



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Material Auto Instructivo

**CURSO “TEORIA GENERAL DEL DERECHO”
I NIVEL DE LA MAGISTRATURA**

Elaborado por el

Lic. J. Mario Portocarrero Quintana

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josue Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Zoraida Avalos Rivera
Vice- Presidenta del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Pablo Sánchez Velarde - Consejero

Dr. Sergio Ivan Noguera Ramos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

Tratamiento Didáctico del material – Lic. Rocío Robles Valenzuela

El presente material del Curso “Teoría General del Derecho”, ha sido elaborado por el Lic. J. Mario Portocarrero Quintana para la Academia de la Magistratura, en abril de 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

NOMBRE DEL CURSO “TEORIA GENERAL DEL DERECHO”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Programa de Formación para Aspirantes
Horas Lectivas	:	74 horas
Número de Créditos Académicos	:	03
Especialista que elaboró el material	:	Lic. J. Mario Portocarrero Quintana

II. PRESENTACIÓN

El desarrollo de las ciencias jurídicas en el contexto moderno de los estados de Derecho, han incluido enfoques interdisciplinarios, provenientes del encuentro intercultural que aporta el proceso de globalización lo que hace exigible en los operadores del sistema judicial conceptos y conocimiento de los elementos constitutivos del derecho a través de la consulta y discusión permanente de los mismos.

Esta exigencia de cultura jurídica especial, obliga al conocimiento y aplicación de las fuentes del derecho, para lograr una administración equitativa con garantías de validez y legitimidad, en términos de rigurosa interpretación de las normas con las condiciones mínimas y suficientes que las normas lo establecen.

Para el logro de estos propósitos, en el curso se tendrá un acercamiento asesorado en la comprensión y discusión de teorías vertidas en textos

escogidos, el diálogo entre los participantes y los orientadores como la solución de casos.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

Para el presente curso se ha formulado la siguiente competencia:

El discente Comprende y define los principales conceptos y elementos del derecho, acudiendo a las fuentes y aplica en la solución de caso.

Capacidades Terminales:

- Comprende y define los conceptos básicos del derecho
- Reconoce y valora las fuentes del derecho
- Distingue y precisa el sentido de validez y legitimidad jurídica.
- Aplica los conceptos fundamentales del derecho y criterios de validez y legitimidad proponiendo soluciones a casos específicos.

IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

UNIDAD I: CONCEPTOS Y ELEMENTOS DEL DERECHO

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Identifica y define: Sociedad, individuo y relación y regulación jurídica: las personas y Objeto del derecho	<ul style="list-style-type: none"> • Construye un cuadro de definiciones básicas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Actitud Crítica frente a los enunciados recopilados de diferentes enfoques
2. Explica: La regulación social el orden moral, el orden consuetudinario y el orden jurídico positivo: reglas normas, Ley.	<ul style="list-style-type: none"> • Compone fichas que contienen explicaciones diferentes los conceptos 	<ul style="list-style-type: none"> • Valora los alcances de
3. Distingue y clasifica los elementos esenciales del	<ul style="list-style-type: none"> • estudia los 	

derecho: Supuesto de Hecho, Relación jurídica u objeto del derecho, sujetos y consecuencia jurídica.	<ul style="list-style-type: none"> • Construye una sinopsis sobre los elementos esenciales del derecho 	las apreciaciones sobre los elementos básicos del derecho
<p>Lecturas Propuestas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • EDUARDO ANTINORI: Conceptos básicos del derecho, Ed. Universidad de Aconcagua, 1ra ed. Mendoza 2006 (pgs. 25-41) • MARCO G. MONROY CABRA Introducción al derecho: Ed. Temis, 12° ed. (Pg 81, 108). • ANIBAL VASQUEZ TORRES: Introducción al derecho, teoría general del derecho, Ed. IDEMSA, 4ta. Ed. Lima 2011, (Cap II) • MARIO ALZAMORA VALDEZ: Introducción a la Ciencia del Derecho, Talleres Gráficos P.L. Villanueva, S.A. Lima 1963 • REALE, MIGUEL: Introducción al derecho, Ed. Pirámide S.A., Madrid (Cap. 5to) 		

UNIDAD II: FUENTES DEL DERECHO

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Describe el origen del derecho y clasificación de fuentes del derecho.	<ul style="list-style-type: none"> • Elabora un esquema para clasificar las fuentes del derecho. 	<ul style="list-style-type: none"> • Toma conciencia del origen social y político del derecho
2. Fuentes directas del derecho: La ley, la costumbre y los principios generales.	<ul style="list-style-type: none"> • Construye un cuadro comparativo sobre las fuentes directas e 	<ul style="list-style-type: none"> • Valora los límites y alcances de las diversas fuentes del derecho
3. Fuentes indirectas del derecho: Los tratados y la jurisprudencia.		<ul style="list-style-type: none"> • Interioriza la fuerza

	indirectas del derecho. <ul style="list-style-type: none"> • Utiliza los materiales elaborados para resolver un caso jurídico. 	del derecho en cada una de sus fuentes
<p>Caso Sugerido:</p> <p>Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley N.º 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27971)</p>		
<p>Lecturas Propuestas:</p> <ul style="list-style-type: none"> • BOBBIO, NORBERTO, <i>Teoría general del derecho</i>, traducción de Roza Acuña, E., Temis, Madrid, 1997. • GARCIA MAYNEZ, Eduardo, <i>Introducción al Estudio del Derecho</i>, 50ª ed., Porrúa, México, 2000. 		

UNIDAD III: VALIDEZ Y LEGITIMIDAD

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Distinción entre eficacia, validez y legitimidad en la aplicación del derecho. 2. Criterios de legitimidad. 3. Criterios de validez.	<ul style="list-style-type: none"> • Elabora una tabla comparativa entre el concepto de validez y legitimidad. • Confecciona fichas en las que figuran los criterios 	<ul style="list-style-type: none"> • Valora el esfuerzo de sus compañeros en cada exposición de sus trabajos sobre la legitimidad de la aplicación de normas. • Discute las opiniones

	de validez y eficacia en la aplicación del derecho.	diferentes.
Caso Sugerido:		
Eficacia, Validez y Legitimidad, en la aplicación del derecho.		
Lectura Propuesta:		
<ul style="list-style-type: none"> • STERLING CASAS, JUAN PABLO: Legitimidad, validez y eficacia en la argumentación jurídica, Ed. Universidad cooperativa, Colombia 2009. 		

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso “Teoría General del Derecho” es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales, lecturas obligatorias y lecturas sugeridas.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en

permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- EDUARDO ANTINORI: Conceptos básicos del derecho, Ed. Universidad de Aconcagua, 1ra ed. Mendoza 2006 (pgs. 25-41)
- MARCO G. MONROY CABRA Introducción al derecho:Ed. Temis, 12º ed. (Pg 81, 108).
- ANIBAL VASQUEZ TORRES: Introduccion al derecho, teoría general del derecho, Ed. IDEMSA, 4ta. Ed. Lima 2011, (Cap II)
- MARIO ALZAMORA VALDEZ :Introducción a la Ciencia del Derecho, Talleres GráficosP.L. Villanueva, S.A. Lima 1963
- REALE, MIGUEL: Introducción al derecho, Ed. Piramide S.A., Madrid (Cap. 5to)
- BOBBIO, NORBERTO, Teoría general del derecho, traducción de Roza Acuña, E., Temis, Madrid, 1997.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 50ª ed., Porrúa, México, 2000.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, Introducción al análisis del derecho, Ed Astrea, 2ª ed. Ampliada, 12º reimpresión,. Bs. Auire 2003 (Cap V)
- STERLING CASAS, JUAN PABLO: Legitimidad, validez y eficacia en la argumentación jurídica, Ed. Universidad cooperativa, Colombia 2009
- CIEZA MONTENEGRO, DANTE (ET AL): Legalidad y legitimidad en el sistema jurídico y políticos, Ed.UNSMP, Lima2008.
- MEJIA QUINTANA OSCAR: Legitimidad, validez y eficacia, Ed.Temis
- LEGAZ LACAMBRA Luis, Legalidad y legitimidad, Revista de Estudios Políticos (1958)

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecutará el 20° Programa de Formación de Aspirantes, que tiene por finalidad de formar, capacitar y actualizar a los discentes en los diversos aspectos y temáticas fundamentales de las diversas áreas del derecho, que le permitan superar con éxito la evaluación a efecto de su selección y nombramiento como magistrados.

En ese contexto, se presenta el Curso “Teoría General del Derecho” que tiene como propósito lograr en los discentes un acercamiento asesorado en la comprensión y discusión de teorías vertidas en textos escogidos, el diálogo entre los participantes y los orientadores como la solución de casos.

Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en tres unidades con los siguientes ejes temáticos: Conceptos y elementos del Derecho, las fuentes del derecho y fuentes indirectas del Derecho.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente curso el discente esté en mejores condiciones para comprender y definir los principales conceptos y elementos del derecho, acudiendo a las fuentes y aplicando lo aprendido en la solución de casos.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

La Teoría General del Derecho, comprende tres tópicos ejes del derecho que como pilares estructurales sirven para la administración de justicia.

Una tendencia practicista en el ejercicio de la magistratura insiste en lo procedimental, pero la realidad social en la que se desarrolla la vida humana y las relaciones jurídicas no son uniformes y es por eso que cualquier modelo procedimental presenta sesgos y variantes que obligan a los que tienen que decidir una búsqueda de la equidad, es decir el dominio de instrumentos conceptuales generales que proporcionan la suficiente certidumbre y justificación de los actos resolutiveos. Por esta razón el primer tópico consiste en la comprensión de los conceptos y elementos del derecho

Por otra parte, no basta el dominio conceptual, y para mayor comprensión de los alcances y límites de los mismos se recurre a las fuentes, este es el segundo tópico a resolver en el curso.

Finalmente, las decisiones que el magistrado asume reclaman una racionalidad capaz de convertirse en fuerza de convicción no solo para la autoridad sino para cualquier ciudadano, en esto consiste la Validez y legitimidad que constituye el tercer gran tema del curso.

Para la elaboración del presente instructivo, hemos recurrido al examen de la producción actual que es fruto de las discusiones y nuevas perspectivas que constituyen el desarrollo de las ciencias jurídicas y políticas.

Agradecemos la cooperación de colegas de la UNMSM, y a los directivos de la AMAG, que apoyaron y guiaron esta tarea.

Abril, 2016.

INDICE

Presentación.....	9
Introducción.....	10
UNIDAD I: CONCEPTOS Y ELEMENTOS DEL DERECHO	13
Presentación y Preguntas Guía.....	14
1.1. Conceptos básicos de la realidad socio jurídica.....	15
1.2. Las Personas y objetos del derecho.....	19
1.3. El Orden Social.....	21
1.4. La Regulación Jurídica.....	24
Resumen.....	27
Autoevaluación.....	28
Lecturas Propuestas	29
UNIDAD II: LAS FUENTES DEL DERECHO	30
Presentación y Preguntas Guía.....	31
2.1. Origen del Derecho y Clasificación de fuentes del derecho.....	32
2.2. Fuentes directas del derecho.....	34
2.3. Fuentes Indirectas del derecho.....	36
Resumen.....	40
Autoevaluación.....	41
Lecturas Propuestas.....	42
Casos Sugeridos	43

UNIDAD III: VALIDEZ Y LEGITIMIDAD.....	49
Presentación y Preguntas Guía.....	50
3.1. Eficacia.....	51
3.2. Validez.....	53
3.3. Legitimidad.....	55
Resumen.....	57
Autoevaluación.....	58
Lecturas Propuestas.....	59
Casos Sugeridos.....	60

UNIDAD I



CONCEPTOS Y ELEMENTOS DEL DERECHO

PRESENTACIÓN

En esta primera unidad haremos un recorrido por los conceptos básicos de la realidad socio jurídico, las personas y objetos del derecho, el orden social y la regulación jurídica.

Simultáneamente, al concepto de sociedad se da el concepto primario de sujeto, o individuo que constituye cada persona como miembro de la sociedad



PREGUNTAS GUIA

1. Defina brevemente que el concepto de Sociedad.
2. Defina el concepto de Individuo.
3. ¿ Reflexiones sobre la frase “El derecho se asienta en la existencia de la persona humana”

1.1. CONCEPTOS BÁSICOS DE LA REALIDAD SOCIOJURÍDICA:

1.1.1. Sociedad – individuo

La Sociedad se presenta ante nosotros como una totalidad compleja, no solamente como una multitud de personas sino particularmente como conjuntos articulados, en dimensiones que se incluyen unas a otras: como por ejemplo la familia, el barrio, la localidad, la región, el país, el mundo.

Simultáneamente, al concepto de sociedad se da el concepto primario de sujeto, o individuo que constituye cada persona como miembro de la sociedad. En algunas tradiciones culturales el concepto de sujeto personal se halla ligado intrínsecamente en relación solidaria con el de comunidad (como es el caso de nuestras comunidades andinas ancestrales), pero en la tradición occidental, se concibe al sujeto como un ente que si bien está relacionado con sus semejantes, se le concibe como unidad incluso separable del resto y esta manera de concebir al sujeto miembro de la colectividad recibe el nombre de *individuo*.



Pero a menudo este concepto se puede confundir con el aspecto superficial de población, o colectividades, sin llegar al elemento fundamental que es el conjunto de relaciones que se hallan establecidas.

Cualquier dimensión de la sociedad, solo es posible a partir de las relaciones que las unen. Así la sociedad básica que conocemos como familia, no es el conjunto de personas físicas que hallamos en una casa, sino ese grupo humano donde hay distintas relaciones como paternidad-filiación, esposos, hermanos, y otras relaciones en líneas de parentesco. Pero además podríamos considerar otras relaciones como la de propiedad sobre los bienes comunes de la familia y propiedad de los bienes de cada persona al interior de la familia, relaciones de cooperación, de sujeción, etc.

Podríamos luego ver que las familias también se relacionan en forma compleja de líneas de parentesco o de vecindad, conformando la dimensión local, regional nacional y mundial.



La Sociedad entonces bajo criterios actuales de las ciencias sociales, como señala el Dr. Anibal Torres Vásquez¹, debe entenderse como un sistema, y precisando aún más, debemos decir que se trata de un sistema de relaciones humanas, creadas en el transcurso histórico.

Tratando de explicar la causa de estas relaciones sociales, es decir porqué se han creado estas relaciones sociales que hoy forman un enjambre de compromisos, referencias derechos y obligaciones que condiciona cada una de nuestras actividades, en un inicio a falta del auxilio de las ciencias sociales se imaginaba una voluntad divina que al tiempo que moldeaba los cuerpos humanos les imponía necesidades y además reglas de comportamiento, con sanciones y consecuencias.

Como las explicaciones míticas y religiosas no bastaban, como dice Comte, recurrieron a explicaciones racionales, en el campo de la filosofía², es así como encontramos que Aristóteles, 300 años a.c. declaró que el hombre es un ser social³, es decir que desde su nacimiento, luego en el recorrido de toda su vida hasta su muerte realiza su existencia en sociedad.

Es en sociedad donde vive, se enriquece culturalmente, se realiza e incluso trasciende en el recuerdo de los que hacen la historia de los pueblos y naciones.



Pero con el avance de las ciencias sociales: la economía, antropología, la sociología, la política, la ciencia de la jurisprudencia, hoy se cuenta con una explicación mucho más rigurosa y más adecuada para la dirección de la sociedad, y en el caso nuestro para la comprensión del derecho.

Así es que la sociedad, o complejo de relaciones que el hombre ha creado surge en primer lugar de las necesidades primarias de existencia, como es la alimentación, la protección del cuerpo, la comunicación, la imitación, la acumulación de experiencias que conforman un conjunto de condiciones que garantizan la existencia que se denominan *relaciones de supervivencia*.


Mas, la vida humana en su desarrollo histórico, no sólo se explica por las relaciones de supervivencia, sino sobre todo por las *relaciones de convivencia*, como son en primer lugar las relaciones de comunicación, de

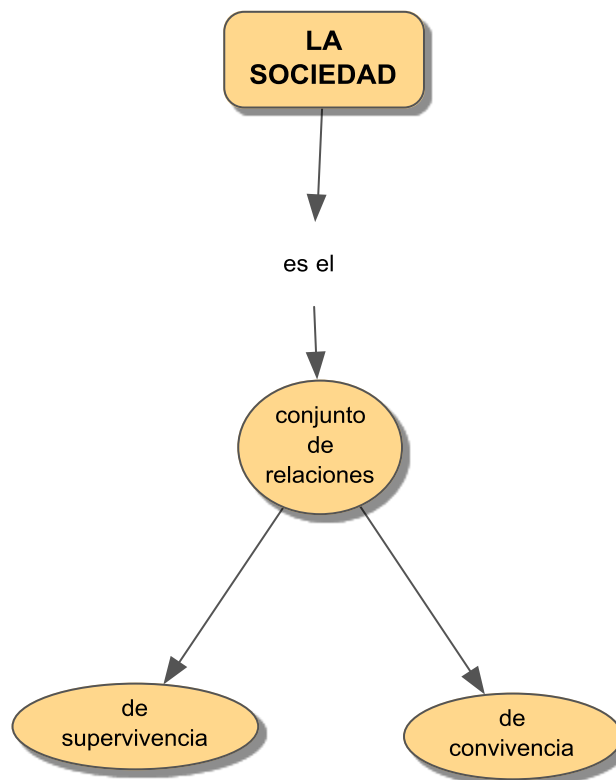
¹ ANIBAL TORRES VASQUEZ: Introducción al derecho, Ed. Pacifico Editores SAC, 5ta ed. Lima 2015 (pg 64)

² COMTE, AUGUSTO: Discurso sobre el espíritu positivo. Ed. Sarpe, Madrid, 1984 (pgs 37,32)


³ ARISTÓTELES, La política. Libro I, Cap. I.

cooperación, de orientación o tradición, conducción, y otras superiores como las relaciones de ordenamiento conductual y normativo.

 La sociedad entonces es un conjunto de relaciones de supervivencia y convivencia que aseguran la existencia humana y su desarrollo, son vínculos unos necesarios y constantes por lo menos en determinados contextos y otros en cambio variables, relativos a las decisiones de la colectividad según criterios de eficacia, criterios ideológicos, etc.



De ese conjunto de relaciones, se forma un todo jerarquizado, de modo que las relaciones de supervivencia, las relaciones vitales, son las que generan obligaciones para todos y por tanto la exigibilidad de observancia y respeto, como es por ejemplo el respeto a la vida o la pertenencia de los medios esenciales para dicho fin. Relaciones tan necesarias e imperiosas que son de hecho irrenunciables y que cualquier amenaza o lesión determina una reacción que puede superar la costumbre o la norma.

 En la antropología política actual, se considera que no hay un solo modo de constituir sociedad, en efecto hay diversidad cultural, donde surgen derechos propios y dentro de ellas los sujetos o individuos como parte básica de cualquier colectividad, y por sus características primordiales de seres inteligentes y dotados de libertad, en cualquier

dimensión social adquieren el puesto privilegiado por sobre todas las cosas, es así que nuestra Constitución política, se declara en el primer artículo: se dice: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”,

1.1.2. La relación jurídica.

En desarrollo social, así como se han dado diversas formas de sociedad: la sociedad primitiva, la sociedad civilizada, luego las sociedades con estados y diversas formaciones económico sociales, se han dado también diversas formas de relaciones necesarias para la viabilidad de la vida en común, que a fin de cuentas, garantizaban la supervivencia del conjunto. Como anteriormente ya dijimos, las relaciones sociales son muchas y complejas, pero hay un momento en que la humanidad en diversos puntos de la tierra dan un paso en su forma de organizarse, comunicarse y ordenarse. Más allá de la organización hogareña, local o regional, surge la organización política y el estado.



La organización política implica una dimensión de totalidad respecto a una colectividad humana, en la actualidad llamamos naciones y más estrictamente países, donde para poder asegurar la vida de todos se toman decisiones que implican toda la colectividad de manera necesaria y con medidas adecuadas para que se cumplan. Por eso que los politólogos actuales definen la política como el campo de las grandes decisiones que involucran la totalidad de una comunidad de manera forzosa.

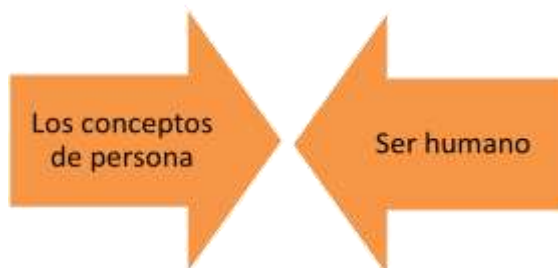


Por las decisiones políticas se hacen las defensas, las garantías a nivel de normas y de medios coercitivos. En este sentido la relación jurídica nace de la existencia del estado.⁴

⁴ Este es el aporte de Kelsen, para diferenciar tanto el orden jurídico como la norma jurídica, de otros órdenes y normas, como la de las costumbres o reglas de trato social o ethos y las reglas y orden moral, aunque como advierte Carlos Santiago Nino en su obra “introducción al análisis del derecho” (pg104) Joseph Raz, pone en duda que el orden jurídico necesariamente requiera del factor de coacción.

1.2. LAS PERSONAS Y OBJETO DEL DERECHO

El concepto de persona puede ser abordado desde varias perspectivas, filosóficas, religiosas, jurídicas. En general los conceptos de persona se refieren al ser humano, sea como individuo o formando entidades colectivas.



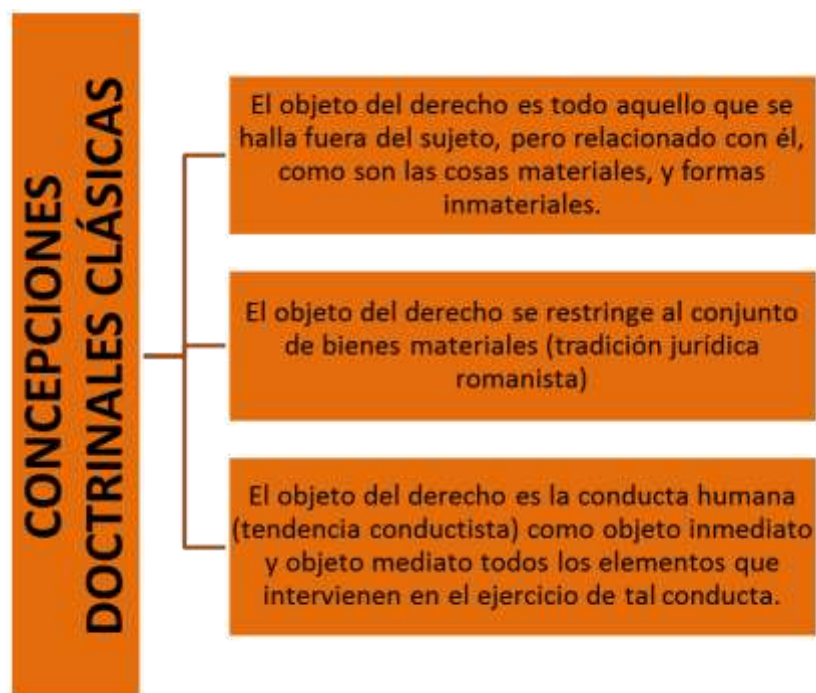
En todo caso el concepto de ser humano, resulta más profundo y fundamental y el de persona como una referencia al orden social en cualquiera de sus dimensiones, porque al sujeto se le considera en su capacidad de responder por sus actos, y eso implica ejercicio de su inteligencia y libertad, que lo hace responsable.

Por eso pareciera existir una redundancia en el artículo 1º de nuestra Constitución Política: que habla de la “defensa de la persona humana...” por lo que podría decirse que bastaba decir persona o humana, pero esa formulación es muy importante porque unifica las diferentes interpretaciones actuales uniendo lo fundamental (lo humano) y el aspecto jurídico (persona).

El derecho por tanto se asienta en la existencia de la persona humana, no coincide con ella sino que se refiere a todo lo que como persona humana le compete.

Este problema se conoce en las ciencias jurídicas como el problema sobre el objeto del derecho:

Y en la historia de las doctrinas jurídicas consta que hay tres concepciones doctrinales clásicas:



Esta discusión de por sí muy vasta, debe llevarnos a distinguir:

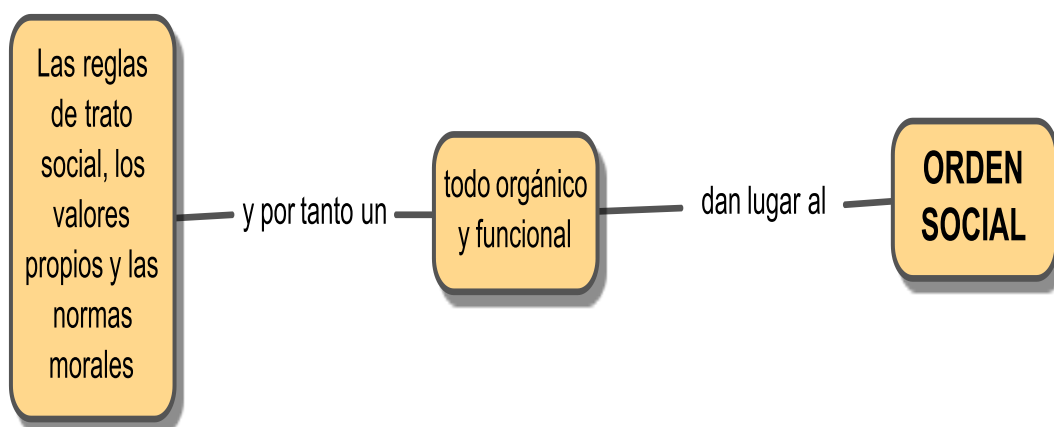


El objeto de derecho será en conjunto de elementos o factores sobre los cuales se puede regular, es decir establecer reglas de conducta, normas y leyes.

El contenido del derecho o los derechos, entonces resultan ser las facultades y deberes.

1.3. EL ORDEN SOCIAL:

Como ya tratamos el origen de la sociedad y dentro de ella las relaciones en general y la relación jurídica en particular, ahora diremos que una sociedad, logra permanecer en el tiempo y en un determinado territorio, en forma progresiva y deseable, cuando establecen relaciones que les lleva a una comprensión colectiva de un modo deseable de vivir. Allí nacen las reglas de trato social, los valores propios, las normas morales y por tanto un todo orgánico, funcional, que llamamos Orden social.

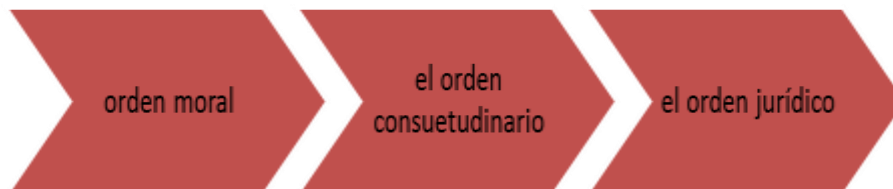


Se puede definir el Orden social, como el conjunto de relaciones sociales y normas que permiten una convivencia viable y exitosa. Y las órdenes sociales no son uniformes, algunos son parecidos, otros difieren en muchos aspectos que generan incluso antagonismos.

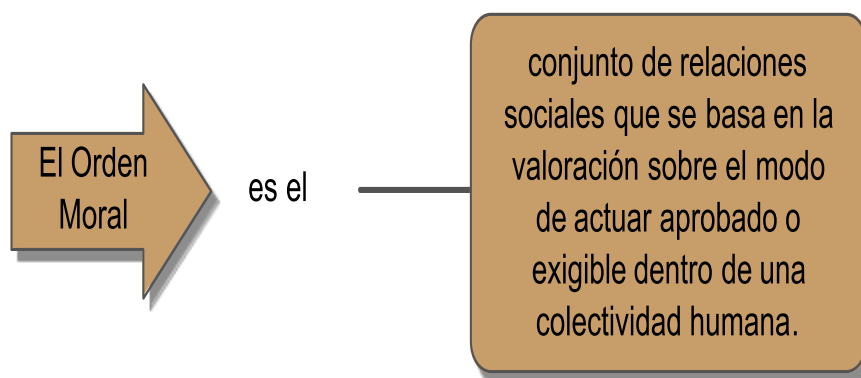



Frente a esta variedad, que en los actuales momentos que el Mundo tiene que resolver problemas étnicos, religiosos, e ideológicos, se hace mucho más urgente aclarar esta realidad de la multiplicidad de órdenes sociales. Tal como los describe Huntington en su famosa obra “el choque de las civilizaciones”.

El orden social también puede ser analizado en sub-dimensiones:



1.3.1.El orden moral



 La valoración general dentro de lo moral es “lo bueno” en contraposición a “lo malo” y por lo tanto supone una ideología que implica, un modo de justificar racionalmente lo aprobado o lo reprobado.

Los fundamentos de la moral, pueden ser también religiosos (y por lo general siempre es así), y dada esta condición hay diversos criterios morales según la tradición racional-religiosa en que se funden. **Heinrich Henkel**, hace la distinción entre tres ámbitos del orden moral: a) el individual; b) la de los sistemas religiosos y c) la moral social o positiva.

Necesariamente hay una referencia a la responsabilidad individual y colectiva.

1.3.2. El orden Consuetudinario

El término “consuetudinario” proviene del latín: “consuetudo” que significa uso o costumbre. Que en su raíz griega se dice de otro modo: Ethos, de cuya raíz proviene la palabra ética.

Se trata de una estructuración de valores generados en la vida social y es propia de una comunidad específica.

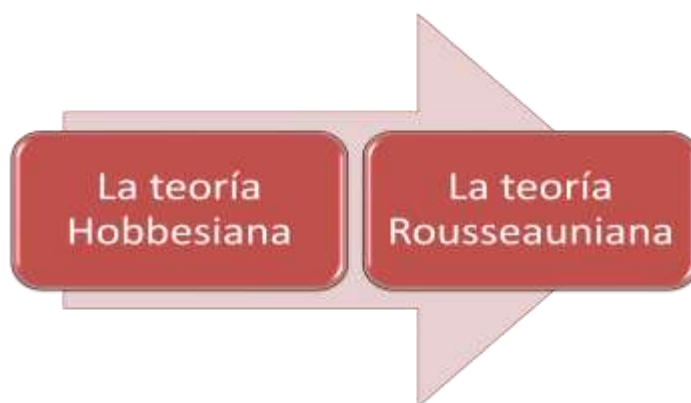
En el proceso social donde una persona encuentra en su comunidad la protección, la garantía de su autorrealización, su desarrollo. Pero tiene que responder a las exigencias de los que conviven con ella respecto a lo que ha aprendido el colectivo por el único proceso real de conocimiento que es el ensayo, error y aciertos, que son los componentes de una dimensión total que denominamos cultura.

Las reglas más simples, son las reglas de trato social para relacionarse entre los grupos etarios y en la solución de las diversas necesidades primarias, como son la alimentación, el vestido, la vivienda, el intercambio. El orden consuetudinario obliga a los miembros de una sociedad.

1.3.3. El orden jurídico.

Propiamente es el orden que emana de una sociedad altamente organizada superando los perjuicios que causa el caos, la anarquía constituyendo el orden político que genera el Estado.

Hay dos teorías clásicas en cierto sentido contrapuestas y propuestas por dos filósofos:



- a) Tenemos la teoría Hobbesiana ((ideada por Thomas Hobbes, un filósofo Ingles (1588-1679) que afirmaba que el hombre es esencialmente malo y que la convivencia entre unos y otros es como la de lobos para otros lobos.

Entonces, para poder convivir exitosamente tiene que tomar acuerdos y para esto, designan una persona que tenga la capacidad y atribución de controlar, acusar, juzgar y sancionar.

Sobre estos fundamentos en su tiempo se constituyeron estados absolutos.

Como vemos ambas teorías que sustentan hipotéticamente el surgimiento de los instrumentos de regulación social, y los sistemas de control, son de naturaleza contractualista.

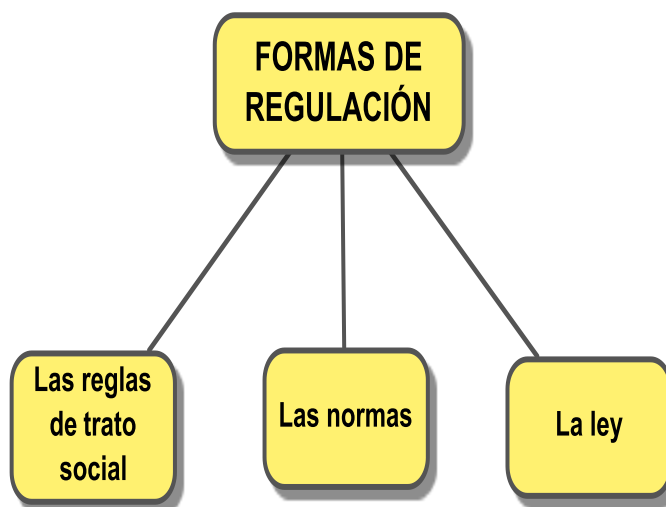
- b) Por otra parte se dio La teoría Rousseauiana (ideada por Jacobo Rousseau: un filósofo francés (1712-1778) quien afirma que el hombrees naturalmente bueno y que en cierto momento de la Historia se reúne con sus semejantes para tomar acuerdos para resolver los diversos problemas y conflictos que surgen en las colectividades originarias y así constituyen un cuerpo de normas.

Estas normas a su vez servirán de criterio a los encargados del control y en caso de incumplimiento poder acusarlos y así también surge necesariamente un miembro de la comunidad de juzgar y aplicar sanciones que es el juez.

1.4. LA REGULACIÓN JURÍDICA.

Tuvo que pasar muchos años para que **Hans Kelsen**. Un jurista austriaco (1881-1973) con los adelantos de las ciencias sociales, estableciera que hay un orden jurídico positivo, que formándose a través de los siglos y pasando por el orden moral, el orden consuetudinario, en la modernidad se tenga sociedades que se guíen por una Constitución y un estado de derecho, que establecen sus normas en una forma superior que son las Leyes.

Así como hay diferentes órdenes sociales, también hay diferentes y correspondientes formas de regulación



1.4.1. Las reglas de trato social:

Son las que surgen de modo consuetudinario, es de conocimiento de la comunidad y en muchos casos se establecen sanciones y modos de aplicar ciertas medidas de control y sanciones pero de un modo directo, y se guardan en la comprensión y memoria colectiva.

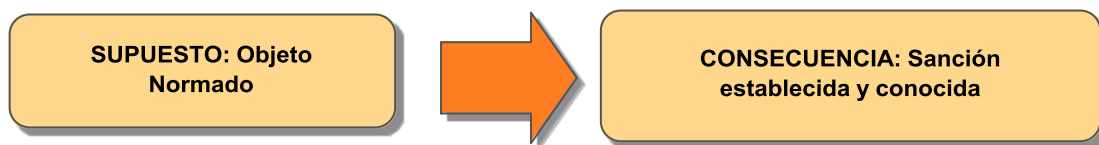
1.4.2. Las normas

Son las que surgen en sociedades más evolucionadas, donde además de las costumbres se tiene un sistema de valores y en muchos casos normas escritas, que se diferencian justamente de las reglas de trato social, en que se encuentran ordenadas en un código racional o místico y se justifica la censura, se reprocha o exclusión de un sujeto que infringe.

1.4.3. La ley

El modo más acabado de regulación social, en leyes que son mucho más que reglas de trato social, y normas morales porque son universales, aplicable a todos los miembros de la colectividad, son claramente expresadas y por escrito, con medidas correspondientemente establecidas para los infractores.

De modo que la ley tiene una estructura muy bien definida:



Cabe entonces hacer una comparación entre los tres órdenes descritos

Orden Consuetudinario	Orden moral	Orden jurídico.
<ul style="list-style-type: none"> • Se basan en las costumbres 	<ul style="list-style-type: none"> • Se basa en valores sociales 	<ul style="list-style-type: none"> • Se basa en Leyes
<ul style="list-style-type: none"> • Se dan reglas de trato social 	<ul style="list-style-type: none"> • Hay normas morales 	<ul style="list-style-type: none"> • Hay leyes.
<ul style="list-style-type: none"> • Hay exigibilidad de comportamientos 	<ul style="list-style-type: none"> • Hay exhibilidad de cumplimiento 	<ul style="list-style-type: none"> • Se controla el cumplimiento
<ul style="list-style-type: none"> • El infractor es sensurado 	<ul style="list-style-type: none"> • El infractor es reprochable 	<ul style="list-style-type: none"> • Además de censura y reproche. Para cada tipo de infracción se tiene una consecuencia pre establecida en la ley.
<ul style="list-style-type: none"> • Se conservan en la memoria colectiva 	<ul style="list-style-type: none"> • Se establecen en un código moral 	<ul style="list-style-type: none"> • Se establecen en un sistema jerárquico de normas.



RESUMEN

- La Sociedad se presenta ante nosotros como una totalidad compleja.
- La Sociedad entonces bajo criterios actuales de las ciencias sociales, debe entenderse como un sistema, y precisando aún más, debemos decir que se trata de un sistema de relaciones humanas, creadas en el transcurso histórico.
- El término “consuetudinario” proviene del latín: “consuetudo” que significa uso o costumbre. Que en su raíz griega se dice de otro modo: Ethos, de cuya raíz proviene la palabra ética.
- Las Reglas de trato social, son las que surgen de modo consuetudinario.
- Las normas son las que surgen en sociedades más evolucionadas.
- Las Leyes son universales, aplicable a todos los miembros de la colectividad, son claramente expresadas y por escrito, con medidas correspondientemente establecidas para los infractores.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Desde qué perspectivas puede ser abordado el concepto de persona?

2. ¿Qué implica la organización política?

3. ¿Cuáles son las concepciones doctrinales clásicas?



LECTURAS PROPUESTAS

- EDUARDO ANTINORI: *Conceptos básicos del derecho*, Ed. Universidad de Aconcagua, 1ra ed. Mendoza 2006 (pp. 25-41)
- MARCO G. MONROY CABRA *Introducción al derecho*:Ed. Temis, 12° ed. (pp 81, 108).
- ANIBAL VASQUEZ TORRES: *Introducción al derecho, teoría general del derecho*, Ed. IDEMSA, 4ta. Ed. Lima 2011, (Cap II)
- MARIO ALZAMORA VALDEZ :*Introducción a la Ciencia del Derecho*, Talleres Gráficos P.L. Villanueva, S.A. Lima 1963
- REALE, MIGUEL: *Introducción al derecho*, Ed. Pirámide S.A., Madrid (Cap. 5to)

(Disponible en el aula virtual).

UNIDAD II



FUENTES DEL DERECHO

PRESENTACIÓN

El tema de esta segunda unidad es no menos importante que el anterior, y trata sobre El Derecho, formado en el transcurso de la historia en los diferentes pueblos, así como también sobre el origen del derecho y la clasificación de las distintas fuentes del derecho.



PREGUNTAS GUIA

1. Reflexione sobre el origen del Derecho.
2. ¿Cuál es la diferencia entre norma y ley?
3. Que entiende por tratados internacionales.

2.1. ORIGEN DEL DERECHO Y CLASIFICACIÓN DE FUENTES DEL DERECHO

2.1.1. Orígenes del Derecho

Ya vimos en general, cómo se forma el derecho dentro del desarrollo de la humanidad por tanto, su origen es cultural. No obstante se hace necesario exponer también en forma específica.



La referencia clásica al origen del derecho como esencialmente propio del ser humano, un derecho que nace de la naturaleza humana está referida a Aristóteles, quien de manera metafísica, al describir el origen de la sociedad, nos dice en primer lugar que esta es fruto de la búsqueda propia del ser humano de fines de rango menos a mayor, y que de este modo forma sociedades y que el hombre es un ser de naturaleza social. Así la sociedad mayor de todas es el estado, la que por naturaleza busca el fin mayor⁵, asunto que desarrolla en su obra “ética a Nicómaco⁶” donde claramente dice: “la medida de la asociación (digamos formación de una sociedad) es la amistad, y también la del derecho y de lo justo”⁷.

Luego de él hay otras posiciones que se pueden estudiar en un curso aparte que es la historia del concepto del derecho, aquí por la brevedad del tiempo de nuestros estudios, explicaremos una de esas posiciones ya en la Modernidad, **Inmanuel Kant**, que es otro autor clásico, nos dice que el hombre siempre tiene una pretensión política frente a los demás, y está dispuesto a respetar los requerimientos de los demás en el mismo sentido.

Karl Larenz⁸, nos dirá “que el hombre tenga derechos y por consiguiente deberes, no es un fenómeno de naturaleza sino ético”, es decir que no basta la fuerza para defenderse sino un compromiso consciente.

Por otra parte, las reglas de trato social, se hacen insuficientes, tanto como los reclamos del orden moral y con el paso del tiempo y la extensión de la

⁵ ARISTOTELES, La Política, Libro I, CapI.

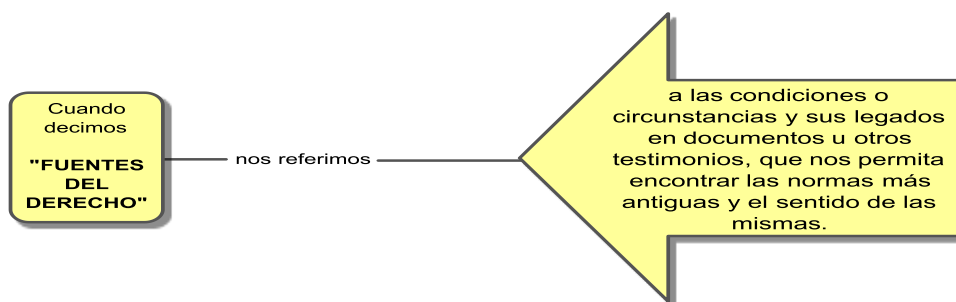
⁶ ARISTOTELES, Etica a Nicómaco, Liber I, cap 9.

⁷ En esta cita original, se habla de Koinonía, es decir la sociedad como una vida que disfruta de una vida en común, y se habla de “Nomoi, es decir normas y reglas de conducta que facilitan esa koinonia.

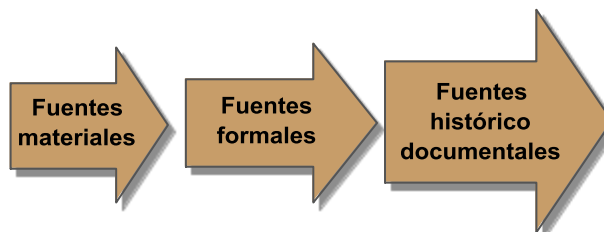
⁸ LARENZ KARL: Derecho justo, fundamentos de ética jurídica, Ed. Civitas, Madrid 1985 pg.56 –cit. Cit. En TORRES ANIBAL, Introduccion al derecho op. Cit. Pg.80.

población se hizo necesario fijar las normas y en esto tenemos por ejemplo como los Babilonios nos dejaron una demostración irrefutable de esta afirmación en esa estela de diorita, el código de Yamurabi. Un legado de los más antiguos del derecho, pero muy acertadamente, Cossio en su obra, Radiografía de la teoría egológica del derecho ⁹ nos dice que jamás ningún legislador crea el derecho sino que registra lo que nosotros hemos especificado como relaciones sociales, que halla previamente. Con esto nos refiere lo que se entiende como derecho subjetivo, y lo que hallamos en el código de Yamurabi, es una forma externa, pública y permanente escrita que es lo que llamamos derecho positivo, objetivo.

2.1.2. Fuentes del derecho



Por otra parte, de un modo más específico nos referimos a los actos, hechos y documentos de los que podemos deducir la creación de normas jurídicas, así se distinguen fuentes materiales (factores políticos, que como hechos generan derecho), fuentes formales (significados, tradiciones, legislación, jurisprudencia) y fuentes histórico documentales (Los documentos históricos que demuestran la existencia de normas).



⁹ Cit.cit. ib. Torres Anibal, pg.80.

2.1.3. Clasificación de las fuentes del derecho

Una forma sistemática y adecuada de la clasificación de las fuentes del derecho es la siguiente:

Fuentes directa	• La ley	
	• La costumbre	
	• Los principios generales	
Fuentes indirectas	• Los tratados	
	• La jurisprudencia	
	• El orden jurídico	• Reglas de trato social
		• Las normas
		• La ley

2.2. FUENTES DIRECTAS DEL DERECHO:

2.2.1. La ley:

En su significación amplia (late dicto) es el conjunto de todas las normas emanadas del poder legislativo o el ejecutivo según mandato de la constitución. En este mismo sentido es la decisión de la autoridad (como mandato o prohibición) emitida por una autoridad competente y que obliga a todos los ciudadanos en general o en el rango específico a que en la misma norma se indique.



En sentido estricto, es la norma que se denomina ley, pero está ligada a todas las demás normas, como **Hans Kelsen** graficó en su famosa pirámide donde la Constitución es la ley de leyes, y todas las normas están estrictamente jerarquizadas, de modo que ninguna de rango inferior pueda contradecir a otra de rango superior.

2.2.2 La costumbre

Son formas normativas, de hecho, que se pueden decir “observancias” reiteradas, que forman las expectativas de convivencia social y constituyen

seguridades y certezas que permite el normal desenvolvimiento y comunicación en el proceso social de conservación, y creación de vida.

Por lo general, las normas positivas o leyes, nacen de esta forma reiterada de normativas que pueden ser implícitas (que solo radican en el entendimiento del trato social) o explícitas (si están en dichos o en escritos de diversa índole)



2.2.3. Los principios generales.

Especialmente la doctrina, que nace de la racionalidad sistematizada en enseñanzas por autores o instituciones como son por ejemplo las instituciones académicas o antes las instituciones religiosas.

Los principios generales del derecho, que son formas breves y concisas que señalan los modos necesarios de comportamiento y desenvolvimiento de las personas en una comunidad. Son formulaciones comunicativas reconocidas

así “como principios” (En algunos códigos se indican explícitamente) y están relacionados con la doctrina sirven especialmente para la interpretación de la norma para aplicarlas.

2.3. FUENTES INDIRECTAS DEL DERECHO



2.3.1. Los tratados

Son acuerdos soberanos de derecho internacional público entre dos estados que firman sus representantes, con plenos poderes. El nombre de *tratado*, proviene del latín: *tractatus*, que es la decisión que se toma como acuerdo final en una negociación o controversia con acuerdo satisfactorio de las partes, bajo la exigibilidad de cumplimiento forzoso bajo el principio “*tractata sunt servanda*” (los tratados tienen que ser cumplidos).

En este lugar también se puede poner a consideración el llamado “*ius cogens*” (costumbres internacionales) que siendo una práctica antigua no es de necesario o absoluto cumplimiento pues algunos estados no lo asumen.

2.3.2 La jurisprudencia



Específicamente son las decisiones de los tribunales sobre una materia determinada y controvertida, de las que se pueden extraer interpretaciones de los jueces en determinadas situaciones concretas.

Se basa en el principio de que la jurisdicción (juris-dictio: lo que dice el Juez) es una sola, es decir que en un estado no puede haber dos criterios diferentes para la administración de justicia. Tal es así que habiendo muchos jueces, se considera un solo juez el que resuelve a nombre de todo el pueblo, que es donde radica la soberanía, es decir la fuerza suprema para obligar a cualquier ciudadano.

Esto obliga al estudio de las resoluciones sobre todo las que han llegado a la última instancia (Tribunal supremo o tribunales superiores de justicia), que se repiten en más de una sentencia.

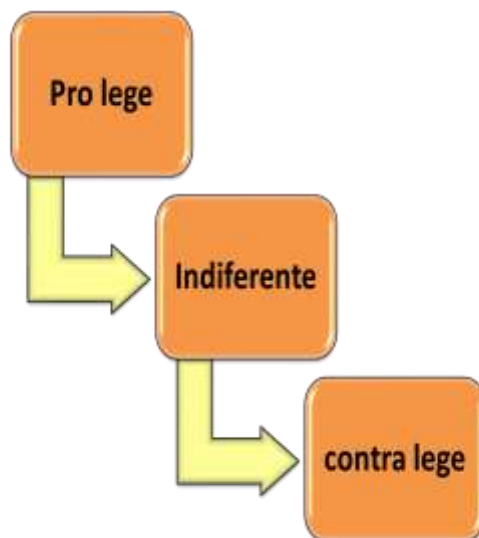
2.3.3. El orden jurídico

Este asunto ya fue tratado anteriormente, se trata del modo en que una sociedad con estado, dispone sus elementos y funciones a partir de las normas establecidas al interior de esta categoría caben algunas otras como:



2.3.3.1 Las reglas de trato social:

Son los usos y costumbres, que tienen vigencia reiterada en un ámbito colectivo. Impropiamente se denomina derecho consuetudinario (es impropio porque no puede haber más que un derecho) que cuando funciona habría que tener en cuenta tres situaciones:



- a) **Pro lege**: es decir que está de acuerdo a la ley. No hay problema alguno solamente es una modalidad de la ley.
- b) **Indiferente**: es decir que no está contemplado en la ley de manera prohibitiva ni de manera obligatoria, por lo que se considera que está también dentro de la racionalidad jurídica, dado que por el principio de legalidad, está dentro del orden jurídico “a nadie se le puede obligar a lo que la ley no manda expresamente y a nadie se lo puede prohibir lo que la ley expresamente no prohíbe”—fuera de estos márgenes hay infinidad de cosas a que el sujeto puede prohibirse o atribuirse, siempre y cuando no comprometa gravemente a la sociedad en su conjunto.
- c) **contra lege**.- es decir, usos y costumbres que se oponen a la ley, en este caso si el uso o costumbre no daña gravemente un bien jurídico principal no se dirá que tiene vigencia, sino que se le tolera. En el sentido que tolerancia debería definirse no como una aceptación de un mal o un ataque, lo cual sería inmoral, sino como sufrir un ataque hasta cierto límite y es el estado quien en representación de víctima, pone el límite. Y si la costumbre daña gravemente un bien jurídico, como por ejemplo la sanción de pena de muerte o escarniso o lesiones, el estado no puede

tolerar (por lo grave que es y sale del límite de tolerancia), y debe actuar contra-consuetudinem. (contra la costumbre) e imponer su soberanía.

2.3.3.2. Las normas

Aquí las normas son entendidas en su acepción genérica, es conveniente referirse a la etimología de la palabra en su original latín: Norma significa escuadra: es decir el criterio necesario del recto trazado, aplicando a la actividad humana: el recto modo de proceder, pero esta norma es jurídica cuando es emitida por una autoridad competente y que represente la decisión de la comunidad. La norma en genérico incluye a la ley. Toda ley es norma pero no toda norma es Ley.

2.3.3.3. La ley

Es la decisión emitida por una autoridad competente y que obliga a todos los ciudadanos en general o en el rango específico a que en la misma norma se indique.



RESUMEN

- Las normas positivas o leyes, nacen de esta forma reiterada de normativas que pueden ser implícitas o explícitas.
- Las fuentes del derecho se clasifican en directa e indirecta.
- Las fuentes directas se clasifican en la ley, la costumbre y los principios generales.
- Las fuentes indirectas se clasifican en los tratados, la jurisprudencia, y el orden jurídico.
- La jurisprudencia son las decisiones de los tribunales sobre una materia determinada y controvertida, de las que se pueden extraer interpretaciones de los jueces en determinadas situaciones concretas.
- Toda ley es norma pero no toda norma es Ley.



AUTOEVALUACIÓN

1.- ¿Cuál es la Clasificación de las fuentes del derecho?

2.- ¿Cuál es la definición de tratado?

3. ¿Qué se entiende por jurisprudencia?



LECTURAS PROPUESTAS

- BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del derecho*, traducción de Rozo Acuña, E., Temis, Madrid, 1997.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 50ª ed., Porrúa, México, 2000.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción al análisis del derecho*, Ed Astrea, 2ª ed. Ampliada, 12º reimpresión,. Bs. Aires 2003 (Cap V)

(Disponible en el aula virtual)



CASO SUGERIDO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley N.º 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27971)

Magistrados presentes:

GARCÍA TOMA

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

EXP. N.º 0047-2004-AI/TC

LIMA

GOBIERNO REGIONAL

DE SAN MARTÍN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de abril de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley N.º 27971, publicada el 23 de mayo de 2003 en el diario oficial *El Peruano*.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso: Proceso de inconstitucionalidad.

Demandante: José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín.

Norma sometida a control: La Ley N.º 27971, que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el Concurso Público autorizado por Ley N.º 27491.

Bienes constitucionales cuya afectación se alega:

- a. Principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 103° de la Constitución.
- b. Autonomía regional en materia educativa, garantizada por los artículos 16° y 191° de la Constitución.

Petitorio

Que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27971, que faculta al Ministerio de Educación para asignar las plazas obtenidas de acuerdo al Concurso Público convocado conforme a la Ley N.º 27491.

III. NORMAS SUJETAS A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se ha impugnado la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27971, Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el Concurso Público autorizado por la Ley N.º 27491. Las disposiciones que la integran son:

"Artículo 1.- Objeto

Autorízase al Ministerio de Educación la continuación del proceso de nombramiento de los profesores con título pedagógico, en las plazas vacantes presupuestadas y de acuerdo a un riguroso orden de méritos, entre los que obtuvieron calificación aprobatoria en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27491.

Artículo 2.- De las plazas vacantes

El nombramiento a que hace referencia el artículo precedente se efectuará en las plazas docentes establecidas como orgánicas por la Ley N.º 27491, que no llegaron a ser cubiertas en el concurso público respectivo, así como en las plazas vacantes no reportadas y en las generadas por reasignación, cese, promoción y separación definitiva del servicio, identificadas a la fecha de vigencia de la presente Ley.

Artículo 3.- De la validez del cambio de jurisdicción

Los profesores que se encuentren comprendidos en el artículo 1 de la presente Ley, podrán ser nombrados en las plazas de los centros y programas educativos de su misma o diferente jurisdicción a la del órgano intermedio en que originalmente postularon.

Artículo 4.- De las especialidades

Los profesores cuyo título pedagógico comprenda dos especialidades, o posean dos títulos pedagógicos, podrán ser nombrados en cualquiera de las especialidades o títulos acreditados.

Artículo 5.- Del cambio de modalidad

Si la especialidad del título pedagógico lo permite, el profesor podrá ser nombrado en una modalidad educativa diferente a la que postuló en el concurso público referido en el artículo 1 de la presente Ley.

Artículo 6.- De los Institutos y Escuelas Superiores y de la Educación Técnica

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes, en el caso de los Institutos y Escuelas Superiores, así como en las especialidades de las áreas técnicas de Educación Secundaria y de la Modalidad de Educación Ocupacional, podrán ser nombrados los profesionales de las especialidades correspondientes, con título universitario que acrediten tener como mínimo cinco años de servicio en la especialidad requerida.

Artículo 7.- De la reglamentación

El Ministerio de Educación queda encargado de la reglamentación en un plazo no mayor de 30 (treinta) días calendario contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para que dicte las normas reglamentarias que permitan su cumplimiento.

Artículo 8.- De la derogación

Deróguense y/o déjense sin efecto las disposiciones legales o administrativas que se opongan a la presente Ley”.

IV. ANTECEDENTES

A. Demanda

Con fecha 23 de noviembre de 2004, el Gobierno Regional de San Martín interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27971 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo de 2003), que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el Concurso Público autorizado por la Ley N.º 27491.

Sostiene que la Ley N.º 27491 (publicada el 29 de junio de 2001, a la que, a su vez, hace alusión la ley impugnada) tenía un plazo de ejecución de 60 días, el cual venció, por lo que habría caído en desuso y, por ende, habría perdido vigencia. Refiere que la ley impugnada al disponer, mediante su artículo 1º, que se ejecute la Ley N.º 27491, viola el artículo 103º de la Constitución, puesto que estaría retrotrayendo sus efectos hacia el momento en que la Ley N.º 27491 perdió vigencia, esto es, a los 60 días siguientes a su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

De otro lado, refiere que la ley impugnada vulnera la autonomía regional en los ámbitos político y administrativo, por cuanto considera que, de acuerdo al artículo 191º de la Constitución, y los artículos 46º y 47º, literal a), de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, es de competencia exclusiva de los gobiernos regionales el nombramiento de los maestros en sus respectivas plazas. Añade que dentro de las competencias exclusivas del gobierno nacional, estipuladas en el artículo 26º de la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización, no se contempla la de nombrar al personal de las regiones, entre ellas, la de la Región San Martín.

Asimismo, argumenta que de acuerdo al artículo 27º, numerales 1 y 2 de Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, las competencias y funciones sectoriales han sido transferidas a los gobiernos regionales. Además, señala que la ley impugnada desconoce el principio de subsidiariedad que rige la descentralización, previsto en el artículo 4º de la Ley de Bases de la Descentralización.

B. Contestación de demanda

El Congreso de la República contesta la demanda el 19 de enero de 2005, solicitando que se la declare infundada, alegando que la derogación por desuso no existe en nuestro ordenamiento jurídico; asimismo, aduce que la Ley N.º 27491 fue derogada por la ley impugnada, de modo que no tiene efectos retroactivos. Refiere que la controversia presentada no es de naturaleza constitucional, sino que se resuelve aplicando los criterios para resolver antinomias entre normas de la misma jerarquía, esto es, ley posterior deroga la anterior y ley especial deroga ley general.

Con relación a la vulneración de la autonomía regional alegada, sostiene que el Estado peruano es uno unitario y descentralizado, en el que se ha previsto de manera enunciativa las competencias de los gobiernos locales y regionales; y que la autonomía con la que estos gobiernos cuentan, como lo ha subrayado el Tribunal Constitucional, no es sinónimo de autarquía. Asimismo, refiere que el propósito de la ley cuestionada es que sea el gobierno nacional el encargado de nombrar a los profesores de los colegios nacionales en sus respectivas plazas; que es competencia del Congreso establecer, dentro del ámbito de la Constitución, las demás competencias delegables a los gobiernos regionales; y que la competencia en materia educativa que se ha asignado a favor del gobierno nacional, es un mandato que debe ser acatado por los gobiernos regionales.

Finalmente, con relación al artículo 26º de la Ley de Bases de Descentralización, que según los demandantes no habría contemplado como competencia exclusiva del gobierno nacional el nombramiento del personal de los gobiernos regionales, expresa que las competencias allí previstas no son taxativas, pues pueden serle asignadas en virtud de una ley.

UNIDAD III



VALIDEZ Y LEGITIMIDAD

PRESENTACIÓN

En esta tercera unidad se abordará aspectos conceptuales de la eficacia, legitimidad y validez.

El derecho, es la garantía de convivencia de una sociedad, que al fin de cuentas es garantía de la supervivencia, por tanto el derecho con sus principios, normas y elementos que sirven para su cumplimiento es la finalidad práctica y en ese sentido el cumplimiento del derecho tiene tres características principales: Eficacia, validez y legitimidad.

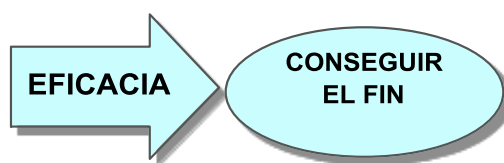


PREGUNTAS GUIA

1. ¿Qué entiende por legitimidad?
2. Reflexione sobre la frase siguiente “A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no le obliga”
3. ¿Cuál es la diferencia de eficacia, validez y legitimidad?

3.1. EFICACIA

En sentido estricto, eficacia, significa: conseguir el fin. Por tanto cuando hablamos de la eficacia en la aplicación del derecho es el examen de la circunstancia concreta en que al aplicar una norma cumple el fin por el que fue dada.



Frente a esta exigencia de la norma se presenta la dificultad, de que la propia existencia social también tiene sus exigencias propias. Se sobre entiende que la norma debería corresponder a la vida, pero no es siempre así. Hay situaciones donde por interés general, la norma tiene una implicancia sobre ciertos segmentos de la sociedad, lo cual puede generar oposición y resistencia. En este caso rige el principio del *ius imperium*, que la ley se impone.

Es decir que la ley explicita su carácter coercitivo y la aplica con el auxilio de la fuerza legítima.

Sucede también otra variante, que pone en consideración las limitaciones del legislador para comprender todas las situaciones de la vida social y cuando emite una norma, esta resulta muy estrecha que lleva a su impracticabilidad, o inaplicabilidad, o resulta muy amplia que no permite cumplir el fin regulador.

La aplicación del derecho, jamás puede ser mecánica ni con desconocimiento de la vida, porque no es la persona humana la que tiene que estar al servicio del estado o la Ley sino todo lo contrario. Por eso el principio de Legalidad cubre en gran parte estas deficiencias.

La ley no tiene alcances infinitos, está limitada en cuanto al imperativo de hacer o prohibir.

“A nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no le obliga”: eso quiere decir que la ley solamente obliga todo aquello que de no hacerse pondría en peligro gravemente la vida social los bienes jurídicos tutelados. Y por otra parte **“a nadie se le puede prohibir lo que la ley no prohíbe”**, porque la ley prohíbe todo aquello que de hacerse atacaría gravemente la vida social.

En esto se revela el fin de la norma: tutelar la vida de la sociedad en todos lo que a ella como sociedad humana le corresponde. Por tanto superabundar en normas prohibitivas, supera la finalidad del derecho y como consecuencia genera en la sociedad la desobediencia. El derecho como función de estado al servicio de la persona humana en la medida en que la sociedad sea más culta y cada individuo tenga un profundo respeto por sus semejantes no necesitará de reglamentos excesivos.

De hecho, una sociedad culta, madura tiene ciudadanos observantes y no necesitan muchos aparatos ni gastos en el sistema de control y por tanto la extensión de las normativas reguladoras en este tipo de sociedades y en perspectiva a futuro de la humanidad debería ser la tendencia al derecho mínimo y a la integración simplificada de la responsabilidad humana que sustituya el reglamentarismo.

Mientras tanto el sistema normativo representa un campo de contradicciones donde justamente se norma allí donde es necesario regular y esto implica oposición de quienes quieran exceder esos límites.

Por otra parte, la norma que está al servicio de la persona humana, tiene efectos de otorgar facultades o de limitarlas. Lo que en general se entiende como dar derecho o limitárselos. Para dar derechos, dada una norma que no los contempla, mientras no contradice el sistema jurídico y la vida social no se necesitaría mayor especificación dentro de las normas. Pero para limitar o quitar derechos si es necesario que tal limitación esté expresamente indicado en la norma. Tal es el sentido en el derecho penal, todo lo relativo a la tipicidad.

3.2. VALIDEZ

La validez de una norma consiste en que existe como la expresión de soberanía del pueblo y por tanto contiene la exigibilidad de su cumplimiento tanto para los órganos jurisdiccionales como para los sujetos de modo tal que si no se cumple se ejerce la otra característica de la norma que es su carácter coactivo. Mas se sobrentiende que la norma existe como tal es decir que cumple para sí los requisitos que le confieren la fuerza racional y coactiva.

Aquí estudiaremos esos requisitos de validez de la norma.

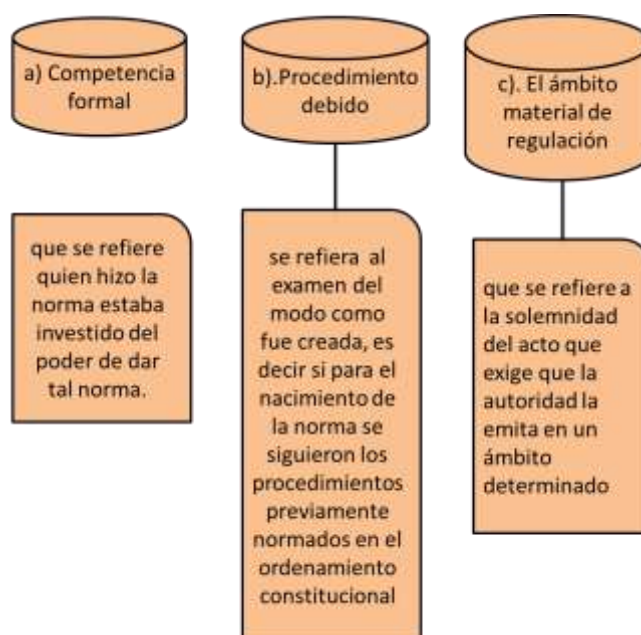
3.2.1. CONDICIONES DE VALIDEZ DE LA NORMA:

Las condiciones de validez de la norma se pueden determinar en dos dimensiones:

- a) condiciones formales de validez de la norma
- b) Condición material de validez de la norma

a) Condiciones formales de validez de la norma.

Estas condiciones se refieren al modo como la norma nace o se forma y básicamente son tres:

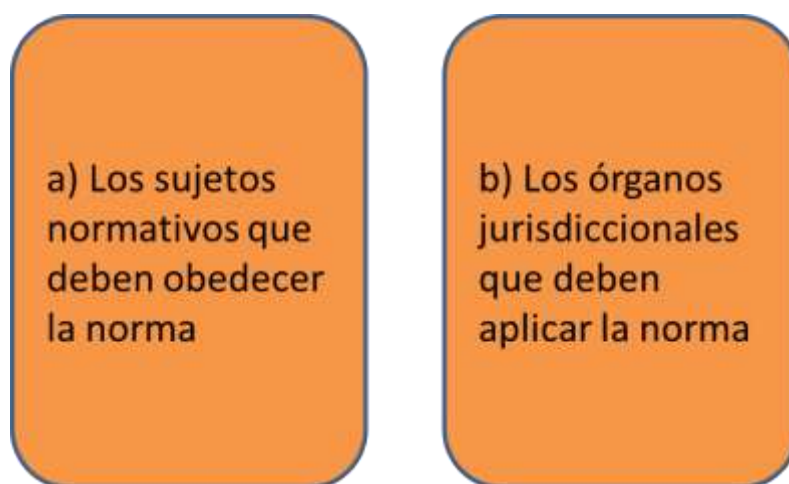


b) Condición material de validez de la norma:

Se refiere al contenido de la norma es decir la materia que el juez deberá interpretar y se debe tener en cuenta la consistencia: es decir que no contenga contradicción con el cuerpo normativo en especial que no contradiga a una norma de orden superior. El defecto en este aspecto se denomina invalidez por vicio sustantivo de contenido.

3.2.2. Dimensiones de la validez de la norma.

La obligatoriedad contenida en la norma según **Hans Kelsen**, se encuentra en un orden jurídico y tiene fundamentalmente dos dimensiones o sentidos:

**a) Validez de la norma en referencia a los sujetos normativos:**

La validez de la norma en este caso se relaciona íntimamente con la eficacia. Se parte del hecho que la norma está dada para ser obedecida y para que esto suceda, los que deben obedecerla deben conocerla e incluso comprenderla dado que si esto no sucede, la norma ignorada será infringida. Por eso esta condición de validez requiere una tarea pedagógica, y también medidas que la garanticen a fin de que sean internalizadas por los sujetos que deben cumplir. Por esta razón cuando se da una norma por el Congreso, no basta que sea promulgada sino que además se ilustre a quienes deben cumplir con

un periodo denominado “vacatio legis” un periodo en que se suspende previamente la aplicación a fin de que la comunidad jurídica la comprenda.

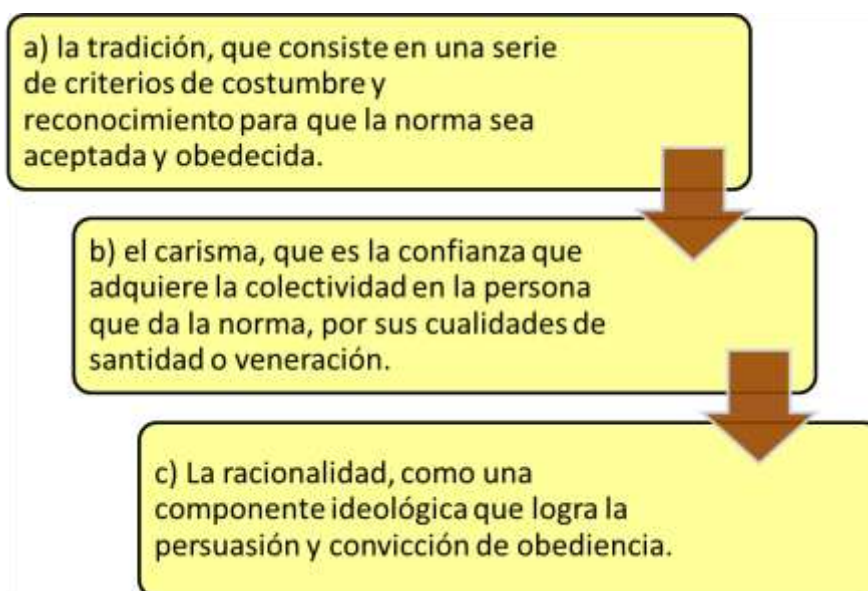
b) **Validez de la norma en referencia a los órganos jurisdiccionales.**

La validez de la norma en este caso, se da en relación a la aplicación de la misma en los tribunales, que se puede evidenciar en las resoluciones y los fallos.

3.3. LEGITIMIDAD

La legitimidad de la norma consiste específicamente la racionalidad de la norma, que implicará su poder de ser obedecida sin necesidad de recurrir a la fuerza de coacción.

Max Weber distinguió tres formas de legitimación de las normas:



La legitimidad, en consecuencia es la característica principal que hace válida a la norma ya que con ella se cumple su finalidad de ser obedecida con el concurso de los obligados y por tanto en la legitimidad concurren los requisitos anteriores de validez como condición de eficacia.



RESUMEN

- La eficacia en la aplicación del derecho es el examen de la circunstancia concreta en que al aplicar una norma cumple el fin por el que fue dada.
- La ley explicita su carácter coercitivo y la aplica con el auxilio de la fuerza legítima.
- El sistema normativo representa un campo de contradicciones donde justamente se norma allí donde es necesario regular y esto implica oposición de quienes quieran exceder esos límites.
- La validez de una norma consiste en que existe como la expresión de soberanía del pueblo y por tanto contiene la exigibilidad de su cumplimiento tanto para los órganos jurisdiccionales como para los sujetos de modo tal que si no se cumple se ejerce la otra característica de la norma que es su carácter coactivo.
- La legitimidad de la norma consiste específicamente la racionalidad de la norma, que implicará su poder de ser obedecida sin necesidad de recurrir a la fuerza de coacción.



AUTOEVALUACIÓN

1. ¿En qué consiste la validez de una norma?

2. ¿Cuáles son los requisitos de la validez de la norma?

3. ¿Menciones las tres formas de legitimación?



LECTURAS PROPUESTAS

- STERLING CASAS, JUAN PABLO: Legitimidad, validez y eficacia en la scoperativa, Colombia 2009.
- CIEZA MONTENEGRO, DANTE (ET AL): *Legalidad y legitimidad en el sistema jurídico y políticos*, Ed.UNSMP, Lima2008
- MEJIA QUINTANA OSCAR: *Legitimidad, validez y eficacia*, Ed.Temis,
- LEGAZ LACAMBRA Luis, *Legalidad y legitimidad*, Revista de Estudios Políticos (1958)

(Disponible en el aula virtual)



CASO SUGERIDO

Eficacia, Validez y Legitimidad, en la aplicación del derecho.

ASUNTO:

Eficacia, Validez y Legitimidad, en la aplicación del derecho.

FUENTE:

BENJAMÍN GARCÍA HOLGADO: Validez, eficacia y la norma hipotética fundamental en el pensamiento de Hans Kelsen,

HECHO:

El Parlamento emite una ley X, de impuesto a las ganancias.

PREGUNTAS:

1. ¿En que se basa la razón para obedecer esa ley?
 - a) ¿La razón para obedecer la Ley de impuesto a las ganancias que emite el Congreso se encuentra en el hecho de que el parlamento emitió esta ley?,
 - b) O la razón para obedecer se basa en una norma tácita y presupuesta que sostiene que todos debemos cumplir con todas las leyes que emite el Congreso?
 - c) Y que razón garantiza que la norma fundamental sea válida?

Kelsen presenta un silogismo compuesto por tres premisas.

1. La premisa mayor es una comunicación de deber¹⁰ (debemos obedecer las leyes que provienen del parlamento).
 - a. Es una norma presupuesta y tácita. De esta se deriva lógicamente una nueva premisa mayor, una nueva declaración de deber:
 - b. que declara la validez de todas las leyes tributarias que sanciona el parlamento (debemos obedecer las leyes tributarias que emite el parlamento).
2. La conexión esencial es la premisa menor, que postula una declaración de deber¹¹ en concreto y de hecho, un hecho (el congreso emitió la Ley X).
 - a. Siguiendo el razonamiento, la conclusión del silogismo es una comunicación de deber (debemos obedecer la Ley tributaria X).
 - b. Entonces, la premisa mayor y la conclusión siempre son una comunicación de deber, mientras que la premisa menor es una declaración.
 - c. La norma cuya validez se afirma en la premisa mayor es la condición por la que se da la validez de la norma cuya validez se sostiene en la conclusión.
3. La validez de la conclusión se deriva de la validez de la premisa mayor.
 - a. La premisa menor, que es una declaración de deber, funciona como la condición necesaria (*conditio sine qua non*) en relación a la validez de la conclusión: // Al respecto Kelsen dice: “ El hecho de cuya existencia se afirma en la premisa menor no es la razón para la validez de la norma cuya validez se afirma en la conclusión ”¹²
 - b. La Norma Hipotética Fundamental (a partir de ahora, NHF) es la premisa mayor del sistema jurídico. Entonces, su validez no se deriva de una norma superior sino que se presupone. En este sentido, para Kelsen, la razón de su validez es incuestionable. Como es la norma más alta (supuesta) no hay una norma superior con la que se pueda verificar su

¹⁰ *ought-statement*

¹¹ *is-statement*,

1. ¹² “the fact whose existence is asserted in the minor premise is not the reason for the validity of the norm whose validity is asserted in the conclusion” (Kelsen, 1960, 194).

validez. No es una norma positiva, es decir, puesta por una autoridad cuya competencia válida descansa en una norma superior.

Por lo tanto, la NHF es la fuente común que le da validez a todas las normas que pertenecen al mismo orden jurídico, constituye la fuente misma de unidad de la multiplicidad de normas de un sistema jurídico.

La característica formal y *no material* (no tiene un contenido moral o político) de la NHF permite que el derecho, a diferencia de otros sistemas de normas como los que pertenecen al Derecho Natural, sea un sistema *dinámico* de normas. La NHF sólo contiene la determinación de un “norm-creating fact” (Kelsen, 1960, 196):

ORIENTACION PARA EL ANALISIS:

El problema a resolver estriba en saber que es una Norma Hipotética fundamenta, es decir la máxima norma. Y como se establece y garantiza su existencia.

¿La eficacia depende de la validez de la norma o La validez de la norma depende de la eficacia?

Y al respecto se enfrenta la teoría del derecho positivo y la del derecho natural.