. La estructura del derecho subjetivo tiene tres elementos: titular del derecho subjetivo, el contenido del derecho subjetivo en el que vamos a distinguir las facultades, por otra parte el objeto del derecho, y un tercer elemento es el destinatario o sujeto pasivo, aquel que está obligado a hacer o no hacer.

Los derechos fundamentales son derechos constitucionales. Lo que caracteriza a los derechos fundamentales es que es la Constitución la que los reconoce y garantiza. ¿Por qué se constitucionalizan estos derechos fundamentales? O ¿por qué a determinados derechos subjetivos se les da el rango de fundamentales?. La respuesta la encontramos en una aproximación sustantiva que nos va a decir que se constitucionalizan éstos porque éstos son los que concretan los valores sobre los cuales se orientan, en el caso de la Constitución del Ecuador "a hacer efectivo el buen vivir".

2.- LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN:

El Art. 88 de la Constitución de la República del Ecuador señala "La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación".

La Acción de Protección es la garantía más amplia de los Derechos

Humanos, mediante ella se puede solicitar la protección de un derecho de forma sencilla y rápida. Anteriormente se denominaban Acciones de Amparo Constitucional.

La acción constitucional ordinaria de protección tiene una estructura general muy simple: consta solamente de dos instancias.

La primera instancia se desarrolla ante cualquier juez del lugar en el que se origino el acto o la omisión o donde se produzcan sus efectos, sin que importe su especialidad. La segunda instancia tiene lugar ante las cortes provinciales de justica.

Desarrollo de la acción de protección en primera instancia

La estructura procesal general de la acción de protección en primera instancia es la siguiente:

a) Presentación de la demanda,
b) Sorteo de la demanda,
c) Auto de admisión de la demanda,
d) Notificación al demandado,
e) Audiencia publica,
f) Practica de pruebas,
g) Designación de comisiones para recabarlas,
h) Sentencia, y,
i) Apelación,

Legitimación activa

Tanto la Constitución como las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición transfieren legitimación activa en forma amplia para ejercer la acción de protección.

En general poseen legitimación activa: a) las personas particulares y b) el defensor del Pueblo. En legitimación activa: cualquier persona, un grupo de personas, comunidad, un pueblo, una nacionalidad o un colectivo. Los particulares pueden presentar esta acción: a) en forma unipersonal; o, b) en forma colectiva. En la primera forma, por un sujeto; y en la segunda, por un grupo de individuos, por una comunidad, por un pueblo, por una nacionalidad o, en general por un colectivo, cuando sus derechos reconocidos por la Constitución fueren vulnerados o amenazados. Además, los poseedores de legitimación activa pueden actuar en dos formas: a) por sí mismos; o b) a través de un representante o de un apoderado.

También posee legitimación activa para ejercer esta acción el Defensor del Pueblo, quien debe actuar dentro de su competencia, para defender, proteger y tutelar los derechos de los habitantes del Ecuador y los de los ecuatorianos que residan fuera del país y, en general, para ampararnos a todos de la administración pública abusiva, prepotente y deficiente: esta es su función histórica, para eso fue creado.

Documentos que debe acompañarse a la demanda de protección

A esta demanda se debe acompañar todos los antecedentes y los documentos que sirvan para establecer la violación de los derechos reconocidos por la Constitución y, y además, los documentos habilitantes según la forma de intervención de los sujetos procesales. La presentación de todos estos documentos es indispensable para que el juzgador tenga una fuente segura de información y pueda formar su criterio para dictar sentencia en forma justa y equitativa.

Sorteo de la demanda

Cuando en una jurisdicción hubiere más de dos jueces, a la demanda se le debe presentar en la oficina de sorteo para que sea sorteado; si hubiere uno solo, va directamente al juzgado.

Auto de aceptación de la demanda.

Formulada y sorteada la demanda se radica la competencia en uno de los juzgados de primera instancia y se inicia la realización procesal. Comienza con el conocimiento de la demanda por parte de una de las partes que intervienen en esta relación, por el juez, cuya labor inicial es dictar el auto de aceptación de la demanda.

Presentada la demanda, en forma inmediata y con preferencia a cualquier otro proceso el juez debe despacharla. Este acto judicial consiste en dictar el auto de aceptación de la demanda. El juez debe

aceptar la demanda de protección, si la demanda no reúne los requisitos formales exigidos, el juez debe ordenar que el actor la complete o la aclare en el término de tres días. Si no lo hiciere, debe abstenerse de tramitarla bajo pena de multa de diez a cincuenta dólares de los Estados Unidos de América.

Notificación a las partes procesales

En la acción no se cita al demandado sino se lo notifica, haciendo conocer a la otra parte la demanda de protección y el auto de admisión a trámite y con ella se completa la relación procesal, en adelante esta tendrá lugar ante el juez, el accionante, el demandado y el tercero perjudicado si lo hubiere.

Desarrollo de la audiencia pública

El Art. 86 Nro. 3 de la Constitución dispone que el juez o jueza "convocará inmediatamente a una audiencia pública". En el día y hora señalados, deben concurrir las partes directamente o por medio de su defensor, pidiendo que se declare parte con el ofrecimiento de poder o ratificación. También se desarrolla la práctica de pruebas o la realización de cualquier otra diligencia, para ello el juez pide a las partes que se solicite las pruebas, a fin de despachar inmediatamente, con un término de cuatro días para evacuar la prueba.

Presentación y práctica de las pruebas

Se sujetará a los principios de contradicción, oportunidad, pertinencia e interculturalidad, siendo además aplicables para el efecto las reglas y principios generales de la prueba para su valoración. En la valoración de la prueba se explica en forma pormenorizada con la sana crítica la forma de realizar, la valoración jurídica de la prueba.

Sentencia

Terminada la audiencia, el juez debe resolver la causa mediante sentencia que debe dictarla "En el plazo improrrogable de cinco días y debe ser notificada a mas tardar al día siguiente de haber sido pronunciada, en las casillas judiciales.

Apelación de sentencia

Luego dictada la sentencia las partes pueden apelar ante la Corte Provincial de conformidad con el inciso final del numeral 3 del Art. 86 de la Constitución. La apelación solamente se concede en el efecto devolutivo.

Remitido el proceso llega a la Presidencia de la Corte Provincial donde es sorteado y remitido luego a la sala correspondiente donde se radica la competencia en segunda instancia. La Sala respectiva en forma inmediata, debe avocar conocimiento y disponer su inmediato despacho que consiste en los siguientes:

a) Se corre traslado a la otra parte para que se pronuncie sobre los fundamentos de la apelación, en el plazo de tres días.

b) Luego se dicta autos para resolver;

c) Se expide la sentencia de segunda instancia dentro del plazo de cinco días.

Notificada y ejecutoriada la sentencia se debe devolver el proceso al juez de primera instancia para su ejecución.

Casos prácticos
Vamos a hacer conocer dos casos presentados.

a) Derechos individuales.- Acción presentada en el Juzgado Segundo Civil de Loja por el señor Miguel Castro Hurtado en contra del I. Municipio de Loja, por separación del cargo.

PRESENTACIÒN DE LA ACCIÓN:

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL DE LOJA

MIGUEL CASTRO HURTADO, con cedula de identidad Nro.-1103609945 de veinte y ocho años de edad, casado, domiciliado en esta ciudad de Loja, ingeniero civil, a su autoridad con todos los debidos respetos comparezco y solicito:

Vengo trabajando desde el mes de octubre del año 2004 en el Ilustre Municipio de Loja, en mi calidad de contratado de Auxiliar de Servicios Generales y del primero de enero del año 2008 en calidad de Recaudador del mismo I. Municipio de Loja, durante todo el tiempo no he tenido ningún contratiempo en mis labores diarias, mas sucede que a partir del 12 de enero se procedió a realizar cambios en los horarios de trabajo y me destinaron un horario a partir de la 01 a la 07 de la mañana, sin respetar mi condición de discapacitado cuya orden fue dado por el Jefe de Servicios Generales del Municipio de Loja.

A partir del día 18 de enero a partir de la una de la mañana en forma grotesca, policías municipales procedieron a impedir a que llegue al trabajo, conforme ha sido demostrado por la Televisión lojana. Considero que estos atropellos violenta claras normas legales de la Ley 180 de la Ley Sobre Discapacidades, así como de la Constitución Política de la República del Ecuador en sus arts. 35 y 47, como es el derecho al trabajo, principio universal al que tenemos derecho los ecuatorianos y a la priorización a los grupos

vulnerables.

Frente a estos atropellos me presento ante su autoridad y presento una Acción de Protección fundamentada en el Art. 95, 35, 47 Numerales 5, 11 de la Constitución Política de la República del Ecuador y el art. 45 y siguientes de la ley de Control Constitucional, al fin de que su autoridad deje insubsistente el despido intempestivo realizado por los servidores del Alcalde de Loja señor Ing. Jorge Bailón; y se me reintegre a mis funciones en un horario en que pueda trabajar conforme a mi discapacidad.

Al señor Ing. Jorge Bailón ALCALDE DEL CANTÒN LOJA, se lo notificara en sus oficinas, ubicadas en el I. Municipio de Loja, en las calles José A. Eguiguren y Bolívar primer piso, así como al señor Dr. Eduardo Valdivieso Idrovo en su calidad de Procurador Sindico.

Bajo juramento declaro que no he presentado ningún otro recurso de amparo sobre el mismo tema.
Para posteriores notificaciones se me notificara en el casillero judicial Nro. 190 del Dr. Freddy Salazar Gahona del Distrito Judicial de Loja, y así mismo lo autorizo al prenombrado abogado para que firme por mi cuanto escrito sea necesario.

Acompaño copia de ley

Dígnese atenderme

F) Niguel Castro Hurtado **F) Dr. Fredy Salazar Gahona**

ACTA DE SORTEO

"DISTRITO JUDICIAL DE LOJA OFICINA DE SORTEOS Y CASILLEROS JUDICIALES

Recibida el día de hoy, diecisiete de febrero año dos mil nueve, a los diez horas diez minutos con trece segundos, la demanda seguida por el señor MIGUEL CASTRO HURTADO en contra de MUNICIPIO DEL CANTÒN LOJA, en seis fojas, adjunta documentos en nueve fojas.- LO CERTIFICO.- Sorteada la causa, su conocimiento correspondió al JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL DE LOJA y el numero de juicio: 11302- 2009-0039.

LOJA, diecisiete de Febrero del 2009.

Lic. Mario Guerrero G. SECRETARIO DE LA OFICINA DE SORTEO Y CASILLEROS DEL DISTRITO JUDICIAL DE LOJA"

AUTO ACEPTACIÒN A TRÁMITE

"Loja, dieciocho de febrero del dos mil nueve, a las 09h00.- VISTOS.- Avoco conocimiento de la presente Acción de Protección, en virtud del sorteo que consta en la misma y en mi calidad de juez encargado, mediante oficio Nro. 1727-DCNJL, de fecha 30 de Septiembre del año 2005. En lo principal la acción presentada por el señor MIGUEL CASTRO HURTADO en contra del señor Ing., Jorge Bailón, Alcalde del Cantón Loja y Dr. Eduardo Valdivieso Idrovo, Procurador Sindico, se la califica de clara, completa en los

requisitos de forma, razón por lo que se la acepta al trámite especial que le corresponde. Por lo tanto de conformidad con lo dispuesto en el art. 49 de la Ley de Control Constitucional, señálese para el viernes, veinte de febrero del año 2009, a las 10h00, para que se lleve a efecto en el despacho del Juzgado la audiencia pública correspondiente. Ofíciese haciéndose conocer el particular, adjuntando copia del presente auto, a los emplazados. Téngase en cuenta la cuantía y el casillero judicial señalado por el demandante.- Notifíquese. - Dr. Bolívar Ortega JUEZ SEGUNDO DE LO CIVIL DE LOJA-ENCARGADO

OFICIOS DE NOTIFICACIÒN A LAS PARTES

"JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL DE LOJA

Oficio Nro. 033- JSC-L Loja, dieciocho de febrero del 2009

Sr. Ing. JORGE BAILON ABAD ALCALDE DEL CANTÓN LOJA Ciudad.-

En el Juzgado Segundo de lo Civil de Loja, se ha radicado la comparecencia de la Acción de Protección, signada con el Nro.- 039-09, propuesta por MIGUEL CASTRO HURTADO, en contra del Ing. Jorge Bailón, Alcalde del Cantón Loja y, al Dr. Eduardo Valdivieso Idrovo, Procurador Sindico, consecuentemente, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 49 de la Ley de Control Constitucional, se ha señalado para el día Viernes veinte de febrero del 2009, a las 10h00, para que tenga lugar en el despacho del

Juzgado la Audiencia pública correspondiente.

Acompaño copia de la demanda y auto en ella recaído

Dr. Bolívar Ortega JUEZ SEGUNDO DE LO CIVIL DE LOJA-ENCARGADO.

Oficio Nro. 034- JSC-L Loja, dieciocho de febrero del 2009

"Sr. Dr. Eduardo Valdivieso Idrovo PROCURADOR SINDICO DEL MUNICIPIO DEL CANTÒN LOJA Ciudad.-

En el Juzgado Segundo de lo Civil de Loja, se ha radicado la comparecencia de la Acción de Protección, signada con el Nro.- 039-09, propuesta por MIGUEL CASTRO HURTADO, en contra del Ing. Jorge Bailón, Alcalde del Cantón Loja y , al Dr. Eduardo Valdivieso Idrovo, Procurador Sindico, consecuentemente, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 49 de la Ley de Control Constitucional, se ha señalado para el día Viernes veinte de febrero del 2009, a las 10h00, para que tenga lugar en el despacho del Juzgado la Audiencia pública correspondiente.

Acompaño copia de la demanda y auto en ella recaído

Dr. Bolívar Ortega JUEZ SEGUNDO DE LO CIVIL DE LOJA-ENCARGADO.

ACTA DE AUDIENCIA DE LA ACCIÒN DE PROTECCIÒN

"Loja, veinte de febrero del dos mil nueve, las 10h00.- Ante el señor Juez Segundo de lo Civil de Loja-encargado, doctor Bolívar Ortega y con la actuación del infrascrito Secretario del Despacho, con el objeto de que se lleve a cabo la audiencia pública de Acción de Protección diligencia pública señalada para este día y hora, compadecen por una parte el señor MIGUEL CASTRO HURTADO, acompañado de su defensor el DR. FREDDY SALAZAR GAHONA; y, por otra parte el Dr. Marco Jaramillo, quien solicita se lo declare parte por los señores Ing. Jorge Bailón y Dr. Eduardo Valdivieso Idrovo, Alcalde y Procurador Sindico del I. Municipio del Cantón Loja. Al efecto el señor Juez declara parte al Dr. Marco Jaramillo por los señores Ing. Jorge Bailón, Alcalde del I. Municipio del Cantón Loja; y Dr. Eduardo Valdivieso Idrovo, Procurador Sindico, con el cargo de que legitime su intervención, mediante poder o ratificación de sus actos, en el termino de veinticuatro horas. Concedida la palabra al Dr. Marco Jaramillo, por los derechos que representa, manifiesta:" nombre de mis representados me permito manifestar que si en realidad el Recurso de Amparo Constitucional tiene por finalidad y objetivo el tutelaje judicial y efectivo de los derechos consagrados en la Constitución Política del Ecuador y en los derechos en los Pactos y Convenios Internacionales vigentes, claro esta señor Juez que el caso que nos ocupa no se halla comprendido dentro de los lineamientos del recurso planteado, ya que existen otras instancias legales para interponerlas ante el Juez competente por el Sr MIGUEL CASTRO HURTADO, por improcedente. El recurrente señor Juez en ningún

momento ha sido despedido por el señor Alcalde de Loja peor aun que le haya impedido su ingreso al lugar de trabajo conforme lo manifiesta en su denuncia. Es el propio recurrente quien manifiesta en forma pública que no desea a su trabajo diciendo textualmente: "no me aferro al cargo que en caso de existir pedido para que regrese, no lo aceptaría", consta señor Juez de la nota periodística que adjunto de fecha nueve de enero del dos mil nueve, publicada en el Diario La Hora, de otro lado señor Juez para hacer valer sus derechos tanto el Municipio como el recurrente existen instancias legales para interponerlas ya sea ante la Inspectora Provincial del Trabajo ya sea en los Juzgados Provinciales del Trabajo y de la otra parte existe el visto bueno, el sumario administrativo entre otros para solucionar los problemas laborales vigentes, razones por las cuales señor Juez rechazamos la demanda por improcedente y solicitamos el archivo del juicio ". Concedida la palabra al accionante MIGUEL CASTRO HURTADO por intermedio de su defensor el DR. FREDDY SALAZAR GAHONA manifiesta: "En lo principal manifiesto que vengo trabajando en el I. Municipio de Loja a partir de del cuatro de octubre al del dos mil cuatro, mediante contrato escrito más sucede que he terminado o mejor dicho me han suspendido de mis labores a partir del 18 de enero del dos mil ocho, aclaro que me encontraba trabajando en el parqueadero municipal que bien es cierto los trabajadores de este parqueadero hemos tenido un horario rotativo yo fui cambiado de horario no por que me correspondía, sino por una simple disposición, disposición que fue dada por el Municipio con lo cual entiendo que mi contrato de trabajo continuaba, aclara además que en el mes de enero a partir de la posesión del señor Alcalde Jorge

Bailón se dieron una serie de presiones en contra de mi persona para obligarme a salir del trabajo frente el eminente peligro de mi despido estuve listo y preparado para filmar y gravar cualquier anormalidad que pudiera darse en contra de mi persona ya que la presión se venía dando por el señor Alcalde actual me vincula como un directo colaborador del Alcalde saliente, cosa que no es bien vista por el señor Alcalde actual Jorge Bailón, es así que el día dieciocho de enero en el lugar de mi trabajo, luego de haberme instalado a mi lugar de trabajo en forma sorpresiva fui sorprendido por policías metropolitanos a ordenes del señor Alcalde los que me dijeron que saliera voluntariamente y en caso de no hacerlo ellos me sacarían a como de lugar, estas y otras conversaciones de mi despido ordenadas por el señor Alcalde las tengo gravadas en cinta magnetofónica y en cinta de video para lo cual solicito señor Juez que en el tiempo de doce horas se me permita agregar las grabaciones referidas al presente proceso, toda vez que no lo hago en este rato por cuanto tengo las grabaciones originales. Por estas circunstancias concurro a su autoridad y propongo la Acción de Protección ya que el I. Municipio de Loja pretende causarme un daño eminente e irreparable, recurso que lo fundamento en el Art. 95, 35, 47 numerales 5, 11 de la Constitución Política de la República del Ecuador, Art. 46 y siguientes de la Ley de Control Constitucional. Además como soy una persona discapacitada o con limitación física me acojo a las disposiciones de los derechos humanos , al Art 66 numeral 17, de la Constitución Política de la República del Ecuador referente al derecho del trabajo y fundamentalmente al Art.49 numeral 5, sobre la accesibilidad al trabajo que ampara a la Ley del discapacitado, por estas

circunstancias concurro a usted señor Juez y solicito mi reintegro a mi trabajo ya que soy una persona que vivo del trabajo que he venido realizando en la institución por más de cinco años consecutivos, adicionalmente solicito mi estabilidad laboral, ratificándome en los fundamentos de hecho y de derecho de mi demanda inicial ".En esta parte señor Juez concede la palabra al Dr. Marco Jaramillo, por los derechos que representa, dice. "1.-Que se tome en cuenta señor Juez que existen dos contradicciones fundamentales en la exposición realizada por el Abogado Defensor del recurrente cuando manifiesta que el Señor MIGUEL CASTRO HURTADO lo han cambiado de horario de trabajo sin importarle su discapacidad, sin tomar en cuenta que en el contrato de trabajo suscrito por el recurrente indica que el trabajo que va a realizar debe ser rotativo y por ellos no existe ninguna violación como se manifiesta. 2.- En la demanda indica que ha sido impedido para ingresar a su trabajo por los policías municipales, en cambio en su exposición manifiesta que lo han sacado de su sitio de trabajo, entonces existe contradicción, una cosa dice la demanda y otra la exposición . Finalmente señor Juez quiero que agregue de parte del recurrente una copia del contrato de trabajo para con mejores elementos de juicio pueda adoptar la resolución mas conveniente. Señalamos como casillero judicial el Nro.- 238 del Distrito Judicial de Loja ".Concedida la palabra accionante, por medio de su defensor, manifiesta:"Señor Juez solicito se agregue al proceso certificado de trabajo que consta desde octubre del dos mil y continuaba trabajando hasta los actuales momentos en que fui despedido de mi trabajo Así mismo manifiesto dando contestación al Abogado representante del Municipio que en el mes que fui

despedido, esto es el dieciocho de enero mi horario estaba establecido para laborar de 07h a 13h y el cambio era o mejor dicho mi obligación era permanecer en este horario todo el mes conforme se venia haciendo anteriormente, pero en forma abrupta, a partir del dieciocho de enero se me hace llegar por escrito la comunicación que debo laborar de una de la mañana a las siete de la mañana, documento que lo agregare hoy mismo. Así mismo aclaro respondiendo al Abogado representante del Municipio que yo no me encontraba llegando a mi trabajo conforme se había dispuesto por mi jefe inmediato superior pero al llegar a la puerta de ingreso al parqueadero, estas había cerrado por los Policías Municipales que se encontraba dos adentro y dos fuera para evitar el ingreso a mi trabajo y poderme despedir pero igual yo insistí y me metí al lugar de mi trabajo por la grada y pude ingresar al parqueadero permaneciendo al lado de mi compañero de trabajo el mismo que también ya había sido sustituido verbalmente ".El señor Juez, atendiendo las peticiones de las partes litigantes, dispone: que se agregue a los autos los documentos tanto de la parte actora como de la parte demandada. Así mismo se concede a las partes el término de veinticuatro horas para que el accionante presente es contrato de trabajo, las grabaciones y videos que dice tener en su poder. Termina la presente diligencia que para la constancia firman los comparecientes con el señor Juez y Secretario que certifica Dr. Bolívar Ortega

JUEZ SEGUNDO DE LO CIVIL DE LOJA-ENCARGADO
Dr. Raúl Jaramillo

SECRETARIO DEL JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL DE LOJA.

Dr. Freddy Salazar Gahona Dr. Marco Jaramillo

.....

MIGUEL CASTRO HURTADO

RESOLUCIÓN O SENTENCIA

"Loja, veinte y cuatro de febrero del año mil nueve, a las diez horas con quince minutos.-VISTOS.- El señor MIGUEL CASTRO HURTADO, en trámite que determina la ley constitucional, presenta recurso de amparo constitucional contra el Ing. Jorge Bailón, en su calidad de Alcalde del Cantón Loja, y doctor Eduardo Valdivieso Idrovo, en su calidad de Procurador Sindico del I. Municipio de Loja, y manifiesta: Que viene trabajando desde el 4 de octubre del año 2004 en el I. Municipio de Loja, en su calidad de contratado de Auxiliar de Servicios Generales, y del 12 de Enero del 2008 en calidad de Recaudar del mismo Municipio de Loja, sin ningún contratiempo en sus labores diarias; más sucede que a partir del 12 de enero se procedió a realizar cambios en los horarios de trabajo y le destinaros un horario a partir de la 01h00 a 07h00 de la mañana sin respetar su condición de discapacitado. Indica que el 18 de enero a partir de la una de la mañana, en forma grotesca policías municipales procedieron a impedirle a que llegue al trabajo, conforme ha sido demostrado por la televisión lojana, atropellando

de esta manera claras disposiciones de la Constitución de la República en sus Arts. 95, 35, 47 numeral 5, 11, como es el derecho al trabajo, principio universal al que tenemos los ecuatorianos y priorización a los grupos vulnerables. Declara que frente a estos atropellos presenta el recurso de amparo fundamentado su acción en el Art. 95 de la Constitución Política de la República del Ecuador, y Art 46 y ss. de la Ley de Control Constitucional , a fin de que se deje insubsistente el despido intempestivo y se reintegre a sus funciones en un horario que pueda trabajar conforme a su discapacidad.- Aceptada la acción presentada al trámite especial que le corresponde, y encontrándose agotado el procedimiento el caso se encuentra en estado de resolver, por lo que se considera: PRIMERO.- Conforme el Art. 47 de la Ley de Control Constitucional " Son competentes para resolver el recurso de amparo, cualquiera de los jueces de los tribunales de instancia de la sección territorial en que se consume o pueda producir sus efectos el acto legítimo violatorio de los derechos constitucionales protegidos. En ningún caso habrá inhibición del juez o tribunal ante el cual se interponga el amparo, salvo cuando entre estos y el peticionante existan incompatibilidad de parentesco u otras señaladas en la ley ".-SEGUNDO.- La acción de amparo prevista en los Arts. 88 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley Orgánica de Control Constitucional de manera sustancial tutela los derechos, garantías y libertades de las personas, contra actos ilegítimos de autoridades públicas que de modo inminente amenace con causar un daño grave e irreparable; procede también contra actos particulares que afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. Para la procedencia de

la acción de amparo constitucional, por mandato expreso de la antes señalada disposición constitucional, es necesario que estén presentes estos tres elementos:1) Que exista un acto u omisión ilegítimas de actividad pública; 2) Que tal hacer o no hacer de la actividad pública sea violatorio a los derechos, garantías o libertades de las personas; y 3) Que tal situación cause o pueda causar de manera inminente un daño grave. TERCERO.- El 20de enero del 2009, se realiza la audiencia pública, en la que parte demandada por medio de su abogado defensor, con oferta de poder o ratificación, expone y en lo principal, que el recurso de amparo tiene como finalidad y objetivo el tutelaje judicial y efectivo de los derechos consagrados en la Constitución Política del Ecuador y en los declarados en los Pactos y Convenios Internacionales vigentes; indica que el presente caso que nos ocupa no esta comprendido dentro de los lineamientos del recurso planteado, ya que existe otras instancias legales para interponerlas ante el juez competente en relación a la materia. Sostiene que para hacer valer sus derechos tanto el Municipio como el recurrente, existen las instancias legales para interponerlas ya sea la Inspectoría Provincial del Trabajo, ante los Juzgados Provinciales o mediante el Visto Bueno, el Sumario Administrativo para solucionar los problemas laborales vigentes. Manifiesta además, que en ningún momento el señor Alcalde del cantón ha despedido al recurrente, peor aún que le haya impedido su ingreso al lugar de trabajo por lo que solicita el rechazo de la acción planteada por improcedente y el archivo del juicio. CUARTO.-Conforme con el escrito inicial presentado por el accionante, pide se dele insubsistente el despido intempestivo, y se disponga el reintegro a sus funciones en un horario en que pueda

trabajar conforme a su discapacidad. Este pedido lo reitera en la audiencia pública, ratificándose en los fundamentos de hecho y de derecho de su demanda solicitando además su inmediato reintegro y pidiendo estabilidad en su trabajo.- Adjunta como prueba de su parte un casset, una cinta de videos y otros documentos.- QUINTO.- Se entiende que el objeto de la acción de protección es brindar a la persona(natural o jurídica) una garantía eficaz a sus derechos ante la violación de un derecho constitucional o reconocido en un convenio o tratado internacional proveniente de una actividad pública o de una persona privada. Los actos que provienen de la administración pública, son actos administrativos que versan sobre asuntos de la administración pública. La ilegitimidad de un acto administrativo esta caracterizada fundamentalmente, cuando este ha sido dictada por una autoridad que carece de competencia o teniendo facultades y atribuciones lo ejecutó violentando procedimiento normal. Además la acción de protección es para garantizar los derechos individuales que no pueden ser protegidos de forma inmediata en la ley común. En el presente caso, conocida la acción planteada y el contendido de la audiencia pública donde el actor sostiene el despido intempestivo que fue objeto por parte del señor Alcalde del cantón, se llega a la conclusión de que se trata de un asunto que tiene su propio tramite y su propia competencia, al que el actor podrá recurrir para hacer valer sus derechos. Por lo que antecede, se inadmite el recurso de amparo de protección presentado por el accionante por improcedente, dejando a salvo el derecho que le asiste para que plantee la acción ante las autoridades del Trabajo correspondientes.- Hágase saber, firmado. JUEZ SEGUNDO DE LO

CIVIL DE LOJA.-

Dr. Bolívar Ortega JUEZ SEGUNDO DE LO CIVIL DE LOJA-ENCARGADO"

CERTIFICO: Que el día de hoy, veinte y cuatro de febrero del año dos mil nueve a las 15h00, notifico con la providencia que antecede al Dr. Freddy Salazar Gahona en el casillero judicial Nro. 190, y al Ing. Jorge Bailón Abad y Dr. Eduardo Valdivieso, Alcalde y Procurador Sindico del Municipio de Loja en su orden en la casilla judicial Nro. 238 del Dr. Marco Jaramillo.- EL SECRETARIO Dr. Raúl Jaramillo SECRETARIO DEL JUZGADO SEGUNDO DE LO CIVIL DE LOJA".

b) DERECHOS COLECTIVOS: ACCIÓN DE PROTECCIÓN CONTRA EL MINSITERIO DE AMBIENTE:

"Nelson Chimno KURAKA (Presidente) del Pueblo Kichwa de Rukullacta e Inés Shiguango y Pedro Puanchir, Presidente de la Confederación de las Nacionalidad Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana CONFENIAE, amparados en los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución de La República del Ecuador, en concordancia con los artículos 43, 45 y 47 de las reglas de Procedimiento de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, interpusieron una ACCIÓN DE PROTECCIÓN contra el Ministerio de Ambiente, por el otorgamiento de la licencia ambiental para la explotación del campo Pungarayacu en el bloque 20 a la compañía canadiense Ivanhoe, en los siguientes términos:

"NELSON BOLÍVAR CHIMBO YUMBO, ecuatoriano, de estado civil casado, de 50 años de edad, con cédula de ciudadanía 150019071-3, domiciliado en el Cantón Archidona, Provincia de Napo, en mi calidad de KURAKA (Presidente) del Pueblo Kichwa de Rukullacta, INÉS MARCELINA SHIGUANGO Chimbo, ecuatoriana, de estado civil unión libre, de 42 años de edad, con cédula de ciudadanía No. 150038516-4, domiciliada en el Cantón Archidona, Provincia de Napo, y, TITO PEDRO PUANCHIR PAYASHNA, ecuatoriano, de estado civil casado, de 45 años de edad, con cédula de ciudadanía No. 160018245-3, domiciliado en el cantón Macas, en mi calidad de Presidente de la Confederación de las Nacionalidad Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana CONFENIAE, amparados en los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución de La República del Ecuador, en concordancia con los artículos 43, 45 y 47 de las reglas de Procedimiento de las Competencias de la Corte Constitucional para el Período de Transición, ante usted respetuosamente comparezco para interponer la siguiente ACCIÓN DE PROTECCIÓN:

I. La identificación de la autoridad pública demandada

La Autoridad demanda en la presente Acción de Protección, es la señora Ministra del Ambiente Dra. Marcela Agüiñaga, cuyo despacho lo tiene ubicado en la Avenida Eloy Alfaro y Amazonas, Edificio MAGAP, Piso 7 y 8, Quito.

Por disponerlo la Ley, se servirá contra con el Procurador General del Estado, Dr. Diego García Carrión, con despacho en la avenida

ROBLES 731 Y AV. AMAZONAS de la ciudad de Quito.

II. La descripción de la acción o la omisión, de la autoridad pública, que generó la violación o la amenaza de vulneración del derecho;

El acto ilegítimo demandado es la Resolución 118 del 20 de mayo de 2009, mediante la cual la Ministra del Ambiente, Dra. Marcela Agüiñaga, otorgó Inconstitucionalmente la licencia ambiental a favor de la compañía IVANHOE ENERGY ECUADOR, para la ejecución del proyecto para la perforación de Avanzada y Pruebas de Producción en el bloque 20 de los pozos IP-13, IP-15, IP-5A e IP-5B que se ubicarán en la Provincia de Napo, cantones Tena y Archidona, parroquias Puerto Napo, San Pablo de Ushpayacu y Cotundo. Además, aprueba el estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental para la perforación de Avanzada y Pruebas de Producción en el Bloque 20 de los pozos IP-13, IP-15, IP-5A e IP-5B que se ubicarán en la dirección antes mencionada, los mismos que se encuentran dentro del campo PUNGARAYACU, perteneciente a la provincia de Napo. En dicho otorgamiento la señora Ministra inobservó normas constitucionales de protección a los derechos humanos y de la naturaleza que eran necesarios tomar en cuenta previo a la aprobación del estudio de impacto ambiental y al otorgamiento de la mencionada licencia ambiental, habida cuenta de que el mencionado campo PUNGARAYACU se encuentra ubicado dentro de la Reserva de Biosfera Sumaco situada alrededor del Parque Nacional Sumaco, en donde habitan comunidades indígenas Kichwas, cuyos derechos deben ser

protegidos por el Estado.

III. Fundamentos de Hecho.-

Los comparecientes somos representantes legítimos de las comunidades indígenas del Pueblo Kichwa de Rukullacta en calidad de Presidente, Dirigente de Territorio del Pueblo Kichwa Rukullacta y Presidente de la Confederación de las Nacionalidad Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana CONFENIAE -que aglutina a las organizaciones Indígenas de base de la Amazonía Ecuatoriana-, respectivamente. Las comunidades que habitan alrededor del área de influencia del campo PUNGARAYACU del bloque 20, son comunidades milenarias, que se han auto definido como Pueblo Kichwa de Rucullakta, de descendencia del Pueblo Quijos, que les ha legado a defender sus territorios, en donde administran desde su cosmovisión sus recursos, para lo cual han realizado el ordenamiento territorial que les ha permitido zonificar las zonas más importantes del cantón Archidona, como lugares sagrados, paisajísticos, turísticos, agrícolas y los ríos mas grandes, para hacer un uso sostenible de estos recursos de modo que se pueda conservar y proteger la riqueza natural y cultural de la nacionalidad de pueblo Kichwa Rukullacta.

El ocho de octubre del 2008 se suscribió el contrato de servicios específicos, para el desarrollo, producción y mejoramiento de petróleo crudo en el bloque 20 que involucra el Campo PUNGARAYACU de la Región Amazónica, entre la Empresa estatal Petróleos del Ecuador Petroecuador y su filial, la empresa

Estatal de Exploración y Producción de Petróleos, Petroproducción; y, la compañía IVANHOE ENERGY ECUADOR INC. Este contrato ha sido severamente cuestionado por diversas instituciones y actores políticos, por contener vicios de inconstitucionalidad y perjuicio al estado ecuatoriano, quienes han afirmado también que algunas cláusulas del contrato contravienen la Ley vigente y la Constitución al haber sido entregado este campo a dedo y sin mayor beneficio para el ecuador1.

El Comité Especial de Licitaciones (CEL) adjudicó a la empresa canadiense IVANHOE el campo Pungarayacu, con el objeto de mejorar la calidad del crudo con la tecnología HTL (Heavy To Light), que consiste en utilizar vapor y arena. Petroecuador estima que este campo puede generar 108 mil barriles de crudo al día, aunque expertos en el área consideran que hay tecnologías comprobadas que no son experimentales. Por ello, afirman que la contratación fue 'a dedo', por el lobby que habría realizado el ex ministro de la Producción Mauricio Dávalos.2

Uno de los requisitos para iniciar cualquier actividad que implique un impacto ambiental, es que deberá contar con la licencia respectiva otorgada por el Ministerio del Ramo, según lo establece el artículo 20 de la Ley de Gestión Ambiental, lo que implica que una vez otorgada la licencia, el operador de la actividad tiene amplia facultades para desarrollar las actividades previstas en su proyecto en conformidad con el respectivo estudio de impacto ambiental. Es por esta razón que la autoridad que emite la licencia, en este caso la Ministra del Ambiente, debe constatar que las

actividades que se vayan a desarrollar sean sustentables y no afecten derechos colectivos o los derechos de la naturaleza, garantizados en la Constitución, caso contrario, tendrá que regirse por el principio rector constitucional precautelatorio, esto es que "en caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas".

En el presente caso, parece que la Ministra de Ambiente no ha tenido la información suficiente de que el área de concesión del campo PUNGARAYACU está ubicada dentro de la reserva de biosfera Sumaco, y que, las comunidades afectadas por este proyecto son comunidades indígenas por lo que debe realizarse como paso previo a cualquier licenciamiento ambiental, la consulta previa a los pueblos indígenas y demás comunidades afectadas, así como la declaratoria de interés nacional para explotar los recursos naturales en esta área que tiene la categoría de área mundial de protección.

Para que un Acto de autoridad pública se convierta en ilegitimo, no basta solamente que el mismo haya sido emitido por un autoridad que no sea competente para emitirla, o que la misma haya excedido los limites de esa competencia, sino que es suficiente con que el Acto de la autoridad pública vulnere o inobserve los derechos subjetivos de los administrados, puesto aún siendo que el Acto provenga de una autoridad competente para realizar o emitir determinados actos administrativos, si ese acto inobserva principios fundamentales de Derecho Constitucional y afecta los derechos

subjetivos de los ciudadanos, es un Acto esencialmente ilegítimo, por lo que se convierte en un Acto materia de ser impugnado mediante Acción de Protección.

IV. Los derechos que se consideran violados o amenazados

El otorgamiento ilegítima de la licencia ambiental a favor de la compañía IVANHOE, para que realice los trabajos propios de una actividad petrolera, es la causa de la inminente violación del Derecho a la Consulta Previa, de los derechos de la naturaleza respecto a la intangibilidad de las áreas naturales, por cuyas violaciones están amenazados también el derecho a la propiedad, a la salud, al agua y al ambiente sano. Cuyos efectos podrían detenerse si se dejara sin efecto el citado acto ilegítimo que demandamos en esta acción.

IV. Derechos Violados.

IV (1).- Violación del derecho a la consulta previa

El Artículo 398 de la constitución establece que:
"Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta". (...)

Por su parte el Art. 57 de la Constitución, refiriéndose a los derechos de colectivos, establece:

"Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos (...):

Num. 7: "La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna.(...)

De la lectura de estas dos disposiciones constitucionales podemos afirmar que la Constitución establece dos categorías de consulta: la primera que se refiere a la consulta previa para la protección de un derecho difuso, como es el ambiente, ejercida por la ciudadanía en general; y, la segunda que hace referencia a la consulta para actividades de prospección, explotación y comercialización de recursos naturales no renovables que se encuentren en territorios indígenas.

En el presente caso, conforme lo sostenemos, las comunidades que

se encuentran asentadas en el área de influencia directa e indirecta donde se piensa realizar la perforación de avanzada y pruebas de producción, pertenece a territorios de los pueblos indígenas Kichwas, concretamente, en esta localidad habitan las comunidades Pungarayacu, Sardinas, Tanbayacu, comunidades de San Pablo, San Martín, San José, Isquiñamby, Verdecocha y Pueblo Quijos, sector Yuptzupino, comunidades Seibos, Balsayacu, Unión Venecia, Kiliuyacu, entre otras comunidades. por cuya razón debe realizar antes de cualquier actividad de prospección, la consulta previa a éstos Pueblos para determinar la viabilidad o no del proyecto que se piensa implementar. Del documento de la Resolución No. 0118 del 20 de mayo de 2009 mediante la 3 Derecho a la Información como derecho humano, Abramovich Victor, director del Programa de Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del CELS, profesor de la Maestría de la Universidad de Palermo. cual se otorgó la licencia ambiental a favor de IVANHOE ENERGY ECUADOR se desprende de que no se ha realizado ninguna consulta previa a las comunidades indígenas afectas, apenas lo que se realizó fue un proceso de participación social del estudio de impacto ambiental y plan de manejo ambiental, conforme el Decreto Ejecutivo 1040 y el Acuerdo Ministerial 112, tal como consta en el considerando 14 de la mencionada Resolución. Es importante resaltar este hecho debido a que la consulta previa para Pueblos Indígenas debe realizarse conforme lo estipulado en el artículo 57 Num. 7 de la Constitución de la República, para cuyo efecto las normas del Decreto Ejecutivo 1040 son totalmente inaplicables en razón de que el Decreto 1040 regula la participación ciudadana en general dentro de actividades extractivas pero no los

derechos de los Pueblos Indígenas respecto a la consulta previa. La aplicación del Decreto 1040 para dar cumplimiento a la consulta se torna por tanto inconstitucional, Es Inconstitucional porque no cumplen con las características que debe tener un cuerpo normativo que regule el ejercicio de derechos constitucionales, ya que no fue dictado por el Congreso Nacional que es el órgano legislativo constitucionalmente competente, ni elaborado con el procedimiento establecido por la Constitución (el procedimiento debió ser el de expedición de leyes orgánicas). Además limita el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y de la ciudadanía en general debido a que no se garantiza que la opinión de los consultados vaya a ser tomada en cuenta por el Estado, mucho menos que se busque el consentimiento de las nacionalidades indígenas. Además porque según la disposición Derogatoria de la actual Constitución, "se deroga toda norma contraria a esta Constitución, sólo el resto del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución.

Al haberse inobservado el proceso correcto de consulta, la comunidad ha quedado sin conocer la información de forma amplia y oportuna sobre los riesgos que entraña la ejecución de este Proyecto para sus vidas, su cultura, sus territorios y el mantenimiento de los ciclos vitales de la naturaleza, por lo que no pudieron ejercer ninguna de las acciones para defender su patrimonio y exponer sus criterios.

La producción de información es un presupuesto previo a la exigibilidad del derecho "a un ambiente sano, equilibrado, apto

para el desarrollo humano". Gran parte de los casos jurisprudenciales en materia ambiental no se refieren estrictamente a la prohibición de medidas que se sabe a ciencia cierta causarán un daño al medio ambiente, sino más bien a situaciones en las que el litigante cuestiona la falta de información al respecto de los potenciales efectos ambientales de la realización de una medida determinada.3

Víctor Abramovich cita un caso interesante resuelto por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en el que la necesidad de información previa al ejercicio de un derecho se extiende a la protección de la vida privada y familiar. En el caso "Guerra vs. España", el Tribunal -pese a interpretar de modo estrecho la libertad de información-, decidió que el Estado italiano había violado el derecho 4 Ibidem a la vida privada y familiar, por no proveer a los damnificados "de información esencial que les hubiera permitido evaluar los riesgos que ellos y sus familias corrían si seguían viviendo en Manfredonia, ciudad particularmente expuesta a los peligros de un eventual accidente en la fábrica" (de fertilizantes). La Corte Europea decide, entonces, que el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar no sólo requiere una abstención de injerencia por parte del Estado, sino también el deber de producir y hacer conocer información sobre afectaciones al medio ambiente que pudieran provocar un perjuicio cierto al ejercicio de ese derecho. Cumplida esa obligación, son los particulares quienes deben decidir el lugar de su residencia, teniendo en vista los peligros o molestias a los que puedan verse enfrentados4.

Además de los derechos contenidos en la Constitución, el derecho a la consulta previa para Pueblos Indígenas, se encuentra reconocido internacionalmente por dos instrumentos internacionales a saber. El primero de ellos es el Convenio 169 de la OIT que en el artículo 15 Num. 2, establece "En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades. (el resaltado es nuestro). El segundo instrumento internacional es la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en cuyo artículo 32 Num. 2, establece: 2. "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo".

La Corte Constitucional (anteriormente Tribunal Constitucional) se

ha pronunciado respecto de algunas acciones de Amparo Constitucional, que comunidades indígenas y mestizas han propuesto, demandando la nulidad de actos y proyectos, que por no haber cumplido con la consulta previa, han atentado contra la integridad territorial y autodeterminación indígena y el derecho a vivir en un ambiente sano, en este sentido, me permito mencionar dos de aquellas, por ejemplo:

"La Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) presentó una demanda en contra de la Compañía Arco Oriente Inc, en donde impugnaba "LA CONDUCTA ILEGITIMA DE LA COMPAÑIA ARCO ORIENTE INC. De ingresar a territorio de la FIPSE, sin la autorización de la dirigencia que representa el Pueblo Shuar, para promover diálogos privados e individuales

5 "La Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) presentó una demanda en contra de la Compañía Arco Oriente Inc, en donde impugnaba "LA CONDUCTA ILEGITIMA DE LA COMPAÑIA ARCO ORIENTE INC. De ingresar a territorio de la FIPSE, sin la autorización de la dirigencia que representa el Pueblo Shuar, para promover diálogos privados e individuales con pocos miembros de la Federación, luego de la resolución pública de la FIPSE de no permitir la negociación aislada entre cualquier centro o asociación miembro con dicha compañía", tomado de David Cordero Heredia, Implementación del Derecho..., op. cit. con pocos miembros de la Federación, luego de la resolución pública de la FIPSE de no permitir la negociación aislada entre cualquier centro o asociación miembro con dicha compañía".

"[Mediante resolución No.247-RA-005 del 16 de marzo de 2000, el T C (i) acepta el argumento de que un "comportamiento" compuesto de una serie de actos es susceptible de impugnación mediante amparo constitucional, cuando la posición recurrente del Tribunal era considerar impugnables sólo los "actos administrativos"; (ii) declara que en las relaciones comunitarias con la nacionalidad Shuar se deben respetar su forma de organización comunitaria, hacer lo contrario provocaría la división de la comunidad afectándola gravemente; y, (iii) que el hecho de no respetar la organización de la nacionalidad indígena varios de sus derechos específicos, entre ellos el derecho a la consulta previa.

En otro caso, el Presidente de la Junta Parroquial de Cumbayá (parroquia rural del cantón Quito) presentó una demanda de amparo constitucional [679-2003-RA] en contra de un convenio entre el Municipio Metropolitano de Quito y la Universidad San Francisco de Quito para la construcción de un centro comercial y un cine IMAX que traerían gran afluencia de tráfico a la población de Cumbayá. Al mismo tiempo, el mismo actor presentó una demanda de inconstitucionalidad [034-2003-TC] en contra de la Ordenanza Municipal que viabilizaba el proyecto. Entre otros argumentos, el accionante alegó que no se había realizado la consulta previa a la comunidad tanto al aprobar la realización del proyecto como al legislar mediante una ordenanza para su consecución.[...]

El Tribunal Constitucional, resolvió de forma favorable a los demandantes, sentando argumentos valiosos que vale la pena recordar:

QUINTO.- [...] se advierte que, como señala el accionante, el impacto que provocará en el sector y sus habitantes, la mayor afluencia vehicular, generará mayor cantidad de ruidos y emisiones tóxicas que, a no dudarlo, serán causantes de afectación al medio ambiente, consecuentemente, a la salud de los pobladores del sector.

Resulta preocupante que, no obstante ser evidente el impacto que causaría al medio ambiente la realización del proyecto, no se hayan efectuado los estudios técnicos que hubieren permitido establecer, de ser viable, los correctivos necesarios, [...].

SEXTO.- El artículo 88 de la Constitución Política determina la obligación de contar con el criterio de la comunidad, en toda decisión estatal que pueda afectar al medio ambiente, a cuyo efecto la comunidad deberá estar debidamente informada, remitiendo a la ley para que garantice la participación de la comunidad.

6 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, Párr. 135.

El artículo 28 de la Ley de Gestión Ambiental, [...] recoge la importancia que la Constitución concede a la participación ciudadana en la gestión ambiental, a tal punto que califica de prioritaria y decisiva la opinión de la colectividad, para efectos de la ejecución de actividades que puedan afectar el ambiente,

participación que se toma indispensables en tanto es precisamente la comunidad, la que afrontará las consecuencias de las actividades de diverso orden a realizarse en su entorno.

Del análisis del proceso, se encuentra que no se ha justificado la realización de consulta alguna a la comunidad, para el establecimiento del proyecto convenido con la Universidad San Francisco, en violación al derecho colectivo consagrado en el artículo 88 de la Constitución, así como el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, previsto en los artículos 23, numeral 6 y 86 de la Constitución Política.

SÉPTIMO.- Un acto de autoridad emitido con violación a un derecho constitucionalmente reconocido y protegido, a no dudarlo, adolece de ilegitimidad, y, si, además, amenaza con causar daño, es factible que, mediante acción de amparo, se tutele el derecho del o los afectados con la emisión de tal acto, conforme prevé el artículo 95 de la Constitución Política.

Así mismo, los organismos Internacionales de Protección de Derechos Humanos se han pronunciado respecto a los mismos casos, por ejemplo en la sentencia del Caso Saramaka contra Surinam, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que:

"135. Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor

impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones [...]"6

Se establece entonces que los pueblos Indígenas deben ser consultados de forma obligatoria, cuando dentro de sus territorios, se pretenda explorar o explotar recursos del subsuelo, es decir, la consulta previa se torna obligatoria, a tal punto que el artículo 28 último inciso de la Ley de Gestión Ambiental establece que: "El incumplimiento del proceso de consulta al que se refiere el artículo 88 de la Constitución Política de la República (actualmente Art. 57 y 398) tornará inejecutable la actividad de que se trate y será causal de nulidad de los contratos respectivos". (el subrayado es nuestro). La consulta previa se vuelve una medida de prevención no sólo de lo ambiental sino también de los derechos de las nacionalidades indígenas, respecto a su cultural, territorio, y formas de desarrollo, debido a que los proyectos extractivos significan una afectación a los aspectos socio culturales de los pueblos y nacionalidades indígenas, tal como nos ha demostrado la larga historia de explotación petrolera en la amazonía.

La importancia de la Consulta Previa radica en que este es un derecho que fue reconocido a los Pueblos Indígenas, como una forma de evitar la consumación de daños a su integridad territorial o cultural, de modo que ante la implementación de cualquier proyecto, los Pueblos Indígenas tengan la oportunidad de conocer los riesgos a los que están expuestos así como los beneficios que

supondría dicho proyecto, de tal forma que puedan inclusive objetar dicho proyecto si se concluye que los perjuicios que ocasionaría éste podrían ser la vulneración de otros derechos inherentes al ser humano, como los demostraremos posteriormente, esto es que los perjuicios sean mayores que los beneficios. La posibilidad de objetar es una garantía constitucional que establece "si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme la Constitución y la Ley" (Art. 57 Num 7) por lo tanto, al no haberse desarrollado la consulta previa, los Pueblos indígenas quedaron sin la posibilidad de objetar el proyecto o de solicitar mecanismos de compensación por los perjuicios que acarrearía la perforación de estos pozos de avanzada (hasta el momento la compañía Operadora IVANHOE no ha celebrado convenios de compensación con las comunidades Indígenas demandante). Lo cual demuestra que la Licencia Ambiental del Ministerio del Ambiente otorgada a favor de IVANHOE ha sido emitida violando este derecho constitucional, pues ha privado a las Pueblos Indígenas de Rukullacta a que ejerzan de forma íntegra lo establecido en el Art. 57 Num. 7 de la Constitución de la República, tal como lo hemos demostrado en los párrafos anteriores.

IV (2) Violación a los Derechos de la Naturaleza de su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales.-

El Art. 71 de la Constitución establece que "La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y

regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos".

Por su parte el Art. 73, dispone: "El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales".

Este nuevo paradigma de la protección ambiental guiada bajo la visión biocentrista del mundo, establece la nueva aplicación del enfoque del desarrollo sustentable, cuyo objetivo es que las actividades del hombre sean económicamente viables, socialmente equitativas y ambientalmente sustentables.

El concepto de desarrollo sustentable está incorporado de forma transversal en nuestra constitución, de modo que supone la obligación de acatar en toda actividad y proceso productivo, dicho principio, con el propósito de hacer efectivo la justicia social (buen Vivir - sumak kawsay), el respeto a la naturaleza y la equidad intergeneracional.

Para hacer efectivo el derecho de la naturaleza a que se respete integralmente su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales la comunidad internacional y el estado ecuatoriano han realizado esfuerzos por declarar áreas protegidas y zonas intangibles con el objeto de conservar y proteger la *diversidad biológica* y de los *recursos naturales* y *culturales asociados*.

El Ecuador a partir de la Constitución del 2008 ha establecido esta protección ambiental a través de la intangibilidad de las áreas naturales protegidas e intangibles, al efecto el artículo 397 *dispone (..) "Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete a*: Num. 4 "Asegurar la intangibilidad de las áreas naturales protegidas, de tal forma que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas de los ecosistemas. (...)".

Bajo esta garantía el Art. 407 establece: "Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal" (..) "Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular".

Nuestro país cuenta con 40 áreas naturales protegidas, una de ellas es el Parque Nacional Sumaco Napo-Galeras. El Parque Nacional Sumaco, fue declarado como tal el dos de marzo de 1994, posteriormente el 10 de noviembre del año 2000 la UNESCO declaró al Sumaco dentro de la categoría internacional de Reserva de Biosfera en una extensión de 931.930 hectáreas, que incluye ocho cantones, cinco de la provincia de Napo, dos de Orellana y uno de Sucumbios.

Al entrar el Parque Sumaco a la Red Mundial de Reservas de

Biosfera, con consentimiento del Estado ecuatoriano, su manejo debe estar sujeto a las Estrategias de Sevilla. En ellas se determina que en toda reserva de la Biosfera las únicas actividades que se pueden desarrollar, son aquellas que permitan garantizar el equilibrio entre el medio ambiente y las poblaciones locales, desde una perspectiva socio cultural y la no contaminación.

Dentro del Programa del Hombre y la Biosfera de la UNESCO, se ha determinado que la Explotación de hidrocarburos, quedaría en rigor, excluida de las zonas de conservación ecológica por su carácter insostenible. Por lo tanto en las reservas de la Biosfera, no están permitidas actividades no sustentables como es la actividad petrolera debido a que la realización de actividades de exploración y explotación petrolera, dentro del Parque Sumaco son incompatibles con el manejo adecuado y sustentable de una reserva de biosfera y el hecho de que el Estado ecuatoriano permita dichas actividades es una clara violación de los acuerdos internacionales asumidos por el estado en relación a la Red Mundial de la Biosfera de la UNESCO.

Vale recordar que nuestro País suscribió el Convenio sobre la Diversidad Biológica, en el cual se obliga a establecer áreas de protección para la biología, además ratificó en 1972 la Convención de Patrimonio Mundial de la Humanidad, en el cual se establece la necesidad de que los estados a nivel interno como en cooperación internacional, puedan desarrollar acciones para proteger las bellezas y monumentos naturales considerados de patrimonio de la humanidad.

El Artículo 8 del Convenio trata el tema de la conservación in-situ de la biodiversidad, y el 8 (j) llama a los países a respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas, que entrañen formas de vida tradicionales pertinentes con la conservación de la biodiversidad, incluyendo aquellas poblaciones que viven en áreas protegidas.

Es por las razones de conservación que la actual constitución, ha establecido que las actividades extractivas en estas áreas protegidas, están prohibidas, pues el bien jurídico a proteger que es la reproducción de la naturaleza como espacio donde se reproduce y realiza la vida, debe prevalecer sobre cualquier interés económico que ponga el riesgo la vida misma de las áreas protegidas del planeta, que como veíamos en la resolución de la UNESCO, actividades como las que se pretenden realizar en el campo PUNGARAYACU, son insostenibles para cuidar este patrimonio de la humanidad. Esta propuesta de construcción de un nuevo modelo de desarrollo en el Ecuador ha sido categórica al momento de que el Constituyente defina la importancia de la región Amazónica, así dentro de la Constitución de la República encontramos en el Artículo 250, la siguiente disposición: "El territorio de las provincias amazónicas forma parte de un ecosistema necesario para el equilibrio ambiental del planeta. Este territorio constituirá una circunscripción territorial especial para la que existirá una planificación integral recogida en una ley que incluirá aspectos sociales, económicos, ambientales y culturales, con un ordenamiento territorial que garantice la conservación y protección de sus ecosistemas y el principio del sumak kawsay".

De esta manera puede detectar Señor Juez, que los instrumentos internacional a los que nos hemos referido, contienen un sinnúmero de disposiciones que determinan obligaciones para el Ecuador de no intervención en áreas como las reservas de biosfera, lo cual ha sido vulnerado por el Ministerio de Ambiente, pues esta institución no puede irse contra los Convenios suscritos por el Estado y menos aún otorgar mediante licencia ambiental, esta tarea a una concesionaria como IVANHOE. Al respecto el Art. 11 Num 3. de la Constitución de la república establece: "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte". En concordancias, el Art. 424 de la Constitución dispone: "La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público". Es decir que la autoridad ambiental se ha apartado de los principios que rigen la aplicación de los derechos y las relaciones internacionales.

V. Derechos amenazados

V (1) Derecho a la propiedad de los territorios indígenas

El derecho al territorio de las nacionalidades indígenas se encuentra consagrado en el artículo 57 de la Constitución de la República del Ecuador:

"Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:[...]

4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. [...]

8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad.

11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales."

Al haberse aprobado la licencia ambiental para la actividad exploratoria de la empresa IVANHOE, se está facultando como consecuencia a la compañía referida para que ingrese a los territorios indígenas a realizar los trabajos propios de la actividad sísmica. En este sentido, se empezaran aplicar normas como la Ley de Hidrocarburos que establece la posibilidad de declarar de utilidad pública los lugares necesarios para este propósito. En efecto el Art. 4 de la mencionada Ley dispone: "Se declara de utilidad pública la industria de hidrocarburos en todas sus fases, esto es, el conjunto de operaciones para su obtención,

transformación, transporte y comercialización. Por consiguiente, procede la expropiación de terrenos, edificios, instalaciones y otros bienes, y la constitución de servidumbres generales o especiales de acuerdo con la Ley, que fueren necesarias para el desarrollo de esta industria". Además el Art. 91 señala: "A petición de una empresa contratista o de PETROECUADOR, podrá el Ministerio del Ramo, previa declaratoria de utilidad pública, expropiar a favor de PETROECUADOR, para que esta ceda su uso a la empresa interesada, terrenos u otros bienes inmuebles, o constituir servidumbres, que fuesen indispensables para el desarrollo de cualquier aspecto de la industria petrolera. Todos los gastos y pagos que deban efectuarse para estos fines correrán por cuenta de la empresa interesada o de PETROECUADOR"

Por lo expuesto, esta ley contiene preceptos que permiten la división y el gravamen del territorio de las nacionalidades indígenas del Ecuador mediante el establecimiento obligatorio y discrecional de servidumbres y expropiaciones para la actividad hidrocarburífera. Para comprender los riesgos que implica la imposición de este gravamen sobre el derecho a los territorios indígenas, debemos antes entender el contenido del derecho al territorio de las nacionalidades indígenas.

7 García Hierro, Pedro, "Territorios Indígenas: Tocando las Puertas del Derecho", artículo publicado en el libro "Tierra adentro: Territorio indígena y percepción del entorno" de Alexandre Surrallés, Pedro García Hierro editores, editorial Abya Yala, Quito, Ecuador, pág. 277. Pedro García Hierro es abogado por la Universidad Complutense de Madrid y la Pontificia Universidad

Católica del Perú ha trabajado durante los últimos 35 años con diversas organizaciones indígenas tanto peruanas como internacionales en temas relacionados con la identificación y desarrollo de derechos colectivos e impulso de reformas democráticas interculturales.

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 *(Fondo, Reparaciones y Costas)*, Serie C No. 79, párr. 149.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 29 de marzo de 2006, Serie C No. 146, párr. 118. Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de

Para el tratadista Pedro García Hierro, "[l]a territorialidad es uno de los ejes conceptuales de la plataforma de reivindicaciones indígenas, no únicamente en su condición de derecho colectivo indispensable sino como una verdadera dimensión existencial de cada pueblo. Su tratamiento jurídico reviste, por eso, una importancia determinante para el ejercicio del resto de los derechos que los pueblos proclaman"7.

La idea de que el derecho al territorio es la base del ejercicio de todos los demás derechos colectivos de las nacionalidades indígenas ha sido sostenido por la Corte Interamericana de

Derechos Humanos desde su célebre sentencia de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra el estado de Nicaragua (2001), en la cual declaró que:

"[los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".8

El Ecuador ratificó el Pacto de San José (Convención Americana de Derechos Humanos) el 8 de diciembre de 1977 y aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de julio de 1984, por lo que las líneas jurisprudenciales señaladas por la Corte IDH forman parte del sistema jurídico ecuatoriano. A raíz del caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni la Corte estableció una línea jurisprudencial en la que:

"ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados [...]. La cultura de los miembros de las

comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural".9

junio de 2005, Serie C No. 125, párrs. 137. Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C No. 172, párr. 82. Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia 15 de junio de 2005, Serie C No. 124; párr. 131.

10 Cfr., Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 160 a 177.

11 Ratificado por el Estado ecuatoriano el 15 de mayo de 1998.

La evolución de la jurisprudencia del Sistema Interamericano llevó a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, determine que el Estado de Paraguay violó el derecho a la vida en perjuicio de la comunidad al privarla de su territorio necesario para su subsistencia económica y cultural10. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

asimilado el derecho a la propiedad privada con el derecho al territorio de las nacionalidades indígenas, es así como en la jurisprudencia que hemos citado en la presente demanda, la Corte ha determinado la violación al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

"Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada
1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social".

El derecho de las nacionalidades indígenas a su territorio está recogido en otros instrumentos internacionales de los cuales el Estado ecuatoriano es parte como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo11:

"Artículo 4
1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

Artículo 13
1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. [...]

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 16 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan". En el mismo sentido la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), en cuanto al derecho al territorio, prescribe:

"Artículo 8
2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:

b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos;

c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;

Artículo 10
Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 23 Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a laborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los

programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 25

Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras.

Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 29

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y

protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

Artículo 32

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo".

Estas normas forman parte de los derechos humanos reconocidos por la Constitución como lo prescriben los artículos 3 y 10 de la carta magna:

"Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la

Constitución y en los instrumentos internacionales".

Hay que entender que la condición jurídica que un Estado otorgue a las tierras indígenas no es esencialmente relevante respecto a la percepción interna del pueblo indígena. Sin embargo, les afecta de manera instrumental puesto que al "declarar de utilidad pública la actividad hidrocarburífera en todas sus fases y en consecuencia proceder a la constitución de servidumbres que fueran necesarias"", elimina la fuerza defensiva de la condición jurídica del territorio de las nacionalidades indígenas. Este hecho imposibilita la continuidad histórica de la relación pueblo-territorio al subordinarlo a intereses económicos.

12 Pedro García Hierro, Ibidem, Pág. 296

Sobre la relación de los pueblos indígenas y su territorio el Profesor Pedro García destaca que "[e]l carácter transgeneracional del derecho tiene la finalidad de permitir la continuidad histórica de un pueblo y que, por tanto, transciende la voluntad dispositiva de la actual generación, lo que le hace indisponible (inalienable, inembargable) e indivisible conceptualmente (su división afectaría la naturaleza misma del bien), aunque divisible internamente en usos, temporales o definitivos, de acuerdo con prácticas definidas por el derecho consuetudinario de cada pueblo"12.

En el Ecuador las nacionalidades Shuar y demás pueblos Kichwa están en una situación desesperada a causa de los intereses económicos del gobierno y algunas empresas petroleras y mineras.

Estos pueblos ya se han visto reducidos demográficamente por las perturbaciones ocasionadas por las consecuencias, directas o indirectas, de la explotación petrolera, la exploración minería y otras intromisiones territoriales. Algunos de estos pueblos tienen serias dificultades de supervivencia, como sucede con los pueblos Sionas, secoyas y Cofanes, afectados por la explotación petrolera tras el paso, por 30 años, de las compañías nacionales y extranjeras, cuya actuación ha sido cuestionada pública y judicialmente (caso Texaco). No se conocen casos de una empresa petrolera en fase extractiva que no haya deteriorado de tal manera el territorio indígena que lo haya inhabilitado para su finalidad.

Por las razones expuestas, el acto del Ministerio del Ambiente al otorgar licencia ambiental sin la ejecución de la consulta previa, amenaza con el ejercicio de este derecho patrimonial.

V (2) Amenaza al Derecho a la Salud

El Art. 32 de la Constitución establece que: "La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir" (...). La Declaración de Estocolmo (1972) señala que el ser humano tiene derecho a vivir en "un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar" físico y mental. El Estado tiene la obligación de tomar todas las medidas necesarias para garantizar todos los derechos contenidos en el PIDESC (Art. 2),

y linfoma en las mujeres. Tales investigaciones indicaron, además, una mayor incidencia de casos de cáncer a la sangre en niñas y niños menores de 10 años".

"Igualmente, en un informe científico denominado "Exposición e incidencia de cáncer cerca de campos petroleros en la cuenca Amazónica del Ecuador" *HURTIG, Anna-Karin, SAN SEBASTIÁN, Miguel* , se concluye que en poblaciones de Sucumbíos, Orellana, Napo y Pastaza (entre 1985 y 1998), en cuyas proximidades se habría realizado explotación petrolera durante al menos 20 años, había mayor incidencia de todo tipo de cáncer en la población masculina: se habría determinado que tanto el riesgo de contraer cáncer como la incidencia de muertes por esta enfermedad era mayor (en relación a poblaciones no expuestas). El exceso de casos de cáncer, de acuerdo al citado estudio estaría asociado con la contaminación del ambiente producida por sustancias tóxicas provenientes de la producción hidrocarburífera pues, de hecho, análisis del agua habrían indicaron alta exposición a TPHs por parte de residentes de la zona".

Estos hechos nos demuestran que si aún con tecnología conocida se pueden provocar daños sobre la salud de las personas, mucho mas, si la tecnología a utilizarse no está científicamente comprobada. Este es otro argumento que comprueba la ilegitimidad del Acto del Ministerio del Ambiente al licenciar una actividad que conlleva riesgos sobre la salud y el ambiente.

V (3) Amenaza de violación del Derecho al agua.-

El Agua Dulce es un Recurso Limitado, según el programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA, 2003), el agua cubre el 75% de la superficie terrestre; el 97,5% del agua es salada, sólo el 2,5% es dulce. Los casquetes de hielo y los glaciares contienen el 74% del agua dulce del mundo. La mayor parte del resto se encuentra en las profundidades de la tierra o encapsulada en la tierra en forma de humedad. Sólo el 0,3% del agua dulce del mundo se encuentra en los ríos y lagos. Para uso humano se puede acceder, a menos del 1% del agua dulce superficial subterránea del planeta.

En 25 años, es posible que la mitad de la población del mundo, tenga dificultades para encontrar agua dulce en cantidades suficientes para consumo y para riego. En la actualidad, más de 80 países, (el 40% de la población mundial) sufren una escasez grave de agua. Las condiciones pueden llegar a empeorar en los próximos 50 años, a medida que aumente la población y que el calentamiento mundial perturbe los regímenes de precipitaciones. Un tercio de la población mundial vive en zonas con escasez de agua, en las que el consumo supera el abastecimiento. Los acontecimientos relacionados con la contaminación del agua por petróleo en el ecuador, reviste un análisis serio y urgente.

En el proceso de explotación petrolera varios millones de litros de petróleo y desechos tóxicos (bien sea por derrames accidentales, vertidos premeditados o por el proceso de lluvia ácida com

consecuencia de la quema de gas asociado) han sido (y están siendo) eliminados directamente al entorno, provocando la contaminación de la mayoría de los ríos (fuentes de abastecimiento de agua para muchas comunidades), de los terrenos y de la atmósfera.

El petróleo crudo es una mezcla de 100 o más hidrocarburos compuestos de azufre y otros químicos, metales y cantidades más pequeñas de sales; radiactividad, hidrógeno sulfúrico y otras sustancias tóxicas están generalmente presentes en los crudos agrios. Además de las sustancias tóxicas, están naturalmente en el petróleo crudo, una variedad de otros contaminantes tóxicos que son típicamente generados durante la perforación y producción del petróleo, incluyendo líquidos de perforación, cortes de perforación y químicos para tratamientos que contienen metales pesados, ácidos fuertes y sales concentradas.

La evolución del agua como derecho humano está relacionado a la salud y a una gama de derechos humanos que han reconocido un sinnúmero de Convenciones Internacionales y Declaraciones En el año 2000, el Comité contra Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las naciones unidas, adoptó un Comentario General al derecho a la salud que proporciona una interpretación normativa del derecho a la salud como establece el Artículo 12 del Convenio. Este Comentario General interpreta el derecho a la salud como un derecho global que se extiende no sólo a la asistencia médica oportuna y apropiada, sino también a aquellos factores que determinan la salud buena. Estos incluyen el acceso al agua potable

segura y el saneamiento adecuado, un suministro suficiente de alimento seguro, nutrición y alojamiento, condiciones sanas ocupacionales y ambientales, y el acceso a la educación relacionada con la salud y la información.

El artículo 12 de la Constitución del Ecuador dispone "El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida". De igual forma dentro de los artículos 411 y 412, encontramos las siguientes disposiciones: Art. 411.- El Estado garantizará la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Se regulará toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio de los ecosistemas, en especial en las fuentes y zonas de recarga de agua. La sustentabilidad de los ecosistemas y el consumo humano serán prioritarios en el uso y aprovechamiento del agua. (el subrayado es nuestro); Art. 412.- La autoridad a cargo de la gestión del agua será responsable de su planificación, regulación y control. Esta autoridad cooperará y se coordinará con la que tenga a su cargo la gestión ambiental para garantizar el manejo del agua con un enfoque eco sistémico.

En la medida de estas disposiciones podemos concluir que el derecho al agua es amplio, no se refiere al derecho sobre el agua potable o de consumo, sino a todas aquellas formas en las cuales el no tener acceso al agua, impida por ejemplo, tener acceso a riego de la producción en los campos, el agua para la vida de los peces, el

agua para el desarrollo de los ecosistemas, etc.

Dentro Observación General número 15 (Ginebra, 11-29 de noviembre de 2002) Adopción del derecho humano al agua: El Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó una Observación General sobre el derecho al agua referido al artículo 11 de la Convención Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en dicha observación se considera las bases legales del derecho al agua en los términos siguientes: El derecho humano al agua atribuye a toda persona el derecho a tener acceso a agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y adquirible para el uso personal y doméstico. Una cantidad adecuada de agua salubre es necesaria para prevenir la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de enfermedades relacionadas con el agua y para ser proporcionada para el consumo, los alimentos, y los requerimientos de higiene personales y domésticos.

Los problemas en la salud se deben al deterioro general del ambiente, de manera concreta a la provisión de agua contaminada. Según el estudio (Maldonado - Narváez, 2003)13 realizado en la Provincia de Orellana y Sucumbios, el 75% de la población estudiada usa el agua contaminada. Un agua fétida, salada, de color y/o con petróleo en superficie. Esta agua contaminada se bebe, se usa para cocinar y bañarse, no por el desconocimiento de peligros, sino porque la población ha quedado sin ninguna otra opción para el consumo. De igual manera el aire está contaminado por la presencia de mecheros que arden durante las 24 horas. Estos gases

producen enfermedades y alteran la calidad de vida de la población. La principal causa de muerte es el cáncer en un 32% del total de muertes, 3 veces más que la media nacional de muertes por cáncer (12%) de Ecuador y 4 a 5 veces superior a Orellana (7.9%) y Sucumbíos (5.6%). La tasa de mortalidad por cáncer de la población estudiada asciende a 13.6/10.000 habitantes, el doble que en la sierra, el triple que en la costa y 6 veces superior al de las provincias amazónicas. Particularmente la incidencia de cáncer de estómago, leucemia, hígado, intestino, útero y huesos está aumentada. Posiblemente estos datos sean en realidad más altos debido a la falta de diagnósticos adecuados (19%). El mayor tiempo de estancia junto a las instalaciones petroleras aumenta el número de cáncer en la población. Se duplica a los 20 años y se triplica en adelante. La distancia influye en la aparición de cáncer, pues el 57% de éstos aparecen en familias que viven a menos de 50 metros de los pozos o estaciones, y sólo un 5.7% de las familias con algún enfermo de cáncer tomaba el agua a más de 250 metros de donde se encuentra la fuente de contaminación. Se detectaron 89 personas enfermas y/o fallecidas entre los vecinos por causa directa del cáncer y la contaminación. Este dato proyectado sobre la totalidad del universo nos permitiría hablar de más de 500 fallecidos por causa directa de la actividad petrolera. La población campesina e indígena ha debido aceptar en silencio la contaminación, la enfermedad, la muerte de su ganado y beber agua contaminada.

Los ríos, cuencas y ecosistemas acuáticos son el motor biológico del planeta. El agua es la fuente de vida de todo ser vivo del planeta, constituye un elemento vital para la naturaleza y para la existencia

de los seres humanos, hasta el momento no hay estudios que demuestren que existan seres que no necesiten de este elemento natural para vivir, de allí la importancia que tiene el garantizar que el agua que consumen los seres vivos en general sea adecuada y no comprometa su existencia.

En el presente análisis es importante recordar que la actividad petrolera en su desarrollo hidrocarburífero requiere el consumo de grandes cantidades de agua14, el propio estudio de impacto ambiental de la empresa IVANHOE así lo determina al mencionar en el capítulo 4 (4.8.1) "Para abastecer los requerimientos de agua de las actividades de perforación y las necesidades de los campamentos, se ha establecido que la mejor alternativa es tomar el agua de los ríos cercanos"..."Si el caudal no fuere el suficiente, se represará parcialmente permitiendo que el agua excedente pueda correr libremente, y luego de los trabajos de perforación, se destruirá el embalse de manera que se restablezcan las condiciones de drenaje natural. Por otra parte el capitulo 4.10.3 Ubicación y tratamiento de agua de perforación y pruebas de producción, dispone: "Todas las aguas producidas, negras, y de perforación serán segregadas, almacenadas en tanques o in situ, tratadas y desechadas en un sitio oficial. Esto será controlado y monitoreado por el contratista y supervisado por el personal Ambiental".

Según datos de algunos analistas se considera que después de la industria azucarera, la del petróleo es la que más agua consume.

Lo que refleja esta parte del estudio de impacto ambiental es que

dicha actividad va a significar impactos sobre cuerpos de agua, sean estos lagunas, riachuelos o ríos que van a ser impactados tanto en las fases de descargas naturales y/o por efectos de derrames "accidentales". El represamiento de agua significará la alteración a los ciclos vitales de la naturaleza debido fundamentalmente a que dejará de correr el agua en las cantidades que normalmente realiza, afectando esta área sensible de reserva de biosfera.

En la Amazonía se tienen las reservas más grandes de agua dulce de todo el país, pero muchas fuentes se encuentran amenazadas por diferentes tipos de contaminación. Las fuentes de agua para uso en las comunidades entre otras, son los ríos, riachuelos y vertientes, el agua de lluvia recogida por los techos de las casas, estas son utilizadas para el consumo humano y doméstico, además del uso agrícola, ganadero y pecuario.

"Un río sano refleja un medio ambiente sano y una corriente de agua contaminada refleja insalubridad". Por lo tanto, al exponer a la población a consumir y utilizar agua con presencia de materiales tóxicos o metales pesados, se esta condicionando la integridad personal y la salud de las personas.

V (4) Amenaza al Derecho al Ambiente Sano

El Art. 14 de la Constitución dispone: "Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay".

Esta disposición nos indica que es deber del estado la protección ambiental de modo que no se exponga a las personas a condiciones de insalubridad, emisiones de ruido o aire por encima de los límites permisibles. Además implica el dotar de agua saludables de modo que se garantiza que el ambiente donde habitas las personas no signifique un riesgo a la salud de las personas. En este sentido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, interpretando la disposición 12.2.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala la obligación que tiene el Estado de prevenir y reducir "la exposición de la población a factores perjudiciales que afecten directa o indirectamente su salud".

Es importante destacar que las actividades petroleras provocan graves alteraciones al ambiente y los seres humanos en todas las etapas de su actividad. En este sentido, en la fase de exploración sísmica se generan impactos sobre el suelo, por ejemplo los movimientos de tierra hacen que el suelo pierda las sustancias minerales y orgánicas de la capa superior, por lo que se generan procesos erosivos como los derrumbes. El suelo además es contaminado por la incorrecta disposición de líquidos y desechos industriales como los residuos sólidos y fluidos de perforación. Así mismo podemos identificar las modificaciones topográficas por la construcción de helipuertos y plataformas; y, cambio de uso del suelo que altera los ecosistemas intervenidos en el área. El agua es otro elemento abiótico afectado, se expresa en el cambio de calidad de agua que se ve afectada por la incorrecta disposición de desechos sólidos y líquidos. En la flora se presenta fuertemente el

deterioro y remoción de la capa vegetal debido a la construcción de helipuertos, plataformas, excavaciones, etc. Además la acumulación de lodos de perforación, lubricantes, basura industrial y otros componentes, deterioran la capa vegetal, la actividad productiva primaria de los ecosistemas naturales se ven reducidos, se altera el estado sucesional de la vegetación, es decir rompe con la secuencia del proceso evolutivo, pues al penetrar maquinaria de perforación, de apertura de trochas, afectan en cierto grado este proceso. En relación a la fauna podemos ver como la actividad hidrocarburífera ocasiona el desplazamiento de especies tanto terrestres como aéreas, pues la construcción de plataformas, apertura de trochas y caminos, los ruidos que estos ocasionan, hacen que éstas se desplacen de su hábitat. Además muchas especies pueden sufrir de infecciones debido a que producto de la mala disposición de los residuos tóxicos, se generan roedores e insectos no deseables que generan enfermedades.

Si IVANHOE ejecuta las labores de exploración para la cual ha recibido licencia ambiental de parte del Ministerio del Ambiente, es probable que sucedan estas consecuencias, lo que significarían violaciones constitucionales al derecho al ambiente sano, debido principalmente a que como decíamos en el parágrafo anterior la tecnología a utilizar no ha sido comprobada que sea de la experticia de la compañía IVANHOE, por lo tanto se está en grave riesgo de que se afecte el ambiente de esta zona de protección natural ecuatoriana y de reserva de biosfera mundial.

VI. El principio de Precaución debe aplicarse ante la incertidumbre

científica de daño.-

El Principio de Precaución se encuentra inscrito en el Art. 396 de la Constitución, en la cual se indica que: "En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas".

Mediante esta disposición se obliga el Estado a tomar medidas protectoras en caso de dudas sobre el impacto o las consecuencias ambientales negativas de alguna acción u omisión El principio pretende precautelar cualquier impacto negativo que pueda ser denunciado por las personas o comunidades ante el evento de verse afectados por esta actividad, para ello no es necesario probar con informes científicos que el supuesto daño puede ocurrir, lo importante es actuar bajo la lógica de protección, por lo tanto existen dos opciones: (i) que el responsable de la actividad se abstenga de realizar el proyecto, teniendo como opción realizarlo en otro sitio o dedicarse a otra actividad, y (ii) que el proyecto pueda realizarse, pero debiendo tomarse los correctivos anticipados que no hayan sido previstos. Para que se materialice este principio es necesario por ejemplo prohibir autorizaciones para la construcción de infraestructuras petroleras, cuando estas supongan un riesgo al ambiente. Ahora bien, en el caso de la explotación petrolera, el daño que se puede ocasionar al ecosistema es certero, escapa de toda duda, por lo que las medidas preventivas cobran mayor sentido para el Estado.

Al haberse emitido la licencia ambiental que permite el inicio de estas actividades dentro del área protegida del Parque Nacional Sumaco Napo-Galeras, la autoridad ambiental está violando el principio de precaución dispuesto en el artículo 396 de la Constitución, debido a las siguientes razones:

Es notorio el impacto que la exploración petrolera produce sobre la naturaleza y los elementos en ellas constituidos como es el caso de la reserva de biosfera Sumaco, tal como lo han demostrado los casos de explotación petrolera en Orellana y Sucumbios, en donde se han devastado espacios naturales, además conforme lo establece el informe del Programa del Hombre y la Biosfera de la UNESCO, se ha determinado que la Explotación de hidrocarburos, quedaría en rigor, excluida de las zonas de conservación ecológica por su carácter insostenible.

La tecnología HTL no ha sido comprobada que sea de la experticia de la compañía IVANHOE. Según el experto petrolero Luis Calero. "En el reglamento de contrataciones se prevé que cuando es tecnología única se puede contratar sin licitación y la tecnología de IVANHOE no es única, existen unas ocho más y la mayoría en Canadá. Además, es una tecnología experimental". Por lo tanto no, puede emitirse una licencia sobre cuestiones que pongan en riesgo el ambiente, la salud y vida de las personas.

Aún no se tiene previsto que ríos servirán para captar aguas para la industria hidrocarburífera y en que niveles El Contrato ha sido cuestionado desde su celebración, lo cual ya nos indica de que no

sólo la actividad hidrocarburífera que se pretende desarrollar es violatoria a los derechos constitucionales sino que el propio contrato entre Petroecuador e IVANHOE es inconstitucional. "Esta fue una adjudicación directa a una compañía bajo un contrato de 5 Resolución 1409-2007-RA, del 02 de octubre de 2008, Segunda Sala del Tribunal Constitucional. Caso ambiental Daniel Jungal en contra de Perenco ecuador Limited 16 Declaración de Wingspread (Wisconsin), enero de 1998, recogida en "El principio de precaución ante la incertidumbre científica", Daphnia 13, Madrid, junio de 1998, p. 16. Los trabajos de la conferencia de Wingspread han dado origen a un libro importante: Carolyn Raffensperger y Joel Tickner, Protecting Public Health and the Environment: Implementing the Precautionary Principle, Island Press 1999.

La explotación que se piensa desarrollar es ésta área de protección natural es incompatible con los principios del desarrollo sustentables y del buen vivir expuestos en la Constitución, así mismo se contrapone a los mandatos del Protocolo de Kyto y la Convención Sobre Cambio Climático que establecen la necesidad de que los Estados desarrollen en su jurisdicción interna procesos de desarrollo limpio para el mantenimiento de los recursos naturales escasos del planeta. Por lo tanto, debería procederse conforme lo señalado en el Artículo 407 primer inciso de la Constitución, que determina "Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa

declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular".

El Tribunal Constitucional (actualmente Corte Constitucional) en la Resolución 1409-2007-RA, del 2 de octubre de 2008 estableció de manera categórica que "...,sin lugar a dudas una de las medidas de mayor importancia con respecto a la protección al derecho del medio ambiente sano, es la formulación del principio de precaución, el cual ha sido reconocido en varios instrumentos internacional, como lo es la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo,....que en su principio 15 estipula: Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación ambiental.15

La doctrina a determinado que "es necesario aplicar el principio de precaución: cuando una actividad amenace con daños para la salud humana o el medio ambiente, deben tomarse medidas precautorias aun cuando no haya sido científicamente determinada en su totalidad la posible relación de causa y efecto. En este contexto, a quien propone una actividad le corresponde la carga de la prueba, y no a la gente. El proceso de aplicación del principio de precaución debe ser transparente, democrático y con obligación de informar, y debe incluir a todas las partes potencialmente afectadas. También debe involucrar un examen de la gama completa de alternativas,

incluyendo la no acción."16

Usted señor Juez, está en la obligación Constitucional de aplicar de manera directa las disposiciones Constitucionales y aquellas establecidas en los Instrumentos Internacionales, tal como lo establece el Artículo Art. 426, segundo inciso de la Constitución que establece: "Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente". Y el Art. 427 que dispone: "Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional"

Finalmente debemos mencionar que la Constitución vigente señala expresamente en el artículo 395 Num. 4 que "En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza". Por lo tanto su Resolución deberá ajustarse a los principios antes señalados de manera que se Resuelva a favor de los accionantes la presente Acción de Protección.

VII. Pruebas

Para demostrar nuestras argumentaciones, adjunto se servirá encontrar los siguientes documentos como prueba de nuestra parte: Certificaciones de las autoridades propias de la nacionalidad Kichwa, que establecen no haber sido consultados.

Copia certificada de la licencia ambiental otorgada por el Ministerio del Ambiente a favor de la Compañía IVANHOE.

Informe de la Bioquímica Alexandra Almeida de la Organización Acción Ecológica sobre las observaciones al estudio de impacto Ambiental aprobado a IVANHOE

Copia de la Denuncia presentada al Ministerio público por el Ab. León Roldós, sobre las ilegalidades del contrato.

Usted señor Juez dispondrá que se actúen las pruebas que se requiera en el desarrollo del presente proceso. Para esto se deberá tomar en cuenta el principio de que los hechos alegados por la accionante deben ser considerados como ciertos a menos que el demandado demuestre lo contrario, este mandato Constitucional está recogido en el artículo 86 de la Constitución:

Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones:[...]

Presentada la acción, la jueza o juez convocará inmediatamente a

una audiencia pública, y en cualquier momento del proceso podrá ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para recabarlas. Se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información. (el subrayado es nuestro).

VIII. Identificación clara de la pretensión;

VIII. (1) Adopción de medidas cautelares urgentes para prevenir o suspender la violación del derecho.-

En virtud de que los hechos que se pueden desprender de la aplicación de la licencia ambiental, es la exploración inmediata, y por tanto la afectación al ambiente y a los derechos de las comunidades que se encuentran en el área de influencia, solicitamos que al amparo de lo establecido en los Artículos 86 y 87 de la Constitución, como medidas urgentes para prevenir estos daños, se orden las siguientes medidas cautelares:

La suspensión inmediata de toda actividad de prospección o exploración dentro del campo Pungarayacu hasta que se resuelva el fondo de la presente Acción

La prohibición a la compañía IVANHOE de ingresar a las comunidades afectadas con el objeto de establecer relacionamientos comunitarios u otros procedimientos.

VIII. (2) Petición final de las medidas de reparación del derecho violado

Solicitamos que en su Resolución Final declare como ilegítima la expedición de la Resolución 118 del 20 de mayo de 2009, mediante la cual la Ministra del Ambiente, Dra. Marcela Agüiñaga, otorgó Inconstitucionalmente la licencia ambiental a favor de la compañía IVANHOE ENERGY ECUADOR, para la ejecución del proyecto para la perforación de Avanzada y Pruebas de Producción en el bloque 20 de los pozos IP-13, IP-15, IP-5A e IP-5B que se ubicarán en la Provincia de Napo, cantones Tena y Archidona, parroquias Puerto Napo, San Pablo de Ushpayacu y Cotundo. Además, aprueba el estudio de Impacto Ambiental y Plan de Manejo Ambiental para la perforación de Avanzada y Pruebas de Producción en el Bloque 20 de los pozos IP-13, IP-15, IP-5A e IP-5B que se ubicarán en la dirección antes mencionada, los mismos que se encuentran dentro del campo PUNGARAYACU, perteneciente a la provincia de Napo. Por tanto de deje sin efecto legal la aprobación de la licencia ambiental, el estudio de impacto ambiental y Plan de manejo ambiental de la compañía IVANHOE, por haber violado el Art. 57 Num. 7 de la Constitución y Artículo 15 del Convenio 169 OIT referido a la consulta Previa para Pueblos Indígenas, la violación del Artículo 407 primer inciso de la Constitución, respecto a la intangibilidad de las áreas naturales protegidas; y, la violación al Art. 73 y 396 de la Constitución respecto a la aplicación directa del principio de precaución.

Solicitamos se orden al Ministerio del Ambiente que proceda

conforme lo señalado en el Artículo 407 primer inciso de la Constitución, que determina "Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional, que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular".

c) Solicitamos que ordene la prohibición de ingreso por cualquier medio y bajo cualquier pretexto de la compañía IVANHOE, hasta después que se realice la consulta previa a las comunidades.

IX. Declaración bajo juramento de no haber presentado otra acción de la misma materia y objeto;

Declaramos bajo juramento que no hemos presentado otra Acción de la misma naturaleza ni con el mismo objeto o materia.

X. Notificaciones:

Sírvase notificar a las autoridades demandadas en las siguientes direcciones: A la Ministra del Ambiente Dra. Marcela Agüiñaga, en su despacho que lo tiene ubicado en la Avenida Eloy Alfaro y Amazonas, Edificio MAGAP, Piso 7 y 8, Quito.

Al Procurador General del Estado, Dr. Diego García Carrión, con despacho en la avenida ROBLES 731 Y AV. AMAZONAS de la ciudad de Quito.

Nombramos como procuradora común de la presente Acción a la señora Inés Marcelina Shiguango Chimbo.

Adjuntamos la siguiente documentación como prueba de nuestras alegaciones:

Certificaciones de las autoridades propias de la nacionalidad Kichwa, que establecen no haber sido consultados

Copia certificada de la licencia ambiental otorgada por el Ministerio del Ambiente a favor de la Compañía IVANHOE.

Copia de la denuncia penal presentada por el Ab. León Roldós, en torno a la ilegalidad del Contrato suscrito entre Petroecuador e IVANHOE.

Informe de la Bioquímica Alexandra Almeida de la Organización Ambientalista y de Salud, Acción Ecológica, sobre el estudio de impacto Ambiental de IVANHOE.

Copias certificadas de los Nombramientos que nos acreditan como dirigentes de las organizaciones por las cuales comparecemos

Copias de cédula de ciudadanía"

3.- ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS:

El Art. 89 de la Constitución señala que "La acción de hábeas corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quién se encuentra privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad".
Trámite.-

"Inmediatamente de interpuesta la acción, la jueza o juez convocará a una audiencia que debe realizarse en las veinticuatro horas siguientes, en la que se deberá presentar la orden de detención con las formalidades de ley y las justificaciones de hecho y de derecho que sustenten la medida..." La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítimas o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordena la libertad se cumplirá de forma inmediata..." (Art. 89 de la Constitución)

Concepción.-
El Habeas Corpus puede ser definido como una institución de garantía del derecho declarado, constitucionalmente, de la libertad y que asegura su efectividad. Tiene su génesis en el Derecho Natural, de plena esencia racionalista, y su interposición es para que sea tramitado inmediatamente y con la debida protección decisiva que el particular requiere. No se trata de un recurso sino de una acción. Impropiamente, muchos abogados, lo refieren como un recurso por la sola razón de encontrarse consagrado en la

Constitución.

Cabe precisar que el habeas corpus es un amparo de la libertad y que se trata de una acción que culmina o se extingue con el objeto propuesto, es decir, lograda la pretensión de la libertad.

Momentos y condiciones en que se debe presentar habeas corpus

Para que la pretensión de Habeas Corpus resulte eficaz se requiere en primer lugar que se dé una situación de detención y en segundo término que ésta sea ilegal, arbitraria o ilegítima o se sienta amenazado de perder su libertad.

Comete un delito de detención ilegal la autoridad pública o cualquier persona que retenga o encierre a otra persona contra su voluntad privándole de su libertad de movimiento.

Para que exista este delito no es necesario que la detención se realice por la fuerza o con violencia ya que también puede utilizarse el engaño para privar de libertad a una persona.
La detención también es ilegal cuando se lleva a cabo fuera de los supuestos permitidos por la ley, sin la intención de entregar al detenido a las autoridades, superando el tiempo señalado, esto es, la persona detenida no es liberada o puesta a disposición judicial dentro del plazo legalmente establecido..etc.

La detención arbitraria se configura cuando se actúa contraria a la justicia, la razón o las leyes, dictada por la voluntad o el capricho.

Por lo tanto debemos decir que ninguna autoridad o gobernante debe tomar decisiones con arbitrariedad.

En los instrumentos internacionales no se reconoce claramente la cuestión de cuándo una privación de libertad es o pasa a ser arbitraria. En el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice solamente que "nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".

El párrafo 1 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es apenas más claro cuando dispone: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal, Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta".

Con la entrada en vigencia de la actual Constitución de la República aprobada mediante referéndum de 2008, hemos ingresado en una transición constitucional, ya que los derechos y garantías constitucionales se han reorientado respecto del texto constitucional de 1998; reformas éstas, que se aspira sean materializadas y que tengan profunda incidencia de desarrollo constitucional. En lo relacionado al hábeas corpus, se ha producido un cambio radical, respecto de la autoridad que conoce y resuelve esta acción. En la Constitución de 1998 el conocimiento y resolución correspondía a los alcaldes, en la vigente Carta Política esta responsabilidad es de los jueces, además de adecuar y extender la protección de los derechos humanos para los casos de tortura, trato inhumano, cruel

o degradante. Este cambio constitucional, podría ser el parámetro trascendental en la determinación de la adecuación, eficacia e independencia del habeas corpus.

La innovación sobre el alcance del habeas corpus vigente, obliga a remitirnos a un punto neurálgico para la protección de la libertad personal y la vida, nos referimos a la relación con la criminología carcelaria ecuatoriana, la cual, evidencia profundas inconsistencia en los sistemas carcelarios, convirtiéndose aquellos en espacios expeditos para el desarrollo de tratos inhumanos, crueles y degradantes, que es precisamente lo que se pretende evitar con el habeas corpus.

No es desconocido que en el ámbito penitenciario, la prisión concebida como el mecanismo inseparable de la pena, sea un acto inhumano y destructor de la persona, porque su aplicación produce profundos e irreversibles daños en lo psíquico, físico, económico, social, cultural, etc, con mayor incidencia cuando la privación de la libertad es extendida. Ha quedado desvirtuada la idea de que la pena necesariamente debe sustentarse en la privación prolongada de la libertad personal e inclusive la ideología del tratamiento, pues, los profundos deterioros que causan a la persona, son violaciones a sus derechos humanos.

106 GOZAINI, Osvaldo; El derecho de Amparo; Pág. 208.
107 ALMEYRA, Miguel; Repensando el Hábeas Corpus; en Revista de Derechos Procesal; Rubinzal-Culzoni Editotres; Buenos Aires; Págs. 303 y 304.

La realidad penitenciaria en el Ecuador se presenta como degradante, infrahumana y en un constante deterioro de la personalidad y de la calidad de vida de los internos. Se evidencias fallas y distorsiones, tanto en su estructura administrativa al no existir una clara política de rehabilitación social, como en su infraestructura física deficitaria. Los llamados Centros de Rehabilitación Social, no cumplen con su rol resocializador, al contrario, son círculos idóneos para perfeccionar los delitos, propiciando su reincidencia y apología, así como la delincuencia. A ello se agrega la lentitud de los sistemas judiciales, lo cual tiene directa incidencia en la sobrepoblación penitenciaria, al existir un alto porcentaje de presos sin sentencia. En este sentido, nos preguntamos, si frente a estas realidades, los jueces serán verdaderos protectores y garantizadores de la libertad personal?

La Forma y el Contenido de la Solicitud: A nivel del Derecho Comparado existen diferentes formas en que la autoridad competente puede actuar para resolver acerca de la privación de la libertad de una persona. En todos los casos, se trata de un procedimiento sencillo, destinado a conocer las razones por las cuales se adoptó esa medida y evaluar si la misma ha sido o no arbitraria.

Para lograr tal objetivo, la opción más efectiva consiste en ordenar que la persona privada de libertad sea conducida ante la autoridad que conoce el Habeas Corpus. A este mandato se le conoce como orden de exhibición personal, la cual se dirige a las personas presuntamente responsables de la privación de la libertad o bajo

cuya vigilancia se encuentre el detenido.

Para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, esta medida constituye el contenido esencial del Habeas Corpus. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que este proceso se caracteriza por el "mandato judicial dirigido a las autoridades correspondientes, a fin que se lleve al detenido a la presencia del juez para que pueda examinar la legalidad de la privación y, en su caso, decretar su libertad".

En algunos casos, la orden de exhibición personal respectiva implica trasladar a la persona privada de libertad al lugar en donde la autoridad que conoce del Habeas Corpus realiza sus actividades. En otros casos, por ser más práctico, la misma autoridad puede dirigirse al lugar en donde se encuentra el detenido y exigir verlo. Ambas posibilidades se encuentran previstas en los ordenamientos jurídicos de la región, cuyas normas legales son lo bastante generales para permitir adecuar el trámite del Habeas Corpus a las exigencias de la realidad.

Así por ejemplo, el Texto Constitucional de Bolivia señala en su Artículo 18-II° que la autoridad judicial que conozca del Habeas Corpus "señalará de inmediato día y hora de audiencia pública, disponiendo que el actor sea conducido a su presencia". De modo similar, en la Constitución del Ecuador (Art. 89) se precisa que la autoridad que conozca del Habeas Corpus "convocará a una audiencia que deberá realizarse en las veinticuatro horas

siguientes..... La jueza o juez ordenará la comparecencia de la persona privada de libertad, de la autoridad a cuya orden se encuentra la persona detenida, de la defensora o defensor público y de quién haya dispuesto o provocado, según el caso...". Por su parte, el Texto Constitucional de Venezuela precisa que ante la presentación de un Habeas Corpus "el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del (órgano judicial competente) de manera inmediata, sin dilación alguna".

De interés particular es el caso del Perú, en donde la legislación sobre el Habeas Corpus establece como regla general que el juez dispondrá que "...Para ello podrá constituirse al lugar de los hechos, y verificada la detención arbitraria... de ser el caso citar a quien o quienes ejecutaron la violación requiriéndoles expliquen la razón que motivo la agresión [...]. (Ley Nº 28 237, Art. 31°).

En algunos países, la orden de exhibición personal no ha sido establecida como una decisión que debe ser adoptada de modo obligatorio, sino como una medida de carácter discrecional.

Este es el caso de Chile, en donde el Art. 21° de la Constitución establece que la magistratura competente para conocer esta garantía constitucional "podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia". Esta potestad discrecional se reitera en el Art. 310° del Código de Procedimiento Penal, el cual establece que "El tribunal que conoce del recurso podrá ordenar que, dentro del plazo que fijará según la distancia, el detenido o preso sea traído a su presencia, siempre que lo creyere necesario y éste no se opusiere

[...]". Asimismo, de conformidad con el 309º del mismo cuerpo legal "podrá [...] comisionar a alguno de sus ministros para que, trasladándose al lugar en que se encuentra el detenido o preso, oiga a éste y, en vista de los antecedentes que obtengan, disponga o no su libertad o subsane los defectos reclamados. El ministro dará cuenta inmediata al tribunal de las resoluciones que adoptare, acompañando los antecedentes que las hayan motivado".

En los casos en que no sea obligatorio expedir una orden de exhibición personal, las autoridades competentes pueden solicitar informes sobre la situación de una persona privada de libertad y las razones que motivaron su detención a quienes son considerados como responsables de dicha detención o tengan a la persona bajo su custodia. Esto puede originar que en los hechos la evaluación sobre la situación de una persona privada de su libertad se realice en base a fuentes indirectas, impidiendo un efectivo desarrollo de esta garantía constitucional. Esto es lo que ha ocurrido en el caso chileno. Sobre esta situación se ha dicho:

"En la tramitación del recurso de amparo (Hábeas Corpus) la averiguación de la suerte del detenido se hace por medio de oficios dirigidos al organismo aprehensor (si la medida se dirige contra un juez, se solicita a éste una información por escrito), en algunos casos se recurre a medios más expeditos, como la consulta telefónica, y luego se falla sobre la base de los antecedentes obtenidos en estas averiguaciones más los elementos aportados por el recurrente. Los procedimientos de exhibición personal por medio de la presentación del detenido ante el tribunal o la constitución de un

delegado de éste en el lugar de detención no son utilizados prácticamente nunca".

La experiencia comparada, en todo caso, abona a favor de la obligatoriedad de exigir la presencia de la persona privada de su libertad ante la autoridad competente para conocer y resolver el proceso de Habeas Corpus.

El Contenido de la Resolución:

Luego de analizar los hechos que dieron origen a la presentación del Habeas Corpus, la autoridad competente debe decidir si acepta o niega la pretensión solicitada. Si se estima procedente el Habeas Corpus, la autoridad competente podrá ordenar que se deje en libertad a la persona privada de ella en forma arbitraria o que se adopten las medidas necesarias para revertir esta situación. Todo depende de los motivos por los cuales el proceso se inició. Algunos ordenamientos contemplan ambas posibilidades y otros sólo una de ellas. En el primer caso se encuentran, por ejemplo, Bolivia, Chile, Perú y Venezuela.

Por otro lado, Colombia y Ecuador son los únicos países de la región que de modo expreso sólo contemplan la posibilidad de poner en libertad a la persona si el Habeas Corpus es declarado procedente.

En el caso de Colombia, el Art. 437º de su Código de Procedimiento Penales establece que "demostrada la violación de las garantías

constitucionales o legales, el juez inmediatamente ordenará la libertad de la persona capturada".

Por su parte, el Texto Constitucional del Ecuador (Art.89) señala que "...la jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes a la finalización de la audiencia. En caso de privación ilegítima o arbitraria se dispondrá la libertad. La resolución que ordina la libertad se cumplirá en forma inmediata".

Veamos lo que ocurre en otros países:

Bolivia, Art. 18-III de la Constitución: Señala que una vez instruida de los antecedentes, la autoridad judicial dictará sentencia "ordenando la libertad, haciendo que se reparen los defectos legales o poniendo al demandante a disposición del juez competente".

Perú, Art. 34° del Código Procesal Constitucional: Precisa: "La Resolución que declara fundada la demanda de Habeas Corpus dispondrá alguna de las siguientes medidas:

a) La puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de este derecho; o
b) Que continué la situación de privación de libertad de acuerdos con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si el Juez lo considerase necesario, ordenará cambiar las condiciones de la detención, sea en el mismo establecimiento o en otro, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la ejercían; o que la persona privada de su

libertad sea puesta inmediatamente a disposición del Juez Competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención; o finalmente:

Que cese el agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse.

Chile, Art. 21° de la Constitución: Precisa: "Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija".

Venezuela, Art. 42° de la Legislación sobre el Amparo de la Libertad Personal: Precisa que al decidir sobre la pretensión el juez puede declarar "la inmediata libertad del agraviado o el cese de las restricciones que se le hubiesen impuesto, si encontrare que para la privación o restricción de la libertad no se hubieran cumplido las formalidades legales".

¿QUÉ DEBE CONTENER LA PETICIÓN DEL HABEAS CORPUS?

Con la Constitución de 1998, se podía ir directamente al alcalde y relatar los hechos, redactarla a mano y luego la secretaría del municipio la transcribiría. Por lo menos era lo que disponía la

Carta Magna. En la Constitución del 2008 no se menciona nada de esto, lo que da a entender que cualquier persona que quiera acogerse a esta acción podrá ir antes un Juez y manifestar lo necesario.

El habeas corpus debe contener lo siguiente:

>Nombre del detenido/a o de quien interpone esta acción.
>Narración del perjuicio o violación cometida.
>Lugar donde se encuentre el detenido.
>Petición concreta de la libertad.
>Firma del peticionario si sabe hacerlo o su huella digital en caso de no saberlo.

Otros datos que se pueden agregar son:
<Una relación clara de la forma en que se produjo la detención, con ubicación de fecha y hora en que se produjo.
>Las autoridades que ejecutaron y la forma como efectuaron el ingreso a algún sitio de detención.
>El centro o lugar de detención
>Normas jurídicas en que se ampara la solicitud.
>El señalamiento de un casillero judicial.

El Hábeas Corpus se caracteriza por ser una acción que opera de manera inmediata (pues debe tramitarse a la brevedad posible y sin mayores formalismos de tipo procesal), es mediador (ya que el detenido comparece de manera personal ante la autoridad competente), y bilateral (puesto que hay dos partes involucradas: el

detenido y la autoridad que ordenó su privación).

En la Constitución de 1998, la persona que podía acogerse a este recurso eran quienes consideraran encontrarse ilegalmente privada de la libertad, mientras que en La Constitución del 2008 existe un gran avance al respecto al disponer que el Hábeas Corpus tiene por objeto recuperar la libertad de quienes se encuentren privados de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como de proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de la libertad.

Por lo tanto conlleva la responsabilidad estatal de proteger no solamente la vida sino la integridad física de la persona, es decir que si una persona es detenida o se encuentra detenida en condiciones que ponen en peligro su vida o su salud debe tener un trato preferente a fin de salvaguardar su integridad, disposición que la Constitución del 2008 establece en su artículo 89 últimos incisos que "en caso de verificarse cualquier forma de tortura, trato inhumano, cruel o degradante se dispondrá la libertad de la víctima, su atención integral y especializada, y la imposición de medidas alternativas a la privación de la libertad cuando fuera aplicable.

Además, establece que "cuando la orden de privación de la libertad haya sido dispuesta en un proceso penal, el recurso se interpondrá ante la Corte Provincial de Justicia". Lo que significa que en la nueva Carta Magna se puede presentar esta acción muy a pesar de que exista orden de privación de libertad emitida por un Juez. Por

lo tanto la orden de juez no legaliza la detención del individuo.

Por el contrario en la Constitución de 1998, disponía como excepciones a beneficiarse de esta acción a quienes tuviesen orden de privación de libertad dictada por un Juez, a quienes hubiesen sido detenidos en delito flagrante, a los miembros de la Fuerza Ecuatoriana y Policía Nacional que sufran arresto disciplinario.

Por consiguiente, el Habeas Corpus se configura con la comparecencia del detenido ante el juez (comparecencia de la que etimológicamente proviene la expresión que da nombre al proceso), y que permite al ciudadano privado de libertad, exponer sus alegaciones contra las causas de la detención o las condiciones de la misma, con el objeto de que el juez resuelva.

En virtud de lo indicado anteriormente, la persona que se acogiera al hábeas corpus podía simplemente manifestar en su solicitud que se encontraba ilegalmente detenido o detenida y la autoridad ante quien se presentaba dicha solicitud sería quien debía determinar si esa afirmación era cierta. Para lo cual solicitaba al Juez que ordenó la detención o dictó la sentencia informe sobre el contenido de la denuncia y al centro carcelario los informes y documentos necesarios para resolver sobre la solicitud.

Sin embargo de que la Constitución no establecía los requisitos de la solicitud, se creía necesario que se debía informar o hacer una relación de los hechos, es decir dar una explicación de cómo ocurrieron los hechos.

Tomando en cuenta que generalmente la población no tiene conocimiento cabal de lo que se encuentra establecido en la Constitución, ya que puede suceder que una persona al ser detenida ilegalmente, sin que supiera que dicha detención ha sido ilegal, por no existir la orden de autoridad competente para que proceda, y la persona que ha sido privada de su libertad no sabrá la acción de la que es beneficiario.

En la actual Constitución la Jueza o Juez ordenará la comparecencia de la persona privada de la libertad, en las veinticuatro horas siguiente al igual que la comparecencia de la autoridad a cuya orden se encuentre la persona detenida, de la defensora o defensor público y de quien haya dispuesto o provocado, según el caso.

De ser necesario, la audiencia se realizará en el lugar donde ocurra la privación de libertad. La jueza o juez resolverá dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la finalización de la audiencia.

En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma inmediata.

EJEMPLO DE PETICIÓN DE HABEAS CORPUS

"Señores Juez de Garantías Penales del Guayas

Yo,..., ciudadano ecuatoriano, abogado de profesión, por mis propios derechos, ante usted comparezco para exponer, denunciar y solicitar:

Antecedentes inmediatos:

Reeditando prácticas viciosas institucionalizadas que se suponían superadas en este gobierno, en un acto de barbarie coronada, un grupo de policías conformado por más de treinta efectivos pertenecientes a fuerzas de élite de la Policía Nacional, en un operativo comando, provistos de armas de grueso calibre y de pasamontañas, procedieron brutalmente a agredir físicamente a mi señor padre, el doctor J.E.T.Z., al pie de su domicilio sito en la ciudadela Kennedy norte de la ciudad de Guayaquil, el día miércoles 5 de septiembre del ... alrededor de las 24 horas.

Luego de la agresión alevosa y cobarde de que fuimos víctimas inclusive el compareciente y otros ciudadanos que se encontraban en el lugar de los hechos, y en presencia de no menos de veinte reporteros y periodistas de diferentes medios de comunicación escrita, de radio y televisión, el operativo de la Policía Nacional dirigido en contra de mi padre culminó con su secuestro físico, pues sin tratarse de un caso de delito flagrante, y sin exhibir orden escrita previa de juez competente, conforme al mandato del Art. 76

numeral 2 de la Constitución Política de la República, fue ilegal y abusivamente privado de la libertad, uno de los derechos civiles previstos en el Art. 66 *ibidem.*

Posteriormente el doctor J.T.Z. fue conducido al Cuartel de la Rehabilitación Social de Guayaquil. Para tratar de legitimar el ejercicio abusivo de la fuerza, elementos de la policía, siendo más o menos las 00h30 de hoy jueves 6 de septiembre, expresaron a mi señor padre que existía una orden de detención -que nunca fue exhibida previamente- emitida por el Intendente General de Policía del Guayas.

Fundamentos de derecho que aseguran su competencia:

No queda duda alguna de que se habría sustanciado clandestinamente un procedimiento de contravención, con evidente violación de garantías constitucionales del derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso consignados en el artículo 82 y 76: (derecho a ser juzgado de acuerdo con ley preexistente y de acuerdo con el trámite propio de cada procedimiento), (derecho a la libertad), (presunción de inocencia), (inviolabilidad del derecho de defensa), y (resolución motivada de los poderes públicos que afecten a los ciudadanos), incurriendo el Intendente de Policía del Guayas en la comisión del delito de prevaricato y privación ilegal de la libertad entre otros delitos conexos.

El pretendido e inconstitucional argumento para la legitimación del abuso y del atropello, es un juzgamiento como contraventor de

tercera clase, prevista en el Art. 606 numerales 9 (formación de mítines, sin permiso escrito de la policía), 13 (propalar noticias o rumores falsos), alteración del orden público y ofensas a funcionarios públicos, con la utilización del Art. 622 del mismo cuerpo de leyes. Inequívocamente el Intendente General de Policía del Guayas, ha cometido el delito de PREVARICATO y de PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD, pues el competente para conocer y juzgar una contravención es el juez de contravenciones, que establece el Código Orgánico de la Función Judicial publicado en RO-S 544 del 9 de marzo del 2009, conforme lo dispone el Art. 390 del Código de Procedimiento Penal del año 2000, y el mencionado Intendente no tiene tal calidad.

Es suficientemente conocido que la competencia nace de la ley (Art. 19 del CPP), y un juez (incluyendo al de contravenciones) debe cumplir con las garantías constitucionales ya invocadas; y, con las garantías procesales del juicio previo (Art. 1 CPP), del juez competente (Art. 3 CPP), de la presunción de inocencia (Art. 4 CPP), de la inviolabilidad de la defensa (Art. 11 CPP), de la interpretación restrictiva de cualquier medida que coarte el derecho a la libertad (Art. 15 CPP), de la calidad de órgano de la jurisdicción penal (Art. 17, numeral 7 del CPP).

Más allá de lo expresado, el Intendente General de Policía del Guayas que no es un juez de contravenciones, ha irrespetado el propio procedimiento para juzgar las contravenciones, previsto a partir del Art. 390 del Código de Procedimiento Penal vigente, pues jamás se citó al doctor J.E.T.Z., ni se lo emplazó para la

comparecencia previa al respectivo juzgamiento (Art. 395 CPP); y, menos aún se le *intimaron* los cargos por los cuales debía responder como acto previo al juzgamiento (Art.398 CPP).

El Código de Procedimiento Penal del 2000 determina que para el juzgamiento de una contravención de tercera clase, entregada la boleta de citación al acusado, se debe poner en su conocimiento los cargos (intimación) que existen contra él, y si hubiere hechos que deben justificarse se concederá el plazo de prueba de seis días, vencido el cual se debe dictar sentencia. Si no hubiesen hechos justificables la sentencia se debe expedir en el plazo de 24 horas (sic).

Interposición de Habeas Corpus

Con los antecedentes y fundamentos expuestos, amparado en el Art. 89 de la Constitución Política de la República, por encontrarse ilegalmente privado de la libertad, ejerzo la acción constitucional de Habeas Corpus a favor del doctor... Para el cumplimiento efectivo de esta garantía constitucional, disponga la inmediata comparecencia de ..., debiendo exhibirse la orden de privación de la libertad, acto que deberá ser cumplido tanto por el Coronel ..., Jefe de la Policía Judicial del Guayas, y por el Director del Centro de Rehabilitación Social de Guayaquil, en donde se encuentra físicamente detenido, bajo prevención de destitución.

La privación de la libertad es arbitraria, ilegal e inconstitucional, pues no cumple con los requisitos de procedencia; y, se ha

incurrido en graves vicios de procedimiento, todo lo cual la invalida, por lo cual es procedente que se disponga la inmediata libertad de ...

El Ecuador se proclama como Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1 de Constitución Política), siendo el más alto deber del Estado respetar los derechos humanos garantizados en la Constitución (Art. 11 n. 9), debe respetarse la preeminencia de las garantías constitucionales (Art. 11 n. 3), y es preciso recordar que el Estado ecuatoriano y sus instituciones deben responder por los perjuicios que se irroguen a los ciudadanos, por actos como los que son puestos en su conocimiento (Art. 9 párrafo 4 CPR).

Designación de casilla judicial y de defensor

Sin perjuicio de mi intervención como abogado en ejercicio, y de la intervención de mi señor padre, designo también como codefensor al doctor... el mismo que podrá intervenir en forma conjunta o por separado en nuestro patrocinio.
Recibiremos notificaciones en la casilla judicial Nº 1010, y en la casilla Nº 2732 de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil.

Provea señor juez,

Dr.....

4.- ACCIÓN DE HÁBEAS DATA

El Art. 92 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone: "Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre la misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico..."

El hábeas data aparece en la Constitución Política del Brasil año de 1988, en su artículo 5 que establece el derecho de toda persona a conocer informaciones relativas a sí mismo que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales y a poder plantear rectificaciones de aquellos datos. Se dice que es la Constitución de Brasil la que marca e impulsa el desarrollo del Hábeas Data en las diversas Constituciones Políticas de América del Sur, ya sea con aquel nombre o con otro diferente pero teniendo siempre la misma finalidad protectora.

Así, por ejemplo, gracias a la influencia brasilera aparece en la Constitución colombiana de 1991, en la de Guatemala del mismo año 1991, en la Constitución de Paraguay de 1992, en la del Perú del año 1993 -en donde se la reconoce con ese mismo nombre-, en la de Argentina, en donde, en una reforma constitucional del año 1994, se la introduce como un subtipo especial del amparo constitucional.

Por nuestra parte, en el Ecuador aparece por primera vez en la

Constitución Política del año 1996, para posteriormente pasar a ser regulada por la Ley del Control Constitucional de 1997 y, tras las reformas constitucionales, se incorporó en la Carta Constitucional de 1998 y finalmente en la del 2008 en el Art. 92 que hemos transcrito en parte.

La denominación Hábeas Data tiene sus antecedentes en la antiquísima garantía del hábeas corpus. Así, constituye la fusión de una palabra latina "habeas" que proviene del latín habere que significa "téngase en posesión" junto con la palabra inglesa "data" que proviene de datum que significa dato, información. Por lo tanto, la frase Hábeas Data significa, literalmente, "traer los datos", es decir, traer los datos personales del actor, a fin de que éste pueda conocerlos y resolver lo pertinente acerca de ellos.

La finalidad del Hábeas Data es proteger a la persona de los abusos que pueda sufrir respecto del llamado poder informático. Se entiende por tal, la producción, almacenamiento y transferencia de información personal que pueden realizar instituciones públicas y privadas, empresas y personas en general, en base a los avances tecnológicos que hoy existen.

Tal información personal, a más de poder ser incorrecta o desactualizada, puede abarcar situaciones pasadas ya superadas, así como también ser de carácter sensible, esto es, referirse a las convicciones políticas o religiosas de la persona, a su comportamiento sexual, a su estado de salud, etc., información ésta que al ser realmente íntima no debería ser de conocimiento y

manejo público, salvo que su mismo titular así lo acepte expresamente.

El riesgo que tiene la persona ante el poder informático de las instituciones es grande, no sólo por la facilidad que tienen para almacenar u obtener información, sino por la rapidez con que ella puede ser transferida a cualquier parte no solo del país sino del mundo. Junto con lo anterior, y sin perjuicio del peligro que significa el registro de información falsa o errónea acerca de la persona, la simple manipulación de la información personal es en sí ya un grave riesgo para todos.

El poder informático es grande, tanto en el proceso de acopio como de difusión de la información que posea; ese acopio y recolección de datos puede ser realizado de manera superficial e irresponsable, sin la debida investigación y revisión; así mismo, esa difusión puede ser realizada de manera inadecuada, desmedida o fuera de lugar. Por lo tanto, mediante esta garantía se puede articular a más de un acceso efectivo a la información personal existente en poder de terceros, tener un control efectivo a la calidad de información que reposa en tales registros, permitiendo no solo un proceso de corrección sino hasta de anulación y supresión de los datos ilegítimos.

La figura del hábeas data es, de conformidad con la normativa constitucional y legal aplicable a la fecha en el Ecuador, una acción de garantía, de rango constitucional, la misma que protege determinados derechos constitucionales.

Su naturaleza jurídica es la de ser una acción, la cual genera el nacimiento de un proceso constitucional, el mismo que terminará mediante una resolución, la cual, bajo determinadas condiciones, puede ser objeto de ciertos recursos, entre ellos el de apelación ante el superior jerárquico.

No es un recurso, como erróneamente se la ha calificado; es una acción, con un espectro de acción concreto, pues, a diferencia del amparo constitucional, el hábeas data protege limitados derechos constitucionales.

Características:

Es una ACCIÓN, esto es, una de las diversas manifestaciones del derecho de petición consagrado constitucionalmente y requerido para la operatividad de las garantías jurisdiccionales. De GARANTÍA, pues los derechos no se protegen por sí solos, siendo su mecanismo de protección y de restablecimiento las garantías, pero fundamentalmente aquellas de carácter jurisdiccional, es decir, concretos mecanismos procesales que se plantean, tramitan y resuelven por parte de un juez competente y con el poder suficiente para hacer cumplir sus resoluciones.

De CARÁCTER AUTÓNOMA, pues constituye una garantía constitucional con perfil propio, regulada específicamente, tanto en la Constitución Política como en la vigente Ley del Control Constitucional, dotada de esa manera de un procedimiento particular.

De RANGO CONSTITUCIONAL al igual que el Amparo Constitucional, el Hábeas Corpus, entre otras.

Que genera el nacimiento de un PROCESO DE CONTROL CONSTITUCIONAL;

Proceso REGLADO Y NORMADO específicamente, tanto por la Constitución de la República y por la Ley del Control Constitucional Proceso de carácter ABREVIADO, SIMPLIFICADO lo cual junto con la rapidez constituyen las principales características de un proceso de control constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que aclarar que las características previamente citadas no anulan la necesaria bilateralidad, el derecho a la contradicción y, en general, el respeto al debido proceso, pues todas estas condiciones de validez se deberán cumplir, sin perjuicio de la brevedad de los plazos y el acortamiento de las diligencias, las cuales se dan para facilitar la esencia del objetivo de una garantía constitucional, esto es, el proteger eficaz y rápidamente los derechos constitucionales conculcados de las personas.

Que funciona a PETICIÓN DE PARTE INTERESADA, pues no puede el Juez Constitucional de oficio actuar en esta clase de conflictos.

Ante la VULNERACIÓN EFECTIVA o AMENAZA CERTERA de la violación de un derecho constitucional protegido por la garantía. Recordemos que el hábeas data como el amparo constitucional

puede plantearse antes de que ocurra el acto ilegítimo o, habiendo ocurrido el mismo, a fin de que en cualquiera de los dos casos, el Juez mediante un control preventivo (ante una amenaza cierta) o con un control represivo (tras la realización efectiva del acto) proceda a evitarlo, a rectificarlo o a cesarlo, etc.

De una ACCIÓN u OMISIÓN, la cual debe ser ILEGÍTIMA;

Ejecutada por parte de una AUTORIDAD PÚBLICA o por un PARTICULAR;

Que vulnera DERECHOS ESPECÍFICOS como son: el derecho al honor, a la buena reputación, a la buena imagen, a la intimidad o, como dicen los autores alemanes el derecho a la autodeterminación informativa.

EJEMPLO DE PETICIÓN DE HÁBEAS DATA.

Señor Juez de lo Civil de Loja.

NN... de... años de edad, de estado civil..., de profesión..., ecuatoriano/a, domiciliado/a en el cantón y provincia de Loja, a su Autoridad, en forma comedida comparezco y digo:

De la documentación que acompaño en dos fojas simples, vendrá a su conocimiento que por varias ocasiones, he solicitado al señor director del Hospital Regional Isidro Ayora, Dr. Luís Alberto Cortazar Saviola, confiera copia certificada de las actas de entrega

de recepción y una certificación de todos los bienes a mi cargo y de no adeudar bien alguno a la Institución, petición que hasta la fecha no ha sido atendida dentro del término legal, operando conforme a la Ley el silencio administrativo, según lo establecido en el Art. 28 de la Ley de Modernización; el Art. 21 del Reglamento a la Ley de Modernización; y le Art. 9 de la Ley Orgánica de Acceso a la Información Pública. Consecuentemente se ha violentado el derecho de petición establecido en el numeral 23 del Art. 66 de la Constitución de la República.

En virtud de lo manifestado anteriormente, interpongo el Recurso de Hábeas Data, para que mediante resolución respectiva se ordene al señor Director del Hospital Isidro Ayora Dr. Luís Alberto Cortazar Saviola, disponga a quien corresponda, me sean conferidos los siguientes documentos:

1.- Copias certificadas de las actas de entrega de recepción de todos los bienes a mi cargo del almacén del hospital.

2.- Certificación escrita donde se haga constar que no me encuentro adeudando o falta de entregar ningún bien de la Institución que estuvo a mi cargo.

Fundamento mi petición en lo establecido en el Art. 92 de la Constitución vigente y en el Art. 34; y, en el literal d) del Art. 35 de la Ley del Control Constitucional.

La acción planteada está dirigida en contra del Director del

Hospital Isidro Ayora Dr. Luís Alberto Cortazar Saviola y el Director Financiero de la mencionada Institución Ing. Nelson Mendieta Armijos.

El trámite del presente por su naturaleza es el especial. La cuantía es indeterminada. A los señores Dr. Luís Alberto Cortazar Saviola e Ing. Nelson Mendieta Armijos se los citará en sus oficinas ubicadas en el Hospital Isidro Ayora de esta ciudad.

Posteriores notificaciones las recibiré en el casillero judicial 123 del Distrito Judicial de Loja y autorizo al Dr. NN... para que a mi nombre y representación suscriba todo escrito relacionado con el presente caso.

F.) ..... F) .....

ACCIONANTE. ABOGADO.

5.- ACCIÓN EXTRORDINARIA DE PROTECCIÓN.

Con la vigencia de la nueva Constitución de la República del Ecuador, el campo de gestión de las acciones mediante las cuales se garantiza la vigencia de los derechos, ha quedado sin duda modificado. Dentro de las actuales garantías jurisdiccionales, la Acción Extraordinaria de Protección -cuya competencia es de la también naciente Corte Constitucional- se refiere a la **posibilidad de revisar y revocar las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se hayan dictado violando el debido proceso o cualquier otro derecho consagrado en la Constitución.**

La Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449, del 20 de octubre del 2008, ha modificado el campo de gestión de las acciones mediante las cuales se garantiza la vigencia de los derechos consagrados en la Carta Magna, así como la aplicación jerárquicamente superior que se debe hacer de sus normas. Así pues, de lo que encontrábamos en la Constitución de 1998, esto es, la acción de habeas corpus, de amparo y de habeas data; se ha modificado y dado paso a las denominadas garantías jurisdiccionales y que son la acción de protección (art. 88), la acción de habeas corpus (arts. 89 y 90), la acción de acceso a la información pública (art. 91), la acción de habeas data (art. 92), la acción por incumplimiento (art. 93) y la acción extraordinaria de protección (art. 94). Dentro de las acciones mencionadas líneas arriba, tenemos como debutante en nuestra legislación, a la acción extraordinaria de

protección, la cual está bajo la competencia de la Corte Constitucional y que se refiere a la posibilidad de revisar y revocar las sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, que se hayan dictado violando el debido proceso y cualquier otro derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador vigente.

Mediante Disposición Derogatoria de la Constitución de la República del Ecuador (se eliminó la palabra "política" en la denominación), que denominaré como "Constitución vigente", se derogó expresamente la Constitución de 1998 y se incluyó dentro del Título tercero (Garantías Constitucionales), el capítulo tercero denominado Garantías jurisdiccionales.

En un foro el Dr. César Rodríguez ex asambleísta de la Asamblea Constituyente que expidió la Constitución vigente y quien es, además, actual Asambleísta señalaba: "... es necesario destacar que el establecimiento de esta acción implica por sí mismo un poderoso mensaje de atención para todos los operadores de justicia: las normas, por su jerarquía se aplican en el orden establecido por el Art. 425 de la Constitución 2008. Es la Constitución la que debe ser observada en primer lugar, sus preceptos, sus garantías, y luego, las normas de las leyes secundarias, cuestión que si bien se señalaba también en la Constitución de 1998 jamás se hizo efectiva en la práctica. Hoy estamos en un foro de abogados, ustedes más que nadie saben que los jueces jamás observaron el orden jerárquico de las normas y que en muy pocas y honrosas excepciones aplicaron a la Constitución por sobre normas inferiores..."

Por otro lado, las críticas más comunes a la acción extraordinaria de protección han sido aquellas que señalan como un error crear en un país con demasiados problemas de celeridad en los juicios, una acción que puede conllevar a una "instancia" adicional; además, se ha expresado que la Función Judicial pierde su independencia, pues un órgano distinto está facultado a revisar las sentencias que se emitan, provocando incluso un descalabro del principio de la cosa juzgada.

Análisis.-

Para conocer el alcance de la acción extraordinaria de protección, debemos mencionar el artículo 94 de la Constitución cuyo tenor es el siguiente: "La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado."

¿Acción o recurso?

Grave problema es el que trae de la mano este símil entre acción y recurso, puesto que al ser dos instituciones totalmente diferentes, salta la pregunta anterior y la decisión que se tome considerará las

normas concordantes a tomar en cuenta. Para dilucidar un poco, cuál puede ser la decisión, siguiendo a Alsina podemos decir que "la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica" y de acuerdo al artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, ésta se deduce en la demanda, la cual da inicio a todo juicio según el artículo 64 del mencionado cuerpo adjetivo civil. Una vez resuelta la acción por la Corte Constitucional, esta decisión será definitiva e inapelable según el artículo 440 de la Constitución Vigente.

Ahora bien, decidirse por considerar esta garantía jurisdiccional como una acción, tampoco es del todo sano, puesto que la Constitución vigente no señala en qué tiempo ésta prescribe, de tal forma que todo caso que se considere cumplir con los requisitos exigidos para ejercer la acción, la propondrá y deberá ser resuelta. Por lo tanto, cabe la conclusión de que el efecto de cosa juzgada ha sido vulnerado, por cuanto la sentencia ejecutoriada puede ser revocada, a pesar de que según mi criterio el juez no suspende su competencia por efectos del planteamiento de esta acción y puede ejecutar la sentencia, lo malo está en la inseguridad jurídica o al menos el temor que se provoca en la parte ejecutante, puesto que el órgano de control constitucional puede dictaminar en contra, lo cual trae consecuencias indefinidas y quizá será más conveniente no ejecutarla.

Por otro lado, continuando con el análisis tenemos que "llamase (sic) recursos, los medios que la ley concede a las partes para

obtener que una providencia judicial sea modificada o dejada sin efecto. Su fundamento reside en una aspiración de justicia, porque el principio de inmutabilidad de la sentencia, que constituye a su vez el fundamento de la cosa juzgada, derivado de la necesidad de certeza para la estabilidad de las relaciones jurídicas, cede ante la posibilidad de una sentencia injusta, y los recursos no son otra cosa, como dice Carnelutti, que el modo de fiscalizar la justicia de lo resuelto". De tal forma, que al menos en el caso del recurso queda claro que la cosa juzgada es superada por la aspiración de encontrar un resultado más justo.

¿ Qué ocurre con la sentencia recurrida?: a) Como se debe interponer contra decisiones que estén firmes o ejecutoriadas, se entiende que la sentencia puede ejecutarse, es decir, no se suspende la competencia del juez, sin embargo la ley puede establecer, al igual que sucede con la casación, una caución para los casos que se pretende suspender la ejecución; y, b) La ley deberá determinar el tiempo en el cual se puede plantear el recurso, igual que sucede con la casación, puesto que el que concede el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, esto es, tres días, no es tan exacto para este caso, por cuanto aquellos se contarían desde la notificación de la sentencia por ejemplo, mientras que este recurso sólo cabe si ya está ejecutoriada, es decir, que hayan pasado los tres días.

En cuanto a quiénes podrían presentar este recurso, debemos considerar el hecho de que la ley rige para el futuro y que esta norma no ha sido declarada con efectos retroactivos, por lo tanto deberá regir sólo sobre aquellas decisiones que empiecen a

notificarse y sobre las cuales ya no exista la posibilidad de ningún recurso.

ANALISIS DE CASOS

Carmen Estrella en su tesis sobre la materia en la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar, señala que durante el primer año de vigencia de la Constitución de la República, **la Corte Constitucional ha sentenciado en 28 procesos de acciones extraordinarias de protección**, en las que ha ido señalando líneas interpretativas y de aplicación de los derechos humanos, que van configurando la aplicación de esta acción en distintos ámbitos, como la legitimación, los actos impugnables, los derechos protegidos, los efectos de las sentencias que analiza a continuación:

1.- SENTENCIA 0010-09-SEP-CC

Juan Falconí Puig y Jorge Guzmán Ortega, interpusieron respectivas acciones extraordinarias de protección, impugnando el auto de llamamiento a juicio por delito de peculado, por considerar que se vulneraron sus derechos al no haber aplicado a su favor la amnistía resuelta por la Asamblea Nacional Constituyente respecto al referido delito y haber empeorado su situación procesal al resolver la apelación. Las decisiones judiciales impugnadas fueron: a) El auto de llamamiento a juicio, en calidad de supuestos encubridores, dictado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia el 23 de julio de 2007; b) El auto dictado por la Primera Sala

Penal de la Corte Suprema de Justicia el 21 de julio de 2008 que resuelve las apelaciones interpuestas al auto de llamamiento a juicio, en el que se agrava su situación al llamarlos en calidad de supuestos cómplices y no de encubridores; c) El auto de 5 de marzo que negó los pedidos de aclaración y ampliación del auto de 21 de julio de 2008. En lo esencial, los demandantes impugnaron las señaladas decisiones judiciales por considerarlas lesivas al derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, por las siguientes razones:

- Al resolver la apelación del auto de llamamiento a juicio se empeoró su situación procesal, esto es, de supuestos encubridores a supuestos cómplices, ya que al resolver la impugnación de una sanción no se puede empeorar la situación de la persona que recurre.

- Falta de motivación de los autos de 5 de marzo de 2009 y 21 de julio de 2008.

- Falta de cumplimiento del artículo 3 del Mandato Constituyente No. 1 que dispuso la amnistía para el abogado Luis Villacís Guillén, por la evidente persecución política de que ha sido objeto, que también les amparaba a los demandantes.

- Con las decisiones judiciales impugnadas, consideran vulnerados los derechos a la defensa y a ser oídos en cualquier grado el proceso.

Argumentación de la Corte Constitucional.- La Corte consideró que las alegaciones efectuadas en relación a los hechos presuntamente violatorios "supondrían la necesidad de realizar un análisis que corresponde a la justicia ordinaria" y que " la acción extraordinaria de protección no constituye una instancia adicional de la justicia ordinaria ni de revisión de legalidad"; además, determinó que "la sola inconformidad de una parte procesal cuyas alegaciones no fueron acogidas por los respectivos órganos judiciales no constituyen per se violaciones al derecho a la defensa o al debido proceso". Con estos consideraciones, desechó las invocaciones generales realizadas por los accionantes en relación a las pretensiones de una revisión legal de lo actuado por la Corte Suprema de Justicia y, posteriormente por la Corte Nacional de justicia, reafirmando el carácter de la acción; y, centró el estudio de la vulneración de derechos en dos aspectos fundamentales:

a) Aplicando el principio IURA NOVIT CURIA (el juez conoce el derecho) definido de la siguiente manera: " El juez constitucional, a partir de la activación de una garantía jurisdiccional está facultado para fundamentar su fallo en disposiciones constitucionales, aunque las partes no las invoquen expresamente", analizó los hechos descritos respecto a la inaplicación de la amnistía dictada por la Asamblea Nacional Constituyente en relación con el juicio por delito de peculado respecto a la fusión de los bancos La Previsora y Filanbanco, juicio al que fueron llamados los señores Falcón Puig y Guzmán Ortega. Reconociendo el valor superior de los actos emanados de la Asamblea Nacional Constituyente, estudió la naturaleza jurídica de la amnistía, comparándola con la

del indulto, concluyendo que la amnistía invocada cumple con los requisitos establecidos por la doctrina y el derecho comparado: a) Fue dictada por el órgano capaz de tipificar infracciones penales y dotado de competencias para descriminalizarlas por vía de la amnistía; b) El efecto de la amnistía es de carácter general con respecto a los hechos y no tiene consideración personal como ocurre con el indulto. La resolución que concedió amnistía, en la parte considerativa, estableció los hechos que se consideraron para el efecto: hechos referidos al proceso de fusión de los bancos La Previsora y Filanbanco.

Concluyó la Corte que, por la figura de la amnistía, el delito de peculado bancario ha dejado de estar tipificado "respecto de los involucrados en el proceso de fusión de los bancos Filanbanco y La Previsora", por lo que llamar a juicio a los accionantes en tales circunstancias sería violatorio a la garantía básica del debido proceso contenido en el artículo 7, numeral 3, de la Constitución conocido como *nulla poena sine lege*. De otra parte, consideró que, al haber sido aplicada la amnistía en favor del señor Luis Villacís Guillén y no ser aplicada por igual a favor de los accionantes, el Estado violaría el derecho a la igualdad formal por no haber sido aplicada la amnistía a todos los procesados en la causa penal materia de la misma.

En este aspecto la sentencia incurre en falta de precisión al señalar que se ha descriminalizado el delito de peculado, por haber sido resuelta por el órgano facultado para tipificar infracciones y descrimininizarlas, lo que no ha ocurrido, pues el peculado

continúa tipificado como delito en el ordenamiento legal.
b) La Corte realizó también el correspondiente análisis respecto al principio NON REFORMATIO IN PEIUS, cuya violación fue denunciada por los accionantes, respecto del auto que resuelve la apelación planteada contra el llamamiento a juicio, en el que se decide llamarlos no en calidad de encubridores sino como cómplices, principio recogido en el artículo 77, número 14, de la Constitución, que dispone: " Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre". Al respecto, la sentencia remite a la doctrina y al derecho comparado para la interpretación del referido principio, en tanto la norma constitucional no es clara en determinar si esta figura puede ser invocada cuando la apelación se presenta no solo por el afectado sino por otras partes del juicio, como en el caso de análisis, en que también apeló, entre otros, el Fiscal General del Estado.

En efecto, la sentencia hace referencia a la doctrina regional en materia de derechos humanos, la jurisprudencia penal internacional, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia penal (Reglas de Mallorca), instrumentos todos coincidentes en determinar que el principio es aplicable cuando la apelación es interpuesta únicamente por el condenado, pues, lo contrario significaría sorprender al recurrente "quien, formalmente, por lo menos, no ha tenido la posibilidad de conocer y controvertir los motivos de la sanción a él impuesta, operándose por esa vía una situación de indefensión" Concluyó la Corte que la prohibición de reformar la decisión judicial en

amparo constitucional que decidió sobre el mismo problema a su favor. El accionante impugnó la decisión de la Jueza Quinta de lo Civil de Pichincha dentro del proceso cautelar sobre propiedad intelectual seguido por Pfizer Ireland Pharmaceutical, en relación con la patente del proceso de fabricación en el que se utilizaba el principio citrato de sildenafil para fabricar el producto Max por Acromax y el producto Viagra por Pfizer, auto que, en lo principal, prohibió a Acromax la importación de materia prima que contiene el principio activo sildenafil y la comercialización en Ecuador del medicamento Max, así como dispuso el retiro de los circuitos comerciales del referido producto y su depósito judicial. Impugnó también el auto de 10 de marzo de 2005, emitido por la misma Jueza, que, con fundamento en la artículo 311 de la Ley de Propiedad Intelectual, niega la solicitud de nulidad del antedicho auto.

El fundamento de la demanda fue haber obtenido una resolución de amparo constitucional en contra del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual por la que se dispuso la suspensión definitiva de la resolución 0000984906 sobre tutela administrativa emitida por la Dirección General Legal de dicho Instituto y en cuyo cumplimiento el IEPI emitió la resolución 0000986725, cuya parte pertinente dice: " (..) que el procedimiento utilizado por la compañía Aril S.A. Producto Químicos, fabricante directo de "citrato de sildenafil" utilizado por Acromax en la elaboración de su producto Max, es diferente al procedimiento Empleado por Pfyzer en la patente que invoca en la demanda", dejando claro que el proceso que utiliza Acromax en la fabricación de su producto es

diferente al realizado por Pfizer en la fabricación del producto viagra, estando Acromax en libertad de elaborar y comercializar su producto Max. Al respecto, considera que la admisión a trámite y concesión de la medida cautelar solicitada por Pfizer desconocen el efecto de la resolución de amparo, vulnerando con sus actuaciones el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, en las garantías que puntualiza en la demanda.

Consideraciones de la Corte.- Ante la excepción planteada por Pfizer, en el sentido de que la acción solo puede ser presentada por "ciudadanos", calidad que no ostenta la compañía demandante, la Corte dilucidó sobre la legitimación activa en esta acción. Al respecto la sentencia realiza la correspondiente interpretación bajo el principio de unidad constitucional, excluyendo el uso de la interpretación literal restrictiva, que ha sido descartada por la Corte ya en otras decisiones, y confirma que una persona jurídica está facultada para presentar la acción.

Luego de analizar el carácter jurídico de las medidas cautelares en materia de propiedad intelectual, en general y, de éstas, las provisionales, en particular, así como estudiar los hechos denunciados, la sentencia concluye que Acromax ejercía sus derechos autorizada por la Ley de Propiedad Intelectual, la decisión emitida en la acción de amparo constitucional a su favor y la resolución del IEPI adoptada en cumplimiento del amparo, por lo que determinó que la medida cautelar no debió ser admitida a trámite pues el conflicto jurídico sobre los derechos de Acromax se encontraba resuelto, mediante un fallo constitucional, de

obligatorio cumplimiento, pendiente de resolución el recurso de apelación presentado ante el Tribunal constitucional, pues tal recurso tenía efectos devolutivos; con este procedimiento se ocasionó que Acromax sea sometida a proceso por las mismas causas por dos ocasiones, tanto más que la resolución de amparo dispuso no iniciar medidas cautelares en contra de Acromax.

Se consideró, en la sentencia que con este antecedente, el prohibir a Acromax las importaciones, elaborar y distribuir el producto, resultaba lesionado su derecho a la libre investigación y la propiedad en todas sus formas, pues se encontraba legal y legítimamente desarrollando su actividad; además, determinó que el efecto de las medidas cautelares dictadas era el favorecer una práctica monopólica prohibida constitucionalmente, pues las medidas restrictivas en contra de Acromax propiciaban que el producto Viagra fuera el único de ese género en el mercado.

Si bien en el caso se discutía la procedencia de la medida cautelar, la Corte advirtió también que siendo éstas "mecanismos para asegurar la efectividad de un fallo futuro del caso principal donde se resuelve la cuestión de fondo"149, constituye una medida de aseguramiento autónoma y sus características son: su instrumentalización, provisionalidad, temporalidad, variabilidad y articulación procedimental escasa, razón por la que la medida cautelar dictada por la Jueza no puede ser considerada preventiva y de corta duración, pues evidenció del proceso que "ésta ha existido desde el 23 de febrero de 2005 hasta la presente fecha, septiembre del 2009 una duración de 4 años, 7 meses (...), vulnerando el

principio de celeridad y desnaturalizando la medida cautelar, en su carácter provisional que busca asegurar el statu quo entre las partes y la garantía del proceso sobre el fondo del asunto a fin de que sea desarrollado adecuadamente.

Decisión de la Corte.- Concluyó la sentencia que la Jueza Quinta de lo Civil de Pichincha, al emitir el auto de admisión de medida cautelar y desechar el pedido de nulidad del mismo, vulneró por acción los siguientes derechos de Acromax, consagrados en disposiciones constitucionales. a) Ninguna persona puede ser obligada a (...) dejar de hacer algo no prohibido por la ley (Art. 66, número 29, letra d); b) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa o materia (Art. 76, número 7, letra i); c) El derecho a la seguridad fundado en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes (Art. 82); d) El principio de celeridad (Art. 169) y el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto tiene relación precisamente con el principio de celeridad. (Art. 75).

La sentencia decide aceptar la demanda de acción extraordinaria de protección y dejar sin efecto los autos impugnados. Aspectos relevantes de esta sentencia constituyen los siguientes:
a) La definición de la Corte, vía interpretación, sobre la legitimación activa en las acciones extraordinarias de protección que no se limita a la comprensión literal de una de las normas constitucionales, sino a una lectura integral, por la que no existe restricción en la legitimación;

b) El análisis de los derechos vulnerados acusados no solo en el marco de sus propios contenidos, sino en conexión con varios principios constitucionales como la prohibición de prácticas monopólicas, el impulso de economías de escala y del comercio justo, el fortalecimiento del aparato productivo y la producción nacional, la eficacia de la acción de amparo constitucional en la tutela de derechos en el marco de la Constitución de 1998 que proyecta el respeto a las decisiones en las garantías jurisdiccionales en el contexto de la Constitución vigente.

c) El efecto de la sentencia de no retroacción a momento alguno del proceso que, en esencia, protege los derechos de la compañía demandante que habían sido ya protegido por una acción de amparo constitucional e inobservados por la juez que conoció el caso , a fin de que la Compañía continúe ejerciéndolos.

3.- SENTENCIA 0020-09-SEP-CC

La acción extraordinaria de protección presentada por el Procurador General del Estado impugna el auto dictado el 21 de octubre de 2008 por los magistrados miembros de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, auto que inadmitió el recurso de casación presentado contra la sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil emitida en el juicio de indemnización por daños y perjuicios seguido por la Asociación de Fabricantes de Alimentos Balanceados (AFABA) como consecuencia de la imposición de restricciones al comercio subregional a través de una salvaguardia o

cobro en exceso de tasas a las importaciones de bienes y servicios. El problema jurídico planteado para resolución de la Corte es si el error en la fecha de la sentencia recurrida en casación (noviembre en lugar de abril) es razón suficiente para negar el recurso, como sustentó el Tribunal Distrital No. 2 Contencioso- Administrativo para desechar el recurso en auto de 22 de mayo de 2007, considerándolo como no interpuesto por referirse a "una sentencia inexistente"; este argumento también utilizó la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 21 de octubre de 2008, que niega el recurso de hecho y consecuentemente el de casación, en la que además, planteó que la casación fue planteada antes de que se provea la aclaración y ampliación del fallo solicitado por la misma Procuraduría General del Estado, por lo que la consideró improcedente por apresurada en virtud de que solo a partir de la fecha de notificación del auto definitivo que negaba la aclaración y ampliación, discurre el término para la interposición del recurso de casación.

Argumentación de la Corte.- La sentencia advierte que el error en el señalamiento de la fecha de la sentencia constituye un lapsus calami en el que incurrió la Procuraduría General del Estado al momento de identificar la sentencia sobre la que trataba de recurrir con casación, usando la palabra "noviembre" en vez de "abril", sin que este hecho produzca una confusión que pueda ocasionar absoluta falta de identificación de la sentencia para que sea calificada como inexistente. Consideró la Corte que bastaba la identificación del caso a través de su numeración para deducir que la sentencia recurrida era la que se ha producido en el trámite de

dicho caso y no otro, por lo que señaló que el fundamentar el razonamiento de un auto por un error como el antes descrito, resulta en denegación de justicia, contraviniendo el artículo 169 de la Constitución, según el cual no se sacrificará la justicia por omisión de formalidades; además, consideró que, por esta circunstancia, el derecho a la motivación de las sentencias resultó vulnerado.

En relación a la supuesta presentación anticipada del recurso de casación la Corte señaló que si la petición de aclaración y ampliación fue presentada de manera extemporánea (cuestión reconocida por el propio recurrente: Director Regional de la Procuraduría General del Estado), la misma sería rechazada, ante lo cual, la presentación del recurso de casación no podía estar sujeta al pronunciamiento sobre la aclaración y ampliación, que, en definitiva, rechazaría el recurso de apelación por extemporáneo, considerando, por tanto, que la casación fue presentada dentro del término legal, planteó lo siguiente: "Sería apresurado pedir recurso de casación sobre una sentencia de un proceso que apenas se inicia, en cambio, en el caso concreto, la petición de dicho recurso es obvia y hasta inminente, por lo que su negativa debía fundarse en argumentos sustanciales y no en meras formas".

Concluyó la Corte que no queda claro que en todas y cada una de las fases del proceso se haya garantizado a las partes involucradas la tutela judicial efectiva de sus derechos (principio fundamental del derecho procesal y del procedimiento), pues si bien el accionante ejerció inicialmente su legítimo derecho a la defensa en

diferentes etapas procesales, es colocado en un estado de incertidumbre cuando el recurso de casación, presentado por el ahora accionante, recibe una respuesta negativa con una argumentación de poca consistencia y sustentada en razonamientos de poco peso jurídico y constitucional.

Decisión de la Corte.- Declaró violados los derechos constitucionales de tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e interés de las personas (artículo 75 de la Constitución), además dejó constancia de que el auto impugnado ha sacrificado la justicia por la omisión de meras formalidades (artículo 169) así como el derecho al debido proceso (artículo 76, numerales 1 y 7, literal a). Dispuso la retroacción del proceso al momento en que se verifica la violación de los derechos constitucionales antes mencionados, es decir, cuando el Tribunal Distrital N° 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil negó infundadamente el recurso de casación.

La importancia de la sentencia radica en acusar el excesivo rigor formalista con el que han procedido las autoridades judiciales al no atender el recurso de casación, apartándose de la realidad de los hechos, fundando la decisión en el error en que incurrió el recurrente, posición que deberá ser considerada un precedente para decidir a favor de la tutela judicial ante rigurosidades formalistas con las que muchas veces actúan los jueces.

Considera que su efecto es la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso, en cuanto ocasiona

indefensión de una de las partes procesales, por lo que la manera de tutelarlos es la retroacción del proceso para que, una vez corregida la actuación procesal violatoria de derechos, continúe el trámite garantizando la vigencia de los mismos.

4.- SENTENCIA 0002-09-SEP-CC

La Directora Provincial de Manabí del PRIAN, mediante acción extraordinaria de protección, impugnó la sentencia definitiva emitida por el Tribunal Contencioso Electoral, por supuesta violación del derecho de participación política, al haberse rechazado el recurso de apelación de la resolución de la Junta Electoral de Manabí en la que se negaron las inscripciones de las candidaturas presentadas tanto para concejales rurales del cantón Paján, como para concejales urbanos del cantón Tosagua, decisión adoptada por cuanto si bien, dentro del plazo concedido por la Junta Electoral de Manabí, se procedió a realizar cambios en las listas, éste se hizo en forma incorrecta, es decir, sin considerar los principios de alternabilidad y paridad de género, como determinó la Junta Electoral de Manabí.

A juicio de la accionante, se vulneraron los derechos de participación ciudadana, de elección y el respeto al sistema procesal, ya que el error en que incurrieron fue inducido por un funcionario de la Junta Electoral de Manabí que les había dado indicaciones no correspondientes a la realidad, considerando que tal error no puede ser causa para no inscribir sus listas de candidatos e impedirles participar en las elecciones generales de

autoridades. Además, estimó que la negativa de inscripción de candidatos no procede al fundarse en un motivo de mera formalidad, la mala elaboración de listas no puede conculcar el derecho a elegir y ser elegido. A criterio de la accionante, el principio de alternabilidad no obliga a alternar las candidaturas de las listas considerando las diferencias de género entre hombres y mujeres, sino que, por el contrario, permite hacerlo en forma potestativa.

El Tribunal Contencioso Electoral alegó que la sentencia que se impugna no puede ser conocida por la Corte Constitucional, pues considera que, en materia de derechos políticos o de participación, el Tribunal ejerce en forma privativa y única el control constitucional y legal de los actos de los organismos de administración electoral, de las organizaciones y sujetos políticos, conforme los artículos 217 y 221 de la Carta Fundamental; alegó, además, incompetencia de la Corte en razón de la materia para revisar fallos de la justicia especializada en materia electoral.

Argumentación de la Corte.- Consideró la Corte que el Ente Electoral tiene potestad de aceptar o negar solicitudes de inscripción de candidatos, en virtud del cumplimiento de los requisitos previamente establecidos, habiendo procedido respetando los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, celeridad y economía procesal, en la inscripción de candidaturas, observándose que las autoridades dispusieron remediarlas equivocaciones para proceder a la inscripción, evidenciando su disposición a facilitar la correcta dinámica de los procesos

respectivos. La sentencia desarrolla el contenido del derecho de participación en dos dimensiones; formal, relacionada con el sistema político y materialización de procesos eleccionarios libres y limpios a través de los cuales la ciudadanía y el cuerpo electoral deciden elegir a los representantes que toman decisiones de importancia pública a su nombre; y, b) sustancial, relacionada con la posibilidad de construir criterios al rededor de fenómenos que emergen en distintos campos de la vida, que va más allá de la expedición de un voto eligiendo a representantes políticos. Concluye que los derechos a elegir y ser elegidos y el de participación tienen relación con la política formal, que también encuentra raíces en la política sustancial, debiendo, para el efecto, cumplir determinados requisitos propios de la democracia representativa, uno de los cuales, en el caso ecuatoriano, es el de elaboración de listas de candidatos respetando los principios de paridad y alternabilidad.

Analiza la sentencia los principios de paridad y alternabilidad como componentes sustanciales de nuestro sistema político y no como mera formalidad, cuyo antecedente lo ubica en procesos históricos de lucha por la igualación material en el ejercicio de derechos políticos entre hombres y mujeres. Conceptúa la alternabilidad como "la obligación que tienen los sujetos políticos de elaborar sus listas mediante una secuencia alternada entre hombre-mujer-hombre o mujer-hombre-mujer hasta cubrir el número de candidatos correspondientes" y, por paridad "el hecho de que una lista esté compuesta por igual número de hombres y mujeres". Precisa que la alternabilidad debe ser respetada entre

candidatos principales y suplentes de manera vertical (de arriba hacia abajo) y de manera horizontal (de principal-suplente) concluyendo que si se respeta la alternabilidad vertical y horizontal se cumple la paridad.

Considera que la aplicación de estos principios por parte del Tribunal Contencioso Electoral no constituye mecanismo de discriminación, como erróneamente considera la accionante al no haber sido aceptadas las listas de candidatos elaboradas, desconociendo estos principios, habiendo incurrido la accionante en actuación discriminatoria al no respetar las cuotas de género conforme prevé la Constitución.

Una última consideración efectuada se relaciona con la alegación del Tribunal Contencioso Electoral sobre la inimpugnabilidad de sus decisiones y la falta de competencia de la Corte para revisar las mismas. Al respecto, estableció que al igual que frente a otras jurisdicciones la Corte es el máximo organismo de control, interpretación y administración de justicia constitucional, por tanto, si bien el Tribunal Contencioso Electoral se dedica a conocer en derecho en materia electoral, como lo hacen los jueces y tribunales en sus competencias específicas, sus fallos pueden ser conocidos por la Corte si existen indicios de violación de derechos Fundamentales y del debido proceso.

Decisión de la Corte.- Por cuanto la Corte determinó la inexistencia de vulneración de los derechos acusados por la accionante, negó la acción extraordinaria de protección, quedando en firme le decisión

del Tribunal Contencioso electoral impugnada.
Es importante señalar que esta sentencia, al negar la procedencia de la acción por no existir vulneración al derecho de participación y de elegir y ser elegido, precisa el contenido de tales derechos y, de manera clara, determina la manera cómo ha de entenderse el principio de alternabilidad y paridad, graficándolo con un ejemplo, quedando claro que se trata de una medida de acción positiva y no un simple formalismo que deben ser observado por los sujetos políticos.

La clara argumentación con que la Corte define su competencia para conocer decisiones del Tribunal Contencioso Electoral que podrían vulnerar derechos, con base en su condición de órgano garante de la Constitución y de control constitucional, si bien consta en esta sentencia emitida con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales que excluye las decisiones del Tribunal Contencioso Electoral de la acción extraordinaria de protección, deberá ser observada en razón de la aplicación directa de la norma constitucional que crea esta acción, que no establece exclusión alguna, correspondiendo a la Corte, para el efecto, declarar la inconstitucionalidad de la referida norma legal, de ser el caso, de oficio, conforme la atribución concedida por la Constitución.

RESOLUCIÓN DE INADMISIÓN DE UNA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN
JUEZ PONENTE: Dr. Patricio Pazmiño Freire

CORTE CONSTITUCIONAL, PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN.-SALA DE ADMISIÓN.-Quito 27 de Abril de 2010, las 10H57.-VISTOS.-De conformidad con las normas de la Constitución de la República aplicables al caso, el Art. 197 y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 52 de 22 de octubre de 2009, el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 127 de 10 de febrero de 2010 y del sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional, para la conformación de la Sala de Admisión en sesión ordinaria de 18 de marzo de 2010, esta Sala conformada por los doctores: Patricio Pazmiño Freire, Patricio Herrera Betancourt y Ruth Seni Pinoargote, jueces constitucionales, en ejercicio de su competencia AVOCA conocimiento de la causa No. 0396-10-EP, acción extraordinaria de protección presentada por la Ab, Ana Aracelly Andrade Parrales, en contra de la sentencia emitida el O1 de diciembre de 2009, las 10h55, por los jueces de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección No. 892-2009, interpuesta en contra de los personeros del Gobierno Municipal de Lomas de Sargentillo, según se dice-por la cesación injusta de su puesto de trabajo. La demandante sostiene que la decisión judicial impugnada

viola los derechos constitucionales relacionados con la tutela efectiva, imparcial y expedita (Arts. 75 y 11 penúltimo inciso), la motivación (Art. 76.7.1), y a no quedar en estado de indefensión material (Arts. 75, 76.7, a y h). Sostiene que la sentencia cuestionada no ha examinado sus derechos vulnerados en el fondo, sino sólo en la forma, pues, sin el mínimo juicio ni razonamiento constitucional, han desestimado su acción de protección con el argumento de que es un tema de legalidad que debe ser conocido en la vía judicial ordinaria. En tal virtud solicita, se repare la sentencia impugnada, "...dejando entrever que adolece de vicios de conocimiento. Esto es: a) Se deje sin efecto el oficio No. 007-DRH-2009 del 4 de agosto del 2009 emitido por el Ing. Gustavo García Mendoza, Director del Departamento de Recursos Humanos del Gobierno Municipal de Lomas de Sargentillo; b) Se me reintegre en forma inmediata a mi puesto público de Analista de Recursos Humanos; c) El pago de los sueldos que he dejado de percibir desde el ilegal acto." (sic). En lo principal, se considera: PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, la Secretaría General de la Corte Constitucional ha certificado que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción.- SEGUNDO.-El Art. 10 de la Constitución establece que "las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales". El numeral 1 del Art. 86 ibídem señala que "Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá

proponer las acciones previstas en la Constitución, adicionalmente, en el Art. 437 del texto constitucional se determina que la acción extraordinaria de protección podrá presentarse "contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución". TERCERO.-El Art. 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el Art. 94 de Constitución, establece que: "La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución". CUARTO.-Los Arts. 61 y 62 ibídem, prevén los requisitos formales y de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección. Del análisis de la demanda y revisión del proceso, esta Sala es del criterio que la accionante confunde el objeto de la acción extraordinaria de protección, al pretender que esta Corte actúe como otra instancia dentro de la acción de protección cuyas sentencias le fueron desfavorables, pues, en el fondo lo que se busca es que esta Corte resuelva los temas que fueron motivos de tal acción, cuando pide que se repare la sentencia impugnada y se deje sin efecto el acto impugnado, disponiéndose su reintegro y el pago de haberes dejados de percibir, lo cual es ajeno a la naturaleza de esta acción. Adicionalmente, se observa que la accionante no ha

justificado el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad previstos en el Art. 62 numerales 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por las razones anteriormente expuestas y sin que sea necesario otras consideraciones, en aplicación de lo dispuesto en los artículo 62 de la Ley Ibídem., 12 y 35, inciso final, del Reglamento de sustanciación de procesos de competencia de la Corte Constitucional, esta Sala INADMITEa trámite la acción extraordinaria de protección No. 0396-10-EP, y dispone el archivo de la causa. Devuélvase el proceso a los jueces de origen.- NOTIFÍQUESE.- ff) Dr. Patricio Pazmiño Freire.- Dr. Patricio Herrera Betancourt y Dra. Ruth Seni Pinoargote.- LO CERTIFICO.- Quito D. M., 27 de abril de 2010, a las 10H57.- EL SECRETARIO.-

BIBLIOGRAFIA

AFTALION, GRACIA OLANO, Vilanova. 1940. Introducción del derecho. Buenos Aires.

BASCUÑAN, Aníbal. 1950. Introducción al estudio de las ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Ed. Jurídica de Chile.

BIDAR CAMPOS, Germán J. 1991. Constitución y derecho humanos; su reciprocidad simetica. Buenos Aires, Ediar.

BIDART CAMPOS, Germán J. 1990. Tratado elemental de derecho constitucional argentino, T. III. Buenos Aires, Ediar.

BONNECASE, Julián. 1944. Introducción al estudio del derecho. Puebla, México Ed. José M. Cajica.

BURDEAU, Georges. 1959. Derecho constitucional e instituciones políticas. París, Librería Generad le Derecho.

CALAMANDREI, Piero. 1969. Elogio de los jueces escrito por un abogado. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

CALAMANDREI, Piero. 1961. Estudio sobre el proceso civil. Buenos Aires, Ed. Ameba.

COMIS Y MUÑOZ. 1942. Elementos de derecho civil mexicano, t. i., México.

CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. 2005. Corporación de Estudios y Publicacione. Quito.

COSSIO, Carlos. 1954. La valoración jurídica y la ciencia del derecho. Buenos Aires, Acayú, Buenos Aires.

COSSIO, Carlos. 1967. El derecho en el derecho judicial. Buenos Aires, Abeleodo-Perrot.

COVIELLO, Nicolás. 1949. Doctrina general de derecho civil. México.

CUETO RUA Julio César. 1989. La experiencia judicial. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.

CUETO RUA., Julio César. 1981. Fuentes del derecho. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot.

DE BUEN, Xenófilo. 1999. Introducción al estudio de derecho civil. Revista de Derecho Privado, Madrid.

DEL VECHIO, Giorgio. 1948. Principios generales del derecho. 2da. Ed., Ed. Barcelona, España, Bosch.

DIAZ, José María. 1971. Los principios generales del derecho.

Buenos Aires, Ed. Plus ultra.

DIEZ P., Luis. 1973. Experiencias jurídicas y teoría del derecho. Barcelona, Ed. Ariel.

DU PASQUIER, Claude. 1950. Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía jurídica. Lima, Librería Internacional del Perú.

ENGISCH, Kart. 1967. Introducción al pensamiento jurídico. Madrid, Ediciones Guadarrama.

FRONSINI, Vitori. 1982. Cibernética, derecho y sociedad. Madrid, Editorial Tecnos.

GARCIA M., Eduardo, 1958. La definición del derecho. México, D.F., Fondo de la Cultura.

GARCIA MAYNES, Eduardo. 1966. Teoría pura del derecho, 2da. Ed. Buenos Aires, Argentina.

GARCIA MAYNES, Eduardo. 1998. Introducción al estudio del derecho, 49ª. Ed. Buenos Aires, Editorial Porrúa.

GENY, François. 1925. Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. 2da ed. Madrid, Reus.

GOMEZ M., Fernando. 1979. La interpretación del derecho.

Bogotá, Ediciones Aranke.

GORDON C., George. 1983. Introduction to law.4ta. ed. New York.

HECK, Philipp. 1961. El problema de la creación del derecho. Barcelona, España, Edit. Ariel.

JELLINEK, George. 1970. Teoría general del estado. Buenos Aires, Atros.

LEGAZ Y CALAMBRA, Luis. 1947. Horizontes del pensamiento jurídico. Barcelona, España, Bosch.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. 1953. Filosofía del derecho. Edit. Bosch.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. 1986. Introducción al derecho. 7ª. ed. Bogotá, Temis.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. 1986. Fuentes del derecho. 7ª. Ed. Bogotá, Times.

NIETO A., Luis Eduardo. 1971. La interpretación de las normas jurídicas. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.

ORGAZ, Arturo. 1941. Diccionario elemental de derecho y ciencias sociales. Córdoba, Argentina.

REALE, Miguel. 1971. La filosofía del derecho y las formas del conocimiento jurídico, Revista Jurídica de Buenos Aires, T. IV, Argentina.

RECASENS S. Luis. 1959. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. México, D.F., Fondo de la Cultura Económica.

ROCCO, Hugo. 1969. Tratado de derecho procesar civil. Bogotá, Edit. Temis, Vol. I.

ROSS, Alf. 1963. Sobre el derecho y la justicia. Buenos Aires, Editorial Eudeba.

SACHICA, Luis Carlos. 1983. Constitucionalismo colombiano, 7ª. ed. Bogotá, Temis, Bogotá.

SENTIS MELENDO, Santiago. 1998. Teoria general del proceso. Rio de Janeiro, Brasil.

SOHN, R. 1951. Instituciones del derecho privado romano. México, D.F., Gráfica Panamericana.

TORRE, Abelardo. 1965. Introducción al derecho. 6ta. Ed. Buenos Aires, Editorial Abeleodo-Perrot.

VALAREZO GARCIA, Reinaldo y CASTILLO BERMEO, Rogelio. 2004. Investigación científica del derecho. Loja, Ecuador, Universidad Nacional de Loja, Maestría en Derecho e Investigación

Jurídica.

VALAREZO GARCIA, Reinaldo. 1987. Ética profesional de la abogacía. Loja, Ecuador, Universidad Nacional de Loja.

VALENCIA ZEA, Arturo. 1984. Derecho civil. 10ª. ed. Bogotá, Temis.

VIDAL P., Jaime. 1974. Derecho constitucional, 3ra, ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

VILLORO-TORANZO, Miguel. 1989. Introducción al derecho. México, D.F., Universidad Iberoamericana.

VON SAVIGNY, Friedrich C. 1879. Sistema de derecho privado romano. Tomo II. Madrid.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST QUAM OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
POTENTIOR EST
OMNIUM SAPIENTIA
FUNDADA EN 1620
QUITO

SIB - U

FECHA DE DEV

340.1 Valarezo Gar
V137t Teoría Ge
De

FECHA	NOM
16 de abril 2015	María Belén Tac

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FUNDADA EN QUITO

Loja, reelecto, 1993-2003,
- Vocal de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, en representación de las Universidades, 2000-04,
- Director Nacional Jurídico de la AGD, 2005, Coordinador Académico de la Maestría en Derecho e Investigación Jurídica, U.N.L., 2003 hasta 2008,
- Conjuez Primero Permanente del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Loja 2008-20009
- Asesor Jurídico del CONESUP, 2008-2010.
- Director del Centro de Postgrado de la Escuela Superior Politécnica Ecológica, ESPEC, octubre de 2008 a diciembre de 2010,
- Asesor Jurídico de SENAGUA 2011-hasta la fecha,
- Docente de la Maestría en Planificación, Evaluación y Acreditación de la Educación Superior, Universidad de Guayaquil, 2010 hasta la fecha.

LIBROS PUBLICADOS:

- **MANUAL de DERECHO TERRITORIAL ECUATORIANO**, Editorial Universitaria, Loja, Primera Edición 1984, segunda edición 1996.
- **ÉTICA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA**, Editorial Universitaria, Loja, 1987.
- **LOJA: PROBLEMÁTICA ACTUAL**, Editorial Universitaria, Loja, 1987.
- **NORMATIVIDAD LEGAL del EMPLEADO y del TRABAJADOR**, Editorial Universitaria, Loja, 1990.
- **ECUADOR: MODERNIZACIÓN y UNIVERSIDAD**, Editorial Gradimar, Loja, 1993.
- **DERECHO TERRITORIAL ECUATORIANO**, segunda edición, Editorial Universitaria, Loja, 1996.
- **LA EDUCACIÓN SUPERIOR DEL NUEVO MILENIO**, Editorial Universitaria, Loja, 2002.
- **TEORÍA GENERAL DEL DERECHO**, dos tomos, Texto Guía para la Maestría, U.N.L., Loja, 2003.
- **INVESTIGACIÓN CIENTIFICA DEL DERECHO**, dos tomos, Texto guía para la Maestría, U.N.L., 2004.
- **MANUAL DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA**, Nivel de Postgrado de la U.N.L., 2005

Editorial Jurídica



Tel.: 052-735624

ISBN: 978-9942-03-517-2

NOTA:
Los Doctores o Abogados que necesiten editar su obra Jurídica a nivel Nacional, comunicarse con el Señor. Luis Bolivar Marín Carranza.
Le damos a escoger la mejor alternativa de financiamiento; Pagando el porcentaje que ustedes merecen por los derechos de Autoría:
Telf.: 05-2735624 Cel: 099421341