

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

CRITERIOS IUSFILOSÓFICOS PARA IDENTIFICAR, DIFERENCIAR Y CLASIFICAR A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentado por:

M.Cs. ANNDY ROQUE JULCA

Asesor:

Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO

Cajamarca, Perú

2024



CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador: ANNDY ROQUE JULCA
2. DNI: 75968067
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
Programa de Doctorado en Ciencias. Mención: Derecho.
3. Asesor:
DR. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO
4. Grado académico o título profesional
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
5. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
6. Título de Trabajo de Investigación:
CRITERIOS IUSFILOSÓFICOS PARA IDENTIFICAR, DIFERENCIAR Y CLASIFICAR A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO
7. Fecha de evaluación: **06/09/2024**
8. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) (*)
9. Porcentaje de Informe de Similitud: **24 %**
10. Código Documento: 3117:378800204
11. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: 19/09/2024

*Firma y/o Sello
Emisor Constancia*



DR. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO
DNI: 26719195

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT © 2024 by
ANDY ROQUE JULCA
Todos los derechos reservados



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD

Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



UNIDAD DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 18:00 horas, del día 28 de agosto del año dos mil veinticuatro, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**, **Dr. VICTOR ANDRES VILLAR NARRO** y en calidad de Asesor el **Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **CRITERIOS IUSFILOSÓFICOS PARA IDENTIFICAR, DIFERENCIAR Y CLASIFICAR A LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO**; presentada por el Maestro en Ciencias Mención: Derecho Civil y Comercial, **ANNDY ROQUE JULCA**.

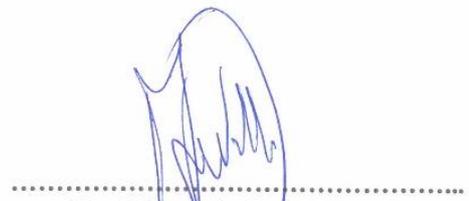
Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de DIECISIETE (EXCELENTE) la mencionada Tesis; en tal virtud, el Maestro en Ciencias Mención: Derecho Civil y Comercial, **ANNDY ROQUE JULCA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las 19:00 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.


.....
Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco
Asesor


.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Presidente - Jurado Evaluador


.....
Dra. Cinthya Cerna Fajares
Jurado Evaluador


.....
Dr. Víctor Andrés Villar Narro
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

Al dueño de todo conocimiento, fuente de
sabiduría e inteligencia, Dios.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por su favor, a mi familia por su apoyo, y
a mi asesor por encaminar este trabajo.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO	vi
ÍNDICE	vii
INTRODUCCIÓN	xi
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. Problemática.....	1
1.2. Formulación del Problema.....	9
1.3. Justificación	9
1.4. Hipótesis.....	10
1.5. Objetivos.....	11
1.5.1. General	11
1.5.2. Específicos.....	11
1.6. Ámbito de la Investigación: delimitación del problema	11
1.6.1. Espacial	11
1.6.2. Temporal.....	12
1.7. Tipo de Investigación.....	12
1.7.1. De acuerdo al fin que se persigue	12
A. Básica	12
1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	13
A. Explicativa.....	13
B. Propositiva	13
1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	14
A. Cualitativa	14
1.8. Métodos de Investigación	14
1.8.1. Genéricos.....	14

A. Deductivo.....	14
B. Analítico	15
C. Sintético	15
D. Dialéctico	16
1.8.2. Propios del Derecho.....	16
A. Hermenéutico	16
B. Dogmático.....	17
1.9. Técnicas e Instrumentos de Investigación.....	17
1.9.1. Técnica	17
1.9.2. Instrumento	18
1.10. Estado de la Cuestión.....	18
CAPÍTULO II	21
MARCO TEÓRICO	21
2.1. Aspectos ius – filosóficos.....	21
2.1.1. Enfoque iusfilosófico de la investigación.....	21
2.1.2. Principios	29
A. Desde el iusnaturalismo	29
B. Desde el positivismo	35
C. Desde el pospositivismo	47
a. El surgimiento de la discusión Principios y Reglas.....	48
D. Definición de Principios Jurídicos	49
E. Características.....	53
F. Por qué identificar, diferenciar y clasificar los principios del Derecho	56
2.2. Aspectos jurídicos, teóricos y doctrinarios.....	59
2.2.1. Teoría del Estado.....	60
A. Elementos del Estado Peruano	66

B. Principios de la Teoría del Estado Peruano.....	73
C. El Ordenamiento Jurídico	76
a. Según el Iusnaturalismo	76
b. Según el Positivismo	77
c. Según el Pospositivismo	81
D. El reconocimiento del Estado Constitucional de Derecho.....	82
E. La crisis actual del Ordenamiento Jurídico Peruano.....	90
2.2.2. Aplicadores del Derecho	92
A. Poder Judicial	93
B. Tribunal Constitucional	94
C. Tribunales Administrativos.....	94
D. La Administración Pública.....	98
E. La Policía Nacional del Perú.....	100
2.3. Identificación normativa de los principios	101
2.3.1. Principios en la Constitución Política del Perú y en los Tratados Internacionales.....	101
A. Constitución Política	101
B. Tratados Internacionales	102
2.3.2. Principios en el Código Civil y en el Código Procesal Civil	102
2.3.3. Principios en el Código Penal y Procesal Penal	102
2.3.4. Principios en el Código de los Niños y Adolescentes y en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes	103
2.3.5. Principios en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral	104
2.3.6. Principios en la Ley del Procedimiento Administrativo General .	104
2.3.7. Principios en la Ley General del Ambiente	104
2.3.8. Principios en el Código Tributario	105

CAPITULO III	106
CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	106
3.1. la naturaleza iusfilosófica de los principios	134
3.2. El alcance normativo de los principios.....	148
3.3. La funcionalidad de los principios en el sistema jurídico	161
CAPÍTULO IV.....	173
PROPUESTA	173
MODELO DE CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO.....	173
CONCLUSIONES	180
RECOMENDACIONES	182
LISTA DE REFERENCIAS.....	183

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se determinan que los criterios iusfilosóficos para identificar, diferenciar y clasificar a los principios del derecho, su la naturaleza iusfilosófica, su alcance normativo y, su funcionalidad en el sistema jurídico.

Para ello, se analiza el desarrollo de los principios planteada por la corriente iusfilosófica del pospositivismo, se identifica los principios de cada una de sus ramas de la ciencia jurídica que componen el ordenamiento normativo, analiza el tratamiento y aplicación de los principios en la doctrina y en la jurisprudencia dentro de nuestro sistema jurídico y, finalmente, se propone una clasificación de principios de acuerdo a los criterios iusfilosóficos planteados.

Para el recojo, selección, estudio y análisis de información, atendiendo a la amplitud del campo estudiado, se emplearon los métodos generales, deductivo, analítico, sintético y, dialéctico, así como, los propios del derecho, hermenéutico y dogmático, para la construcción de los planteamientos inéditos que avalen la propuesta de investigación; en tal virtud, la técnica e instrumentos fueron la observación documental y la hoja guía, respectivamente.

La presente investigación es de tipo básica, dogmática y cualitativa, busca impactar el conocimiento científico filosófico del derecho, para repercutir en el pensamiento jurídico – filosófico principialista, que de manera acuciante necesita la atención de nuevas propuestas conceptuales y nociológicas, en relación a la aplicación, alcance y comportamiento de los principios jurídicos en campo doctrinal, jurisprudencial y normativo.

Palabras Clave: principios del Derecho, naturaleza iusfilosófica de los principios, alcance normativo de los principios, funcionalidad de los principios.

ABSTRACT

In the present research work, the iusphilosophical criteria are determined to identify, differentiate and classify the principles of law, their iusphilosophical nature, their normative scope and their functionality in the legal system.

For this, the development of the principles raised by the iusphilosophical current of postpositivism is analyzed, the principles of each of its branches of legal science that make up the normative system are identified, the treatment and application of the principles in the doctrine and in the jurisprudence within our legal system and, finally, a classification of principles is proposed according to the iusphilosophical criteria raised.

For the collection, selection, study and analysis of information, taking into account the breadth of the field studied, the general, deductive, analytical, synthetic and dialectical methods were used, as well as those of law, hermeneutic and dogmatic, for the construction of the unpublished approaches that support the research proposal; in such virtue, the technique and instruments were the documentary observation and the guide sheet, respectively.

The present investigation is of a basic, dogmatic and qualitative type, it seeks to impact the philosophical scientific knowledge of law, to have an impact on the principialist legal - philosophical thought, which urgently needs the attention of new conceptual and nociological proposals, in relation to the application, scope and behavior of legal principles in the doctrinal, jurisprudential and regulatory field.

Keywords: *principles of law, legal-philosophical nature of principles, normative scope of principles, functionality of principles.*

INTRODUCCIÓN

El estudio de los principios del Derecho, representa una de las tareas más arduas que se han propuesto hacer los académicos de la Ciencia Jurídica, no porque el tema sea difícil de entender, sino porque se requiere para su entendimiento de diversos conocimientos contenidos en la filosofía, puesto que de ésta surge la ciencia y sus ramificaciones. Ahora, la filosofía como tal, tampoco es una ciencia que cuente con un objeto de estudio reducido a la búsqueda de una sola verdad científica, por ello, por ejemplo, Kant, clasifica a la filosofía en: física, lógica y ética, de este modo, resulta, a nuestro modo de ver, más sencillo, ubicar el espacio epistemológico del tratado de los principios del Derecho, esto es, en sentido estricto dentro de la ética y, en sentido lato, inclusive, tanto dentro de la como de la lógica y de la ética.

En el primer capítulo de la presente tesis, se plantea el problema que se resuelve en la presente tesis, problema que surge de la necesidad de ordenar a los principios dentro del Derecho, para ello, se ha propuesto que habrían criterios filosóficos dentro del Derecho, que permiten, primero, identificar a los principios, a partir del conocimiento de su naturaleza filosófica, segundo, permiten diferenciar a los principios, sabiendo cuál es su alcance y función normativa a partir del conocimiento de su naturaleza filosófica, y, tercero, permiten formular un modelo de clasificación de los principios jurídicos, teniendo como criterios taxonómicos, a la naturaleza, el alcance y la funcionalidad de los principios. En suma, los criterios iusfilosóficos para identificar, identificar y clasificar a los principios son: la naturaleza iusfilosófica de los principios, el alcance normativo de los principios y la funcionalidad de los principios.

El segundo capítulo de la presente tesis, se constituye de todo el contenido teórico o temático, recogido de los autores más importantes de cada área abordada, por ejemplo, respecto de la filosofía del Derecho se han recogido pensamiento de filósofos posmedievales como Hobbes, Locke, Montesquieu, así también, como a filósofos de la época moderna y contemporánea, como Kant, Bobbio, Soren Kierkegaard, Ferrajoli, Atienza, Aguiló Regla, Humberto Ávila, entre otros. En este capítulo, también se recogen los principios establecidos en las diversas ramas del Derecho. Por su puesto, este trabajo se efectuó teniéndose en cuenta el método analítico y sintético, con el fin de analizar el contenido y escoger el más importante y relevante para la investigación.

Ahora, respecto del tercer capítulo, en este se ha empleado el método inductivo – deductivo y el método de la argumentación jurídica, con el fin de contrastar las categorías hipotéticas de la investigación, y así, demostrar la hipótesis a través de nuevas construcciones filosóficas relacionadas al tratado de los principios del Derecho. Se debe precisar que, antes de la demostración de cada una de las tres categorías de la hipótesis, se ha realizado un desarrollo filosófico para demostrar y justificar que los criterios planteados en la hipótesis, son, efectivamente, filosóficos

En el capítulo cuarto, se propone un modelo de clasificación de los principios del Derecho, teniéndose en cuenta los criterios iusfilosóficos planteados en la hipótesis y contrastados en el capítulo precedente y, teniéndose en cuenta las tipologías de principios creados por cada criterio iusfilosófico.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Problemática

El problema que se pretende investigar se ubica en el ámbito de la filosofía del derecho, específicamente en la discusión sobre la existencia de los principios, sus principales características, a fin de abordar el asunto de la identificación y diferenciación de éstos, tarea útil para, posteriormente, poder clasificarlos por su alcance jurídico normativo.

El derecho natural es el primer modelo epistemológico y tiene su desarrollo desde los griegos hasta el nacimiento del mecanicismo a finales del siglo XVIII o comienzos del XIX, el positivismo sigue el modelo epistemológico científico. El primer modelo es uno metafísico y por ello presta mucha atención al derecho ideal, mientras que el segundo es un modelo físico y hace mucho hincapié en la medición y valoración de los hechos relacionados con el derecho, y presta su atención al derecho real.

En la obra de Norberto Bobbio (1962) traducido al castellano en el año 2015, éste considera la compatibilidad entre estas dos orientaciones entendidas como dos modos distintos de aproximarse al derecho: el positivismo jurídico como toma de conocimiento y el iusnaturalismo como toma de posición; uno como aproximación caracterizada por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal o, con otras expresiones equivalentes, entre el derecho como hecho y derecho como valor, entre el derecho que es y el derecho que debe ser; y por la convicción de que el derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo; y

el otro como actitud crítica frente a las leyes positivas sobre la base de principios o valores de justicia externos a ellas.

Según Bobbio, la tesis a la que se aboca el iusnaturalismo es plenamente legítima y ha desempeñado y puede seguir desempeñando una función histórica indiscutible para la transformación y el diseño del derecho positivo existente. Hart sostiene, en suma, que el positivismo jurídico expresa en el estudio del derecho positivo, el punto de vista interno al mismo, mientras que el iusnaturalismo expresa el punto de vista axiológico externo.

La discusión entre estas dos posturas de concebir el derecho, luego de la segunda guerra mundial, ha tomado más fuerza en las últimas décadas que en los sesenta o setenta, época en que la mayoría de los iusfilósofos optaban por rendirse ante el inminente triunfo del positivismo jurídico, sin embargo, en los últimos años, como se dijo, se ha tornado distinta la manera de concebir las constituciones de la posguerra y el constitucionalismo, entendidos ahora como conjuntos de principios morales objeto de ponderación legislativa y judicial, o como sistemas de límites y vínculos de derecho positivo rígidamente impuestos a todos los poderes públicos. Con ello, se ha vuelto a la validez y a la justicia, en con argumentos totalmente distintos, a través de la discusión entre las tesis que separan o conectan al derecho y la moral.

Luego del indiscutible dominio del positivismo jurídico, sobre todo en Italia y en Alemania se dio paso al renacimiento del derecho natural como derecho vigente, dictado por el imperativo moral de no acreditar como válidas las leyes intolerablemente injustas impuestas por las dictaduras.

Por ello, el ataque al positivismo jurídico se da sobre la base del disvalor moral del derecho positivo frente a los principios irrenunciables de justicia; ahora, por el innegable valor moral de los principios constitucionales de libertad y justicia frente al resto del derecho positivo.

Es importante establecer cuál es la esencia del positivismo jurídico, ya que de ellos dependerá llegar a problematizar el asunto que se propone investigar.

El positivismo jurídico, defiende la teoría de la separación entre el derecho y la moral, formulada por Jeremy Bentham y Jhon Austin, retomada por Hans Kelsen, Herbert Hart, seguida también por Norberto Bobbio, mediante la cual no se quiere en lo absoluto determinar si las normas jurídicas tienen o no contenido moral, ni que deban o no tenerla, porque cuando las normas se expresan en términos morales, requieren para su aplicación, de decisiones interpretativas orientadas por opciones morales o, por juicios de valor. En ese sentido, la fórmula de separación equivale, en los ordenamientos codificados, a un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente. Dicha fórmula expresa el significado mismo del positivismo jurídico, según la cual es derecho cualquier conjunto de normas creadas por quien está autorizado para producirlas, independientemente de sus contenidos y, por tanto, de su posible injusticia.

La crítica para esta fórmula de la separación y, el ataque al positivismo jurídico, fueron inaugurados por Ronald Dworkin con su *Taking Rights Seriously* o "Tomando el Derecho en Serio" de 1977 y retomados y

ampliados por Robert Alexy, Carlos Nino, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, que han sostenido la tesis o la fórmula de la conexión entre derecho y moral. Esta tesis, en la actualidad seguida por muchos, es defendida ya no sobre la base de una duplicación del derecho, esto es, de postular un derecho natural supraordenado al derecho positivo, sino en el marco de una distinción en sentido fuerte entre principios y reglas y de la configuración de los primeros, empezando por los constitucionales, como principios morales cualitativa y estructuralmente diferentes a las segundas, por susceptibles de ponderación y no de rígida aplicación. Dando paso al no – positivismo o pospositivismo jurídico, corrientes filosóficas de los actuales partidarios de las doctrinas del neoconstitucionalismo.

Esta discusión sobre las tesis que postulan el positivismo y el naturalismo jurídico, que han desembocado, finalmente, en el surgimiento de una nueva corriente filosófica, el pospositivismo, que recoge matices del naturalismo y de cierta manera del positivismo al evitar sus puntos débiles, esta discusión es sin duda la fuente conceptual y contextual para ubicarnos en el plano del universo, o en todo caso, el multiverso, donde habitan, funcionan y operan los principios, pues no todos conforman el ordenamiento jurídico (universo) de un Estado, sino que son piezas o elementos integrantes de la organización o composición misma de un Estado, sobre los cuales, en mi opinión no puede operar la ponderación.

Últimamente, siempre se ha venido discutiendo la importancia no sólo del reconocimiento de la existencia de los principios dentro del sistema jurídico, sino de diferenciarlos de las otras normas, llamadas reglas, ello, para

determinar sus características y bajo qué formas y circunstancias deben ser aplicadas.

Esta discusión no es el problema, el verdadero problema es que los operadores del derecho den por sentado la postura del neoconstitucionalismo en términos normativo-doctrinales, y la del pospositivismo en el ámbito iusfilosófico, aceptando con ello que existe una verdad absoluta dentro de la ciencia del Derecho; concepción que corre el riesgo de debilitar la normatividad de las constituciones frente al legislador, apoyando y promoviendo, más allá de sus márgenes inevitables, la discrecionalidad y el activismo judicial, minando de esta forma la jerarquía de las fuentes y la separación de poderes.

Por ejemplo, cuando el operador del derecho se convence de que el mandato o el principio constitucional que establece que el Juez no puede dejar de administrar justicia, significa que la discrecionalidad de éste aumenta ilimitadamente, rompe el principio de legalidad de las leyes por cuanto no existe norma aplicable, y se opone al poder legislativo que supone la dación de normas jurídicas que regulen la convivencia de la nación.

Las sentencias o como por antonomasia las hemos denominado en su conjunto como, jurisprudencia, en donde se aplican principios están a la orden del día, principios contenidos, citados y reconocidos por la misma jurisprudencia, por la ley, por la Constitución, por Tratados Internacionales, principios que son aplicados sin ningún tipo de análisis o discusión sobre su naturaleza, simplemente son aplicados porque alguien más los aplicó o

porque se dice en doctrina que deberían ser aplicados o, porque los principios adoptan esta nomenclatura en la ley.

Para ser más objetivos con lo afirmado en el párrafo anterior, se quiere citar a estas alturas la sentencia del Tribunal Constitucional en donde se precisan ciertos matices sobre la Dignidad Humana como principio y derecho, del cual se colige además, la falta de intensión para exponer qué se supone sería un principio, o por qué se llama principio y también derecho a la dignidad humana, indubitadamente, ello resulta una interesante pregunta que, obviamente, no tiene respuesta dentro de la sentencia, ni en la doctrina. Aquí la sentencia señala:

La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental; en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo, donde las posibilidades de los individuos se encuentran legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación de la dignidad humana (STC N.º 02273-2005-PHC/TC, F. J. 10)

En otra de sus sentencias, esta vez en materia laboral, el Tribunal Constitucional parece delimitar los alcances del principio de inmediatez, regulado en el artículo 31 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral Decreto Supremo N° 003-97-TR, estableciendo de esta manera que el principio de inmediatez tendría dos etapas definidas; sólo hasta ahí, el colegiado no ha precisado si estas etapas serían para la aplicación del principio, o para solo para respetar la prescripción que la norma ha establecido en la ley, nuevamente, sin lugar a dudas, los vacíos al abordar a un principio vuelven a surgir. Antes de continuar con la

presentación del asunto problemático, citaré a la letra el tratamiento que el Tribunal le da al principio de inmediatez:

El principio de inmediatez tiene dos etapas definidas:

(i) El proceso de cognición

(ii) El proceso volitivo

8. En consecuencia, [...] el principio de inmediatez resulta sumamente elástico, (Ibídem) teniendo en cuenta que incluso al interior de estas etapas se desarrolla un procedimiento, tal como ha sido señalado supra.

En líneas generales, haciendo un análisis lato de las dos sentencias, se denota que en ninguna se ha precisado el porqué de su aplicación, además, no se explica qué supone un principio dentro del ordenamiento jurídico, en el primer caso, se desarrolla a dignidad humana como principio y derecho, y de su tenue definición se podría pensar que dicho principio tendría que ser aplicado en la resolución de cualquier caso concreto, por el contrario, en el segundo caso, se invoca al principio de inmediatez que, además de encontrarse regulado en la ley, su naturaleza aplicativa solo calzaría dentro del derecho laboral, por estas y otras razones, es necesario establecer qué identifica a principio y si todos ellos deben ser tratados o concebido de igual modo.

La Ciencia Jurídica está contenida a su vez por diversas ramas del Derecho y cada una de ellas conserva su propia autonomía al momento de analizar e interpretar las normas que son parte de su círculo jurídico. Obviamente, el operador jurídico, que es quien realiza dicho trabajo de forma directa, en la actualidad, debe tener muy en cuenta, que nos encontramos dentro de un sistema jurídico en donde orbitan innumerables normas que contienen derecho de diversos tipos de alcance jurídico, y que su aplicación depende,

también, de toda una vasta gama de principios que existen para darle sentido al sistema.

Dichos principios se encuentran dirigiendo y conduciendo la convivencia judicial o jurisdiccional, la social, la económica, la política, entre otros, por ello, la claridad y precisión de sus alcances deben ser tales, que permitan atenuar la rigidez del sistema y proporcionarle a todo ámbito del derecho, fortaleza normativa, interpretativa y dogmática. En ello, radica la presente investigación, que sus resultados afecten no solo el sistema jurídico (ciencia del derecho), que es solo un componente del Estado, sino a todo, desde sus bases, hasta su organización, ello solo será posible si se logra establecer qué presupuestos iusfilosóficos lograrán distinguir o diferenciar un principio de otro, para obtener una clasificación de éstos, y con este aporte conseguir que en adelante los principios sean aplicados acertadamente por su alcance normativo.

La ciencia del Derecho ha sido consternada en las últimas décadas por las nuevas tendencias de concebir el derecho, la filosofía del derecho juega un rol importante dentro de este contexto, puesto que estas tendencias nacen de esta disciplina. La constitucionalización de las diferentes ramas del derecho es parte del neoconstitucionalismo y, se nutre, a mi criterio, del pospositivismo, puesto que el primero es la nueva visión del Estado donde su característica primordial es la supremacía de la Constitución sobre las normas legales; y el segundo, postula haberse dejado atrás la aplicación sólo de normas como reglas, reconociendo otro tipo de normas superiores llamadas principios que dotan de sentido la aplicación de las reglas; pero

qué principios, no serían otros que los constitucionales, sin embargo, existen principios no constitucionales que han sido reconocidos en las normas legales o leyes, en la jurisprudencia o en la doctrina, de los que no se tiene clara su forma y alcance de su aplicación. Esta situación nos muestra la necesidad de diferenciar a los principios, uno de otro, para poder clasificarlos de acuerdo a su alcance normativo y darle sentido lógico a su aplicación.

1.2. Formulación del Problema

¿Cuáles son los criterios iusfilosóficos para identificar, diferenciar y clasificar a los principios del Derecho?

1.3. Justificación

Dentro del sistema jurídico peruano donde se ha reconocido sino de manera explícita, de manera implícita, la existencia y operancia de principios, es necesaria para su adecuada aplicación y armoniosa convivencia con las demás normas del ordenamiento jurídico, el conocimiento que permita identificar a los principios y, además de ello, diferenciarlos unos de otros.

Este conocimiento sólo podrá ser obtenido mediante una apropiada investigación científica en el ámbito ontológico o de la filosofía del derecho, en la que se deberá determinar los presupuestos iusfilosóficos que permitan identificar a un principio y, diferenciarlo de los demás.

El resultado final de la aludida investigación, luego de saber cómo diferenciar un principio de otro, nos habilita la posibilidad de proponer una

clasificación de principios por su alcance normativo, atendiendo a que, coexisten principios dentro del ordenamiento jurídico que se encuentran dispersos en las diferentes ramas del derecho, algunos se aplican en una sola rama, otros en más de una, y algunos deben ser aplicados en todas las áreas del derecho.

Cómo saber, entonces, cuándo debo o no aplicar un principio o, cómo debo aplicarlo o, por qué debo hacerlo. De ahí la importancia o relevancia significativa de la investigación que se pretende desarrollar, sin duda, resultaría un aporte revelador para la ciencia del derecho.

No está de más precisar que, el resultado que osadamente pretende esta investigación, además del aporte a la ciencia del derecho, significará un apoyo sustancial para los operadores del derecho, al momento de interpretar el alcance normativo que la ley o la Constitución le otorgan a un principio, para abordar un caso concreto ya sea en el patrocinio o en la emisión de resoluciones.

Finalmente, se cree con certeza y convicción de que el pretendido resultado investigativo trascenderá, en más de una ocasión, a las discusiones que se originan en las aulas de las facultades de derecho sobre el tema de principios; de ahí, también, su justificada viabilización.

1.4. Hipótesis

Los criterios iusfilosóficos para identificar, diferenciar y clasificar a los principios del Derecho son:

- a. La naturaleza iusfilosófica de los principios.

- b. El alcance normativo de los principios.
- c. La funcionalidad de los principios en el sistema jurídico.

1.5. Objetivos

1.5.1. General

Determinar cuáles son los criterios iusfilosóficos para identificar, diferenciar y clasificar a los principios del Derecho.

1.5.2. Específicos

- a. Analizar la naturaleza iusfilosófica de los principios planteada por las corrientes iusfilosóficas: naturalismo, positivismo y pospositivismo.
- b. Identificar los principios de cada una de sus ramas de la ciencia jurídica que componen el ordenamiento normativo.
- c. Analizar el tratamiento y aplicación de los principios en la doctrina y en la jurisprudencia dentro de nuestro sistema jurídico.
- d. Proponer una clasificación de principios de acuerdo a los criterios iusfilosóficos planteados.

1.6. Ámbito de la Investigación: delimitación del problema

1.6.1. Espacial

El ámbito espacial de investigación, si bien se estudiarán los aportes iusfilosóficos de los más importantes representantes de las corrientes de la filosofía del derecho que versen sobre los principios, sin embargo, este estudio desembocará en la determinación de

presupuestos iusfilosóficos que permitan identificar y diferencias a los principios uno de otros, para finalmente proponer una clasificación de los principios por su alcance normativo. Cuando se alude que la clasificación será por su alcance normativo, quiere decir que los principios tendrán que ser extraídos de un determinado ordenamiento jurídico, en este caso será del peruano, por ello, el ámbito espacial de la investigación será el territorio peruano.

1.6.2. Temporal

En cuanto al ámbito temporal, como ya se mencionó en el ámbito espacial, por cuanto se trata de clasificar principios establecidos no sólo en jurisprudencia o doctrina, sino también en leyes y en la Constitución, se tendrá que esta investigación obedecerá, no en toda la investigación, sino sólo para la clasificación, a la vigencia de aquellas normas que contengan principios.

1.7. Tipo de Investigación

1.7.1. De acuerdo al fin que se persigue

A. Básica

Esta es una investigación básica, por cuanto lo que se pretende es aportar al conocimiento científico dentro de la ciencia del derecho en el ámbito ontológico del derecho, a través del análisis de las diversas posturas iusfilosóficas sobre la connotación de lo que es el derecho, para, extraer el estado de la cuestión de los principios, determinar presupuestos que permitan identificar a un

principio y diferenciarlos uno de otro, y proponer una clasificación de los principios por su alcance normativo. El aporte al conocimiento iusfilosófico será la propuesta de modelo de clasificación principios, lo que dotará, seguramente, tanto a la academia jurídica como al operador jurídico, de altos estándares de posibilidades reflexivas cuando se analice abstracta o concretamente, los principios jurídicos.

1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Explicativa

Se explicó el tratamiento que las diferentes ramas de la filosofía del derecho como el iusnaturalismo, positivismo, pospositivismo, le dan a los principios del Derecho, concerniente al lugar, función, jerarquía, naturaleza, de este tipo de normas. También, se explicó por qué la función, naturaleza y alcance normativo de los principios son los criterios que permiten identificar a los principios jurídicos, además facilitan su diferenciación y una probable clasificación siguiendo los criterios antes aludidos.

B. Propositiva

Esta es una investigación propositiva, por cuanto, luego de analizar a los principios en la filosofía del derecho para establecer presupuestos lógicos y racionales que permitan identificar a un principio y diferenciarlos uno de otro, se plantea

una clasificación de los principios de nuestro ordenamiento jurídico por su alcance normativo.

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

Esta es una investigación cualitativa, porque no se cuenta ni se pretende recoger datos repetitivos, información numérica o de cualquier otra índole que tenga esta naturaleza, para procesarlos estadísticamente o en grado de porcentaje; sino que la información que se maneja es diversa y vinculada al propósito de verificar lo que se plantea en la posible respuesta, es decir, establecer presupuestos que permitan identificar a un principio y diferenciarlos uno de otro, y proponer una clasificación de los principios por su alcance normativo.

1.8. Métodos de Investigación

1.8.1. Genéricos

A. Deductivo

El método deductivo se caracteriza por el planteamiento de soluciones hipotéticas que se van corroborando con la utilización de la argumentación siguiendo reglas de razonabilidad. En el trabajo de tesis que se realiza, lo empleamos, puesto que, partimos de la idea general de lo que suponen los principios dentro del campo de la filosofía del derecho para luego introducir

dichas precisiones en el campo operativo del Derecho, es decir, proponiendo un orden o clasificación, útil para su futura aplicación.

B. Analítico

Este método supone la desmembración de un todo para poder examinarlo o escudriñarlo de manera introspectiva y extrospectiva y conocer las características más irreductibles. Por ello, lo empleamos para examinar la discusión epistemológica del derecho en el seno del iusnaturalismo y del positivismo para entender qué rasgos genéticos han transmitido al pospositivismo estas dos corrientes iusfilosóficas, a fin de comprender mejor la teoría principialista planteada por esta corriente. Con este análisis se logra sustentar que no todo principio es un derecho fundamental, y por tanto, a partir de ello, se construyeron los criterios iusfilosóficos que permiten identificar, diferenciar y, probablemente, clasificar a los principios del derecho.

C. Sintético

El método sintético permite la identificación y posterior aprovechamiento de determinados sectores del conocimiento científico, por su nivel de importancia y necesidad, para comprender un determinado fenómeno o plantear nuevas hipótesis que aporten a la explicación del mismo o de otro.

Este método, es importante dentro del mundo científico jurídico, puesto que el conocimiento es casi ilimitado; en el desarrollo de la Tesis se empleó para ayudarnos a reconstruir de manera concisa las ideas de los pensadores de la filosofía del derecho, orientadas a la concepción del derecho y sus principios.

D. Dialéctico

Ya que, a través de este método se investiga la verdad mediante el intercambio de proposiciones o tesis y contraposiciones o antítesis. Así en el presente trabajo de investigación se desarrollan las posturas del iusnaturalismo y del positivismo frente a la regulación y reconocimiento de los principios en el derecho.

1.8.2. Propios del Derecho

A. Hermenéutico

Se utilizó el método hermenéutico, referido a la interpretación literal, ordenada y concordada con diversos campos del conocimiento. Fue útil para esta investigación, sólo cuando se establecieron las propuestas interpretativas de los principios regulados en las normas jurídicas legales o constitucionales.

Dentro de la hermenéutica que es el conjunto de métodos que permiten el estudio de un texto, está la escuela exegética que tiene como característica más importante o fundamental a la literalidad. Por tanto, fue útil para nuestra investigación cuando

se analizaron normas jurídicas, con el afán de identificar los principios de las diversas ramas del derecho.

B. Dogmático

También, se utilizó en esta investigación el método dogmático, que tiene como característica esencial la construcción de dogmas o elaboración de constructos lógicos. Fue útil para nuestra investigación por cuando nos ayudó a formular los constructos o posiciones o criterios iusfilosóficos para identificar a los principios a fin de poder diferenciar entre estos y lograr finalmente su clasificación.

1.9. Técnicas e Instrumentos de Investigación

1.9.1. Técnica

La técnica de investigación que se utiliza en esta investigación es el análisis de contenido, ya que se tuvo que analizar diversos textos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, a fin de estudiarlos, procesarlos y sintetizarlos, para, emplear ese conocimiento en la identificación y diferenciación de los principios y lograr su clasificación teniendo como criterio el alcance jurídico normativo. Esta técnica fue la más adecuada y pertinente para la ejecución de la presente Tesis, porque se trata de una tesis doctrinal, desarrollada a un nivel, meramente, abstracto, por tanto, la investigación no exige la necesidad de una unidad de análisis, puesto que el fenómeno epistemológico (principios), proviene y se disgrega por diferentes

campos de la ciencia jurídica. Respecto del patrón (código) o factor de análisis, éste se encuentra manifiesto en la extensión de la Tesis, cuando se analiza el punto de vista ontológico y axiológico que el naturalismo, positivismo y, el pospositivismo, le atribuyen a los principios del Derecho. Respecto de la regulación normativa de los principios, se tiene como código o patrón de análisis, la especialidad jurídica. El resto de la Tesis, abarca una propuesta inédita de los principios.

1.9.2. Instrumento

Se tiene como instrumento para el análisis de contenido, una hoja guía, que, dará un orden sistemático a la investigación a realizarse, la cual se divide en tres secciones, la primera se compone de los nombres de textos normativos, la segunda, de títulos de obras y autores de la filosofía del derecho y, la tercera, organiza la jurisprudencia de manera cronológica.

1.10. Estado de la Cuestión

En esta fase o etapa de de la investigación se han encontrado, se han considerado diversos textos doctrinales sobre filosofía del derecho con los mismo autores que se desarrollan, también, en la presente investigación, por ello, se tiene a bien considerarlos dentro del estado de la cuestión. Son trabajos que merecen ser consideradas parcialmente precursores de la presente investigación, tocan los asuntos relacionados a las funciones, características y concepciones de los principios.

En 2015, en la Escuela de Estudios de Postgrado de Doctorado en Derecho, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad De San Carlos De Guatemala, se realizó una investigación titulada: “Los Principios Generales del Derecho en el Razonamiento Jurídico” por Jorge Raúl Arroyave Reyes; al final del trabajo de investigación, se confirmó parcialmente la hipótesis formulada, ya que los principios generales del derecho, si bien es cierto no constituyen las normas más generales y abstractas como se planteó en la misma, si representan para el derecho las máximas que justifican la aplicación de las normas jurídicas o de la técnica de interpretación de éstas, o bien de argumentación de los juristas para resolver un caso determinado, sea por ausencia o no de la ley, y que se encuentran de manera explícita o implícita en el ordenamiento jurídico de cada Estado.

En 2016, en la Universidad Santo Tomás en la Facultad de Derecho Primera Cohorte - Bogotá, D.C.; se desarrolló el trabajo de investigación titulado: “El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad” por Jaime Alberto Sandoval Mesa (2016); la tesis doctoral estudió el proceso de transformación del principio de legalidad penal en Colombia, a partir de su concepción sustancial. Sobre esta base, el principio analizado se define en razón de las tensiones actuales que se presentan entre el concepto de ley positiva y sus divergencias con respecto a los elementos de justicia material y seguridad jurídica. Todos ellos integrantes de un principio mayor que los contiene en el Estado Social de Derecho relativo al principio de Legitimidad.

Se debe considerar, también, y primordialmente, dentro del Estado de la Cuestión de la investigación, a la obra de Humberto Ávila titulada Teoría de los Principios, pues, en su desarrollo realiza un análisis crítico de la teoría principialista planteada por el pospositivismo, por ejemplo, señala que, en su opinión, las reglas también pueden ser objeto de ponderación, pues, no se rigen como señala la doctrina filosófica moderna, a la regla del todo o nada.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Aspectos ius – filosóficos

2.1.1. Enfoque iusfilosófico de la investigación

La presente Tesis tiene como fin determinar los criterios iusfilosóficos para identificar, diferenciar y clasificar a los principios del Derecho; ello, porque este tipo de preceptos se encuentran distribuidas dentro del ordenamiento jurídico en el ámbito legislativo, normativo, jurisprudencial y hasta doctrinal.

Los principios que los operadores del derecho aplican en el tráfico jurisdiccional son entendidos desde la óptica pospositivista, cuando se garantiza el reconocimiento, la eficacia y respeto pleno de los derechos fundamentales, sin embargo, cuando aplican los principios contenidos en las normas jurídicas, toman en cuenta las reglas interpretativas de validez del positivismo jurídico, así convivimos, con diferentes corrientes de la filosofía del derecho, sólo la historia nos ha dicho que dicha convivencia ha sufrido ya hace tiempo un divorcio irreversible, ello, a causa de la introducción de los derechos fundamentales dentro de las Constituciones.

En ese sentido, se presenta en nuestro enfoque iusfilosófico, primero, la ubicación de nuestro problema jurídico, luego, la evolución paulatina de las corrientes iusfilosóficas respecto de los principios, para llegar al estado de la cuestión.

Puesto que la discusión para determinar que el Derecho es ciencia o no, se ha convertido en una tarea redundante, se ha creído conveniente establecer a grandes rasgos los problemas generales dentro de la ciencia del Derecho. Los resultados de esta determinación epistemológica han resultado ser útiles para identificar y ubicar el lugar donde se desarrollará nuestra investigación dentro del complejo campo del Derecho.

Así, entre los problemas epistemológicos del derecho pueden disponerse en tres planos o acepciones: i) el ontológico, ii) la teoría general del derecho y iii) las normas jurídicas (normas, derecho, hecho y valor).

En esta investigación se pretende determinar cuáles serían los criterios iusfilosóficos que permitan la identificación y diferenciación entre los principios del Derecho. Dado que el término principios no es nuevo, para ubicar nuestra investigación dentro de un plano epistemológico, es preciso señalar qué se entiende por ellos en la corriente naturalista y positivista, que son los modelos epistemológicos más antiguos y contiguos en el tiempo, los mismos que provocaron un riquísimo marco filosófico dentro del Derecho, al tratar de deslindar un modelo del otro. Fue de la discusión de estos dos modelos, además, según Bobbio (2015) que, surgió las inevitables bases o aristas del pospositivismo jurídico y del neoconstitucionalismo.

Según las Tesis naturalistas del Derecho, existen ciertos principios en relación con el bien o el mal de carácter universal; leyes naturales o derechos naturales, que actúan como marco extralegal. El contenido de dichos principios es cognoscible por el hombre mediante la razón. De esto, se puede determinar que, el iusnaturalismo utiliza la metafísica para explicar cómo debería ser el derecho, teniendo como base las leyes o principios naturales y universales, sin duda, esta discusión la ubicaremos dentro del problema ontológico del Derecho, pues, como ya se mencionó el iusnaturalismo buscaría establecer cómo debería ser el Derecho mediante un dilema conceptual.

En cuanto al positivismo jurídico, es demás conocido que, se caracteriza por su neutralidad valorativa, es decir, pretende determinar el derecho formalmente válido, sin realizar algún juicio de valor; pues, para esta corriente, se considera como derecho válido exclusivamente aquel que se ha producido siguiendo los requisitos formales establecidos en su seno. En suma, según Gutiérrez Casas (2001) en el iuspositivismo el tratamiento sobre principios, se centra en establecer cómo se determina la validez de los principios contenidos en el derecho, más no se trata de construir una teoría del derecho basada en principios, ni especular acerca de si constituye un deber actuar conforme a los principios contenidos en el ordenamiento jurídico. Indefectiblemente este tratamiento principialista lo ubicaremos dentro del problema epistemológico de la Teoría General del Derecho, pues, se trata de establecer si los

principios son válidos o no, dentro del ordenamiento jurídico, para darles grado jerárquico dentro del ordenamiento jurídico.

Es sabido que, luego de la segunda guerra mundial y, del triunfalismo del positivismo jurídico sobre el iusnaturalismo, empezó a surgir un pensamiento ecléctico de concebir el derecho, ni como norma pura válida ni como derecho de facto o natural, se le dio un valor más profundo de válido o moral, para hablar de justicia, pero no de la justicia nacida de la norma, pues, es base del positivismo que sea justa toda norma válida, ni la justicia del deber ser de la naturaleza del hombre, sino de la justicia nacida la valoración de norma y las libertades de la persona como ser humano.

Al reconocimiento de los derechos humanos y su introducción dentro de las Leyes Fundamentales o Constituciones, fue inminente un cambio de paradigma en el entender del Derecho, pues, así como separación de poderes no podía ser quebrantado, lo mismo sucedería con los derechos fundamentales de las personas. Ello, sin duda representó y, en la actualidad, representa un desafío mayúsculo para el Derecho, deslindar las líneas finísimas que existen entre los derechos de las personas, las bases de un Estado y su ordenamiento jurídico.

Así, surge el pospositivismo jurídico, como una alternativa de solución a lo que el iusnaturalismo y el positivismo ya no les alcanzó, buscando un modelo firme pero que se adecúe a la exigencias del nuevo modelo jurídico constitucional, provocando el cambio del

Imperio de la Ley al Imperio de la Constitución, lo que llamamos Estado Constitucional de Derecho, y con ello, el surgimiento del nuevo modelo constitucionalista: el neoconstitucionalismo, que sin duda, tiene como base la supremacía de la Constitución. Desde entonces, el ordenamiento jurídico entraría en un proceso de constitucionalización, efecto inevitable del nuevo modelo.

De allí, que surge la teoría principialista, pues para respetar los derechos fundamentales de la persona en la interpretación y aplicación de las leyes, era necesario que existan instrumentos jurídicos (abstractos) que sirvan de guía para los operadores del Derecho. Estas guías que le darían sentido y moldearían los efectos de las leyes, serían denominados principios.

Siendo así, las bases declaradas y reconocidas del pospositivismo jurídico vienen a ser el Estado Constitucional de Derecho, la teoría de principios y la conexión del derecho y la moral (diferente al iusnaturalismo).

Entonces, de lo que se ha señalado, se podría decir que, la teoría de los principios afecta no solo al plano ontológico del derecho (pues haber reconocido derechos fundamentales cambiaría claramente el concepto de derecho), sino, la Teoría General del Derecho, dado que los principios regularían la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, éstas últimas ya no obedecerían solamente a la jerarquía dejada por el iuspositivismo. En cuanto al plano ontológico, por cuanto en las diferentes épocas de la historia el

derecho ha sido entendido como un orden normativo aplicado según leyes tanto naturales como morales para ejercer control social y consolidar el modelo de Estado o sistema político implantado, en ese sentido, los principios han tenido funciones diversas pero sobre todo han permitido la interpretación y aplicación del orden normativo, sin embargo, esta teoría principialista que plantea que los derechos fundamentales son principios, idea, asimismo, su propia forma de aplicación, a través de la argumentación lógica, por tanto, el nuevo paradigma de la concepción de los principios impacta, sin duda, el aspecto ontológico del derecho. Ahora, en cuanto se refiere a la Teoría General del Derecho, ya que es la una de las ramas que creen haber encontrado el objeto de estudio del Derecho, a través del estudio de las normas jurídicas, también se ve afectado por un nuevo paradigma principialista, ya que el orden normativo siempre fue ordenado según principios como el de jerarquía o seguridad jurídica, que evidentemente, no son derechos fundamentales, porque, es la teoría principialista del positivismo que denomina principios a aquellas normas con contenido axiológico o moral, llamados por todos derechos fundamentales, si esta propuesta de principialismo introduce tal concepción, es clara la afectación a la Teoría General de la Norma Jurídica, porque origina un estado de interdicción jerárquica y/o inseguridad normativa.

En conclusión, la pretensión investigativa, se ubicará en el plano ontológico y en la teoría general del Derecho, pues el positivismo cambia el paradigma conceptual del derecho, pero introduce

también, un revolucionario modelo para la organización del ordenamiento jurídico (estático) y su funcionamiento (sistema jurídico, dinámico).

Esta investigación, se ve sumida, por demás está decir, voluntaria u obligatoria, sino necesariamente dentro del pensamiento pospositivista del derecho, pues tienen como base la supremacía de la constitución y sobre todo teoría de los principios. Sin embargo, para evitar disforias jurídicas o disonancias cognitivas respecto del conocimiento jurídico, se debe precisar que el pospositivismo no es una corriente filosófica al igual que el positivismo, que surge de un planteamiento claro de lo que quiere de la ciencia y de sus métodos para producir más conocimiento científico, sino que, llamo pospositivismo, más bien, a todo concepto o propuesta teórica – filosófica del Derecho, surgida después del decaimiento del positivismo, a consecuencia de la introducción de los derechos fundamentales a las constituciones, hecho que fue provocado por la agudización del antropocentrismo por todas las ramas de ciencia.

En cuanto a la teoría principialista, se precisa que, ésta solo encierra como base la discusión y distinción entre principios, es de este deslinde que se plantean las diversas definiciones de principios. Nacen también de esta diferenciación entre principios y reglas, la discusión sobre la discrecionalidad. Pero la más importante disyunción que surge de la teoría principialista es la consideración de los derechos fundamentales como principios.

Los derechos fundamentales no sólo son los recogidos por la Constitución, por lo menos no en Perú, pues contamos con una lista *numeros apertus*, sin embargo, hablando de principios, existen como tales no sólo en la Constitución, sino que los podemos encontrar recogidos en normas legales, en la jurisprudencia judicial y constitucional, en los tratados con alcance y afectación constitucional, en la doctrina autorizada. Entonces, la teoría principialista no considera otros principios que no sean derechos fundamentales; pensar en la razón no resulta tan difícil, pues, ésta se centraría justamente en el respeto de los derechos fundamentales al aplicarse las leyes y la propia Constitución. Utilizando la lógica simple, diríamos a razón de esta teoría, que todo derecho fundamental es un principio, pero no todo principio es un derecho fundamental.

Pero, entonces, si ello es así, resulta de imperante necesidad establecer criterios que permitan diferenciar a los principios dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para contribuir a la consolidación del modelo iusfilosófico al que se entregan voluntariamente, algunos, y muchos obligados a aceptarlo y, por ende, al Estado Constitucional de Derecho (o supremacía de la Constitución).

Ruiz Ruiz (2012), filósofo español, ya ha determinado tres características que todo principio debería tener, estos son: la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. Lógicamente, estas características partes de aceptar la distinción entre principios y

reglas y, de aceptar que los derechos fundamentales son principios, pero como decíamos anteriormente, qué de aquellos principios proclamados en las leyes y en la jurisprudencia, acaso siguieron este patrón para su reconocimiento.

Finalmente, si analizamos principios dentro del exigido régimen iusfilosófico actual, no podemos soslayar el alcance constitucional, pues, el proceso, obviamente será afectado por la Constitución y el resultado, afectará su concepción. Si existen principios fuera de la norma fundamental y general que regula la aplicación e interpretación de las demás normas, los principios legales deberían también obedecer a los principios constitucionales, como toda norma legal dentro un Estado Constitucional. Dichos términos, no son utilizados por la teoría principialista, pues como se dijo, ésta solo se ha ceñido para diferenciar entre principios y reglas; de ahí la relevancia constitucional de la presente investigación.

2.1.2. Principios

A. Desde el Iusnaturalismo

La obra de Bobbio (2015), sin duda, es la fuente perfecta donde se puede contemplar qué son los principios para el mundo natural del derecho, este trabajo inminentemente acertado del tratamiento correlacional entre el positivismo y naturalismo jurídico nos genera una inmensurable cantidad de información respecto de esta corriente jurídica, primer modelo epistemológico del Derecho, no comúnmente fácil de hallar.

Así, el iusnaturalismo, según el aludido autor, afirma la superioridad de derecho natural sobre el derecho positivo. Esta superioridad ha sido sostenida, en grandes líneas, de tres maneras que distinguen tres formas típicas de iusnaturalismo: el escolástico, el racionalista moderno y el hobbesiano.

El derecho natural, explica Bobbio (2015) es el conjunto de principios éticos primeros, muy generales, de los cuales el legislador humano debe tomar su inspiración para la formulación de las reglas de derecho positivo: este último, según la conocida exposición de santo Tomás, procede de los que es natural, *per conclusionem*, o *per determinationem*. En esta acepción, el derecho natural es un sistema compuesto de poquísimas normas (según algunos, de una sola norma), que tienen por destinatarios no ya a todos los hombres, sino principalmente a los legisladores. Del hecho de que los destinatarios del derecho natural sean en primer lugar los legisladores, surge la consecuencia de que los súbditos, en algunos casos, están obligados a obedecer incluso las leyes injustas, porque están legítimamente promulgadas.

El derecho natural, sigue Bobbio (2015), es el conjunto de *dictamina rectae rationis* que proporcionan la materia de la reglamentación, mientras que el derecho positivo es el conjunto de los medios práctico-políticos (como a institución y la organización de un poder coactivo) que determina la forma de

aquellas; o con otras palabras, el primero constituye la parte preceptiva de la regla, aquella que atribuye la calificación normativa a un determinado comportamiento, y el segundo la parte punitiva, aquella que hace efectiva la regla en un mundo que, como el humano, está dominado por las pasiones que impiden a la mayoría seguir los dictámenes de la razón.

Según la terminología kantiana, que en mi opinión reproduce exactamente este punto de vista, la distinción entre derecho natural y derecho positivo corresponde a la distinción entre derecho preceptivo y derecho perentorio: aquello que cambia en el derecho positivo con respecto al derecho natural no es el contenido, sino los diversos procedimientos utilizados para imponerlo. En esta acepción, el derecho natural es el producto de las relaciones de coexistencia de los individuos fuera del Estado (es decir, en el estado de naturaleza) y tiene, por lo tanto, como destinatarios no solo al legislador sino también a los individuos singulares. (Bobbio, 2015, p. 125)

El derecho natural es el fundamento o sostén de todo el orden jurídico positivo. A diferencia de lo que ocurre en la teoría precedente, aquí el contenido de la reglamentación está exclusivamente determinado por el legislador humano (el soberano): la función del derecho natural es pura y simplemente la de dar un fundamento de legitimidad al poder del legislador humano, prescribiendo a los súbditos la obediencia a todo

aquello que ordena el soberano. En esta concepción, que caracteriza, según la opinión del autor aludido Bobbio (2015), la teoría de Hobbes, el derecho natural queda reducido a una única norma. En la sociedad de iguales: “Hay que cumplir las promesas”; en la sociedad de desiguales: “Hay que obedecer las órdenes del superior”. Como se ve, en esta concepción la ley natural sirve únicamente para poner en movimiento el sistema; pero una vez puesto en marcha, este funciona por sí mismo.

La Ley natural, así concebida, tiene por destinatarios exclusivamente a los súbditos. Comparándola con la concepción precedente, se invierten aquí los papeles entre el derecho natural y el positivo: aquí el derecho natural hace posible la aplicación del derecho positivo en el sentido de que funda su legitimidad; allí el derecho positivo hace posible la aplicación del derecho natural en el sentido de que asegura su efectividad. En la doctrina kantiana el derecho es enteramente natural, salvo en el mecanismo de la coacción; en la doctrina hobbesiana es enteramente positivo, salvo en el procedimiento de legitimación. Esta segunda concepción representa, también históricamente, el paso del iusnaturalismo al positivismo jurídico. (Bobbio, 2015, p. 125)

Toda regla de conducta atribuye facultades, poderes y deberes: pero solo la regla de conducta de carácter jurídico, según el uso lingüístico de los juristas, atribuye facultades, poderes y deberes

garantizados por un poder coactivo organizado. Ahora bien, lo que falta a la ley natural es precisamente el elemento característico del derecho, es decir, la eficacia. El derecho natural es un derecho desarmado. Nadie niega que sea capaz de expresar una exigencia, una proposición de un derecho futuro, pero mientras no encuentre la fuerza para hacerse valer no es derecho en el sentido corriente de la palabra, es, como mucho, derecho en un sentido equívoco o incluso incorrecto. Todo el mundo sabe que, en la fase actual de desarrollo del derecho internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos no constituye una declaración de derechos, sino de piadosos deseos. (Bobbio, 2015, p. 156)

Una constatación histórica de la ambigüedad del término derecho puede observarse considerando la doctrina jurídica kantiana. Bobbio (2015), señala que Kant, como todos los iusnaturalistas, distingue entre el estado de naturaleza regido por leyes naturales y el estado civil regido por el derecho positivo. Pero, dándose cuenta de la diversidad entre los dos estados en relación con el carácter del derecho en vigor en cada uno de ellos, Kant afirma que mientras el primero es un estado provisional, el segundo es perentorio. En algunos pasajes, sin embargo, dando por supuesta la idea de que este carácter perentorio es esencial al derecho, califica al estado de naturaleza como estado no jurídico y lo contrapone, en cuanto único estado jurídico posible, al estado civil. Ello confirma que,

según Kant, el derecho natural es un derecho inferior al derecho positivo, hasta el punto de dejar de ser derecho cuando se opone al derecho en sentido riguroso.

Bobbio (2015), refiere que, tómense como ejemplos a Hobbes, a Locke, a Rousseau o a Kant, por no citar sino los grandes nombres, se advertirá, en todos ellos, la misma preocupación: el estado de naturaleza es aquel que los hombres han tenido que abandonar o por interés o por necesidad histórica o por deber moral. La humanidad ha tenido que abandonar el estado de naturaleza porque es un estado peligroso, imposible o injusto, según los diferentes puntos de vista, un estado que, en definitiva, no conviene al hombre en sociedad, para quien el único estado adecuado es el estado civil.

Uno de los caracteres constantes de la literatura sobre el derecho natural es el que yo definiría con la fórmula “quiebra del estado de naturaleza”. El estado civil, es decir, el estado en el que las reglas de conducta del hombre en sociedad derivan no de su conformidad con la razón, sino de que dichas reglas están garantizadas por el poder soberano, representa el único estado posible para la vida social del hombre, la salvación del hombre frente a los inconvenientes del estado de naturaleza, el refugio seguro y estable contra la libertad desenfrenada del estado de naturaleza. (Bobbio, 2015, p. 158)

B. Desde el positivismo

En las últimas décadas ha sido tema de interés, desde diversas perspectivas, el papel que juegan los principios en el derecho. El profesor Gutiérrez Casas (2010) de la Universidad de Juárez, México, realiza un análisis crítico, explicativo y didáctico, de qué relación tuvo el tratamiento de los principios con el positivismo jurídico; este trabajo es importante, porque muchos circunscriben la discusión o la teoría de los principios dentro de la corriente pospositivista, negando que ésta trasciende del positivismo jurídico.

En los estudios sobre el estado constitucional de derecho, el tema de los principios es primordial, ya que los operadores jurídicos, en sus actuaciones, están obligados a respetar las normas constitucionales, de las cuales gran parte de ellas están plagadas de principios. En la dogmática jurídica, señala Gutiérrez Casas (2010): “Se hace una serie de análisis acerca de los principios contenidos en las diversas ramas del derecho, y de la trascendencia que éstos tienen para las demás normas de un sistema jurídico”.

Por lo que respecta a la filosofía de derecho, se discute en torno a la influencia de los principios en el derecho, al igual que la moral en éste. Por último, señala Gutiérrez Casas (2010): “En la teoría general del derecho, el tema de los principios se ve, de forma preferente, como un problema de validez”.

Para el profesor mexicano, el asunto esencial de su desarrollo, es, tratar de responder a la pregunta, si para el positivismo jurídico los principios son algo distinto a las normas jurídicas y, por tanto, ¿cuál será el proceso para darle validez a los mismos? Pero, como en todo ensayo que se pretende acercarse más a un estudio científico o filosófico, parafraseando a Gutiérrez Casas (2010), es necesario aclarar, para efectos de este estudio, algunos aspectos. En primer lugar, cuando hablamos de positivismo jurídico, a cuál de todos nos referimos y, en segundo lugar, qué vamos a entender por principios. Una vez acotados estos conceptos podremos definir cómo se determina la validez de los principios, por parte del positivismo jurídico.

Cuando se habla de positivismo jurídico no siempre nos referimos a los mismos aspectos. Así señala Gutiérrez Casas (2010), citando a Norberto Bobbio, que, en un estudio amplio que hizo sobre el tema, afirmó que el positivismo jurídico contiene diversos caracteres y los agrupa en tres corrientes distintas:

a) Como una forma de abordar el estudio del derecho, que se caracteriza por su neutralidad valorativa, es decir, pretende determinar el derecho formalmente válido, sin realizar algún juicio de valor; se considera como derecho válido exclusivamente aquel que se ha producido siguiendo los requisitos formales establecidos en su seno.

b) Como una determinada teoría del derecho que parte de seis concepciones fundamentales: 1. La teoría coactiva del derecho. 2. La teoría legislativa del derecho. 3. La teoría imperativa del derecho; 4. La teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico. 5. La teoría de la plenitud del ordenamiento jurídico, y 6. La teoría de la interpretación lógica del derecho.

c) Como una determinada ideología del derecho que puede describirse en el postulado de un deber absoluto e incondicionado de obedecer la ley. Por tanto, justo sería realizar nuestros actos conforme la ley lo determina, independientemente de su contenido.

Gutiérrez Casas (2010), se centra en establecer cómo se determina la validez de los principios contenidos en el derecho, más no haremos una teoría del derecho basada en principios, ni especularemos acerca de si constituye un deber actuar conforme a los principios contenidos en el ordenamiento jurídico.

Para ello, es preciso observar la diferencia entre principios expresos y principios no-expresos. En este sentido, diremos que los primeros son aquellos formulados de manera explícita en una disposición constitucional o legislativa; mientras, los segundos carecen de disposición, sino se elaboran o construyen por los intérpretes, quienes al formular un principio no-expreso, no actúan como legisladores, sino asumen que tal principio sea

implícito, latente, en el discurso de las fuentes. (Gutiérrez Casas, 2015, p. 79)

Centraremos la discusión de este desarrollo, de forma esencial, en los principios no-expresos, debido a que los expresos encontramos su identificación, o validez, en los procesos de creación de normas, formulados por autoridades que tienen la competencia para instituir disposiciones jurídicas como las normas constitucionales o normas secundarias. El problema radica, según Casas, sobre todo, en la identificación de los principios no expresos, ya que aparentemente, los positivistas más emblemáticos, Kelsen y Hart, no identifican, a través de sus teorías acerca de la validez, tales principios del derecho.

Kelsen (1993), en la Teoría pura del derecho, escribe que la fundamentación de la validez de una norma positiva que obliga obedecer determinada conducta, se efectúa a través de un procedimiento silogístico. En el cual existe, por un lado, una premisa mayor, una norma válida que ordena comportarse de conformidad con lo estipulado por una persona determinada; por otro lado, tenemos la premisa menor, que afirma un hecho, que consiste en que una persona ha ordenado que uno debe actuar de determinada manera. Por último, la conclusión sería la norma válida que indica que uno debe comportarse de conformidad a lo estipulado por aquella persona. De acuerdo con Kelsen, lo que le da validez a la norma establecida como conclusión, no es el

hecho afirmado como premisa menor, sino la norma establecida como válida, que funciona como premisa mayor. La premisa menor funciona como la constatación de un hecho, en tanto, la premisa mayor determina la validez de la norma que obliga obedecerse, que funciona como conclusión.

Ahora bien, continua el profesor Gutiérrez Casas (2010), la norma que funciona como premisa mayor es una norma fundamentada en otra premisa mayor, hasta llegar a aquella norma que ya no pueda basarse en un procedimiento silogístico. Es decir, llega el momento en que una norma no sea el resultado de un hecho impuesto por la voluntad de una persona, en este caso la norma fundante básica es colocada como la iniciación de una escalada de silogismos, sin que ella sea afirmada como conclusión de un silogismo superior que dé fundamento a su validez.

Lo que se quiere decir con esto, es que no puede cuestionarse la validez de la norma fundante básica porque no es una norma impuesta, sino presupuesta. Con ello, no podemos confundir la norma constitucional con la norma fundante básica, ya que la primera, es impuesta por el autor de la Constitución, constituyente, mientras que la segunda, es el fundamento de la norma constitucional. Gutiérrez Casas (2010) señala: “Al señalarse que la norma fundante básica es presupuesta, significa que es el apoyo de la Constitución y de todo el sistema

jurídico, pero, aquélla no tiene base alguna, ya que no es una norma pensada, no impuesta por una autoridad”.

Un acto de autoridad, sigue desarrollando el profesor Gutiérrez Casas (2010) como la de un jefe de Estado, tiene su soporte en una ley dictada por el parlamento, que, a su vez, existe el deber de obedecer dicha ley, porque el constituyente estableció tal obligación en la Constitución. Sin embargo, el deber de cumplir con lo estatuido en ésta, se deriva de la norma fundante básica que es una norma pensada, no impuesta por una autoridad. En un caso práctico, cuando se discute sobre el deber de obedecer la Constitución, estamos pensando en el fundamento de ese deber, en la norma fundante básica, pero, no nos cuestionamos en el fundamento de ésta. Es decir, la norma fundante básica sirve de esquema de explicitación conceptual de los actos del constituyente, quien crea la Constitución y se le da validez a la misma.

Si bien, los principios del derecho son viejos conocidos de los juristas, el debate se inicia con un trabajo de Dworkin en 1967, por ello, en la obra de Kelsen no se alcanza a percibir una explicación concreta en torno a este tema. Es por eso, que trataremos de interpretar, según lo señalado antes alrededor de este autor, cómo podríamos identificar los principios del derecho, expresos como no-expresos. (Gutiérrez Casas, 2010)

Sigue señalando en profesor Gutiérrez Casas (2010), y establece; tomemos como ejemplo el principio instituido en el artículo 18, de la Ley Federal del Trabajo en México, que establece: "en la interpretación de las normas del trabajo se tomarán en consideración sus finalidades señaladas en los artículos 2 y 3 en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador". El deber de cumplir este principio expreso en la ley, se deriva del hecho que el legislador haya establecido dicho principio, porque a su vez existe una norma superior de carácter constitucional, que obliga a cumplir lo estatuido por el legislador. Con esto queremos dar a entender que la forma para identificar un principio expreso y otra clase de norma, no existe diferencia alguna, si acaso existe distinción, ésta es de grado, es decir, de contenido.

Por otro lado, el fundamento de un principio expreso en la Constitución, como el que se establece en el artículo 6 constitucional, consistente en que la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial, se deriva de la norma fundante básica, que obliga obedecer lo establecido por el constituyente. Por tanto, en la identificación de un principio constitucional y de otra norma constitucional, nos basaremos en la norma fundante básica. Lo que representa un problema en la teoría normativa de la norma fundante, pues, quién fundó la norma fundante, ello a continuación, resultaría ser el problema del planteamiento Kelseniano.

El problema, en apariencia, más difícil de resolver en la teoría de Kelsen, parafraseando al profesor Gutiérrez Casas (2010) sería la identificación de los principios no-expresos, sobre todo, tomando en cuenta que éstos existen a través de la actividad de los jueces. Por tal motivo, la identificación de dichos principios se da a través de la interpretación que hacen los jueces y, por tanto, se vuelve una función creadora de principios. Un juez, al tratar de resolver un caso concreto, puede invocar un principio no-expreso en una norma constitucional o legislativa y ello le permitiría tomar la decisión en un sentido u otro, pero, en realidad qué nos obliga a cumplir con una sentencia emitida por un juez, quien invocó un principio no-expreso.

La respuesta, según el profesor mexicano, la encontraríamos en el silogismo que plantea Kelsen: en primer lugar, una premisa mayor consistente en alguna norma de carácter procesal que obliga a cumplir las sentencias dictadas por un juez; en segundo lugar, tendríamos la premisa menor que radica en el hecho de que un determinado juez da una orden basada en un principio no-expreso y, por último, la conclusión, que sería la norma establecida en la sentencia, basada en un determinado principio. En ese sentido, habiendo planteado ello, el profesor Gutiérrez Casas (2010) plantea un criterio concluyente, derivado de ello, podríamos decir que la orden fijada por un juez, invocando un principio no-expreso, es válida no porque lo haya determinado él así, ni tampoco porque haya tomado su decisión tomando en

cuenta tal o cual principio, sino porque la obligación de obedecer tal orden, es consecuencia de lo instituido por una norma superior (premisa mayor), validada por el mismo derecho.

Con todo lo anterior, podemos concluir que, para determinar la existencia de un principio, constitucional o legislativo, expreso o no expreso, y de otra norma, no es necesario recurrir a procedimientos distintos a los establecidos en un orden jurídico.

En la obra más conocida de Hart, El concepto del derecho, se exponen los fundamentos de un sistema jurídico a través de la llamada regla de reconocimiento. Así sigue desarrollando el profesor mexicano, anteriormente citado, y señala que, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación. En un sistema jurídico moderno donde hay variedad de fuentes de derecho, la regla de reconocimiento es más compleja. Los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, una práctica consuetudinaria y los precedentes judiciales. En la mayor parte de los casos se adoptan provisiones para posibles conflictos, al clasificar los criterios en un orden de subordinación y primacías relativas. (Gutiérrez Casas, 2010)

La existencia de tal regla de reconocimiento, con esa ordenación de criterios distintos, se manifiesta en la práctica general de identificar las reglas mediante dichos criterios. Esta regla rara

vez es formulada en forma expresa como tal, aunque ocasionalmente puede enunciar en términos generales el lugar relativo de un criterio de derecho respecto de otro. En la mayor parte de los casos, la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios. (Gutiérrez Casas, 2010)

El uso de reglas de reconocimiento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es manejado desde el punto de vista interno y esta actitud trae aparejada un vocabulario característico, distinto de las expresiones naturales del punto de vista ese.

Señala Gutiérrez Casas (2010):

La forma más simple de éste es "el derecho dispone que...", mientras que la expresión natural del punto de vista externo es "en México reconocen como derecho..." Si se comprende el uso de una regla de reconocimiento, aceptada al formular enunciados internos y se distingue con cuidado de un enunciado externo que afirma que esa regla es aceptada, desaparecen muchas controversias referentes a la noción de validez jurídica, ya que la palabra válido es usada con mayor frecuencia en tales enunciados internos, que aplican a una regla particular de un sistema jurídico. Decir que una regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por tanto, que es una regla del sistema.

Asimismo, Hart (1978) expone que la regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de las demás reglas del sistema es la regla última y, cuando hay varios

criterios clasificados en orden de subordinación y primacías relativas, uno de ellos es supremo. Siempre y cuando las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como regla del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencia a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los otros criterios no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo.

Así Es aquí donde podemos mostrar una diferencia muy sutil entre lo expuesto por Kelsen (1993) y lo escrito por Hart (1978), ya que, para el autor de la regla fundante básica, una norma puede ser válida aun cuando contradiga el contenido de una norma superior. En cambio, para Hart (1978), aunque no lo expresa con claridad en su obra principal sino en el Post scriptum, la regla de reconocimiento no sólo fija criterios formales de validez de otras reglas, sino criterios de orden material. Pero, que, a final de cuentas, tienen que ser interpretados por una persona embestida de autoridad a través de criterios formales.

Gutiérrez Casas (2010), señala, también, que, uno de los debates más apasionados en la teoría jurídica contemporánea es el sostenido entre Ronald Dworkin y H. L. A. Hart, en torno a los principios. Mientras que el jurista norteamericano sostiene la idea de que la regla de reconocimiento no establece criterios

para identificar los principios del derecho, el jurista inglés argumenta lo contrario, ya que la regla de reconocimiento sí establece criterios para identificar dichos principios.

Sigue refiriendo el autor mexicano, que, Hart (1978), en su *Post scriptum* al concepto del derecho, contéstalas críticas de Dworkin (1993), al instituir los siguientes criterios: a) En primer término, establece que la distinción entre principios y reglas es una cuestión de grado, las reglas no poseen un carácter de "todo o nada", como lo sostiene Dworkin, ya que pueden entrar en conflicto con principios que pueden supeditarlas; la regla no determinará el resultado en un caso en que sea aplicable en conformidad a sus términos si el principio que la justifica es desplazado por otro, b) En segundo término, existe un error en creer que los principios no pueden identificarse por la regla de reconocimiento y que ésta sólo pueda proporcionar criterios relativos a las reglas.

No todos los principios pueden identificarse mediante una interpretación constructiva; las reglas jurídicas y las prácticas, que son el punto de partida de la labor interpretativa de identificar los principios jurídicos no-expresos, constituyen derecho preinterpretativo; por tanto, se necesita algo muy parecido a una regla de reconocimiento que establezca las fuentes de derecho autorizadas.

Con esta respuesta, Hart aclara que la regla de reconocimiento fija criterios para reconocer los principios jurídicos no-expresos y, que, a final de cuentas, la distinción entre los principios y las reglas es una cuestión de grado. Son los jueces quienes identifican los principios a través de los criterios, que, dados por la norma de reconocimiento, mismos que tienen su competencia mediante otras reglas del mismo sistema. (Citado por Gutiérrez Casas, 2010, pp. 84 - 85)

C. Desde el pospositivismo

Como se había comentado en párrafos anteriores, cuando se desarrollaban las líneas básicas que el positivismo traza sobre la identificación de normas jurídicas, en cuanto a los principios, éstos son viejos conocidos de los juristas, el debate se inicia con un trabajo de Dworkin en 1967.

La teoría pospositivista del derecho, establece, para dar cuenta de la estructura de un sistema jurídico hay que considerar que, además de reglas, hay principios jurídicos. Es decir, hay normas que establecen una solución normativa (dicen lo que debe ser) pero no definen un caso (no indican cuándo son aplicables esas soluciones normativas). Los principios, así entendidos, dotan de sentido a las reglas. Permiten verlas, por un lado, como instrumentos para la protección y promoción de ciertos bienes (valores) jurídicos y, por otro, como resultados de un “balance, ponderación o compromiso” entre principios para el caso

(genérico) que ellas regulan. Guiar la conducta mediante principios y/o aplicar principios, al tratarse de normas abiertas, exige siempre deliberación práctica por parte de los sujetos normativos, de los destinatarios. (Aguiló Regla, 2007, p. 670)

A diferencia de la teoría pospositivista que plantea como una de sus bases o paradigmas “un régimen principialista”, Calsamiglia (1998) señala que, la teoría positivista del derecho sostiene básicamente que el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho dictado por los hombres y que, la teoría posee los métodos adecuados para determinar qué es lo que establece el derecho. El enfoque positivista clásico kelseniano defendía el positivismo metodológico según el cual el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo. (p. 209)

a. El surgimiento de la discusión Principios y Reglas

Nos encontramos, así, ante uno de los temas más profundamente discutidos en la Teoría del Derecho de las tres últimas décadas. El debate se inició con artículo de Ronald Dworkin aparecido en 1967 titulado “¿Es el derecho un sistema de reglas?” que posteriormente fue incluido, como segundo capítulo, en su obra *Los derechos en serio* (1995). Ahora bien, como señalan Atienza y Ruiz Manero (1991). Los “principios jurídicos” son viejos conocidos de los juristas, pues, en efecto, antes de Dworkin, esta cuestión no estuvo ausente del pensamiento jurídico. Así, por ejemplo,

destacan las contribuciones de Walter Winburg en Austria, en la década de los cuarenta, y las de Josef Esser en Alemania en los cincuenta, quien formuló ya una distinción entre principios y reglas, junto con las de Norberto Bobbio en Italia o las de Eduardo García de Enterría en España. Sin embargo, fue Dworkin quien, con su crítica al positivismo jurídico, inició verdaderamente un debate, que aún continúa, con consecuencias, entre otras materias, en la dogmática y la metodología jurídicas, en el concepto de sistema jurídico, en la relación entre el derecho y la moral y en la argumentación jurídica. (Ruíz Ruíz, 2012, p. 146)

Grández Castro (2016), precisa tres momentos en el debate sobre los principios: i) la normatividad de los principios, ii) la identidad de los principios, iii) fundamentalidad: el ascenso de los principios

D. Definición de Principios Jurídicos

Jansen (2011), en el desarrollo de los fundamentos normativos de la ponderación racional en el derecho, establece una amplia concepción de lo que serían los principios de cara al pospositivismo y al régimen de los derechos fundamentales.

Una Tesis cardinal de la teoría principialista sostiene que la noción de ponderación está conceptualmente relacionada con la noción de principio jurídico. En consecuencia, en todo ordenamiento jurídico que contenga principios jurídicos, la

ponderación tiene que construir una forma fundamental de aplicación del derecho. Evidentemente, la tesis resulta acertada, sin más, siempre que los principios se definan, según ocurre en efecto la mayoría de las veces, como normas de deber ideal susceptibles de ponderación y que necesitan ser ponderadas. Sin embargo, una definición analítica como ésta dice muy poco acerca de la universalidad de la ponderación. Para ello sería necesario, más bien, demostrar adicionalmente que la presencia de principios así entendidos en un sistema jurídico no es contingente, es decir, que todo ordenamiento jurídico tiene que contener principios en este sentido técnico. (p. 58)

Pues bien, los principios representan típicamente intereses y argumentos contrapuestos; en el caso de argumentos paralelos o de iguales intereses no hay nada que ponderar. Y desde luego, cabe suponer que, en todo ordenamiento jurídico, existen argumentos e intereses contrapuestos, pues de otro modo no habría nada que regular jurídicamente. Por lo tanto, la tesis de la universalidad conceptual de las ponderaciones será correcta siempre las razones contrapuestas hayan de tener, de manera necesaria, estructura de principios. Tal sería el caso, precisamente, si la ponderación constituyese la única forma imaginable (o cuando menos, la única conocida) de lograr un equilibrio o conciliación racional entre pretensiones contrapuestas. En cambio, con que se hiciera plausible una sola

alternativa racional, la tesis de la ponderación como única forma de conciliación racional quedaría refutada. (pp. 58 – 59)

Sieckmann (2011), trata de establecer un concepto de principio al postular su tesis “los derechos fundamentales como principios”.

El concepto de principio no solo resulta controvertido dentro de la doctrina del derecho público, sino también en la teoría del derecho, e incluso entre los defensores del principialismo. Aquí el problema no es elucidar cuál sea el concepto “correcto” de principio, o el concepto de principio del legislador constitucional. El objetivo deber ser, más bien, elaborar una construcción conceptual teóricamente fértil que permita poner de relieve estructuras centrales del derecho. La caracterización de los principios como razones para juicios de ponderación se presenta como la más fructífera en este sentido. Conforme a ella, los principios son normas que pueden entrar en colisión y que han de ponderarse entre sí; son argumentos a favor de juicios normativos y no, en cambio, normas que guíen directamente la conducta. Este enfoque lo introdujo Ronald Dworkin con la contraposición entre reglas y principios, y sería precisado después por Robert Alexy mediante la definición de los principios como mandatos de optimización. (p. 28)

Frente a una distinción estricta entre reglas y principios se objeta, sin embargo, que no existe ninguna diferencia lógica,

decir, estructural, entre las reglas y los principios, sino a lo sumo una diferencia gradual. No solo los principios podrían ponderarse entre sí, sino también las reglas; y prácticamente no existirían reglas que puedan ser aplicadas, como afirma Dworkin, en forma de todo o nada. Pero tampoco está claro adónde conduce esa crítica. Si fuese acertada, lo que pondría en cuestión no sería el modelo de principios, sino la asunción de que, junto a los principios, hay en el derecho algo más, a saber: reglas o normas definitivas. Se daría entonces la paradójica situación de que los teóricos del principialismo defendiesen los elementos “reglados” del derecho, o sea, la existencia de normas directamente aplicables mediante subsunción, mientras que quienes critican la tesis principialista deberían concebir el derecho según un modelo puro de principios y de la ponderación. Ahora bien, ocurre que las reglas, entendidas como normas que guían directamente la conducta, constituyen un elemento esencial del derecho. Los órdenes jurídicos no pueden estar compuestos solo de infinitas ponderaciones de principios, sino que tienen que fijar qué normas son definitivamente válidas y deben, por tanto, ser efectivamente aplicadas y observadas. Y si el derecho no puede concebirse como un sistema integrado en exclusiva por reglas con el carácter de todo-nada, tiene que existir entonces alguna distinción entre reglas y principios, y los sistemas jurídicos se han de estructurar con arreglo a ella. De ahí que una teoría de los derechos fundamentales, al igual que

una teoría del derecho en general, no pueda renunciar a la distinción entre los principios, en el sentido de juicios de ponderación, y las reglas, en el sentido de normas definitivas. Lo que falta por resolver es cómo haya de establecerse esa distinción. (pp. 28 - 29)

En el ámbito de los principios constitucionales, una postura diferente es la de Ferrajoli (2014), para quien los derechos constitucionales son reglas que expresan mandatos definitivos y que, si se ponderan, no es porque sean “mandatos optimizables”, sino porque los supuestos de hecho son variados. La ponderación no incide de este modo en el ámbito de la estructura normativa, sino en todo caso en la necesidad de valoraciones respecto de los supuestos de hecho.

E. Características

Es posible establecer tres características esenciales comunes, al menos, a la mayor parte de los principios jurídicos, tales como la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del Ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta. La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud de campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La

vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene, no obstante, un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma. (Ruiz Ruiz, 2012, p. 147)

Según Ruiz Ruiz (2012), un caso paradigmático de principio que reúne las características de fundamentalidad, generalidad y vaguedad es el artículo 6 de su Constitución, en España, la de 1812, que establece: “El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles, y asimismo, el ser justos y benéficos”.

Cardenas Gracia (2005), establece que los principios cumplen funciones, los principios tienen distintos usos: en la producción, en la interpretación y en la integración del derecho.

En la producción, los principios limitan en forma material al legislador. Éste no puede producir normas incompatibles con los principios constitucionales, so pena de invalidez de su producto, funcionan como parámetro para medir la constitucionalidad de la fuente subordinada. Sobre esta función que tienen los principios, según Cárdenas Gracia (2005), hay que aclarar que el legislador secundario sí puede producir, formalmente, normas secundarias

que contradigan principios constitucionales; sin embargo, aquéllas correrán el peligro de ser invalidadas después, a través de un proceso judicial de un órgano constitucional.

En la interpretación, los principios expresos de rango constitucional son empleados para justificar las llamadas interpretaciones conformes, es decir, aquéllas que adaptan el significado de una disposición al de un principio antes identificado; las interpretaciones conformes no derogan una regla antinómica más bien, su propósito es fijar el sentido o significado compatible entre ellas y con el ordenamiento constitucional. (p. 117)

Por último, en cuanto a la integración, el juez y el funcionario están obligados a recurrir a los principios después de haber intentado el argumento analógico. El principio constituye una de las premisas del razonamiento para concluir en una norma específica, elaborada y formulada por el intérprete. Esta forma de argumentar es la que conforma el llamado razonamiento práctico, no silogístico; se abandona la subsunción y aplicación mecánica, exige el abandono del silogismo judicial formal y se aproxima a los métodos de interpretación retórica, basada en la ponderación y razonabilidad. (p. 118)

F. Por qué identificar, diferenciar y clasificar los principios del Derecho

En el planteamiento del problema, durante la contextualización problemática, se ha dejado sentado el estado de la cuestión de los preceptos que orbitan dentro de nuestro sistema jurídico, coexisten, por tanto, valores, reglas, directrices, y principios, sin embargo, se ha expuesto también que, en el caso del tipo de preceptos jurídicos que nos ocupa, es decir, principios, la teoría pospositivista postula que los derechos fundamentales son principios, situación que provoca cierto nivel de confusión o incertidumbre en la actividad operativa del derecho, pues, no se tiene claro si los derechos fundamentales deben ser tratados como los principios normativos, así por ejemplo, el derecho fundamental a la vida, vendría a ser un principio según el planteamiento pospositivista, pero si hablamos del principio de inmediatez, es sencillo darse cuenta que este no supone ser un derecho fundamental, sino más un precepto que de cierto modo direcciona el procedimiento despido laboral justificado.

Lo señalado anteriormente, es una pequeña muestra de que el ordenamiento jurídico peruano, necesita de modo acuciante que los principios que en él operan, se agrupen según su naturaleza, alcance normativo y, funcionalidad, para no incurrir en errores jurisdiccionales o en actuaciones arbitrarias por parte del

operador jurídico, que a la postre generen la vulneración de derechos fundamentales.

Para poder identificar principios jurídicos, es necesario conocer la naturaleza de cada uno de estos, con esta labor se podrá lograr diferenciarlos entre sí y, finalmente, se podrán clasificar o, vale decir, agrupar según coincidencias de caracteres.

Según la RAE (2022), la palabra identificar significa: “Hacer que dos o más cosas en realidad distintas aparezcan y se consideren como una misma” o “Dicho de dos o más cosas que pueden parecer o considerarse diferentes”. Así, como se dijo en párrafos anteriores, la identificación del principio se hace al descubrir su naturaleza, a fin de diferenciarlo de otros y, poder agruparlos o clasificarlos según su identidad.

Del mismo modo, la RAE (2022) define la palabra diferenciar como: “hacer distinción, conocer la diversidad de las cosas” o “dicho de una cosa: diferir, distinguirse de otra”. Esta segunda actividad, es una implicancia de la identificación, es decir, si no existe identificación de principios, no se podrá diferenciarlos y, menos, se logrará clasificarlos.

Finalmente, el verbo “clasificar” según la RAE (2022), significa: “Ordenar o disponer por clases algo”. Ahora, se debe precisar que, los principios no serían susceptibles de clasificar, si primero no se logran identificar y diferenciar, por ello, se puede señalar que, los criterios iusfilosóficos planteados en la presente

investigación, siguen el patrón o el sentido de sucesorio retórico del marco metodológico, es decir, identificar, diferenciar y clasificar a los principios.

Dentro de los intentos que se han procurado hacer en los últimos años, sobre la identificación, diferenciación y clasificación de los principios, tenemos a la caracterización de principios jurídicos planteada por Ruiz Ruiz (2012), para este autor todo principio debe contar con tres características esenciales: i) fundamentalidad, ii) generalidad y, iii) vaguedad. Otra cosa, es lo que plantea el positivismo jurídico, para ello, nos apoyamos en el desarrollo teórico de Gutiérrez Casas (2010) sobre principios y positivismo jurídico, así este explica que, al positivismo solo le interesa que los principios cumplan el propósito con el que fueron creados, es decir: i) integración normativa, ii) producción normativa e, iii) interpretación normativa.

Nos damos cuenta, entonces, que, no existe consenso sobre la naturaleza de los principios, simplemente, porque las teorías abstraen su naturaleza y le atribuyen contenido ontológico pueril o tangible, de modo que, no sea posible identificarlos, diferenciarlos y, menos, clasificarlos, por ello, es importante, alejarnos del *status quo* los planteamientos aceptados por la mayoría, para plantear una forma original y, sobre todo, responsable, una nueva forma de identificar, diferenciar y

clasificar principios jurídicos, basada en el estudio de la naturaleza, alcance normativo y funcionalidad de los principios jurídicos.

Este modelo teórico que surge de la nueva propuesta, no le hace bien solo a la Teoría General de la Norma Jurídica, como se ha referido anteriormente, sino que, representa un gran aporte a la Filosofía del Derecho, en cuanto se refiere al ámbito ontológico jurídico, porque le da mayor seriedad al estudio de los principios, que permitirá concebir una postura más consistente de la concepción del derecho, y, una más sesgada aplicación de los métodos, técnicas e instrumentos argumentativos que generan conocimiento científico en la ciencia del Derecho. Lo mismo, sucede con el área deontológica del derecho, pues, los valores supremos para la constitución de los Estados o modelos de Estados postmodernos, coinciden, tan solo retóricamente, con la nomenclatura de algunos derechos fundamentales, en ese sentido, se sustenta la utilidad o relevancia del planteamiento de la presente Tesis.

2.2. Aspectos jurídicos, teóricos y doctrinarios

En este apartado de la presente Tesis, se desarrolla el tan olvidado concepto planteado por la Filosofía Política Moderna, sobre la Teoría del Estado. La comprensión de este concepto, es fundamental para entender el modelo de nuestro Estado, y para contrastar las bases ideológicas de la conformación organicista, abstracta, subjetiva – objetiva, y normativa, de

nuestro Estado peruano, en relación con el poder político ejercido, dispuestos en la Constitución Política.

Todo Estado, al perfilar su modelo (tarea constante en el tiempo), tiene en cuenta principios que sustentan su consistencia, de modo que, se permitan situaciones o relaciones jurídicas que no afecten al modelo, por ello, recalcamos la importancia de conocer la Teoría del Estado, pues, en nuestra Teoría de Estado peruano tenemos principios que lo sustentan, y que, por tanto, sustentan el ordenamiento jurídico como elemento estatal.

Ahora, como la Teoría del Estado es, justamente, una teoría, puede verse o plantearse desde diversos puntos de vista, por las diferentes ramas de la filosofía del derecho, para nuestro estudio es suficiente describir cómo plantea o entiende la Teoría del Estado el positivismo, el naturalismo y el pospositivismo. Es evidente, por tanto, que, se estudien o se traigan a colación en esta investigación, las etapas o edades que la ciencia de la Historia divide por efectos didácticos, caracterizando a cada época a fin de identificar el pensamiento del hombre en determinado momento.

2.2.1. Teoría del Estado

La teoría del Estado es la forma en que se expresa la disposición de los elementos del Estado y su estructura, en base al sistema político definido para éste. Como señala García Toma (2010), la Teoría del Estado es una disciplina que estudia la función estatal, en base al conocimiento especulativo o teórico; este razonamiento, nos conlleva a deducir que, esta disciplina no puede estudiar el conocimiento fáctico, únicamente, desde el conocimiento que pueda

proveerle la ciencia política, sino que, como toda disciplina que organiza conocimiento, necesita apoyarse en los datos provistos por la economía, la sociología, y otras, para así, proveerle al derecho posturas claras de la realidad social, con el fin de que, a través de este último, se regule normativamente un modelo de estado bien razonado.

En realidad, así es como la Filosofía Política Moderna ha forjado en sus no tan recónditos planteamientos, los modelos de Estado que tratamos de perfeccionar en la época contemporánea; sin embargo, no todos los modelos planteados por las diferentes teorías del Estado, han dado resultados favorables, inminentemente, esperados. A nivel mundial, por ejemplo, tenemos que en muy pocos países perdura el planteamiento socialista del surgimiento del Estado, que sustenta tal nacimiento en la lucha de clases a través de la guerra y el levantamiento en armas por parte de la clase trabajadora en contra de aquellos que detentan el poder político sin sustento ontológico de su ejercicio, con la finalidad intermedia del surgimiento de un Gobierno que iguale las condiciones entre seres humanos, con el fin último, asimismo, del nacimiento de una sociedad sin Gobierno, denominado comunismo.

Así, también, son muchos los países que han adaptado las teorías de Estado propuestos por Thomas Hobbes, Tomas Hobbes, Juan Jacobo Rousseau, Montesquieu, entre otros, que son teorías institucionalistas o basadas en lo que se denominó Contrato Social,

las mismas que hemos institucionalizado no solo dentro de la filosofía o dentro del conocimiento científico, sino que hemos institucionalizado, primero, en nuestras Constituciones Políticas, *in abstracta*, y luego, en el sistema político de nuestros Estados, de tal modo que, al querer producirse cambios, las consecuencias podrían acarrear efectos exacerbados que provoquen el decaimiento del control social.

Lo cierto es que, inclusive ahora, podemos proponer una teoría del Estado, *in abstracta*, claro está, pero que solo será posible de probarla en la realidad, las cuestiones, comienzan cuando se trata de cambiar el *status quo*, pues, casi nadie es admirador o seguidor del cambio, aunque, sucesivamente lo aceptamos, nos cuesta un poco adaptarnos a las situaciones o eventos nuevos, este malestar, se ha enarbolado, inclusive, en el plano filosófico, dialéctica planteada por dos grandes filósofos presocráticos como fueron Parménides y Heráclito, quienes pensaban, respectivamente, que, el ser no puede modificarse ni cambiarse, es decir, nada puede cambiar al ser, mientras que, por otro lado, lo único que no cambia es que todo permanece en constante cambio, es decir, del análisis del ser podría o debe surgir el deber ser; justamente, la discusión jurídica que surge entre realistas o cualquier subespecie de los positivistas y los realistas, los primeros señalando siempre qué es lo que es, y, los segundos, tratando de determinar siempre aquello que debe ser.

Sea como fuere, de un modo u otro, es importante conocer la teoría del Estado, como señalamos, respecto de sus elementos y su estructura, para llegar a analizar, quizás, los principios que hacen posible la unificación de los elementos estatales y su permanencia o sostenibilidad en el tiempo. A continuación, veremos los elementos del Estado, según las posturas de algunos autores que coinciden, mínimamente, en los elementos clásicos del Estado: Nación, Territorio y Poder, aunque en algunos casos, se plantean algunos otros como: Soberanía, Gobierno, Poder Político, y hasta la Identidad e Igualdad Pluricultural, que desde mi perspectiva, no sería un elemento, sin embargo, no nos detendremos en explicar por qué no compartimos con este planteamiento, por no ser en este caso, el tema principal de análisis.

El autor mexicano Cárdenas García (2009), desarrolla brevemente la teoría del estado en una línea cronológica, teniendo en cuenta, las épocas contadas por la historia caracterizadas por eventos que marcaron los hitos en las edades o épocas, como por ejemplo la edad media y la edad moderna, que se caracterizaron, respectivamente, por el teocentrismo y el antropocentrismo.

Según este autor, la teoría del Estado de nuestro tiempo entiende que el Estado moderno nace con el Estado absoluto, con posterioridad a la Revolución francesa surge el Estado de derecho, que se ha manifestado como: 1) el Estado liberal abstencionista del siglo XIX basado en el principio de legalidad (las autoridades sólo

pueden hacer todo aquello que las normas autorizan y los particulares todo aquello que las normas no prohíben) y en los derechos humanos de la primera generación; 2) el Estado social asistencial (Estado del bienestar) que ocupa casi todo el siglo XX y llega hasta aproximadamente la década de los ochenta de ese siglo, preocupado por el establecimiento de políticas públicas a favor de los derechos económicos, sociales y culturales con fuerte intervencionismo del Estado en la economía; 3) el Estado democrático de la segunda mitad del siglo XX que se consolida en Europa y en otras partes del mundo después de la crisis de los regímenes políticos totalitarios y autoritarios y su sustitución por regímenes de democracia representativa, y 4) en nuestros días, el Estado constitucional que se caracteriza: a nivel político y económico por una fuerte tendencia a la privatización de lo público y por la pérdida de soberanía del Estado en beneficio de entidades supranacionales o en provecho de empresas multinacionales, y en el nivel jurídico por el pluralismo jurídico, la pérdida de imperatividad, estatalidad y coactividad del derecho y su sustitución por la concepción del derecho como argumentación y con una fuerte presencia del juez constitucional por encima de los otros poderes y órganos públicos. (p. 273)

El Estado moderno tiene que ver con un dominio o poder de carácter institucional y jurídico que en un territorio monopoliza la fuerza física legítima respecto a una población. Lo anterior, sin embargo, plantea problemas en torno a la legitimidad del dominio o del poder. Esto es,

si es válido admitir cualquier forma o manifestación del poder o, si el poder, para ser válido y respetado, debe orientarse a determinados fines y ejercerse mediante límites y controles de carácter racional. (p. 274)

Para Max Weber (2001), la legitimidad del poder asume tres formas. Puede legitimarse en las cualidades excepcionales que se atribuyen a un líder, legitimidad carismática; también puede legitimarse en la creencia de lo que siempre existió, legitimidad tradicional, y en la creencia en la legalidad, legitimidad legal o racional. Esta última es la que ha caracterizado al Estado de derecho en los dos últimos siglos.

Jürgen Habermas (1998), alemán, uno de los filósofos más influyentes de la filosofía contemporánea, propone que el poder y el orden jurídico se legitimen a través del poder comunicativo, lo que supone la negación de relaciones asimétricas e injustas en la sociedad. Se trata de la capacidad que como personas tenemos para interactuar con los otros e influirnos recíprocamente en el contexto de un diálogo racional en el que las diferencias de poder político, ideológico o económico no sean obstáculo para alcanzar acuerdos sobre las instituciones y principios que rigen a una sociedad.

El diálogo racional de Habermas (1998) no puede darse en situaciones de violencia física o moral o ahí donde las diferencias económicas o sociales se usen para que unos estén en la discusión racional por encima de otros. Tal diálogo racional exige de un

procedimiento transparente, participativo, que brinde igualdad de oportunidades a los participantes, y que no sofoque la crítica ni la propia discusión. La finalidad de Habermas es la de democratizar las instituciones públicas, poner límites al poder como dominación, y aumentar los espacios sociales e institucionales regidos por el poder de la persuasión y la argumentación racional.

Cárdenas García (2009), sostiene que, el pluralismo jurídico y las zonas o espacios en donde no interviene el control jurídico del Estado ponen en entredicho la idea de que toda norma jurídica es creada por el Estado. De esta suerte, el Estado no es sólo el ordenamiento jurídico que tiene por finalidad general ejercer el poder soberano sobre un determinado territorio y al que están subordinados de forma necesaria los individuos que le pertenecen.

A. Elementos del Estado Peruano

Hay diversos autores de la Filosofía Política moderna, de la contemporánea, y estudiosos del Derecho Constitucional, siendo esta última, la rama de la ciencia jurídica que se encarga de estudiar, además de los derechos fundamentales, al sistema político que es cómo se disgrega el poder político dentro de los estamentos del gobierno.

Aristóteles (1988), en la Política, y Aristóteles (1984) la Constitución de los Atenienses, plantea un modelo de Estado Democrático – Aristocrático, en donde desarrolla a los tres poderes del Estado que luego serían más desarrollados, o

propiamente desarrollados, por Hobbes, Lucke, Rousseau, Montesquieu; Aristóteles, en realidad, en la traducción de este brillante filósofo al idioma español, específicamente en el Libro IV, Capítulos 12 – 13 de la Política, y en los precedentes y sucesivos pie de páginas, se plantea tres poderes que ha decir del autor serían los componentes esenciales del Estado, en especial el poder deliberativo (legislativo) y judicial, más que el poder ejecutivo, supongo que, Lucke fue muy influenciado por este pensamiento, ya que, para este último filósofo político, el poder legislativo sería el más importante de los tres clásicos. No existen más rasgos claros de los componentes que le atribuye Aristóteles al Estado, salvo, el territorio y el ejercicio del poder, en relación con la ciudad, de ahí se puede deducir que el planteamiento aristotélico de la división de poderes influenció a muchos otros filósofos de inicios de la edad media (siglo XVI), como los aludidos precedentemente; aunque además, podemos resaltar que, Aristóteles plantea un término que ha sido materia de diversas discusiones filosóficas, este término según (Sancho Rocher (2009), es intraducible, aunque muchos, inclusive ella, creen que el término “Politeia” significa “Constitución”, desarrollado más en la obra pseudo – aristotélica Constituciones de los Atenienses, en la que se plasma la realidad legislativa en la ciudad – Estado, y la evolución o cambios del sistema político o administración del ejercicio del poder.

Cerrando la Edad Media, como inicio de la Edad Moderna, en 1951, Hobbes (1994) en su obra el Leviatán o la Materia, la Forma y el Poder de un Estado Eclesiástico y Civil, luego de explicar por qué no es seguidor de la democracia, parece plantear, entonces, que los únicos elementos del Estado deberían ser: soberano, individuos y territorio. Hobbes (1994) es un aficionado de la monarquía, porque aunque es considerado uno de los fundadores del materialismo y el humanismo, tomado por muchos como ateo, fue un gran creyente en Dios, sin embargo, lo que él consideraba fue diferente al teocentrismo, es decir, pensar en el hombre respecto de Dios, para pensar en Dios respecto del hombre, vale decir, cómo el ser humano debe convivir con otros a través de la aplicación de los mandatos divinos; Hobbes, llega a la conclusión que el hombre expresa la razón a través de la palabra, por tanto, utiliza el discurso para engañar, (si no en el presente en un mediano o largo plazo, pues la moral interna del hombre no es la misma, por provenir no de un objeto, sino de un sujeto), introduciendo así el concepto de Cooperación Humana basada en Interés Personal, lo que utilizamos todas las personas, permanentemente, con la finalidad de la mejor satisfacción de nuestras necesidades. En ese sentido, para Hobbes no era posible que un hombre que no fue designado por Dios, es decir, el soberano (quien finalmente, determina cuáles son las normas terrenales para los civiles) pueda interpretar las normas divinas, pues, el único capaz era

aquél designado por Dios, ya que, a solo a través de este Dios podría manifestarse, y él a su vez, interpretaría los designios divinos convirtiendo a éstos en normas civiles. El pensamiento de Hobbes influenció muchísimo en el razonamiento de Locke, cuando escribe los Tratados del Gobierno Civil, siendo la única convergencia, entre estos, ni si quiera la perspectiva del Contrato Social, sino la forma de gobierno, Locke pretendía más bien uno de corte democrático.

Según Guerrero S. (1991), colombiana, Locke en su primer Ensayo sobre el Gobierno Civil, refuta el planteamiento de forma de Gobierno ideada por Robert Filmer contemporáneo de Hobbes, ya que, aquél cree que como Dios es el creador y soberano de todo, y gobierna sobre todo, así como el hombre fue creado a su imagen y semejanza, deberá tener también un solo gobierno, dicho de otro modo, un solo gobernante sobre el que indefectiblemente recaerá el poder político, inclusive, sin prestación de voluntad de los gobernados. En el segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, Locke, materializa su propósito de plantear una forma de gobierno, que permita la convivencia del ser humano en un régimen de leyes, un régimen de leyes de donde surja la libertad, Locke cree, por tanto, que, la libertad se funda en las leyes, por consiguiente, el acatamiento a las mismas nos libera del capricho de otro que quiera imponer arbitrariamente su voluntad. De ahí que Locke formulara al poder legislativo como la autoridad suprema. La propuesta de Locke,

no refleja claramente elementos del Estado, sin embargo, la disciplina de la teoría del Estado, puede deducir que, para el modelo de Locke es importante la convivencia a través del sometimiento del hombre a la leyes dispuestas por el gobierno, sus elementos vendrían a ser: territorio sobre el que los seres humanos conviven, el gobierno, quien dictará las leyes que harán libres a los individuos, y el poder, dividido en cuatro, poder legislativo (más importante), poder ejecutivo, poder judicial y poder federativo (relaciones exteriores). Goldwin (1993), piensa que Locke plantea el Contrato Social como instrumento de la conformación del Estado, pero a diferencia de Hobbes, que propone que el Contrato Social sirve para que el Gobierno se obligue a brindarle paz y seguridad a la sociedad, Locke plantea que el Gobierno está obligado a brindarle paz y seguridad a la persona por el libre sometimiento de ésta a las leyes que la permitiría convivir con las demás; y, sin embargo, la coincidencia entre Hobbes y Locke, más bien fue en que el hombre deberá otorgar parte de su voluntad (libertad) al soberano o al gobierno, respectivamente.

Seguidamente, y para ir finalizando con los filósofos de inicios de la edad moderna, que provocaron la Filosofía Política moderna, que finalmente, perfilaron los filósofos de la época contemporánea o los que surgieron en el siglo XIX y XX. Rousseau (2007), creía que el Estado era un todo, compuesto por un complejo de entes como órganos e individuos, sin

embargo, creía que el Estado lo conformaban la sociedad civil quienes no ejercían el poder político, y el gobierno, quienes lo hacían, dependiendo de la forma de gobierno, la sociedad parecería distinguirse o concurrir con el gobierno. Por tanto, los elementos del Estado que este filósofo reconoce en el desarrollo de su tesis política serían: sociedad civil, gobierno, territorio, leyes. En cuanto a su forma de plantear el contrato social, este cree el hombre no puede abandonar su estado de naturaleza, es decir, no puede despojarse de su libertad, asegurando que, el hombre sin libertad deja de serlo, más bien plantea, que el sometimiento del hombre ante el gobierno y sus leyes, no implica el intercambio de su libertad por paz y seguridad, sino que lo hace más bien, a cambio de que el gobierno le otorgue su plena e intangible libertad. Cosa semejante al planteamiento de Locke si realizamos un análisis lógico formal, las inferencias e implicancias, preliminarmente, me atrevo a decir conducirían al mismo fenómeno político.

En lo que respecta a Montesquieu (2018), este filósofo es caracterizado por ampliar y especificar aún más las teorías de John Locke y Rousseau, en la medida en que plantea la división de poderes, denominándolos originalmente así: i) legislativo, ejecutivo perteneciente al derecho de gentes, y, iii) ejecutivo de las que pertenecen al civil. Este filósofo cuestiona la conexión entre los poderes Estado, pues, provocaría la arbitrariedad sobre la integración de leyes y/o, dependiendo de qué poderes se

conecten, provocaría arbitrariedades sobre la vida y la libertad de los ciudadanos. En su obra el Espíritu de la Leyes, este autor, parece anunciar la preeminencia de la República en su modelo de sistema político, lo cual, nos permite inferir claramente que los elementos que este propondría serían: república (territorio como parte de), sociedad civil, gobierno, leyes, magistrado.

Finalmente, Bobbio (1996) hace un análisis sintético, de cómo los filósofos más influyentes casi contemporáneos, como se dijo, conciben al Estado sus elementos. Inicia con Hegel para quien por primera vez la sociedad civil ya no comprende el Estado en su globalidad, sino que representa únicamente un momento en el proceso de formación del Estado, y prosigue con Marx quien concentrando su atención en el sistema de las necesidades que es sólo el primer momento de la sociedad civil exclusivamente las relaciones materiales o económicas y con un cambio completo del significado tradicional no solo separa la sociedad civil del Estado sino que hace de ella al mismo tiempo el momento fundador y antitético. Finalmente, Gramsci, aunque mantiene la distinción entre sociedad civil y Estado, mueve la primera de la esfera de la base material a la esfera superestructural y hace de ella el lugar de la formación del poder ideológico, diferente del poder político entendido en sentido estricto, y de los procesos de legitimación de la clase dominante. (p. 64)

B. Principios de la Teoría del Estado Peruano

Canelo Dávila (2018), es un autor de derecho laboral, pero en la esfera constitucional, desarrolla los principios y valores del derecho labores, sin embargo, al leer su obra, me llamó la atención de cómo analizaba este autor a los valores que son el sostén de nuestro Estado peruano, haciendo una alegoría o comparación ejemplificada de la Constitución española, a continuación, su desarrollo.

Un ejemplo de Constitución que reconoce como valores superiores de su ordenamiento jurídico a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo jurídico, es la Constitución Española de 1978, la misma que en su Art. 1, numeral 1, prescribe:

España se constituye en un estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

En nuestro caso, los valores superiores recogidos por nuestra Constitución y que tienen incidencia en el ámbito laboral, son: la persona humana y su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado; la igualdad; la libertad; la justicia y el respeto de los derechos humanos, la seguridad jurídica, entre otros, que por cierto, son valores superiores que también están recogidos en normas supranacionales (tratados internacionales) que dan mayor peso y fundamento a nuestra Constitución por ser derecho incorporado a nuestro ordenamiento jurídico.

Estos valores superiores por lo general se encuentran en un plano supra positivo (con acento iusnaturalista) que sirven para anclar todo ordenamiento jurídico a fin de direccionarlo en el respeto y cumplimiento de dichos valores, cuando llegue el momento de concretizar los mismos en principios, y estos en reglas jurídicas. En tal sentido, los valores superiores irradian (proyectan) su contenido axiológico a los principios y, estos a las reglas jurídicas. Así, por ejemplo:

- **El valor superior de la persona humana y su dignidad como fin supremo de la sociedad y del estado**, justifica su existencia de derechos inviolables que le son inherentes al ser humano, verbigracia, el derecho a la vida, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al honor, a la identidad, a su integridad moral, psíquica y física. Visto así, la dignidad de la persona como valor superior es el presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, o dicho de otro modo, la existencia de los derechos fundamentales se fundamenta en la dignidad de la persona. En su proyección al ámbito laboral, el Art. 23 de nuestra Constitución señala que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.
- **La igualdad como valor superior**, justifica la existencia de derechos fundamentales como el derecho a la no discriminación (artículo 2, inciso 2 de la Constitución) y el

derecho a la igualdad de oportunidades (Art. 26, inc. 1 de la Constitución). En el ámbito laboral, la igualdad que se protege es la igualdad real, antes que la igualdad formal, dada la relación asimétrica en toda relación laboral.

- **A su vez, la libertad como valor superior**, justifica la existencia de derechos fundamentales que en el ámbito laboral, están referidos a la libertad que tiene el trabajador para vincularse laboralmente cuando lo desee, esto es, nadie está obligado a trabajar cuando no desea; o también, en la libertad para crear y/o formar parte de un sindicato, o en su caso, para desvincularse de un sindicato (*libertad sindical*), y por qué no, para decidir cuándo se va a una huelga como mecanismo de presión al empleador. Nuestra Constitución concretiza este valor en el ámbito laboral (*norma principia lista*), cuando en su art. 23, parte in fine, señala: “*Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento*”.

También, en su art. 2, inc. 15 señala: “toda persona tiene derecho: A trabajar libremente, con sujeción a la ley”.

- **Por su lado, la justicia como valor supremo**, justifica la existencia de derechos fundamentales que, en el ámbito laboral, están referidos a la tutela judicial efectiva y a la gama de derechos y principios que garantizan el acceso a la justicia sobre la base de un debido proceso (proceso justo), proscribiendo cualquier situación de indefensión. Dado el

carácter especial del derecho laboral, donde el punto de partida de cualquier controversia es la relación jurídica laboral (contrato de trabajo), la misma que se considera asimétrica (desigual) entre empleador y trabajador en el ámbito del derecho procesal laboral se ha considerado una serie de principios y reglas jurídicas orientadas a concretizar el valor justicia sobre la base de igualar a las partes procesales.

C. El Ordenamiento Jurídico

a. Según el iusnaturalismo

Para Aristóteles el concepto de legalidad presupone no sólo una regularidad en las conductas, sino también una referencia a la justicia. Porque la ley (en su sentido normativo) contiene el mandato de vivir conforme a la virtud y la prohibición de comportarse de manera viciosa.

El Derecho, en Santo Tomás de Aquino es estudiado como la idea de la participación de la justicia, y la creación del estado aparece como expresión libre de la actividad humana y su convivencia con el resto de miembros de la sociedad. “El Estado surge por una actividad libre del hombre. Declara lícito el derecho de resistencia activa del pueblo ante el usurpador o invasor que se apodera violentamente del gobierno”.

De acuerdo con Kant, el derecho es, por definición y en contraposición a una coacción unilateral, coacción recíproca: el único modo en que pueden coexistir coacción y libertad (de modo tal que la primera no lesione la segunda) es la idea de una obligación igual y recíproca.

Hobbes, sostiene que las leyes divinas solo pueden ser interpretadas por aquel a quien Dios utilice para manifestarse, es decir, el soberano; el mismo capaz de desenmarañar los designios divinos para traducirlos en leyes mortales o civiles que permitan la comprensión, interpretación y obediencia de los subditos.

John Locke, sostiene que el Ordenamiento Jurídico es la base de los Estados, pues, es a través de él que se regula el orden social y se permite la convivencia del hombre en sociedad, lo que asimismo provoca la estabilidad del gobierno. Señala, también, que las leyes le brindan libertad a hombre, pues, ya no está más angustiado de la arbitrariedad a la que otro individuo pueda someterlo

b. Según el Positivismo

Kelsen precisa que la ciencia jurídica no se ocupa de hechos sino de normas, es por tanto una ciencia normativa diferente a las ciencias sobre los hechos o ciencias empíricas. Además, es una ciencia que debe distinguirse de la moral,

porque aun cuando el derecho como la moral tiene relación con el deber ser de las conductas, lo hace coactivamente.

La norma en Hart no tiene las mismas connotaciones que en Kelsen o en Ross. La norma jurídica en Hart implica comportamientos regulares de las personas y autoridades que aceptan. cuestión de eficacia o acatamiento, para que dicho comportamiento sea jurídico sin importar las razones específicas que tengan para ello, puede ser el miedo, convicciones éticas o el interés, entre otras. Hart distingue dos tipos de normas: primarias y secundarias. Las primeras regulan las conductas de los ciudadanos y las últimas se dirigen a las autoridades para que puedan hacer efectivas las normas primarias. Las normas secundarias son de tres tipos: de adjudicación, que son las normas procesales que el juez y las autoridades aplican para decidir; las de cambio, que sirven para modificar o reformar normas, y la más importante de todas es la regla de reconocimiento, norma que permite identificar si una norma pertenece o no al sistema normativo, es decir, si es válida. La norma de reconocimiento hace las veces de la norma fundamental en la teoría de Kelsen. Además, existen dos niveles del lenguaje respecto a las normas: el lenguaje de las normas (que es lo que las normas en sí mismas expresan) y el lenguaje sobre las normas (lo que decimos sobre las normas). De este último se desprende el “punto de vista

interno”, que es el de los abogados, jueces y autoridades, académicos, etcétera, es decir, de aquellos que trabajan con las normas o hacen reflexión sobre ellas con herramientas jurídicas, y el “punto de vista externo”, que son los que las observan desde fuera del ordenamiento. La ciencia jurídica entraña un análisis de las normas desde un punto de vista interno y la sociología del derecho un análisis desde un punto de vista externo. El objeto de la dogmática jurídica en Hart son las normas válidas, que son aquellas que cumplen los requisitos de la norma o regla de reconocimiento. La eficacia se predica no de las normas individuales sino del ordenamiento jurídico en su conjunto y, por otro lado, la existencia de la norma de reconocimiento es para Hart una cuestión de hecho, es decir, de carácter sociológico, pues el carácter jurídico o no de una norma depende de que las personas y las autoridades lo acepten como tal.

Kant y Bobbio habían planteado una concepción formal de la democracia, pues según estos filósofos la validez de las normas se fundamentaba en su forma de producción, mas no en su contenido. Ferrajoli, en cambio, cuestiona si una concepción puramente formal es capaz de identificar todas las condiciones necesarias para un sistema político democrático, con base en las siguientes dos aporías:

- Las formas y los procedimientos democráticos no son suficientes para legitimar cualquier decisión, pues no es cierto que el poder de la mayoría sea la única fuente de legitimación para las decisiones colectivas, por lo que no sería posible otorgarle un poder ilimitado. Asimismo, esta mayoría niega la percepción que se tiene sobre los derechos constitucionales como “insaciables”.
- La democracia no posee unas restricciones sustantivas que puedan impedir que las decisiones de la mayoría eliminen los derechos políticos, el pluralismo político, la separación de poderes, entre otros. Ejemplo de ello fueron las experiencias del nazismo o el fascismo, que democráticamente legitimaron a un líder mediante procesos democráticos para abolir la democracia. Por tanto, el carácter procedimental de decisión de las mayorías no es suficiente para definir una democracia, pues este método ha permitido a lo largo del tiempo la discriminación de las minorías.

De acuerdo con lo anterior, es necesario que el paradigma moderno de la democracia constitucional esté basado en cuatro dimensiones: derechos políticos, libertades civiles, derecho a la libertad y derechos sociales; esto, en conjunto con los principios constitucionales de separación de poderes e independencia judicial. Así se intenta impedir que la

toma de decisiones públicas o privadas pueda disponer de los derechos fundamentales.

c. Según el Pospositivismo

Atienza, Dworkin, Alexy, plantean que es innegable la presencia de principios, reglas, valores, directrices en el ordenamiento jurídico, lo que implica, asimismo, que debemos valorar a cada uno según su contenido normativo y moral. Los derechos fundamentales por tener contenido axiológico deben ser considerados como principios, los mismos que no podrán ser afectados por normas de naturaleza objetiva o reglas, pero que podrían entrar en conflictos entre sí. Por tanto, es necesario plantear una forma de colisionar principios para la satisfacción justa de los derechos de la persona humana en determinados casos concretos, la técnica para medir el grado de optimización de un principio frente al grado de insatisfacción de otro que se opone a aquél, es la ponderación.

Ahora, la forma de solucionar los conflictos entre reglas, obedecen al mismo trabajo de silogismo o pragmatismo jurídico, a través de los métodos clásicos de subsunción, por ejemplo, o aquellos que sirven para evitar la aplicación de normas que por su composición suponen una clara contraposición a otra de mayor jerarquía, especialidad o especialidad.

D. El reconocimiento del Estado Constitucional de Derecho

Los principios que los operadores del derecho aplican en el tráfico jurisdiccional son entendidos desde la óptica pospositivista, cuando se garantiza el reconocimiento, la eficacia y respeto pleno de los derechos fundamentales, sin embargo, cuando aplican los principios contenidos en las normas jurídicas, toman en cuenta las reglas interpretativas de validez del positivismo jurídico, así convivimos, con diferentes corrientes de la filosofía del derecho, sólo la historia nos ha dicho que dicha convivencia ha sufrido ya hace tiempo un divorcio irreversible, ello, a causa de la introducción de los derechos fundamentales dentro de las Constituciones, en el Perú desde la Constitución de 1979.

En ese sentido, se presenta en nuestro enfoque iusfilosófico (relacionándolo al derecho constitucional), primero, la ubicación de nuestro problema jurídico, luego, la evolución paulatina de las corrientes iusfilosóficas respecto de los principios, para llegar al estado de la cuestión.

Puesto que la discusión para determinar que el Derecho es ciencia o no, se ha convertido en una tarea redundante, se ha creído conveniente establecer a grandes rasgos los problemas generales dentro de la ciencia del Derecho. Los resultados de esta determinación epistemológica han resultado ser útiles para

identificar y ubicar el lugar donde se desarrollará nuestra investigación dentro del complejo campo del Derecho.

Así, entre los problemas epistemológicos del derecho pueden disponerse en tres planos o acepciones: i) el ontológico, ii) la teoría general del derecho y iii) las normas jurídicas (normas, derecho, hecho y valor), el derecho constitucional no ha sido ajeno a la resolución de este problema, sino que trata de solucionarlo a partir de teorías por ejemplo, como la regla del reconocimiento (Hart), la norma fundante (Kelsen), la teoría de los derechos fundamentales (Alexy), la teoría principialista (Dworkin, Humberto Ávila), el neoconstitucionalismo (Carbonell), entre otras.

En esta investigación se pretende determinar cuáles serían los criterios iusfilosóficos que permitan la identificación y diferenciación entre los principios del Derecho. Dado que el término principio no es nuevo, para ubicar nuestra investigación dentro de un plano epistemológico, es preciso señalar qué se entiende por ellos en la corriente naturalista y positivista, que son los modelos epistemológicos más antiguos y contiguos en el tiempo, los mismos que provocaron un riquísimo marco filosófico dentro del Derecho, al tratar de deslindar un modelo del otro. Fue de la discusión de estos dos modelos, además, según Bobbio (2015) que, surgió las inevitables bases o aristas del pospositivismo jurídico y del neoconstitucionalismo.

Según las Tesis naturalistas del Derecho, existen ciertos principios en relación con el bien o el mal de carácter universal; leyes naturales o derechos naturales, que actúan como marco extralegal. El contenido de dichos principios es cognoscible por el hombre mediante la razón (Hobbes). De esto, se puede determinar que, el iusnaturalismo utiliza la metafísica para explicar cómo debería ser el derecho, teniendo como base las leyes o principios naturales y universales, sin duda, esta discusión la ubicaremos dentro del problema ontológico del Derecho, pues, como ya se mencionó el iusnaturalismo buscaría establecer cómo debería ser el Derecho mediante un dilema conceptual.

En cuanto al positivismo jurídico, es demás conocido que, se caracteriza por su neutralidad valorativa, es decir, pretende determinar el derecho formalmente válido, sin realizar algún juicio de valor; pues, para esta corriente, se considera como derecho válido exclusivamente aquel que se ha producido siguiendo los requisitos formales establecidos en su seno. En suma, según Gutiérrez Casas (2010) en el iuspositivismo el tratamiento sobre principios, se centra en establecer cómo se determina la validez de los principios contenidos en el derecho, más no se trata de construir una teoría del derecho basada en principios, ni especular acerca de si constituye un deber actuar conforme a los principios contenidos en el ordenamiento jurídico. Indefectiblemente este tratamiento principialista lo ubicaremos

dentro del problema epistemológico de la Teoría General del Derecho, pues, se trata de establecer si los principios son válidos o no, dentro del ordenamiento jurídico, para darles grado jerárquico dentro del ordenamiento jurídico.

Es sabido que, luego de la segunda guerra mundial y, del triunfalismo del positivismo jurídico sobre el iusnaturalismo, empezó a surgir un pensamiento ecléctico de concebir el derecho, ni como norma pura válida ni como derecho de facto o natural, se le dio un valor más profundo de válido o moral, para hablar de justicia, pero no de la justicia nacida de la norma, pues, es base del positivismo que sea justa toda norma válida, ni la justicia del deber ser de la naturaleza del hombre, sino de la justicia nacida la valoración de norma y las libertades de la persona como ser humano.

Al reconocimiento de los derechos humanos y su introducción dentro de las Leyes Fundamentales o Constituciones, fue inminente un cambio de paradigma en el entender del Derecho, pues, así como separación de poderes no podía ser quebrantado, lo mismo sucedería con los derechos fundamentales de las personas. Ello, sin duda representó y, en la actualidad, representa un desafío mayúsculo para el Derecho, deslindar las líneas finísimas que existen entre los derechos de las personas, las bases de un Estado y su ordenamiento jurídico.

Así, surge el pospositivismo jurídico, como una alternativa de solución a lo que el iusnaturalismo y el positivismo ya no les alcanzó, buscando un modelo firme pero que se adecúe a la exigencias del nuevo modelo jurídico constitucional, provocando el cambio del Imperio de la Ley al Imperio de la Constitución, lo que llamamos Estado Constitucional de Derecho, y con ello, el surgimiento del nuevo modelo constitucionalista: el neoconstitucionalismo, que sin duda, tiene como base la supremacía de la Constitución. Desde entonces, el ordenamiento jurídico entraría en un proceso de constitucionalización, efecto inevitable del nuevo modelo.

De allí, que surge la teoría principialista, pues para respetar los derechos fundamentales de la persona en la interpretación y aplicación de las leyes, era necesario que existan instrumentos jurídicos (abstractos) que sirvan de guía para los operadores del Derecho. Estas guías que le darían sentido y moldearían los efectos de las leyes, serían denominados principios, los que, por ejemplo, Ferrajoli, Moreso, García Amado, llamarían mandatos constitucionales definitivos.

Siendo así, las bases declaradas y reconocidas del pospositivismo jurídico vienen a ser el Estado Constitucional de Derecho, la teoría de principios y la conexión del derecho y la moral (diferente al iusnaturalismo).

Entonces, de lo que se ha señalado, se podría decir que, la teoría de los principios afecta no solo al plano ontológico del derecho (pues haber reconocido derechos fundamentales cambiaría claramente el concepto de derecho), sino, la Teoría General del Derecho, dado que los principios regularían la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, éstas últimas ya no obedecerían solamente a la jerarquía dejada por el iuspositivismo.

En conclusión, la pretensión investigativa, se ubicará en el plano ontológico y en la teoría general del Derecho, pues el pospositivismo cambia el paradigma conceptual del derecho, pero introduce también, un revolucionario modelo para la organización del ordenamiento jurídico (estático) y su funcionamiento (sistema jurídico, dinámico).

Esta investigación, se ve sumida, por demás está decir, voluntaria u obligatoria, sino necesariamente dentro del pensamiento pospositivista del derecho, pues tienen como base la supremacía de la constitución y sobre todo teoría de los principios. Aclaro, por cierto, que, el pospositivismo es una corriente filosófica indeterminada, pues, surge de modo intempestivo por la introducción de los derechos fundamentales a la Constituciones, pero no se previó teóricamente como sí se hizo con la propuesta del positivismo, es por esto que, no se llama pospositivismo a una sola tendencia filosófica o teórica,

sino a todo aquello que se distingue del paradigma positivista del derecho, por ejemplo, podríamos decir que el neoconstitucionalismo o lo que la corriente contemporánea de la iusfilosofía a denominado Estado Constitucional de Derecho, es pospositivista, ya que surge luego del apogeo del positivismo; lo mismo podríamos decir de la teoría argumentativa que surge de la teoría principialista, es decir, la ponderación y test de proporcionalidad; lo mismo podríamos señalar respecto de las largas discusiones que surgen para objetar o aceptar que el derecho siempre estuvo conectado con la moral; en ese sentido, se aclara que pospositivismo podría ser un pensamiento diferente, dependiendo qué asunto actual del derecho se trate.

En cuanto a la teoría principialista, se precisa que, ésta solo encierra como base la discusión y distinción entre principios, es de este deslinde que se plantean las diversas definiciones de principios. Nacen también de esta diferenciación entre principios y reglas, la discusión sobre la discrecionalidad. Pero la más importante disyunción que surge de la teoría principialista es la consideración de los derechos fundamentales como principios.

Los derechos fundamentales no sólo son los recogidos por la Constitución, por lo menos no en Perú, pues contamos con una lista *numeros apertus*, sin embargo, hablando de principios, existen como tales no sólo en la Constitución, sino que los podemos encontrar recogidos en normas legales, en la

jurisprudencia judicial y constitucional, en los tratados con alcance y afectación constitucional, en la doctrina autorizada. Entonces, la teoría principialista no considera otros principios que no sean derechos fundamentales; pensar en la razón no resulta tan difícil, pues, ésta se centraría justamente en el respeto de los derechos fundamentales al aplicarse las leyes y la propia Constitución. Utilizando la lógica simple, diríamos a razón de esta teoría, que todo derecho fundamental es un principio, pero no todo principio es un derecho fundamental.

Pero, entonces, si ello es así, resulta de imperante necesidad establecer criterios que permitan diferenciar a los principios dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para contribuir a la consolidación del modelo iusfilosófico al que se entregan voluntariamente, algunos, y muchos obligados a aceptarlo, y por ende, al Estado Constitucional de Derecho (o supremacía de la Constitución).

Ruiz Ruiz (2012), filósofo español, ya ha determinado tres características que todo principio debería tener, estos son: la fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. Lógicamente, estas características partes de aceptar la distinción entre principios y reglas y, de aceptar que los derechos fundamentales son principios, pero como decíamos anteriormente, qué de aquellos principios proclamados en las leyes y en la

jurisprudencia, acaso siguieron este patrón para su reconocimiento.

Finalmente, si analizamos principios dentro del exigido régimen iusfilosófico actual, no podemos soslayar el alcance constitucional, pues, el proceso, obviamente será afectado por la Constitución y el resultado, afectará su concepción. Si existen principios fuera de la norma fundamental y general que regula la aplicación e interpretación de las demás normas, los principios legales deberían también obedecer a los principios constitucionales, como toda norma legal dentro un Estado Constitucional. Dichos términos, no son utilizados por la teoría principialista, pues como se dijo, ésta solo se ha ceñido para diferenciar entre principios y reglas; de ahí la relevancia constitucional de la presente investigación.

E. La crisis actual del Ordenamiento Jurídico Peruano

El problema de la Crisis de la Ley, o la crisis de la Teoría General del Derecho la manifiesta Zagrebelsky (1990), provocada por la introducción de los Derechos Fundamentales a las Constituciones, y por agregar contenido axiológico a una fuente abstracta y objetiva, para luego argumentar por qué de las cosas en los casos concretos donde la valoración es subjetiva. Situación inestable no solo normativa, sino que principalmente filosófica, nos debería llevar a repensar el Derecho.

El autor no explica el paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, así como un desarrollo teórico, así como lo hace en sus propios términos Carbonell (2010), o Pozzolo (2015), para desarrollar la infección generalizada del constitucionalismo en todas ramas de la ciencia jurídica. Zagrebelsky explica el problema, basándose en el trastorno que se le provocó al derecho al introducir los derechos fundamentales a las constituciones, porque nunca más se podrían aplicar las normas jurídicas, con los métodos clásicos de interpretación, ahora, todo el universo jurídico temblaría ante la preeminencia de la persona humana y sus atributos, como fuente de producción de más y más derechos fundamentales, surgidos de la moral, no es la que Kant (2007) determinó no cambiante, sino aquella que va cambiando con el paso del tiempo y las afectaciones de los cambios sociales. Esta disforia objetiva- subjetiva, pone al Ordenamiento Jurídico en una esfera de indeterminabilidad de respuestas frente los conflictos que puedan surgir entre normas de rango legal y constitucional, o conflictos entre derechos fundamentales de la persona y sus semejantes, este grado de indeterminabilidad, no puede ser satisfecho o controlado por el alcance de los principios, pues, estos no pueden comportarse como reguladores de su regulación, es decir, no pueden autorregularse, necesitan de la subjetividad del juzgador, es decir, dando paso, a la corriente filosófica del pospositivismo que plantea como solución a estos

conflictos una técnica basada en la tecnicidad de la retórica y la dialéctica, la argumentación en base a la ponderación que diversos autores (positivistas reconocidos) no le encuentran seriedad o sustentabilidad lógica ni objetiva, entre estos destacan por ejemplo, Ferrajoli, García Amado, Juan Moreso, etc.

En el Perú, la lluvia del conocimiento constitucional reformado fue tardía, no entendimos (quizá por la ausencia de material bibliográfico europea en Latinoamérica o nuestra propia desidia ante el estudio del nuevos fenómenos jurídicos), el mensaje de Zagrevelsky en la década del 90; ahora, se enseña en las Universidades, las aristas del pospositivismo, casi de modo obligatorio, inclusive, en el campo epistemológico, se coacciona al investigador para que su trabajo de investigación tenga relevancia constitucional, ese es estado de la cuestión de nuestro Ordenamiento Jurídico, crisis generalizada.

2.2.2. Aplicadores del Derecho

Los aplicadores del derecho son aquellos entes estatales o sujetos con poder estatal facultados para operar las normas jurídicas en las relaciones o situaciones jurídicas que se originan en la sociedad por la interacción de los miembros de ésta. La aplicación del ordenamiento jurídico debe realizarse con suma cautela, pues, en el modelo de Estado peruano, las normas no pueden aplicarse de manera directa a la situación jurídica originada, sino que, es de

obligatoria observación, la Constitución, a fin de identificar una posible afectación o vulneración de derechos fundamentales.

A. Poder Judicial

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes. (Congreso de la República, 1993).

El poder judicial funcionalmente es autónomo e independiente, teniendo como función principal es la administración de justicia en todo el país, con el objetivo de garantizar la defensa de los bienes y los derechos de todos los ciudadanos.

En tal sentido, tiene que resolver los litigios o controversias que se dan entre las personas, ya sean estas naturales o jurídicas, y se encarga así de hacer cumplir las obligaciones y/o responsabilidades de cada una de las partes involucradas en un proceso judicial, basándose en la constitución y las normas vigentes de nuestro país, logrado con este proceso desarrollar o resolver conflictos mediante sentencias judiciales.

Para poder lograr sus objetivos, el Poder Judicial tiene dos órganos, el órgano jurisdiccional que tiene como función principal administrar justicia y el órgano de gobierno en donde se van a definir las políticas y la correcta administración de estas. El Poder Judicial de acuerdo a sus funciones y atribuciones este

es el encargado de absolver las consultas de carácter administrativo que formulen las Salas Plenas de los Distritos Judiciales.

B. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

C. Tribunales Administrativos

Tribunal Fiscal

Es la segunda instancia en materia del contencioso administrativo y tiene como funciones

- a) Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las resoluciones de la administración tributaria que resuelven reclamaciones interpuestas contra órdenes de pago, resoluciones de determinación, resoluciones de multa u otros actos administrativos que

tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria; así como contra las resoluciones que resuelven solicitudes no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria, y las correspondientes a las aportaciones al Seguro Social de Salud - ESSALUD y a la Oficina de Normalización Previsional – ONP. También podrá conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones de Multa que se apliquen por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la asistencia administrativa mutua en materia tributaria;

- b) Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las resoluciones que expida la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - SUNAT, sobre los derechos aduaneros, clasificaciones arancelarias y sanciones previstas en la Ley General de Aduanas, su reglamento y normas conexas y los pertinentes al Código Tributario;
- c) Conocer y resolver en última instancia administrativa, las apelaciones respecto de la sanción de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las sanciones que sustituyan a esta última de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario y según lo dispuesto en las normas sobre la materia;

- d) Resolver las cuestiones de competencia que se susciten en materia tributaria, conforme a la normatividad aplicable;
- e) Atender las quejas que presenten los administrados contra la Administración Tributaria, cuando existan actuaciones o procedimientos que los afecten directamente o infrinjan lo establecido en este Código; las que se interpongan de acuerdo con la Ley General de Aduanas, su reglamento y disposiciones administrativas en materia aduanera; así como las demás que sean de competencia del Tribunal Fiscal conforme al marco normativo aplicable;
- f) Resolver en vía de apelación las tercerías o intervenciones excluyentes de propiedad que se interpongan con motivo del procedimiento de cobranza coactiva;
- g) Establecer criterios y disposiciones generales que permitan uniformar la jurisprudencia en las materias de su competencia;
- h) Proponer al/a la Ministro/a de Economía y Finanzas las normas que juzgue necesarias para suplir las deficiencias en la legislación tributaria y aduanera;
- i) Celebrar convenios con otras entidades del Sector Público, a fin de realizar la notificación de sus resoluciones, así como otros que permitan el mejor desarrollo de los procedimientos tributarios; y,

- j) Las demás funciones que le correspondan conforme al marco normativo aplicable sobre las materias de su competencia. (Ministerio de Economía y Finanzas, 2012)

Tribunal de Fiscalización Laboral

Resolver en última instancia administrativa los casos que sean sometidos a esta competencia, en búsqueda de uniformizar y respetar los derechos laborales. Son funciones del tribunal:

- a) Resolver en última instancia administrativa los procedimientos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición del recurso de revisión.
 - b) Expedir resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria, que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia, para el Sistema.
 - c) Adoptar Acuerdos Plenarios que establezcan criterios y disposiciones generales que permitan uniformizar las resoluciones en las materias de su competencia.
 - d) Resolver las quejas por denegatoria del recurso de revisión.
 - e) Otras que determinen las leyes y normas reglamentarias.
- (Congreso de la República, 2017)

Tribunal Registral

Tiene como funciones el de dictar las políticas y normas técnico registrales de los registros públicos que integran el Sistema Nacional, planificar y organizar, normar, dirigir, coordinar y

supervisar la inscripción y publicidad de actos y contratos en los registros que conforman el Sistema. Son funciones del Tribunal Registral:

- a) Conocer y resolver los recursos de apelación interpuestos contra las denegatorias de inscripción y demás decisiones de los Registradores y abogados certificadores.
- b) Verificar, en el ejercicio de su función, el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, así como de los precedentes de observancia obligatoria, por parte de los Registradores y abogados certificadores, dando cuenta a la Dirección Técnica Registral y al Superintendente Nacional de las irregularidades detectadas.
- c) Aprobar precedentes de observancia obligatoria en los plenos registrales que, para el efecto, se convoquen.
- d) Emitir opinión sobre los asuntos que la Superintendencia someta a su consideración.
- e) Ejercer las demás funciones inherentes a su naturaleza o que le sean asignadas por la Superintendencia. (Congreso de la República , 2016)

D. La Administración Pública

Gobiernos Regionales

Estas son instituciones públicas en cargadas de la administración de cada una de las regiones del país, pues estas

tienen autonomía política, económica y administrativa y cumplen funciones tales como:

- a) Elaborar normas de alcance regional,
- b) diseñar políticas, estrategias, programas y proyectos que promuevan el desarrollo,
- c) organizar y dirigir y/o ejecutar los bienes financieros, bienes, activos, etc.,
- d) promueven inversiones del sector privado nacional y extranjero,
- e) administran, supervisan y evalúan la prestación de servicios públicos. (Congreso de la República, 2003)

Gobiernos Locales

Los gobiernos locales están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público; así como a las normas técnicas referidas a los servicios y bienes públicos, y a los sistemas administrativos del Estado que por su naturaleza son de observancia y cumplimiento obligatorio. Las competencias y funciones específicas municipales se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, regionales y locales de desarrollo. (Congreso de la República, 2003)

E. La Policía Nacional del Perú

La policía Nacional tiene como finalidad fundamental y funciones las siguientes.

- a) Las funciones de la policía nacional del Perú, son prevenir, investigar y combatir la delincuencia.
- b) Individualiza a los autores y partícipes del delito.
- c) Recopila los elementos materiales de prueba.
- d) Realiza detenciones en flagrancia delictiva
- e) Realiza actos de investigación bajo la conducción jurídica de un fiscal.
- f) Investigar la desaparición de personas naturales.
- g) Vigilar y controlar las fronteras, así como velar por el cumplimiento de las disposiciones legales sobre control migratorio de nacionales y extranjeros.
- h) Participar en la Defensa Nacional, Defensa Civil y en el desarrollo económico y social del país.
- i) Ejercer la identificación de las personas con fines policiales.
- j) Ejercer las demás funciones que le señalen la Constitución y las leyes. (Congreso de la República, 1999)

2.3. Identificación normativa de los principios

2.3.1. Principios en la Constitución Política del Perú y en los Tratados Internacionales

A. Constitución Política

En el artículo 139, encontramos los siguientes principios para administrar justicia, como son: la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, la independencia en el proceso de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, la publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley; la pluralidad de instancia, no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos, de no ser penado sin proceso judicial, de no ser condenado en ausencia, de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, de que toda persona debe ser informada, de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos, del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales y de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reducción, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

B. Tratados Internacionales

Encontramos los siguientes principios: la obligación de los Estados de cooperar entre sí, de conformidad con la carta, de la igualdad de derechos y la libre determinación de los Pueblos, El principio de la Igualdad Soberana de los Estados, de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la carta.

2.3.2. Principios en el Código Civil y en el Código Procesal Civil

Principios en el código civil, tenemos los siguientes: autonomía de la voluntad, protección de la buena fe, propiedad y libre circulación de bienes, igualdad, reparación del enriquecimiento sin causa, responsabilidad.

Principios en el Código Procesal Civil: derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, principios de dirección e impulso del proceso, fines del proceso e integración de la norma procesal, de iniciativa de parte y de conducta procesal, de inmediación, concentración, economía y celeridad procesales, de socialización del proceso, juez y derecho, de gratuidad en el acceso a la justicia, de vinculación y de formalidad, de doble instancia.

2.3.3. Principios en el Código Penal y Procesal Penal

Principios del Código Penal: principio de legalidad, principio de la prohibición de la analogía, principio de responsabilidad penal o de culpabilidad, de protección de los bienes jurídicos o de lesividad, de

subsidiaridad, de fragmentariedad, de proporcionalidad de la pena, de igualdad.

Principios del Código Procesal Penal: Justicia penal gratuita, Plazo razonable del proceso, Derecho a recurrir, Instancia plural, Presunción de inocencia, *Ne bis in idem* sustantivo y procesal, Interdicción de persecución penal múltiple, Competencia judicial, Juez interviene sólo en etapa intermedia y en juzgamiento en juicio oral, legalidad, Legitimidad de la prueba, Sin eficacia legal las obtenidas, violando derechos fundamentales de la persona, Derecho de defensa, No autoincriminación.

2.3.4. Principios en el Código de los Niños y Adolescentes y en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes

Tenemos por ejemplo al Interés Superior del Niño, la observancia de los Tratados de Derecho Internacional que reconocen derechos humanos de Niños y Adolescentes, la contribución al fortalecimiento de la familia, a la paternidad y maternidad responsables, a la igualdad de derecho ente hijos, a la identidad.

Tenemos en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, al principio del interés superior del adolescente, el principio pro adolescente, al principio educativo, al principio de justicia especializada, al principio de desjudicialización y mínima intervención, al principio acusatorio, al principio de presunción de inocencia, al principio del debido proceso, al principio de confidencialidad, al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

2.3.5. Principios en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

Tenemos en esta Ley, por ejemplo: la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, la dignidad del trabajador, protección o tuitivo, igualdad de oportunidades sin discriminación, irrenunciabilidad de los derechos laborales, interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, rango preferencial de los derechos de crédito laboral, libertad de trabajo, primacía de la realidad, norma más favorable, razonabilidad y proporcionalidad, inmediatez, buena fe en materia laboral, conservación del Contrato, causalidad en los contratos modales, autonomía colectiva, progresividad de los derechos laborales.

2.3.6. Principios en la Ley del Procedimiento Administrativo General

Tenemos, por ejemplo, en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, los principios: de legalidad, del debido procedimiento, impulso de oficio, razonabilidad, imparcialidad, informalismo, presunción de veracidad, buena fe procedimental, celeridad, eficacia, de verdad material, de participación, de uniformidad, de predictibilidad, etc.

2.3.7. Principios en la Ley General del Ambiente

En esta ley encontramos los siguientes principios: de sostenibilidad, de prevención, precautorio, internalización de costos,

responsabilidad ambiental, de equidad, de gobernanza ambiental, de responsabilidades comunes.

2.3.8. Principios en el Código Tributario

En el TUO del Código Tributario encontramos los siguientes principios: de legalidad, de reserva de ley, de legalidad, de preferencia de ley, de capacidad contributiva, de igualdad, de generalidad, de tipicidad, *non bis in idem*, proporcionalidad, no concurrencia de infracciones.

CAPITULO III

CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En el presente capítulo se demuestra la hipótesis de la tesis doctoral, la cual es, los criterios iusfilosóficos para identificar, diferenciar y clasificar a los principios del Derecho son: su naturaleza iusfilosófica, su alcance normativo y su funcionalidad en el sistema jurídico.

El desarrollo demostrativo, consiste en determinar la naturaleza ética o moral de las normas jurídicas, con tal fin, se aborda la problemática moral en la ética, en el Derecho y, en la política, partiendo del estado de naturaleza del ser humano; luego, se deslindan asuntos álgidos surgidos de la relación moral y Derecho, como la distinción de las esferas éticas de la persona, la problematización de la moral variable dentro del sistema jurídico y, los tipos de verdad para acompañar el desarrollo existencialista del pensamiento natural humano, posteriormente, se determina el alcance normativo de los principios de acuerdo a su naturaleza iusfilosófica y, finalmente, se determina la función de los principios de acuerdo a su naturaleza iusfilosófica y a su alcance normativo.

Durante la demostración de la hipótesis, se debe precisar, se ha preferido esquematizar los diversos temas abordados a través de una retórica crítica y analítica, evidenciándose la utilización de los métodos generales de la ciencia descritos en el capítulo metodológico, como el método deductivo, el método analítico, el método sintético, el método dialéctico, así como también, los métodos propios del Derecho, como el método hermenéutico y el método dogmático.

Luego de esta breve descripción de la parte demostrativa de la presente tesis doctoral, se presenta el desarrollo previo o introductorio a los subcapítulos que se componen por las categorías epistemológicas de la hipótesis planteada para resolver el problema del desorden de normativo principialista dentro del Derecho.

Este desarrollo, es importante porque en él, se demuestra, se justifica y se determina la naturaleza filosófica de cada criterio planteado en la hipótesis, es decir, que dentro de la premisa hipotética: “los criterios iusfilosóficos para identificar, diferencias y clasificar los principios del derecho”, encontramos una categoría previa a los propios criterios, esta está referida a que los criterios planteados, deben tener naturaleza filosófica, en ese sentido, el desarrollo previo a la demostración o contrastación de cada categoría hipotética, resulta necesaria para darle al lector, mayor claridad para entender con contundencia la demostración de la hipótesis.

Ubicaré el presente problema epistemológico dentro de las discusiones filosóficas actuales, para ello, parto de división que hace Kant de la filosofía, esta divide en física, lógica y la ética, ahora, como es sabido en el siglo XIX el positivismo naciente plantea la experimentación como el eje de su método científico para generar conocimiento científico, posteriormente, este mismo sector científico, quiso mejorar el modelo añadiéndole a la comprobación, la etapa de la comparación y traducción de los resultados en términos consistentemente irrefutables, para ello, se apoyaron en la lógica, por ello, se dice que el pospositivismo filosófico para perfeccionar el método científico, involucró a la lógica para explicar de manera consistente e irrefutable, los resultados de una determinada investigación científica. Dentro de la ciencia del Derecho, no

hemos denominado pospositivismo jurídico a esta corriente filosófica, sino que se ha denominado pospositivismo jurídico a la era de argumentación jurídica, que postula planteamientos distintos a los intereses positivistas; si comparamos, se podría decir que el pospositivismo es para el positivismo, lo mismo que el modelo de Estado Social y Democrático es para el modelo de Estado de Derecho.

Así tenemos que, un sector de la comunidad científica jurídica se dedica a tratar de adecuar el pospositivismo filosófico dentro de la ciencia del Derecho, según esta corriente iusfilosófica, los lógicos deónticos, de manera errónea, se han enfocado mayormente en explicar los sistemas normativos a través del análisis de la moral respecto de las normas jurídicas, es decir, a través del análisis de las normas morales, sin embargo, para Alchourrón y Bulygin (2017) el nuevo panorama filosófico del Derecho es la conciliación entre la lógica y el Derecho, ya que, según esta corriente pospositivista, el Derecho sería más exacto si se explicaría en base a premisas lógicas exactas.

Personalmente, discrepo con la premisa postulada por el bien denominado pospositivismo jurídico, debido a que, esta corriente filosófica soslaya el hecho de que las normas jurídicas regulan conductas subjetivas (morales), por lo tanto, el Derecho no puede ni debe convertirse en una ciencia formal, ya que para la producción de conocimiento científico jurídico (incluyendo a las nuevas normas jurídicas) es necesario emplear factores fácticos de la realidad mediante métodos experimentales, por tanto, la ciencia jurídica tiende a ser por su naturaleza, más una ciencia empírica que una ciencia formal. Emplear métodos distintos a la naturaleza científica y epistemológica del Derecho, es como evaluar

la exposición de un estudiante con una rúbrica que contenga criterios objetivos con los que evaluaría una monografía (trabajo objetivo), por ello, si el producto académico tiene naturaleza subjetiva (exposición), los criterios de la rúbrica deben ser subjetivos (gustos personales del evaluador).

En ese sentido, la presente investigación se torna dentro del problema epistemológico soslayado por el pospositivismo (real), es decir, dentro de la discusión de moral y Derecho, para ello, como mencionó la demostración hipotética inicia con el análisis de la ética kantiana en relación al Derecho.

El filósofo que más ha influenciado en nuestro derecho contemporáneo, aunque no con resultados satisfactorios, es indudablemente, Immanuel Kant (2007), este pensador describe en su obra la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, cuáles serían desde su punto de vista las divisiones de la Filosofía, tenemos: la lógica, la física y la ética. Divide de manera más didáctica y entendible a la Filosofía en, Filosofía formal y material, para establecer que de la formal surge la lógica, y de la Filosofía material surge la física y la ética.

Kant nos advierte hace más de dos siglos, que es muy peligroso lo que, en su tiempo, diversas seudas – subespecies de las ramas de la filosofía o de la ciencia estudiaban; razones en una esfera abstracta sin contenido empírico, o fenómenos basados en objetos que dependen de leyes naturales (física) o de libertad (ética) sin ningún resultado técnico que demuestre la validez de la propuesta filosófica. Kant sostiene que la moral que hay en las personas no es susceptible de modificarse, lo que cambia es la moral con la que se inspira una norma o una ley, entonces, lo que se regula es solamente la acción humana, pero no se modifica la intensidad natural de la persona.

Ahora bien, el pensamiento kantiano no ha cumplido su propósito en la ética, en la moral, en el Derecho ni en el Derecho. En la ética por cuanto se ha convencionalizado que ésta es la rama de la ciencia que estudia la moral, pero no estudia la moral que no cambia, sino que explica por qué el ser humano debe ajustar el bien y el mal a los convencionalismos sociales, familiares, económicos y jurídicos, esa moral debe ser necesariamente de naturaleza variable o inconstante, dicha variabilidad es directamente proporcional con factores científicos, tecnológicos y con nuevas ideologías implantadas en los modelos de Estado, que al intentar mejorar la relación de poder existente entre el gobierno y los gobernados, adoptan dentro de sus ordenamientos jurídicos a través y dentro de las normas jurídicas, pensamientos o ideologías de diversas naturalezas, que provocan este fenómeno de variabilidad moral.

Por ejemplo, Hobbes (a quien personalmente considero precursor del positivismo), plantea en uno de sus postulados que el hombre adquiere conocimiento a través de la experiencia, es decir, asegura que el aprendizaje humano no se agota con la mera percepción a través de sus sentidos, sino que, el ser humano tiende a sentir la necesidad de experimentar, inclusive, cuando tiene el conocimiento teórico de las consecuencias de ciertas acciones, infiero que, el ser humano tiene una naturaleza cambiante y variable, y por ello mismo, intenta cambiar los resultados o el *status quo* de las cosas, soslayando el hecho, también cierto, que el hombre crea conocimiento en momentos de iluminación proveniente de la intuición (conocimiento *a priori*), según lo plantea Kant (un autodidacta), aclárese que, la modificación del conocimiento no es nuevo conocimiento, solo es la variabilidad oportunista del ser humano, por la crítica a un estado que se resiste a cambiar su naturaleza.

En ese sentido, la ética se ha convertido más bien en una disciplina que ni siquiera busca comprender el cambio de moral, sino que, como disciplina, recoge los pensamientos o ideologías basadas en morales personales, para tratar de explicar el porqué del cambio de moral; me atrevería a señalar que la ética intersecta su alcance metodológico con el de otras ciencias, como la sociología, la antropología, el derecho, entre otras ciencias.

En los últimos años, por citar un ejemplo, se ha tratado mucho la bioética, para justificar prácticas médicas relacionadas con la eutanasia, la reproducción humana, el aborto, inclusive, con la reconstrucción o renovación de órganos humanos a fin de alargar la vida; el ejemplo más reciente, que en lo personal parece ser también un problema de bioética inversa, es el alcance, dominio y control de la inteligencia artificial; ambos ejemplos, problemas éticos, íntimamente ligado a la ciencia del Derecho, ninguno de ellos analizados y justificados con una moral constante o invariable, todos ellos, por el contrario, permitidos siguiendo ideología que para su aceptación no se necesitó de sustento fáctico ni científico ni experimental, muestra clara de que la ética planteada por Kant, está inactiva, desde hace muchos años.

Sería temerario aseverar que, el momento en que la humanidad se encontró más cerca de una ética inamovible fue durante el apogeo del positivismo, sin embargo, no deja de condecirse con la realidad. Según esta tendencia, todo está permitido, siempre que la moral que inspire en cambio ético de los fenómenos jurídicos y sociales se justifique con una supuesta consistente lógica, que no es el pospositivismo, porque el pospositivismo, persiste en los postulados del positivismo, sin embargo, en el método científico aumenta una última etapa, que

consiste en explicar o traducir los resultados de la experiencia (experimentación), en una conclusión con cierta rigurosidad científica, utilizando para ello, la lógica metodológica para moldear conocimiento científico a través de la consistencia lógica no de un razonamiento, sino de la comprensión de un fenómeno estudiado a base de la experimentación.

Esta problemática entre la ética y su objeto que es la moral, trasciende, como se dijo, hasta traspasar las fronteras del Derecho como ciencia, y, sobre todo, como herramienta del control social del Estado. De ahí que, podrían fundamentarse propósitos jurídicos sin base fáctica, hasta llegar al punto de la abstracción absoluta de la realidad, del campo científico, de la propia verdad nociológica, como en diversas oportunidades el Tribunal Constitucional peruano lo hizo, por ejemplo, al analizar la causa que pretende el cambio de sexo en el DNI y la partida de nacimiento de personas transexuales, tramitada en Expediente N° 6040-2015- AA/TC, el colegiado determinó como jurisprudencia jurisprudencial que debido al cambio del CIE-10 en CIE-11, (que dicho sea de paso en el tiempo en que se resolvió el caso, el CIE-11 aún no se encontraba vigente), la transexualidad ha dejado de ser un trastorno o disforia psicológica, para convertirse en una figura sexual enteramente parte de la liberalidad del ser humano, que le permite construir su personalidad de manera plena.

Siempre critiqué el abstractismo absoluto del Tribunal Constitucional, porque en el campo académico es una exigencia contar con algún indicio de respaldo fáctico para probar alguna hipótesis basa en concepciones morales, sin embargo, fuera de la academia, en una esfera mucho más importante (en este contexto), como el ejercicio del poder político para tutelar la Constitución, los

análisis, debates y construcción de doctrina jurisprudencial pura, se debería contar con cierto valor fáctico, o en todo caso, si quiera aplicar normas que se ajusten a nuestra realidad y, no ajustar nuestra realidad que no está preparada, a normas de laboratorio, como en el caso en comentario; sépase, asimismo, que la Revista de Psiquiatría Chilena y la Asociación de Psiquiatría Americana, criticaron mucho las medidas adoptadas por la Organismo Mundial para la Salud, en los cambios radicales y sin sustento científico experimental ni concreto, que le plantearon al CIE-10, para elaborar el CIE-11.

Hasta aquí, se confirma que el pensamiento kantiano respecto de la ética como rama de la filosofía, no ha trascendido en la actualidad, lo que tenemos no ética puro, es más bien, un utilitarismo ético, por ello, me doy cuenta que la Economía a pesar de ser una ciencia sincera y directa (no dada al subjetivismo), ha contribuido con el desarrollo de la ética por lo menos dentro del Derecho, a través del aclamado análisis costo beneficio o Análisis Económico del Derecho, inclusive, en la esfera constitucional. Claro que la Economía no gusta de ideologías morales en sus postulados, sino más bien se funda en hechos, por ello, el Derecho de la Responsabilidad Civil y la Teoría de la Dignidad han florecido a escala internacional, teniéndose en cuenta la objetividad del costo beneficio.

Ahora, respecto de la moral que no cambia, partiendo de su concepción históricamente aceptada, considerada como aquel conjunto de normas, reglas, principios, valores, acciones que pueden ser buenas o malas. No quiero plantear una idea superflua proveniente del Derecho de Personas, pero lo haré ya que se trata del profesor Espinoza Espinoza (2005), el mismo que señala que la

voluntad de las personas se manifiesta a través de actos, por su puesto, actos válidos, siempre que, el acto realizado se constituya de dos elementos fundamentales: el discernimiento y, la intención; el primero, entendido como la capacidad de la persona por diferenciar entre lo bueno y lo malo, y la segunda, como la capacidad de la persona, luego de haber discernido la consecuencia de su acto, de prever la consecuencia próxima del acto que realizará, de ahí que el acto según el discernimiento de la persona, pueda ser un acto malo o un acto bueno.

Una explicación, sin duda, claramente, teórica, que provoca el desenlace de diversas preguntas, hasta cierto punto, existencialistas, como por ejemplo ¿Quién determina lo bueno y lo malo? ¿Por qué lo que hago es malo o, por qué lo que hago es bueno? Si Kant respondería, seguramente, nos diría que el ser humano mantiene su estado de naturaleza, antes de cada acción, eso lo convierte en un ser religiosamente invariable, y, en algunos casos, lo convierte en un ser que moldea su conducta a determinados eventos que lo podrían beneficiar o perjudicar, sin preferir siempre su beneficio o la satisfacción de un interés propio como aseguraba Hobbes, a veces el ser humano prefiere actuar incorrectamente por las razones correctas, o actúa correctamente por razones incorrectas.

Por tanto, ya que la moral varía de persona en persona, la salida que proponen los filósofos de principios de la época moderna, aunándose al planteamiento hobbesiano, es instaurar un Estado o Gobierno Civil, con normas reales y concretas que propicien el control social; sin embargo, el planteamiento kantiano, diverge con hobbesiano en el sentido de que Kant asegura que el ser humano

nunca ha abandonado su estado de naturaleza, donde combaten sus deseos y pasiones, refrenadas por factores externos al individuo, pero que se manifiestan a menudo, cuando no se los puede contener, llamar malo a una conducta no compartida por un grupo de personas con poder, es una irresponsabilidad de los Estados y de la sociedad, en tal sentido, el planteamiento filosófico kantiano, parte de una reflexión de la moralidad humana, por ello, la Teoría de Estado propuesta por Kant es el Estado Federativo, que consiste en la subdivisión de territorios con cierta autonomía para crear y aplicar leyes que convengan a un determinado grupo de personas que se identifiquen con su moralidad, y que estén conscientes de las consecuencias que provocaría su traslado a un territorio donde no se regulan normas que concuerdan con su estado de naturaleza.

En este punto, se debe preguntar ¿Cuál es la moral que no cambia según Kant? Sería lo aceptado por todos, no como derechos que ni seguros estamos de merecerlos, sino una moral surgida fáctica surgida de los hechos que se repiten en la realidad, que, aunque tratemos de evitarlos o cambiarlos, siempre suelen darnos las mismas consecuencias, por ejemplo, el contacto o las relaciones humanas producen convivencia, aunque tratemos de negar ese hecho aristotélico, que el hombre es social por naturaleza, las consecuencias se resumen en convivencia necesaria.

Otro ejemplo, sería el tiempo, como factor fundamental en la explicación de la existencia de la materia y, por tanto, del universo, el tiempo en la velocidad en la que sucede, hace que la materia pueda ser visible, si aumentamos la velocidad del movimiento, es decir, si se manipula el tiempo, de tal modo que avanzara muy rápido, la materia desaparecería y seríamos parte de la nada, el tiempo

hace real lo que somos y lo que vemos, no podemos desconocer esa verdad óptica, con una superficial contravención a la verdad nociológica u negación. Asimismo, si pensamos en el ciclo biológico de los seres vivos, nos daremos cuenta que persiguen siempre el mismo patrón, si realización y el cumplimiento de un propósito, sea que el individuo lo conozca o dude de él, no puede huir de su destino; la suerte y el azar, son circunstancias que caracterizan la vida del ser humano, y no podemos cambiar ello.

La moral constante o invariable que constituye el núcleo de los principios primarios, no necesita ser explicada con tanta complejidad, en realidad son verdades evidentes u ópticas que carecen de opuesto; de ahí que los principios secundarios, deban ser analizados, explicados y justificados de manera más compleja, porque la moral que contienen es una moral variable e inconstante. Ahora, imaginemos un Estado que instaure sus fundamentos políticos y jurídicos a base de principios secundarios, o, los construya a base de principios primarios y secundarios, claramente, si no existe un Estado policía que incentive coactivamente el cumplimiento de las normas de convivencia, como sucede hasta la actualidad, dichos Estados estarían imposibilitados de controlar a la sociedad.

Seguidamente, imaginemos un modelo de Estado que se funde solo en principios secundarios y que estos por su propia naturaleza moral, hayan sido modificados o abstraídos en diversas oportunidades, una y otra vez, acaso no estaríamos ante un modelo de Estado inminentemente inseguro por su grado de variabilidad, por supuesto, me refiero al ordenamiento jurídico que sería ininteligible, confuso e infinito, inclusive, su doctrina también estaría interminablemente en desarrollo,

variando cada vez que varíen el contenido moral de los principios. Es la consecuencia a la que Kant nos acercó en su postulado de ética de moral pura.

Ahora, en lo que concierne al Derecho, el postulado ético kantiano es extremadamente liberal, si eso no gusta en las esferas actuales del poder, no se qué lo pueda hacer, un ordenamiento jurídico propio u oriundo aplicable a cierta población que acepte la moral con la que se crearon dichas normas, del mismo modo que serán acatadas de forma voluntaria, inclusive, la asunción de responsabilidad ante su incumplimiento. La moral pura que debe comprender el Derecho es que los seres humanos tienden a seguir un modelo o estilo de vida luego de haber recibido influencia moral de la sociedad y de la familia, aunque Kant lo sabía, no pretendía el respeto y tolerancia de casos excepcionales que no encajasen ni si quiera en un Estado Federativo de Derecho, sino más bien, era necesario, moldear su carácter en base a normas jurídicas capaces de provocar en el sujeto la manifestación de una conducta aunque reprimida, pero que no implique daos a otras personas.

El Derecho, luego de haber aceptado esta verdad de naturaleza moral, debe asumir la responsabilidad de plantear nuevos modelos normativos que en vez de excluir y sancionar a las personas que piensan diferente, las incluyan entre personas con la misma moral, que compartan plenamente su estado de naturaleza dentro de un Estado Civil, regido por un sistema jurídico tolerante, flexible, pero moralmente objetivo. Creo que la tendencia y época histórica más cercana a este planteamiento fue la era del positivismo jurídico, flexible en muchos sentidos, pero rígido en cuanto a su procedencia moral.

El problema actual del Derecho y la moral, no es su desarrollo filosófico teórico, sino las consecuencias de sus relaciones prácticas, esto es, el problema de la diversificación de posturas de naturaleza subjetiva a la hora de resolver un caso mediante la aplicación de normas jurídicas con contenido moral, aunque como se dijo, teóricamente, se plantean métodos interpretativos y métodos de resolución de casos complejos, increíblemente, a través de la argumentación, y sus diversas ramificaciones como la ponderación, el test de proporcionalidad, el test de igualdad, el pragmatismo jurídico, el análisis de congruencia y de consistencia, entre otros; todos estos, tienen naturaleza subjetiva, porque quien le dota de sentido moral al contenido de la norma y a la *ratio decidendi* es, un ser humano con moral propia, de modo que, si de por sí las normas ya tienen un contenido moral de reconocimiento o de creación, quizá de moral variable o constante, el aporte interpretativo y aplicativo del sujeto viabiliza, inclusive, una errónea aplicación de la norma, que podría ser válida al justificarse mediante argumentación, como suele suceder en diferentes casos, sobre todo cuando se trata de analizar el alcance de la dignidad, siempre es diferente cuando se trata del derecho a la libertad personal, que cuando se trata, por ejemplo, del derecho al secreto bancario.

El Tribunal Constitucional peruano, ha tratado al primer derecho mencionado como uno de los más esenciales para la persona humana, siendo su justificación argumentativa la dignidad individualista, sobre todo cuando se trata de liberar de prisión preventiva a ex presidentes o a candidatos mediáticos e influyentes dentro de la política nacional, mientras que, cuando se trató de salvaguardar el derecho al secreto bancario a propósito de la creación del Impuesto a las Transacciones Financieras, el Tribunal Constitucional prefirió justificar su fallo

desfavorable al pedido de inconstitucionalidad, con la teoría de la dignidad utilitarista o del bienestar o interés común; así, en ambos casos, siendo derechos fundamentales, la postura del Tribunal varía de acuerdo a la variabilidad moralista del colegiado al aplicar e interpretar la ley y la Constitución.

El propósito de planteamiento kantiano, estoy seguro, fue deponer las subjetividades por la objetividad del poder manifestado en las normas jurídicas de naturaleza multifacética – moral, para permitirle al sujeto una serie de opciones de estilo y formas de vida, que lo estimule o desincentive al cumplimiento de las normas que aceptó como las más justas, prácticas, morales, y razonables de acatar; y aunque no abandone su estado de naturaleza, puede ajustar su voluntad, por lo menos la externa, a las normas que propiciarán la convivencia social.

En la actualidad, existen normas que contradicen siglos de cultura y, ningún académico, político u organización opina ni se manifiesta positivamente o negativamente; por ejemplo, en un pasado no muy remoto, el Código Civil regulaba que por la patria potestad los padres tenían el deber y el derecho de corregir moderadamente a sus hijos, ahora, este deber y derecho no está reconocido, sino que además se castiga con pena de cárcel, siendo la consecuencia generalizada un daño sinérgico a la sociedad.

Aquí, el estado de naturaleza es que el ser humano como padre o madre, ejerza, naturalmente, su autoridad sobre sus hijos, persiguiendo como fin el fortalecimiento moral de la sociedad. Otro caso particular en el Perú, es el que surge de la falta de regulación jurídica de una forma de reproducción asistida como es “la maternidad subrogada o alquiler de vientre”, así, nuestro país siendo

parte obligada de diversos instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la procreación y a tener hijos, no ha querido reconocer a la maternidad subrogada como una forma de reproducción asistida legal y constitucional, negando que el Perú sea un modelo de Estado Social y Democrático, caracterizado, como otros, por garantizar y reconocer los derechos fundamentales.

De esta manera, trasladamos el análisis del planteamiento kantiano, hacia los modelos de Estados, aunque ya comentado, Kant sostiene que la conducta humana es variable y tiende a cambiar de acuerdo al propósito que encuentre dentro de su estado de naturaleza, así, el ser humano no siempre busca asegurar la satisfacción de algún interés personal, a veces antepone un interés, aunque la consecuencia de su satisfacción sea perjudicial para sí mismo, por ejemplo aquel que quiere acabar con la vida de otro, aunque sabe que su conducta será reprochada por otras personas y, seguramente, por el Gobierno y su ordenamiento jurídico, aquél decide dentro de su estado de naturaleza, perpetrar su conducta. Así como los políticos que deciden recibir cohechos para favorecer ciertos intereses de terceros, anteponen su interés, el dinero, a su libertad personal, sabiendo que su conducta podría llevarlos a perder su libertad.

Pero qué tal si después de todo, las conductas que manifiesta la persona no pueden ser reprimidas por la norma, la solución es el castigo de la sanción, o, la sectorización de normas de acuerdo a la categorización de conductas, eso es lo que plantea Kant, un Estado, quien sabe más liberal que el comúnmente actual Estado Social y Democrático de Derecho, que se caracteriza principalmente por el respeto de la persona humana y de sus derechos fundamentales, debido a

que, el modelo de Estado kantiano, pretende organizar y aplicar bloques de normas afines a las personas que decidan someterse voluntariamente no solo a las libertades garantizadas, ni a los derechos reconocidos, sino a las sanciones reguladas para aquellos que no cumplan con las normas; esto es, convivencia al desnudo o dentro del estado de naturaleza, bajo la sombra de un ordenamiento jurídico que asegure la convivencia social, mediante la aceptación diferencial de las personas, a través de normas, en su mayoría, afines a la conducta de humana sectorial.

Sin embargo, están las normas generales aplicables a todos y cada uno de los sectores, inspirados, por supuesto, en una moral invariable, como, por ejemplo, la necesidad de la existencia de un Estado que ejerza control social, que reconozca la dignidad del ser humano como persona, que garantice derechos humanos, que viabilice un modelo económico y político en todo el Estado, que garantice la seguridad nacional y la soberanía del territorio.

Así, el modelo de Estado Social y Democrático falla en el sentido de la creación discrecional de normas jurídicas generales, es decir, aquí nadie puede ser diferente, porque uno de sus principios básicos es la igualdad: todos somos iguales; aquí las normas se crean para sostener el viejo y desgastado principio de autoridad e imperatividad del Estado, por un lado, estas normas son rígidas para comprender la conducta humana (las denominadas reglas), y por otro lado, tenemos normas flexibles y ajustables a las circunstancias más adversas o más convenientes (los denominados principios y derechos fundamentales), las primeras carentes de moralidad, se deben cumplir porque sí (Derecho Administrativo) y, las segundas dotadas de contenido moral de proveniencia

múltiple, a veces, otras de proveniencia desconocida (Derecho Constitucional, Laboral, Tributario, de Niños y Adolescentes).

Prueba clara de las primeras, es el Reglamento Nacional de Tránsito modificado por Decreto Supremo 003 – 2014 – TR, que regula en la actualidad, sin discriminación ni análisis proporcional, la cancelación definitiva de la licencia de conducir para aquella persona que conduce en estado de ebriedad y sea partícipe de un accidente de tránsito, sin especificar ni modular la sanción en proporción a los daños (como lo hacía el reglamento anterior), este es uno de los tantos casos jurídicos vigentes, que vulneran derechos constitucionales abiertamente.

Respecto de las segundas, tenemos por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en la Constitución y, desarrollado por el Tribunal Constitucional, como aquel derecho por el cual la persona está facultada de realizar cualquier conducta o acto que lo complazca plenamente, sin causar la vulneración de los derechos constitucionales de terceros; este derecho, qué naturaleza moral tiene, de donde proviene tal interpretación, por qué el Tribunal le atribuye tal contenido, de dónde provino su razonamiento, sus resoluciones no lo explican.

Sin embargo, lo que también es claro es que, reconocimientos jurídicos como éstos, en vez de prevenir escenarios riesgosos o dudosos dentro del ordenamiento jurídico, provocan mayor inseguridad jurídica en la praxis jurisdiccional, haciéndole perder obligatoriedad a las normas de naturaleza inferior a la Constitución, por ejemplo, el cambio de nombre, regulado en el artículo 19 del Código Civil, sin duda la normas marca positivamente los

supuestos en que el cambio procede de manera objetivamente justificada, es decir, cuando se afecte la dignidad o susceptibilidad moral de la persona, sin embargo, en la actualidad, el cambio se permite tomando por ocasión el derecho al libre desarrollo de la personalidad diseñado por Tribunal Constitucional. En suma, los modelos de Estados Sociales y Democráticos, han llegado a su declive por su grado de incertezas e inseguridad normativa, estos modelos, actualmente, son tierra de nadie, cada quien admite su postura frente a alguna impensada situación jurídica y, la suscriben como verdades ónticas o perfectas; cuándo y cómo pasó, cuándo se nos olvidó la importancia del principio de autoridad y de control social, necesarios para la consolidación de cualquier modelo de Estado, sea liberal o conservador, o apegado a cualquier otra ideología.

Entonces, en qué modelo de Estado podríamos aceptar la convivencia de diferentes tipos de normas como principios, garantías, derechos, deberes, reglas, directrices, mandatos; se debe inferir que, en un modelo de Estado que entienda la naturaleza moral de cada norma, sin abstracciones absolutas que impidan el desenvolvimiento natural de la persona, y sin concreciones absolutas que liberen la conducta opresiva del Estado y de quienes ostenten el poder.

En ese sentido, véase que el problema no es la regulación de diversas formas de normas jurídicas, sino el propósito con el que se las regula, si la creación normativa no tiene el propósito de regular a la persona, entonces qué propósito tiene el Derecho, y si su propósito es regular la conducta de la persona, entonces, quien crea las normas debe hacerlo teniendo en cuenta la naturaleza moral del ser humano, considerando que éste no abandona nunca su estado de naturaleza, y que, no es preciso que lo haga para obedecer el orden normativo

en la convivencia social, basta con adecuar su conducta tanto como le fuera posible, hasta que el Estado, conociendo la naturaleza moral del ser humano, y por ende, el contenido moral de la norma, moldee el ordenamiento jurídico a su conducta interna.

Este planteamiento kantiano ha trascendido hasta nuestras formas de constituir algunos Estados modernos, por ejemplo, Estados Unidos es un país que se rige por un modelo de Estado Federativo, siguiendo el planteamiento moral de Kant, que cree que el hombre nunca abandona su estado de naturaleza para someterse a un estado civil, sino que ajusta su conducta al condicionamiento normativo que se le presente, por ello, en tal país, se aplican normas distintas en cada Estado, si nos referimos a las penas de ciertos delitos, son diferentes en algunos Estados, y algunas conductas permitidas en determinados estados, están prohibidas en otros. De ahí que, el ciudadano americano puede recorrer todo el país, eligiendo qué normas se ajustan a su naturaleza moral, pero es consciente de que, en algunos de estos estados, debe reprimir su estado de naturaleza.

La naturaleza moral del ser humano, se remonta a diversas épocas de la historia, en la época antigua, por ejemplo, se plantearon postulados como el hombre es social por naturaleza (Aristóteles), donde reina el amor sobran las leyes (Platón), durante la época medieval se entendía que la moral divina recogida en las Sagradas Escrituras era superior a cualquier otra, se creía que el soberano era puesto por Dios, y que, la obediencia al soberano era al voluntad de Dios, claramente, esta época se vio marcada por el teocentrismo, sin embargo, luego del fracaso de la religión, surgieron grandes filósofos que pretendieron explicar

la naturaleza de la persona, con naturalismo racional, empirismo, escepticismo, socialismo, comunismo, entre otros planteamientos filosóficos, lo que dio como resultado la era de la ilustración y el apogeo de la prevalencia del conocimiento para hacer política, para hacer gobierno, y para ser gobernado.

Con el antropocentrismo desarrollado en la época moderna, los Estados hasta entonces vigentes, tomaron diferentes rumbos ideológicos, en Europa se optó por la democracia parlamentarista, en América se optó por la emancipación de Europa y, por construir nuevas repúblicas con modelos democráticos incipientes; aquí durante la época moderna se desarrolló el positivismo jurídico que atrajo el desarrollo económico y social a nivel universal, asimismo, durante esta época la moral y el Derecho se mantenían divorciadas por el recelo al subjetivismo jurídico dejado atrás con el naturalismo puro, que impedía la concreción del orden social mediante normas jurídicas imperativas; esto es, no importaba la moral personal o social, solo importaba la moral con que el legislador creaba las leyes, esta es una moral rígida, sobre todo plasmada en principios universales naturales, objetivados mediante regulación escrita, así el positivismo no buscó la aceptación voluntaria de las normas, sino la aceptación necesaria de las normas, para lograr el control social esperado y, se logró.

Hasta aquí, ¿Quién determina las mejores formas convivencia? ¿Quién determina lo bueno y lo malo? ¿lo bueno y lo malo es determinado por uno mismo? Sin duda durante el naturalismo antiguo, el naturalismo escolástico, el naturalismo racional, el realismo, y durante el positivismo jurídico, las mejores formas de convivencia según lo bueno y lo malo han sido determinados por los

Gobiernos, es decir, por quien detenta el poder, es decir, las normas estaban para cumplirse no para cuestionarse ni manipularse preferentemente.

Sin embargo, durante la época contemporánea, se han reconocido normas con contenido moral, es decir, que el legislador no es capaz de prever las consecuencias jurídicas de su alcance normativo, dejando librado su aplicación a la casualidad y a la causalidad, aquí las preguntas ya no son existencialistas, o humanistas, sino personalistas, por ejemplo ¿Hasta dónde llega mi derecho a la libertad? ¿qué puedo y no puedo hacer? Preguntas que provocan otras extremadamente existencialistas o diría re-existencialistas, como por ejemplo ¿Por qué soy así? ¿Por qué tengo tantos deseos de triunfar sobre otros? ¿Por qué no me importa ser mejor que los demás? ¿Por qué tengo deseos de hacer las cosas diferentes a lo cómo lo hacen los demás? ¿si no encajo entre los demás por qué debo existir? ¿Si soy así como soy, por qué no respetan mi existencia?

Esto hemos tenido que responder y no lo hemos hecho adecuada ni responsablemente, sino que, hemos normalizado y aceptado posturas minoritarias diferentes, y las hemos antepuesto sobre las voluntades mayoritarias; así se han reconocido figuras e instituciones jurídicas que nunca se pensaron, como la legalización del aborto, la eutanasia, la pedofilia, la zoofilia, inclusive, se han curado enfermedades o disforias sexuales como la transexualidad, la homosexualidad, la transidad, entre otras, con argumentación. De ese modo, no hemos tenido la fortaleza de decirle no al moralismo individualista, a causa, por supuesto, del innegable antropocentrismo agudizado, provocado, asimismo, por el nacimiento del modelo de Estado Social

y Democrático, y, por ende, por el reconocimiento e introducción de los derechos humanos a las Constituciones. Véase, por tanto, que ni siquiera el existencialismo ha quedado incólume de la afectación de la ola moralista voluble.

Como se mencionó, en parte, párrafos precedentes, el problema que aqueja a los modelos de Estados Sociales y Democráticos, regidos por el planteamiento de estado hobbesiano o estado civil, es que estos modelos jurídicos se caracterizan por ser imperativos y generales, abstrayendo el hecho de que el hombre lucha cada día con deseos y pasiones que gobiernan su estado de naturaleza, y erran al creer que la persona ha abandonado su estado de naturaleza y se ha sometido a un estado civil de orden y de justicia, sometidos y regidos por normas estándares. Últimamente, con la proliferación de los modelos constitucionales basado en la garantía de los derechos humanos, el control social que tiene como instrumentos al sistema jurídico, ha sido cada vez más difícil, porque cada vez hay más que proteger, esta carrera interminable de protección se debe, asimismo, a que al ser humano se le ha dado un espacio más grande de libertad donde desarrollarse.

Ahora, es necesario aclarar, que el ser humano se podría encontrar en diferentes esferas de su libertad, por ello, no se puede asegurar que el ser humano actuará bajo las directivas de la moral, qué tal si el hombre no es capaz de comprender ningún tipo de moral, sino que actúa dominado por sus impulsos, deseos y pasiones que solo éste conoce y, de los que desconoce sus alcances reales, aquí el ser humano podría encontrarse en la esfera del instinto natural, suponemos a lo que Kant denominó estado de naturaleza.

No es el estado que deba prevalecer, puesto que si aceptamos la validez de las conductas surgidas de esta esfera, provocaría sí, un desorden mucho mayor al desorden moral actual; así que por ello, tenemos las otras dos esferas, la esfera de razonabilidad y, la esfera de racionalidad, la primera donde el ser humano comprende el onto o ser del porqué de las cosas, acepta lo que es razonablemente correcto hasta donde su capacidad mental le asiste, pero, luego está la segunda, donde no basta la razón, sino que la razón, provocado por el grado de conocimiento e inteligencia del sujeto, trasciende a la lógica, es decir, la consistencia de un razonamiento concretado en un argumento racionalmente firme.

El dilema latente entre la moral y el deseo, es la culpabilidad y la responsabilidad del sujeto frente a sus actos que manifiesta y, que podrían afectar a otros; la moral, por un lado, dota al ser humano de una consciencia basada en el valor ajenidad o respeto hacia los terceros, pero sobre todo de consciencia, la cual podría, todavía, comprender algún tipo de razón, si es una razón expuesta a un nivel considerable de lógica, entonces, la conducta moral adoptada por el sujeto no solo no le acarrearía perjuicio a este y a otros, sino que, la conducta podría ser explicada de modo justificativo, a fin de anteponerla a otras conductas, por razones más que razonables, racionales.

Por otro lado, el deseo corroe la voluntad del sujeto, disponiéndolo a determinarse por la ejecución de una conducta, que no es reprobada por él, porque al encontrarse en la esfera del deseo, su condición conductual es amoral, y, aunque conoce claramente las consecuencias de sus actos, es incapaz de abandonar su voluntad amoral. Ahora, si el sujeto actúa de acuerdo a cierta

moral, pensada razonable o racionalmente, definitivamente, es culpable y responsable de las consecuencias de su actuar, pero si el sujeto se ve privado de moral, al haberse expuesto a su deseo, su voluntad no puede ser juzgada ni reprochada, así como las consecuencias de su conducta no podrán ser sancionadas ni prohibidas, porque ¿Qué ser humano, jamás actúo solo con deseo y sin moral?

En realidad, es la naturaleza del hombre, autorregular conductas de las que se siente orgulloso de no hacer o de no hacer, e imponerlas mediante el poder, a otros que no están interesados en descubrir la simpatía o armonía que exista entre la regulación y su conducta, dicho de otro modo, es incorrecto regular conductas que surgen de la esfera primitiva del deseo, para sancionarlas en las esferas de razonabilidad y racionalidad; sin embargo, así funciona el Derecho desde que se pensó incorporar normas con contenido ético a la Constituciones, a este espacio de anarquía moral, lo hemos denominado Estado Liberal, o Estado Social y Democrático, donde se respeta el contenido moral de las normas incorporadas, inclusive, cuando los actos permitidos mediante el ejercicio de un derecho, provengan de la esfera primitiva de la ética del ser humano.

Si se trataría de analizar el comportamiento de Antígona frente al mandato del Rey por impedir que su hermano sea sepultado, negándose a obedecer la ley por encontrarse en su esfera primitiva de deseo, seguramente, justificaríamos su conducta, pero no es más que el amor filial que cegó la razón y la lógica de la muchacha.

Démonos cuenta que, inclusive, todos nosotros juzgamos su conducta y la justificamos, aunque dicha conducta provenga de la esfera del deseo, esto se debe a que, el ser humano de continuo se encuentra divagando entre las tres esferas de su ética, pero cómo saber en qué ocasión merece ser responsable o justificado; desde esta perspectiva, la mejor forma de hacerlo sería aplicándose principios éticos con contenido moral invariable o constante, solo ello, nos mostraría con objetividad, cuándo el ser humano puede ser consciente o inconsciente moralmente de una conducta; así, la importancia de la determinación ontológica del principio resulta primordial para sostener un modelo de Estado objetivamente justo.

Aquí vale la pena regresar al existencialismo serio, porque cuando el ser humano llega a entender y a aceptar sus problemas morales, es cuando más se convencerá de preguntarse sobre el propósito de tanta moralidad. Desde esta perspectiva, todos los seres humanos, ciudadanos de cualquier nación, nos volvemos existencialistas, haciéndonos preguntas como: ¿Si soy diferente a los demás, por qué convivo con ellos? ¿Quién me creó? ¿Si alguien me creó por qué puso en mí la consciencia moral? ¿Si existo por alguna razón por qué debo hacer lo que una norma ordena? ¿Por qué debo obedecer el orden social y normativo? Y, otras que están presentes en el ser humano.

Siguiendo esa línea, no importa si el existencialismo es teísta o atea, el hombre existe y debe encontrar su estado de plenitud mental que le permita comportarse de la manera más adecuada para poder convivir pacíficamente con otras. Sin embargo, es importante determinar, el estado en el que permanentemente se encuentra el ser humano, así la persona se enfrenta cada día a las preguntas

frontales de su propio yo, antes de asumir la perpetración de sus actos, a esto Nietzsche (1972) define como consciencia, y, ya que niega la existencia de Dios, señala que nuestra consciencia es aquella manifestación reprimida de nuestros deseos y pasiones insatisfechos, luego, Kierkegaard (2008), señala que la persona se encuentra en un estado de angustia permanente porque no es lo que debe ser, porque desconoce la verdad.

Entonces, podemos concluir en que el hombre se encuentra en una lucha constante con él mismo, antes de perpetrar alguna determinada conducta, el por qué lo hace, no siempre responde al fundamento de una ley escrita, sino a su propia conclusión moral del mundo, de la vida, de su moral y de su deseo personal, a veces involuntario.

Antes de profundizar en el pensamiento existencialista de Kierkegaard (2008), es necesario señalar que todo pensamiento no necesariamente resulta ser la verdad absoluta u óptica, para ello, Jonathan Ramos (2021), profesor de Filosofía en la Universidad de Salta – Argentina, establece la ligera diferenciación entre tipos de verdad, así establece que existen 5 tipos de verdad, está primero la verdad óptica que es lo que realmente es real y, su opuesto sería la nada, lo vano, así también tenemos a la verdad lógica que es la consistencia de un razonamiento, su opuesto sería la incongruencia de un razonamiento, luego está la verdad ontológica, que es la certeza escondida detrás del vestíbulo o cortina, su opuesto sería el ocultamiento, luego estaría la verdad noiológica que es la relación cierta entre el pensamiento y la cosa, su opuesto sería la negación y, finalmente, está la verdad ética que es la transparentación de nuestros pensamientos, su opuesto sería la mentira.

Así pues, esta determinación no solo es importante para responder el comportamiento humano y sus razones, sino las inconsistencias filosóficas de nuestros modelos de gobierno y sistemas jurídicos. La teorización de la verdad es determinante para este trabajo, puesto que, se trata de determinar si es importante o no, en el trabajo de identificación de un principio, la determinación de la naturaleza del principio, en muchos casos se verá, los principios solo son tipos de verdades o, en otros casos, los opuestos a determinadas verdades.

Ahora sí, continuando con el alemán Soren Kierkegaard (2008), considerado padre del existencialismo, este plantea algo similar a Kant pero en términos quizá diferentes, este señala, como se dijo que el hombre vive en un estado permanente de angustia porque no es lo que debe ser o es lo quiere ser, porque desconoce la verdad; ello implica que, las personas no hacen lo que quieren hacer, o lo que deben hacer porque la verdad está ausente de sus ser, este enunciado que a primera vista no tiene más que relevancia retórica o poética, implica, pues, que el hombre tiene en sí misma una moral que no puede cambiar, por mucho que se esfuerce, quizá sea como se describe en Antígona las Leyes de los Dioses no escritas. Así como existen leyes naturales, que incentivan el estudio de la física, según Kant, existen leyes de la libertad que exigen el estudio de la ética, en especial de la moral, que se inquieta por los objetos dependientes a estas leyes, por ello, es que la ética es una ciencia empírica y no formal.

De allí que, solo en esta instancia, cuando pensamos que en el Derecho se pueda analizar un derecho, principio, valor o regla, sólo en una esfera abstractamente clausurada, negamos la existencia de la conexión entre el derecho y moral, entendiendo que el derecho es una ciencia formal (lo cual no

es cierto), entonces, si nos encontramos ante la conexión de dos ramas de la ciencia (la ciencia surge de la filosofía) que tiene naturaleza o bases empíricas, como negar su propia naturaleza, separándolas de modo definitivo.

Así, habiendo leyes que gobiernan la mente de la persona en su actuar, es siempre preciso recalcar la importancia de la convivencia necesaria de diversos tipos de normas, de otro modo, las normas que no tengan contenido moral, no podrán ser valoradas de manera justa y objetiva, a esto le llamamos institucionalización del ordenamiento jurídico, pero esta denominada institucionalización es peligrosa porque el Estado puede acostumbrar a la persona a creer que la moralidad de las normas puede ser tan variable como su paso entre las esferas éticas personales, y, podría también, incentivar el descontrol social; aquí como ya se ha mencionado, para regular la conciencia humana y su conducta a través de las normas jurídicas, resulta necesaria la institucionalización de la moral constante o invariable, este contenido moral inquebrantable, hará que las normas con base moral variable, se ajusten a la equidad general, inclusive, si se tratase de normas rígidas como las reglas, el contenido moral invariable de los principios coadyuvará a su justa interpretación y aplicación.

Sin embargo, lo que plantea Kant, no es lo que los filósofos contemporáneos del Derecho suelen pensar, pues estos últimos, estudian la moral que Kant describe como aquella que las personas no quieren hacer sino que se les designa hacer, y, lo que Kant pretende estudiar o explicar en los Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres, es aquella ética basada en la moral que no se modifica, denominando, entonces, a estos principios que originan la física o la ética,

principios primarios y, a los que el hombre puede modificar o modular (leyes impuestas), inclusive con el costo de una sanción, principios secundarios.

El problema que se trata de resolver, es el provocado por la introducción de los derechos fundamentales a la Constituciones, convirtiendo al Estado en el propulsor del bienestar general, a través de la concreción de los Estado Sociales y Democráticos. La introducción de contenido moral o axiológico (alienación de la lógica y la ética, que Kant denomina filosofía mediocre), a una fuente objetiva o concreta de figuras jurídicas exactas o cerradas, es como haber fundido el motor de un vehículo al inyectarle combustible no compatible con el bien automotriz, en ese sentido, lo que se intentará es separar las probetas con contenido moral, de aquellas de contenido objetivo (normativo), para distinguir en futuros conflictos jurídicos, principios morales de principios formales (denominado *a priori* de tal modo).

3.1. la naturaleza iusfilosófica de los principios

Los principios, primero son normas dictadas en la naturaleza del hombre que simplemente no cambian, algunos principios que conocemos, por ejemplo, son insustentables éticamente (filosóficamente), así tenemos a la igualdad, simplemente, no somos iguales, ningún sujeto es igual a otro, sino que aceptamos la abstracción por argumentos basados en banalismo

científico¹ y más bien basada en una confundida mezcla entre la filosofía² formal y material, que es imposible de conciliar, de hacerlo habremos podido realizar el trabajo que Kant y Albert Einstein no pudieron hacer, una teoría unificada del universo³ o de la filosofía⁴.

¹ No sería ciertamente un objeto indigno de consideración el preguntarse si la filosofía pura, en todas sus partes, no exige para cada una un investigador especial, y si no sería mejor, para el conjunto del oficio científico, el dirigirse a todos esos que, de conformidad con el gusto del público, se han ido acostumbrando a venderle una mezcla de lo empírico con lo racional, en proporciones de toda laya, desconocidas aun para ellos mismos; a esos que se llaman pensadores independientes, como asimismo a esos otros que se limitan a aderezar simplemente la parte racional y se llaman soñadores; dirigirse a ellos, digo, y advertirles que no deben despachar a la vez dos asuntos harto diferentes en la manera de ser tratados, cada uno de los cuales exige quizá un talento peculiar y cuya reunión en una misma persona sólo puede producir obras mediocres y sin valor. Pero he de limitarme a preguntar aquí si la naturaleza misma de la ciencia no requiere que se separe siempre cuidadosamente la parte empírica de la parte racional y, antes de la física propiamente dicha (la empírica), se exponga una metafísica de la naturaleza, como asimismo antes de la antropología práctica se exponga una metafísica de las costumbres; ambas metafísicas deberán estar cuidadosamente purificadas de todo lo empírico, y esa previa investigación nos daría a conocer lo que la razón pura en ambos casos puede por sí sola construir y de qué fuentes toma esa en enseñanza a priori. Este asunto, por lo demás, puede ser tratado por todos los moralistas -cuyo número es legión- o sólo por algunos que sientan vocación para ello. (Kant, 2007)

² La antigua filosofía griega dividíase en tres ciencias: la física, la ética y la lógica. Esta división es perfectamente adecuada a la naturaleza de la cosa y nada hay que corregir en ella; pero convendrá quizá añadir el principio en que se funda, para cerciorarse así de que efectivamente es completa y poder determinar exactamente las necesarias subdivisiones. Todo conocimiento racional, o es material y considera algún objeto, o es formal y se ocupa tan sólo de la forma del entendimiento y de la razón misma, y de las reglas universales del pensar en general, sin distinción de objetos. La filosofía formal se llama lógica; la filosofía material, empero, que tiene referencia a determinados objetos y a las leyes a que éstos están sometidos, se divide a su vez en dos. Porque las leyes son, o leyes de la naturaleza, o leyes de la libertad. La ciencia de las primeras llámase física; la de las segundas, ética; aquélla también suele llamarse teoría de la naturaleza, y ésta, teoría de las costumbres. La lógica no puede tener una parte empírica, es decir, una parte en que las leyes universales y necesarias del pensar descansan en fundamentos que hayan sido derivados de la experiencia, pues de lo contrario, no sería lógica, es decir, un canon para el entendimiento o para la razón, que vale para todo pensar y debe ser demostrado. En cambio, tanto la filosofía natural, como la filosofía moral, pueden tener cada una su parte empírica, porque aquélla debe determinar las leyes de la naturaleza como un objeto de la experiencia, y ésta, las de la voluntad del hombre, en cuanto el hombre es afectado por la naturaleza; las primeras considerándolas como leyes por las cuales todo sucede, y las segundas, como leyes según las cuales todo debe suceder, aunque, sin embargo, se examinen las condiciones por las cuales muchas veces ello no sucede. (Kant, 2007)

³ La teoría del todo, también conocida como teoría unificada, fue el sueño que Einstein nunca pudo cumplir. Consiste en una teoría definitiva, una ecuación única que explique todos los fenómenos físicos conocidos y dé respuesta a las preguntas fundamentales del Universo.

⁴ Y no se piense que lo que aquí pedimos sea algo de lo que tenemos ya en la propedéutica, que el célebre Wolff antepuso a su filosofía moral, a saber: esa que él llamó filosofía práctica universal, el camino que hemos de emprender es totalmente nuevo. Precisamente porque la de Wolff debía ser una filosofía práctica universal, no hubo de tomar en consideración una voluntad de especie particular, por ejemplo, una voluntad que no se determinase por ningún motivo empírico y sí sólo y enteramente por principios a priori, una voluntad que pudiera llamarse pura, sino que consideró el querer en general, con todas las acciones y condiciones que en tal significación universal le corresponden, y eso distingue su filosofía práctica universal

Encontrar su naturaleza, requiere del estudio de los planteamientos de los filósofos quienes aportaron valores o ideas en forma de principios a la humanidad, o que intuyeron que dichos principios eran tales o cuales, y que servían para darse cuenta de algo o aceptar determinadas situaciones. Estos fueron adoptados de manera natural sin analizar por qué los tenemos, es lo que dicta la norma escrita en la naturaleza del hombre contemporáneo, es más sencillo argumentar que filosofar, pues, la filosofía pura como señala Kant es muy rigurosa y requiere de un estudio constante de la búsqueda de la verdad, nunca la encontramos, porque, como señala Sorèn Kierkegaard (2008), padre del existencialismo en su obra *La Enfermedad Mortal*, el hombre o ser humano, se encuentra en un estado de angustia permanente porque no es, lo que debe ser y, porque hace no lo que no quiere hacer.

Lo mencionado, aunado a la frase aristotélica, formulada por el autor de *Los Hermanos Karamazov*, Fedor Dostoievski (2000): “Si Dios no existe, todo está permitido”, implica en conjunto que la ética siempre ha sido afectada por Dios o una divinidad, por lo menos, en nuestros sistemas

de una metafísica de las costumbres, del mismo modo que la lógica universal se distingue de la filosofía trascendental, exponiendo aquélla las acciones y reglas del pensar en general, mientras que ésta expone sólo las particulares acciones y reglas del pensar puro, es decir, del pensar por el cual son conocidos objetos enteramente a priori. Pues la metafísica de las costumbres debe investigar la idea y los principios de una voluntad pura posible, y no las acciones y condiciones del querer humano en general, las cuales, en su mayor parte, se toman de la psicología. Y el hecho de que en la filosofía práctica universal se hable contra toda licitud de leyes morales y de deber, no constituye objeción contra mis afirmaciones, pues los autores de esa ciencia permanecen en eso fieles a la idea que tienen de la misma; no distinguen los motivos que, como tales, son representados enteramente a priori sólo por el entendimiento, y que son los propiamente morales, de aquellos otros motivos empíricos que el entendimiento, comparando las experiencias, eleva a conceptos universales; y consideran unos y otros, sin atender a la diferencia de sus orígenes, solamente según su mayor o menor suma - estimándolos todos por igual-, y de esa suerte se hacen su concepto de obligación, que desde luego es todo lo que se quiera menos un concepto moral, y resulta constituido tal y como podía pedírsele a una filosofía que no juzga sobre el origen de todos los conceptos prácticos posibles, tengan lugar a priori o a posteriori. (Kant, 2007)

jurídicos, no olvidemos que Kant, Hobbes, Filmer, Locke, Rousseau, Montesquieu, Kierkegaard, entre otros, nunca soslayaron la presencia de Dios en el desarrollo eminentemente práctico de la ética.

El positivismo⁵, por el contrario con la propuesta de Augusto Comte en el siglo XX, revolucionó sobre todo la preguerra en lo que respecta a ciertas ciencias empíricas, como la biología, la medicina, la psicología, la sociología, y, en algunos lugares, en el derecho; no sucede ello, por ejemplo, en Alemania en la preguerra, primera y segunda guerra mundial, donde vacilo en señalar, si el pensamiento Nazi surgió del objetivismo de la creación de normas jurídicas para el cumplimiento coactivo de los alemanes o, si surgió del razonamiento abstracto sin demostración objetiva que ideó Hitler e implantó en la mente de su ejército y su cúpula de poder. Nuevamente, recalco la idea de Kant: es riesgoso mezclar la moral surgida de las leyes de libertad (constantes) con la moral que surge fuera de la

⁵ El pensamiento de Comte mezcla el razonamiento con hipótesis y su verificación por medio de observaciones y experimentos. El método más apropiado para encontrar las verdades consecuentes viene de la sistematización científica y no de la religión o de la metafísica. Sin embargo, según Comte, todavía había algunos elementos metafísicos en las ciencias; por ejemplo, en la física se utilizaba esa noción fantástica del fluido o del éter, y en las ciencias humanas aún existía la noción del alma. (Fraustro Gatica, 2021)

Comte propone empoderar a los científicos para que ellos sean los que tomen posiciones de poder en el Estado; concibe a la política como una ciencia positivista, es decir, que tendría que ir más allá de los deseos y de las opiniones de la mayoría. La política, al convertirse en ciencia, es administrada y organizada a partir de los criterios racionales de los especialistas. Cuando la política devenga en ciencia positiva, el público deberá concedérsela a los publicistas, del mismo modo que se concede la confianza a los astrónomos cuando se refiere a la astronomía o a la medicina. (Comte, 1967)

El positivismo lógico, por otro lado, representa una escuela filosófica, formada alrededor del círculo de Viena, que aglutina las tradiciones del empirismo y del análisis lógico del lenguaje, en esencia, simboliza una crítica a la mayoría de las tesis filosóficas tradicionales, y de manera especial, a los planteamientos relacionados con la metafísica, la epistemología y la ética. En esencia, los positivistas lógicos formularon distintas versiones del principio de verificación. El objetivo era determinar un criterio que permitiera distinguir el carácter científico de un enunciado, así como un criterio de demarcación entre enunciados con significado y enunciados sin significado. Se trata de dos cuestiones complementarias que quedan resumidas en la afirmación: "El significado de una proposición consiste en su método de verificación". Los principales defensores de este principio fueron: Moritz Schlick, Alfred Jules Ayer. Entre sus críticos figuran: Willard Van Orman Quine y Karl Popper. (Euskadi, 2016)

buena voluntad de las personas (moral inconstante), su tratamiento, origina adoctrinamiento sin sustento empírico o empirismo basado en principios cambiantes, que impiden flexibilizar las normas o que pueden elastizar las normas convirtiéndolas en indeterminadas.

No hay más que el hito histórico en la filosofía, que el surgimiento del positivismo que se propone idealizar su método, inclusive, en la mente del ser humano. El propósito de esta corriente filosófica fue distinguir el conocimiento científico de cualquier otro conocimiento, sin relevancia científica, mediante el filtro del Método Científico. No hallo mayor argumento que demuestre que el positivismo provocó la amnesia no permanente en la humanidad de la conexión entre el Derecho y la Moral, basados en la conexión de las normas divinas (morales) y las normas civiles (cuasi morales).

Es con el surgimiento del positivismo que el mundo de la filosofía jurídica, olvida los planteamiento de la filosofía política moderna, planteada por Hobbes, Locke, Filmer, entre otros; estos no niegan la existencia de Dios, sino que basan sus modelos de Estado, de gobierno y sus planteamientos sobre la sociedad civil y sus leyes, propugnando, permanentemente, el valor que toma la persona humana dentro de la esfera del Estado, sin descuidar el aspecto religioso o divino de la composición de las normas civiles, o la imposición de los poderes, o soberanos.

Siendo así, lo primero que debemos aceptar para el análisis sincero de los principios, es la presencia de la moral divina o las leyes de la libertad en los principios que fundan los Estados y los que permiten la creación de un

Ordenamiento Jurídico. Sin embargo, antes deberíamos distinguir a los principios para luego definirlos según su naturaleza, en este punto del tratado, se debe precisar, se deja al margen la influencia hedonista o utilitarista de a consciencia moral humana.

De lo señalado anteriormente, podríamos deducir que, existen tipos de principios: están los principios morales, los principios cuasi morales y los principios formales. Lo primeros, son aquellos que surgen de las leyes de la libertad, es decir, son aquellos que están escritos en la mente o consciencia de las personas que incentivan o desincentivan la realización de determinados actos, pero ¿Quién los puso dentro de la persona? No se sabe a ciencia cierta de dónde provienen, solo que gobiernan la conducta de la persona.

Podríamos inferir, quizás, que su proveniencia parte de la esfera del deseo, o podrían provenir de momentos de iluminación como señaló Kant⁶ tratando de explicar el conocimiento *a priori*, o, inclusive podría provenir de la propia consciencia humana reprimida (Nietzsche⁷) o quien sabe si provinieron de

⁶ Una metafísica de las costumbres es, pues, indispensable, necesaria, y lo es, no sólo por razones de orden especulativo para descubrir el origen de los principios prácticos que están a priori en nuestra razón, sino porque las costumbres mismas están expuestas a toda suerte de corrupciones, mientras falte ese hilo conductor y norma suprema de su exacto enjuiciamiento. Porque lo que debe ser moralmente bueno no basta que sea conforme a la ley moral, sino que tiene que suceder por la ley moral; de lo contrario, esa conformidad será muy contingente e incierta, porque el fundamento inmoral producirá a veces acciones conformes a la ley, aun cuando más a menudo las produzca contrarias. Ahora bien; la ley moral, en su pureza y legítima esencia -que es lo que más importa en lo práctico-, no puede buscarse más que en una filosofía pura; esta metafísica deberá, pues, preceder, y sin ella no podrá haber filosofía moral ninguna, y aquella filosofía que mezcla esos principios puros con los empíricos no merece el nombre de filosofía -pues lo que precisamente distingue a ésta del conocimiento vulgar de la razón es que la filosofía expone en ciencias separadas lo que el conocimiento vulgar concibe sólo mezclado y confundido-, y mucho menos aún el de filosofía moral, porque justamente con esa mezcla de los principios menoscaba la pureza de las costumbres y labora en contra de su propio fin. (Kant, 2007)

⁷ La genealogía de la moral es el intento de no ver en la conciencia la voz de Dios en el hombre, sino un producto del resentimiento, del instinto de crueldad que se vuelve contra sí mismo, y produce la culpa y la mala conciencia, cuando no puede desahogarse hacia el exterior. Todos

la misma consciencia divina de Dios, y luego fueron implantadas en el ser humano dentro de su composición biológica; a propósito de ello, existen estudios científicos que arrojan indicios creíbles de que la consciencia moral humana, viene programada para que el hombre sea malo o bueno; de ahí que, Rousseau y Hobbes, planteen sus postulados antitéticos o dialécticos, por su puesto a un nivel empírico, el primero sosteniendo que el hombre nace libre y que es la sociedad quien posteriormente lo corrompe, mientras que Hobbes se mantendría en el hecho de que el hombre es malo por naturaleza y que necesite serlo para convivir en sociedad.

En este punto, démonos cuenta que, el meollo o lo importante no es la dialéctica entre este par de postulados, sino el principio del que parten ambas posturas, este principio es el que extrae Aristóteles (1988) de la naturaleza y lo plasma en su obra Política, como: “El hombre es social por naturaleza”; éste último, es un principio moral, porque no se puede negar, su verdad no tiene opuesto, su contenido es natural y, por tanto, inmodificable; por lo demás, los postulados de Hobbes y de Rousseau, son manipulaciones empíricas del saber humano, a los que los podríamos llamar principios cuasi morales, porque son manipulados libremente por el hombre.

los instintos que no se desahogan hacia fuera se vuelven hacia dentro: esto es lo que yo llamo la interiorización del hombre. Este instinto de la libertad reprimido, retirado, encarcelado en lo interior y que acaba por descargarse y desahogarse tan sólo contra sí mismo: eso, sólo eso es, en su inicio, la mala conciencia. Sólo la mala conciencia, sólo la voluntad de maltratarse a sí mismo proporciona el presupuesto para el valor de lo no-egoísta. (Nietzsche, 1972).

Los principios cuasi morales, vendrían a ser aquellos que surgen de la subjetividad de propio hombre, es decir, aquel conjunto de normas, reglas, valores, buenas o malas, según su acción, según su razón y según su lógica, aquí el diseñador o creador de los principios es el propio hombre, por tanto, quien le da contenido moral a las normas es éste, así que, el ser humano encontrándose en su esfera de deseo, o en la esfera de la razón o, en la esfera de racionalidad, manipula a conveniencia la moral normativa.

El poder, por ejemplo, es necesario para el control social, en ese sentido, la existencia de todo Estado está supeditada al control social a través del ejercicio del poder, es decir, la preeminencia del poder es el principio puramente moral, a partir de este principio el ser humano pudo plantear diversos principios cuasi morales, como por ejemplo el principio de la separación de poderes, planteado por diversos filósofos como la única forma de conseguir el control social a través del control del poder político; así Montesquieu postula los poderes que perduran hasta la actualidad (poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial), pero Locke postula su propio esquema de principio de separación de poderes, señalando hasta esa época que uno de los tres poderes debiera ser el poder federativo, conocido hoy en día como la cancillería, así que, como vemos, los principios cuasi morales, regularmente son adecuaciones normativas que realiza el ser humano, provenientes de principios universales, constantes y, puramente morales.

Estos principios, los cuasi morales, son los que a menudo suelen llamarse valores fundamentales con contenido axiológico, asimismo, comúnmente,

son empleados para inspirar principios constitucionales como la igualdad, la libertad, la dignidad, la solidaridad, la justicia, entre otros. Véase, por ejemplo, que el principio moral que funda al principio cuasi moral de igualdad es: “nadie es igual a otro”, el hombre, comprendiendo esta verdad, considera la abstracción de dicho hecho natural, y prefiere la negación como opuesto a la verdad nociológica de la desigualdad humana, lo que claramente denota la manipulación moral que efectúa el ser humano al desarrollar ciertas tendencias argumentativas provenientes de un hecho moral absoluto.

Finalmente, los principios formales vendrían a ser los principios plasmados en las normas jurídicas o normas civiles que permiten la aplicación coherente, sistemática y eficiente de las mismas. Estos principios se caracterizan por recibir del legislador un contenido axiológico aparente, pues, en realidad, su contenido aún está en proceso de formación, este contenido es diseñado y construido, regularmente, durante la praxis jurisdiccional.

Los autores de tal contenido, no siempre son los mismos, podría ser cualquier juez del Estado, o quizá un colegiado jurisdiccional o constitucional, aunque, ya que la doctrina es también una fuente del Derecho, el contenido de un principio formal, bien puede ser planteado por algún académico de la materia. Los principios formales podrían ser resultado de las variaciones éticas (morales) de principios morales o cuasi morales, pero su denominación está bien definida lingüísticamente para encajar dentro las formalidades de una norma jurídica.

Por ejemplo, tenemos que la confianza entre el Gobernante y sus súbditos, es necesaria para la gobernabilidad y la administración de los recursos de un Estado, de ahí que el principio moral es: “el principio de servicio de confianza”, ahora, el valor axiológico o principio cuasi moral es determinado por el ser humano como la justificación ética que le permita al gobernante rodearse de personas cercanas o afines a éste, con el fin de consolidar una relación de confianza y lealtad durante la utilización de los recursos públicos, de ahí que el principio cuasi moral sería la independencia o autonomía para contratar dentro de la función pública, este principio se ha manipulado moralmente con el paso del tiempo, pues se le ha ido añadiendo al criterio de confianza o amistad, otros presupuestos como la preparación académica y cognoscitiva, experiencia profesional, entre otros, haciendo del principio moral, diversos matices de principios cuasi morales.

Ahora, en contraposición a este principio cuasi moral, surge otro que proviene del mismo principio moral, sería el principio de merecimiento funcional, su surgimiento proviene de la manipulación ética de quienes creen que dentro de la función pública no deben estar personas, solo por tener afinidad o amistad o confianza con el gobernante, sino que cada funcionario debería tener y hacer méritos para encontrarse dentro la función pública, así se plasma el principio formal denominado: “principio de meritocracia dentro de la función pública”, es además plasmado normativamente dentro de las normas que se crearon para la modernización de los Estados Sociales y Democráticos, como en el Perú la Ley Marco del Empleo Público, a diferencia de la Ley de la Carrera Pública (Decreto Legislativo N° 276).

Los principios morales, pueden definirse como aquellos enunciados que expresen por extensión o comprensión, los atributos de la persona en relación con las demás y su participación con el ente formado a merced por su propia naturaleza, es decir, el Estado, basados en la voluntad interna e incorregible del ser humano, implantada en él por designios divinos. Los principios cuasi morales son aquellas facultades reconocidas y consideradas por el ser humano como válidamente éticas y justificables moralmente para su aplicación generalizada, es decir, principios que operan sobre el ser humano, a favor de este último, que le permiten la convivencia con sus semejantes, en respeto y armonía. Ahora, entonces, los principios formales vendrían a ser aquellos que son creados por un ente con designios supremos y facultades legislativas y, plasmados en la fuente que les corresponde con el fin predeterminado de controlar la aplicación coherente, sistemática y eficiente de las normas jurídicas.

Habiendo planteado los tres tipos de principios que circundan los Ordenamientos Jurídicos contemporáneos, necesitamos plasmar, exámenes o pruebas de control, a fin de identificar la naturaleza del principio oculto en un enunciado confuso, plasmado o no en la norma jurídica, o quizá en la doctrina o en la jurisprudencia.

Considero que para la identificación de los principios morales debemos idear un test que debería denominarse el test de moralidad constante, el mismo que debe consistir en la aceptación de la realidad, es decir, lo que es (realismo jurídico), no lo que se quiera ser (positivismo). Por ejemplo, al tratarse de la igualdad; lo que es, representa que no todos somos iguales,

el test de moralidad deberá ser tan crudo como la racionalidad de la economía en el estudio del comportamiento de la conducta humana, en pocas palabras, el test de moralidad constante consiste en aceptar el *status quo* de lo irremediablemente puro, sincero o invariable; en este caso, aceptando que no todos somos ni podremos ser iguales en ningún tiempo ni espacio determinado ni indeterminado, dejamos de lado la abstracción que hemos creado desde la perspectiva banal de la pseudo ética (incluso presentado como uno de los valores sustentan el orden político y normativo de una nación), para pasar a apelar a la buena voluntad (término kantiano) de la persona que debe aceptar a los demás sin importar su condición, tal y como se acepta asimismo.

Vemos, pues, que, el principio moral llamado igualdad, no es el mismo que se entiende en la esfera cuasi principialista, donde el ente supremo se encarga de designar ésta como facultad, a que de ningún modo se entenderá como abstracción para permitirle al ser humano, sin importar su condición, realizar todo tipo de acto; para ello, hay que más bien aceptar su desigualdad, para que, basado en el contenido axiológico del derecho y la conciencia racional del ser humano, compasivamente, se permita la realización, o por lo menos, la posibilidad de realización de diversos actos, que si nos considerásemos iguales quizá hasta podríamos limitarnos en algunas actividades por aquello del orden o privilegio de turno, que finalmente, se traducen, nuevamente, en desigualdad.

El evangelio predicado por los grandes hombres que forjaron las guerras del liberalismo en el siglo XVIII y XIX, Napoleón, Washington, Jefferson,

Bolívar en América del Sur, fue la libertad basada en la igualdad, explicada de la siguiente forma. La evidencia de que todos somos iguales, puede ser percibido por nuestro sentidos, principalmente, por el más directo y a la vez superficial, la vista; pues, todo lo que se necesita es ver la igualdad que resalta claramente al gusto de la vista, sin argumentar más allá del indigente sentido, la certeza falaz de que el Príncipe o el Rey son iguales a los súbditos o ciudadanos, cautivó a muchos simpatizantes de la revolución, hasta el punto de cuestionarse el poder absoluto del gobernante, no por lo injusto de la situación, sino por la dicha de ser igual a otro; así que, si como iguales, nadie puede someter o verse sometido por su semejante, de tal modo que si no hay yugo entre iguales, todos somos libres, siempre fuimos libres, y se peleará por recuperar la libertad arrebatada por actos deliberados de abuso en tiempos inmemoriales, de quien ni siquiera el gobernante tiene recuerdos.

La libertad, surgida así, de la abstracción de la igualdad, debe ser confrontada del mismo modo que la igualdad, a través del test de moralidad constante, es decir, la prueba de sinceridad o realidad. Entonces, ¿alguno fue libre alguna vez en tiempo y espacio determinado? Jamás. Aristóteles, con la persuasión de Platón, está convencido de que el Estado debe existir como la misma presencia del ser humano sobre la tierra, el hombre es social por naturaleza, dijo este filósofo, sin olvidar las implicancias de su dicho, la preexistencia de un ente que regule la convivencia entre semejantes, que surja de la propia naturaleza del hombre, la política.

Para Hobbes, el hombre nunca fue libre, pues, por su naturaleza maligna, definida como Cooperación Humana basada en Interés Personal, este siempre necesitaría de los demás para desarrollarse plenamente como persona; la persona necesita de los demás para sentir su estado de ánimo, para ser mejor que otros, para ejercer dominio sobre otros, para satisfacer sus necesidades básicas y secundarias, hasta para ser compasivo y solidario, el hombre necesita de otros, finalmente, el test de moralidad constante, nos hace ver que, el hombre no es libre, la libertad, surge de una abstracción surgida en la mente o la razón de la persona, justificada éticamente, pero con argumentos de reconocimiento de principios cuasi morales.

Ahora, ¿se podría considerar a la libertad como un principio cuasi moral? No, es imposible que exista libertad en un régimen limitado por disposiciones supremas que garantizan el orden social y normativo de un Estado, más bien, se debería considerar llamar a la libertad inexistente en esta esfera, como permisibilidad, puesto que el término proyecta paralelamente un estado de no permisibilidad.

Del mismo modo podríamos hablar de justicia, o de dignidad, sin embargo, nos ocupa también, los principios formales o normativos, en este apartado creo que es mucho más sencillo identificarlos, ya que, solo son enunciados abstractos que regulan la aplicación de normas abstractas como estos, a situaciones de mera formalidad. Desde mi perspectiva, en este campo principialista, podrían operar plenamente los métodos de interpretación normativa, planteados en el modelo de Estado de Derecho, en el que solo

era necesario, la aplicación directa de las normas, sin la observancia de una norma de mayor jerarquía que proteja principios morales o principios cuasi morales.

Por ejemplo, el principio de inmediatez del derecho laboral, solo implica que el empleador deba respetar un plazo razonable para que su trabajador pueda realizar su descargo ante la notificación de la causa de su despido, pero, que sin embargo, en instancia judicial, puede preterirse este principio, por la conveniencia del pronunciamiento de fondo de la justificación o no de la causa del despido, olvidando el principio plasmado en la fuente normativa, para garantizar un cuasi principio, la tutela jurisdiccional, facultad de recibir tutela de nuestros derechos ante el órgano judicial.

Para finalizar este planteamiento, es necesario identificar algunos principios *sui generis*, por ejemplo, la vida, la integridad, la calidad de vida, entre otros; no es posible encontrar un nivel o grado de pureza moral constante en estos, y si se lograría determinar, sólo funcionaría en un plano abstracto, y el trabajo que se pretende no tendría resultado, pues, solo se trasladaría su reconocimiento de un argumento razonablemente válido a otro. Al parecer, es lo que Kant se negó a realizar, o por lo menos no bibliográficamente, y lo que Einstein no pudo solucionar, la teoría unificada que explique el todo.

3.2. El alcance normativo de los principios

En el plano menos filosófico, el alcance normativo del principio, será directamente proporcional a la naturaleza de cada principio, pues algunos son ideados únicamente para regular determinados preceptos o

disposiciones contenidos en una norma constitucional, legal o reglamentaria. Así, por ejemplo, al tratarse de la igualdad, se tendrá primero que explicar la justificación de la grandísima abstracción que consiste en olvidarse de la igualdades y considerarnos todos iguales, si éste es un principio base o valor que sustenta nuestro modelo de Estado, entonces, debe tener una clara aplicación y alcance normativo, sin embargo, esto no es así, se requiere además de un estudio profundo de la filosofía antigua, en la que no todos somos iguales, asimismo, de la filosofía medieval, época en que no todos somos iguales, también de la filosofía moderna, donde surge el pensamiento liberar basado en la igualdad del ser humano, cambiando el paradigma de la obtención y ejercicio del poder político, y de la filosofía contemporánea, en que todos somos iguales sin explicación concreta u objetiva del por qué, aquí recalco lo dicho por Kant: la confusión filosófica de construcción metafísica en las ramas de las ciencia.

Con fines didácticamente filosóficos, se explica en este apartado el principio de igualdad como principio moral, cuasi moral y normativo, a fin de zanjar el hecho de que para determinar el alcance normativo de un principio se debe, necesariamente, primero, determinar la naturaleza del principio.

Así, entonces, la igualdad no aparece como un principio universal de los que Kant llama principio primario, puesto que, filosóficamente, hablando de verdades, es indiscutiblemente cierto que el ser humano no es, no debe y será igual a otro ser humano, a pesar de pertenecer a la misma especie o raza, según las nomenclaturas biológicas desarrolladas a los largo de la historia; en ese sentido es, irrefutable, la concepción de desigualdad

humana, inclusive, Hobbes postuló el planteamiento que luego sería utilizado hasta nuestros días: “los derechos del individuo”, lo hizo con el fin de explicar que, el hombre para satisfacer sus necesidades e intereses, actúa de manera individual, lo que quiere decir que cada persona es un todo, es un individuo, se encuentra individualizado, y a pesar de que los hombres comparte principios universales entre sí y, a pesar de que los hombres son los puntos de atribución de estos principios naturales, los hombres no son iguales, inclusive, su conducta frente a su sometimiento necesario a estos principios es diferente, por ello, los hombres están conscientes de ser sociables, es decir, tienen la necesidad de convivir entre sí.

Sin embargo, cada individuo, al margen de las normas civiles establecidas, decide cómo convivir, decide con quién relacionarse y, decide cómo comportarse con otros hombres; en síntesis, la verdad óptica que puede extraerse de este análisis es: “principio interés individual”, por el cual, el ser humano es incapaz de manifestar algún tipo de conducta que no le acarree ningún tipo de beneficio personal, incluyendo la relación filial entre el hombre y sus hijos y demás seres queridos, éste siempre buscará un beneficio a corto, mediano o largo plazo, porque es su naturaleza de la no puede escapar.

Este principio, interés individual, al ser un principio óptico o puramente moral, es inmodificable, oponerse a esta verdad convierte a cualquier enunciado o planteamiento propositivo en inconsistente a nivel filosófico (la ciencia surge de la filosofía), sin embargo, ya que las abstracciones son tan

comunes en el Derecho, el ser humano olvidando tal verdad, ha planteado variaciones ideológicamente morales a dicho principio, a partir de una razón históricamente clara y coincidente: el reconocimiento del ser humano como persona, como sujeto de poder y como parte de la misma especie de la raza humana, ello, mediante, por ejemplo, la revolución francesa, la independencia americana de las coronas europeas, el socialismo y el comunismo con la lucha de clases, entre otros hitos históricos.

Así, el ser humano para contar con los mismo derechos, privilegios o, garantías, tuvo que asegurar y predicar que todos los hombres son iguales; sin embargo, su argumento es inexplicable, por lo menos filosóficamente, porque aunque los hombres sean diferentes, esto no determina su grado de merecimiento de derechos, el hombre es diferente a otro, pero merece los mismo derechos, en todo caso, el planteamiento debió ser, a propósito de la Carta de Independencia de los Estado Unidos, “todos los hombres son creados por un mismo creador, y son dotados de los mismos derechos como la igualdad, la libertad y la búsqueda de la felicidad [...]”.

Este enunciado, por tanto, expresa que los hombres no son iguales, sino que su creación es la misma debido a que han sido creados por el mismo creador, asimismo, expresa que los hombres no es que sean iguales, sino que han recibido los mismos derechos de su creador, entonces, de dónde extraería el ser humano que todos somos iguales y que por eso merecemos derechos, cuando el ser humano es, según los postulados humanistas, merecedor de derechos por su propia naturaleza humana y no por ser igual a las demás personas.

Al parecer el principio cuasi moral surge cuando se trató de explicar por qué el hombre debió levantarse en contra del su gobierno (otras personas con poder), así, el evangelio libertario y revolucionario, en América y en Europa, fue similar, esta ideología parte de concientizar en el hombre un pensamiento consistente en que no hay diferencia humana entre el hombre que detenta el poder y el que ostenta el poder, ambos son iguales, porque ambos son individuos de la misma especie, entonces, si todos son iguales, por qué existe sometimiento obligatorio y abusivo de unos a otros, por tanto, si todos somos iguales, no debería existir sometimiento de unos a otros, sino más bien, si todos somos iguales, entonces todos somos libres, ahí el mencionado evangelio de la libertad se conecta con la igualdad; esta breve reseña, explica de manera clara cómo aparece la igualdad y la libertad que hemos adoptado mediante principios cuasi morales como bases de los Estados de Derecho, y su contenido moral aún es más extenso con el paso del tiempo.

Véase, pues, que, la igualdad y la libertad surgen como valores axiológicos, ya que son concepciones ideológicas de la época, sin embargo, posteriormente, son plasmados como tales dentro de las normas jurídicas de los Estados, según las Actas de Independencias, y según, por ejemplo, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del ciudadano, todo individuo tiene los mismos derechos que otro, hasta aquí, su contenido moral no fue tan manipulado, pero en las últimas décadas con el avance de la universalización, fundamentalización y personalización de los derechos fundamentales, los Estados han comenzado a igualar situación claramente desiguales, negando la verdad óptica de la desigualdad por el interés

individual; por ejemplo, en el Perú, tenemos el Decreto Legislativo N° 1384 del año 2018, donde el Estado peruano, por igualdad, le ha otorgado capacidad jurídica a personas que nunca podrán tener capacidad física y/o jurídica, porque se encuentran privadas permanentemente de discernimiento, muestra clara de que, hay manipulación moral del principio puro.

Se ha visto, entonces, cómo de la naturaleza del principio (determinar si es principio moral, cuasi moral) podemos saber cuál es la naturaleza del principio formal, de cómo se conoció, como se conoce y como debe conocerse (positivismo), solo así, podremos saber su alcance normativo, aunque el principio se encuentre, inclusive, dentro de la Constitución no necesariamente debe ser considerado un principio puramente moral e inmutable, o, si el principio se encuentra en una norma legal, no necesariamente, es un principio de naturaleza formal, podría ser un principio puro o casi moral.

Si encontramos un principio plasmado en las normas jurídicas es necesario pasarlo por el test de moralidad constante, aunque, en este apartado, ya que nos encontramos en un plano normativo, no sólo necesitaremos del mencionado test, pues, este solo funcionará para los principios morales. Para determinar el alcance normativo de los principios, debe plantearse un filtro que consista en la caracterización de un derecho fundamental, pues, los principios cuasi morales son el contenido axiológico o el onto de los derechos fundamentales, nos ayudara mucho la distinción de rasgos

característicos planteado por Ruiz Ruiz (2012), que son tres: i) la fundamentalidad, ii) la generalidad y iii) la vaguedad.

Sin embargo, todavía refutable, la concurrencia necesaria entre estas tres características para considerar un principio cuasi moral como derecho fundamental o como principio según la perspectiva del positivismo, existen diversos derechos fundamentales que no logran pasar el test de moralidad cambiante extraída del positivismo, que no deberían quedar fuera de tal listado de los principios, sino que deben ser considerados como principios con otro alcance normativo a aquellos que no reúnen alguno de los tres presupuestos para ser considerados principios, es decir, a aquellos que podrían carecer de fundamentalidad o, de generalidad o, de vaguedad; en ese sentido, se distingue que los principios que reúnan las tres características de principios, son diferentes a los principios carentes de algún presupuesto, por tanto, los primeros deberían ser denominados principios fundamentales y, los segundos deben ser denominados como principios normativos.

Esta distinción es preponderante para la determinación del alcance normativo del principio, en tal virtud, se debe explicar cuándo un principio cumple con los presupuestos para ser considerado principio fundamental y, cuándo el principio que carece de algún presupuesto para ser principio fundamental, por defecto, debe ser considerado principio normativo.

Así, por ejemplo, tenemos a la presunción de inocencia, consagrado en diversos libros de Derecho Penal, como uno de los más prolijos principios que norman la actividad jurisdiccional penal, sustantiva y procesal (es

considerado un garantía del debido proceso penal), empero, no estamos seguros de que sea un principio cuasi moral fundamental o normativo, pues, cabe la posibilidad de que al contraponerla a las reglas de las restricciones de la libertad *ex juicio*, como la detención o prisión preventiva, que en determinados casos limitan tal presunción, y si fuera el caso, vulneraría el presunto derecho fundamental.

El principio de presunción de inocencia tiene su origen en un principio moral, este principio puramente moral radica en la satisfacción de una necesidad pública: la administración de justicia, necesaria para el control social, en ese sentido, es una verdad óptica que si la persona se somete a un proceso de administración de justicia, lo haga dentro de los parámetros básicos de justicia, pues a este puerto apunta el proceso, en sentido, ningún proceso sería justo si se comienza asumiendo la culpabilidad o responsabilidad del procesado, por tanto, al asumirse que el procesado aún es inocente mientras no se haya acreditado fehacientemente su culpabilidad o responsabilidad de alguna conducta, nos coloca en una posición natural o puramente moral frente a la realidad tutelar de justicia.

En suma, este principio así como otros principios cuasi morales, ha sido manipulado moralmente por el ser humano, creando situaciones adversas a la presunción, así por ejemplo, al margen de ésta, se podrá imponer en contra del procesado, una medida coercitiva de comparecencia ante el tribunal, para asegurar su presencia y su participación activa durante el proceso, esta medida es denominada prisión preventiva, sin embargo, resulta que la prisión preventiva es un conjunto de normas regulativas de

presupuestos procesales más que de presupuestos sustantivos, por ello, se dice que la presunción de inocencia ha sido manipulada moralmente por el operador jurídico, convertida en principio cuasi moral, con defectos en su naturaleza.

Bueno, pasemos al análisis de la presunción de inocencia, para determinar si se trata de un principio fundamental o de un principio normativo, para ello, recordemos que, si el principio no reúne los tres presupuestos para ser considerado principio fundamental, sino que, por el contrario, carece de alguno de ellos, pasaría a ser un principio normativo. Así, pues, en cuanto se refiere a la fundamentalidad, la presunción de inocencia resulta ser razonablemente, aunque cambiante, un derecho fundamental, pues, un derecho fundamental se reconoce por dos presupuestos, éste debe ser garantizado por el Estado y la sociedad y, cuando puede ser ejercido por la persona humana; ello concuerda con el contenido que el juez constitucional ha desarrollado de cada derecho fundamental, es decir, la parte objetiva y subjetiva del que se compone todo derecho fundamental, así, la presunción de inocencia es reconocida constitucionalmente como una garantía del debido proceso, por tanto, es una garantía de la persona frente a cualquier proceso judicial, por lo que, se evidencia que el primer sub filtro del test de moralidad inconstante está aprobado.

Ahora, en cuanto se refiere a la generalidad, se debe precisar que este presupuesto está referido a la aplicabilidad omnipresente a la que pueda ser susceptible el principio en los diferentes campos del Derecho, vale decir, que el principio deba ser aplicable en los diferentes áreas del

derecho, como por ejemplo la igualdad, que es principio aplicable en todos los campos o áreas del Derecho, sin embargo, la presunción de inocencia aunque haya sido reconocida, constitucionalmente, como garantía y derecho fundamental, solo es aplicable incidentemente en el proceso penal, no siendo aplicable por ejemplo en los procesos laborales, en los procesos civiles, en los procesos administrativos no disciplinarios, en los procesos tributarios, en los procesos constitucionales, entre otros, por lo tanto, al no ser un principio aplicable de manera general en las diferentes áreas del sistema jurídico, no pasa la segunda etapa del test de moralidad cambiante (extraída del pospositivismo), por lo que, no podrá ser considerado principio cuasi moral fundamental, sino como principio cuasi moral normativo.

A pesar de ello, aún analizaremos el siguiente presupuesto del test de moralidad cambiante, con el fin de explicar el contenido del último presupuesto y, cómo y qué debe valorarse en el presupuesto de la vaguedad.

En cuanto al presupuesto de la vaguedad, se trata de determinar la claridad conceptual que el Derecho (las normas jurídicas) no es capaz de proporcionarle a los operadores jurídicos, debido a que, su constitución es compleja y, por tanto, su concepción es difícil de plasmar desde una sola perspectiva o acepción, así por ejemplo, tenemos al principio debido proceso, que es desarrollado por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental de naturaleza y composición compleja, porque se compone de otros diversos derechos que en conjunto suponen la super garantía, en ese sentido, el debido proceso se compone, según el

colegiado, por ejemplo, del derecho a la defensa, del derecho al juez natural, del derecho a la prueba, del derecho a la debida motivación, del derecho de acción, del derecho de contracción, entre otros.

Por ello, la determinación de su concepción es indeterminable en el ámbito abstracto, y, de difícil determinación en cada caso concreto, ello, supone vaguedad en el principio. Pero, en este caso, cuando se refiere al principio de presunción de inocencia, es claramente definido dentro del campo doctrinal y jurisprudencial como la garantía del individuo de no ser tenido como culpable y responsable de un delito, sin un veredicto firme o inquebrantable que declare tal condición respecto de la persona; entonces, ya que su contenido conceptual es marcadamente claro, tampoco pasa la tercera etapa del examen.

En el ejemplo anterior ¿podrá desacreditarse la naturaleza de un derecho fundamental, por no reunir generalidad y vaguedad? Al parecer no, sin embargo, la técnica argumentativa o ponderación, debe ser utilizada con sumo cuidado al tratar de medir el alcance normativo de este derecho, quizás con un cuasi principio que sí pase el test de moralidad cambiante, es decir, reúna fundamentalidad, generalidad y vaguedad, pues, no podrían ser interpretados u operados a través de la ponderación, ya que no constituyen preceptos de la misma naturaleza.

Pero, aunque algunos principios, así como el principio de presunción de inocencia, sean considerados principios cuasi morales no fundamentales, no deben ser excluidos del bagaje principialista del ordenamiento jurídico, sino que se les debe atribuir otra naturaleza y alcance normativo, en el

presente tratado, se los ha denominado principios cuasi morales normativos, a todos aquellos principios que no reúnan los tres presupuestos constitutivos de los principios fundamentales, aunque se debe precisar, que mientras el principio presente fundamentalidad, su funcionalidad será la misma que de un principio que presente los tres presupuestos, eso debido a que, los derechos fundamentales aunque carezcan de generalidad o vaguedad, tienen contenido axiológico, y por tanto, su función no podría ser meramente normativa, sino que trasciende a un campo regulatorio de otras normas, lo que en adelante denominaremos función limitativa y función inhibitoria.

Ahora bien, los principios normativos, que son aquellos que carecen de fundamentalidad, y/o de cualquier otro presupuesto cuasi principialista, se caracterizan por aplicarse, únicamente, en alguna área del derecho y por tener bien definido su contenido conceptual, y, por ello, su alcance normativo, o dicho de otro modo, su alcance aplicativo, es decir, hasta dónde debe aplicarse el principio, debe determinarse con presupuestos diferentes a los presupuestos del positivismo, ya que en este caso los principios ni si quiera llegan a ser derechos fundamentales.

Así resulta pertinente, emplear los postulados instrumentalistas que el positivismo jurídico nos asiste, sabiendo que el interés primario del positivismo jurídico es la seguridad jurídica o el orden normativo, sin la cual, el Estado no podría cumplir con sus fines, así esta corriente filosófica sostiene que en cuanto se refiere los principios jurídicos, estos no son más que normas jurídicas plasmadas que deben aplicarse según su móvil de

creación, es decir, que cada principio debe cumplir el propósito para el que fue diseñado, este es el fin de todas las normas jurídicas según el positivismo: que cumplan su propósito regulativo; en tal virtud, el positivismo jurídico cree que los principios pueden cumplir diferentes propósitos, tres específicamente, estos son: i) integración, ii) interpretación y, iii) producción, así, entonces, los principios cuasi morales normativos, podrían ser denominados: principios integrativos, principios interpretativos y, principios de producción.

No debemos dejar de lado a los principios que difieran o diverjan en su naturaleza compositiva, se debe recordar que el presente tratado no busca la exclusión de principios, sino más bien persigue un propósito integrativo a partir de su identificación y diferenciación, para, posteriormente, poder plasmar una clasificación, por lo menos en términos generales, a fin de aportarle al campo doctrinal, una opción clara de una teoría principialista ordenada y, útil para contribuir a la consolidación del modelo de sistema jurídico con el que debe contar un modelo de Estado Social y Democrático.

Asimismo, se precisa que, en el presente subcapítulo no se desarrolla la funcionalidad de cada principio, ya que es la tarea constructiva del siguiente subcapítulo, en el que se determinará cuál sería la función de cada principio identificado, si de un principio puramente moral o si se trataría de un principio cuasi moral, en sus vertientes, principios cuasi morales fundamentales o, principios cuasi morales normativos que asimismo podrían ser principios integrativos, principios interpretativos o, principios en la producción.

3.3. La funcionalidad de los principios en el sistema jurídico

En los subcapítulos anteriores, se han desarrollado los dos primeros criterios iusfilosóficos para identificar, diferenciar y clasificar a los principios del derecho, incidiendo en el primero, en la importancia de conocer la naturaleza u origen ontológico de cada uno, utilizando para ellos el test de moralidad constante, asimismo, se enfatizó en el segundo criterio, la necesidad de determinar el alcance de su proyección normativa aplicable en la realidad en cada caso concreto, utilizando para ello, el test de moralidad inconstante o cambiante, que consiste en la identificación de características propias de un principio amplio o vago, cuya aplicación sea generalizada dentro de las ramas del derecho y, sobre todo, que el principio goce de un contenido axiológico o moral, siendo los derechos fundamentales los únicos contenedores, así, entonces, si el principio no cumplía con los criterios o características de fundamentalidad, generalidad y vaguedad (en ese orden), perdía en cada filtro, nivel de alcance normativo y, por tanto, no podría ser tratado como aquellos principios que sí cumplan con las tres características; originándose criterios diferenciales de naturaleza y alcance normativo, como se ha propuesto en el presente trabajo de investigación.

Ahora, corresponde desarrollar el tercer criterio que ayudará a identificar, diferenciar y clasificar a los principios jurídicos. Si meditamos, nos daremos cuenta que, no todos los principios han sido reconocidos, creados, deducidos, descubiertos, derivados, ampliados, al mismo tiempo, todos, sin duda, fueron incorporados al orden jurídico en ciertas épocas y en

determinadas circunstancias, que obligaron al operador del derecho a utilizar principios, ya sea para crear otros o, para crear normas jurídicas, ya sea para diseñar y mantener un modelo de Estado, o, para interpretar leyes aplicadas en casos concretos, o, para integrar razones jurídicas al orden normativo jurisprudencial, pero, no podemos negar su existencia y la importancia de su función dentro del Derecho.

En la actualidad no se piensa demasiado en qué función cumple un principio cuando es aplicado, sin embargo, la funcionalidad del principio siempre ha estado presente, y es importante porque no puede ser a reemplazado por discrecionalidad del aplicador, es decir, un principio debe ser aplicado o utilizado, teniendo en cuenta la función *Ad Hoc* para la que fue diseñado.

Para explicar la funcionalidad de los tipos de principios, es necesario recapitular su tipología de acuerdo a su naturaleza moral, así, entonces, tenemos que los tipos de principios de acuerdo a su naturaleza moral son: principios morales y, principios cuasi morales, dentro de los últimos están los principios fundamentales y los principios normativos. Recordemos que los principios morales son aquellas verdades universales que no pueden ser modificadas ni manipuladas por el ser humano porque constituyen supuestos de realidad constante o permanente, sin los cuales la realidad conocida por todos se distorsionaría, por ello, son bases empíricas o fácticas convencionalmente aceptadas por todos los seres humanos como principios universales.

Por otro lado, los principios cuasi morales son contenidos o bases axiológicas, provenientes del pensamiento humano, también denominadas ideologías, se caracterizan por presentar modificaciones o variaciones de los principios morales, por ello, estos principios tienen una naturaleza moral inconstante o variable cuando son afectados por la temporalidad, de ahí que, estos principios puedan ser considerados fundamentales o normativos, los principios fundamentales serán aquellos que reúnen los presupuestos que plantea la corriente filosófica del pospositivismo para los principios de optimización, estos presupuestos serían: i) fundamentalidad, ii) generalidad y, iii) vaguedad; y, en cuanto a los principios normativos, estos son aquellos que carecen de alguno de los presupuestos antes aludidos, y por tanto, son aquellos que tienen reducido gradualmente su alcance normativo, de acuerdo a la naturaleza de su creación y de acuerdo a la naturaleza de su composición cuasi moral.

Ahora, para la determinación del tipo de principio, se deben tener en cuenta los test de moralidad, aquí tenemos al test de moralidad constante y al test de moralidad variable, el primero para determinar la pureza moral de los principios primarios o moralmente constantes, y el segundo, para determinar la variabilidad del contenido moral de los principios cuasi morales o moralmente inconstantes.

En cuanto se refiere a los principios moralmente puros, su funcionalidad, así como su existencia radica en su peculiar y universal naturaleza, es decir, su función es natural, son principios y valores que operan en la ética como las fuerzas fundamentales en la física o, como las premisas

propositivas en la lógica, así, la funcionalidad de los principios morales solo puede ser descritos de la realidad aceptando su existencia, en estos casos, no siempre será posible explicar su existencia.

Tenemos, por ejemplo, la vida como valor puramente ético, este principio natural no puede ser explicado éticamente como algo moralmente correcto o incorrecto, lo que si puede hacerse es, aceptar que todo ser vive y pretende alargar la vida el mayor tiempo posible, es decir, todo ser vivo se aferra a la vida, inclusive, los elementos abióticos de la tierra, contribuyen a la preservación de la vida; de esta perspectiva, la función del principio natural es anclar la conducta de la persona a verdades físicas que no podrá cambiar por mucho que se esfuerce, y por tanto, el principio funciona como autorregulador de la ética humana, en su esfera personal, colectiva y universal, en su esfera personal por cuanto el ser humano debe convencerse de la realidad y actuar como el individuo que debe ser, en su esfera colectiva, por cuanto el ser humano debe actuar frente a los demás teniendo en cuenta que debe hacer o dejar de hacer lo que quiera que los demás hagan o dejen de hacer con él, estando consciente de que toda conducta genera una consecuencia, de la cual debe hacerse responsable; y, en su esfera universal, por cuanto el ser humano no puede escapar de la moral implantada universalmente en la conciencia humana, es decir no puede escapar de su naturaleza moral.

Entonces, en ese sentido, los principios morales puros tienen un gran espacio y valor dentro de la ética y, por tanto, deberían tener un lugar funcional especial dentro del Derecho, esto es, inspirar el contenido moral

de los valores axiológicos de los derechos fundamentales, para que éstos no sean manipulados moralmente de manera indiscriminada e inconsistente, mediante los opuestos de los diversos tipos de verdades que son: la negación, la inconsistencia lógica, mentira u ocultamiento, pero sobre todo, que estos contenidos axiológicos o lleguen a oponerse a verdades ónticas, ya que ello originaría el descontrol moral dentro de la filosofía jurídica que sostiene éticamente al ordenamiento jurídico.

Ahora, en cuanto a la funcionalidad de los principios cuasi morales fundamentales, de acuerdo a los planteamiento de la teoría principialista forjada luego del positivismo, como aquella que postula la existencia de principios en forma de derechos fundamentales, se puede concluir que este tipo de principios tienen una función adicional o distinta, a las planteadas dentro del positivismo, (las que desarrollaremos más adelante), estos tipos de principios fundamentales que reúnen fundamentalidad, generalidad y vaguedad, podrían funcionar como límite a la vulneración de su propio contenido ético y, como agente inhibitor del contenido ético de otros derechos fundamentales.

El principio como límite o el principio fundamental con función limitativa, impediría el alcance de una norma jurídica aplicada a un caso concreto que vulnere, trate de vulnerar o, afecte al derecho fundamental no como principio, sino al derecho fundamental como facultad humana, para ello, en el plano iusfilosófico, como se ha explicado anteriormente, se debe identificar o verificar que el principio fundamental reúna los criterios del test de moralidad cambiante (fundamentalidad, generalidad, vaguedad), y

luego, en el análisis concreto de un determinado caso, determinar su función limitativa.

Así por ejemplo, tenemos al derecho fundamental a la prueba, analizando su contenido desarrollado por el Tribunal Constitucional, este es un derecho fundamental (tiene fundamentalidad), es general porque se aplica a todas las ramas del derecho (tiene generalidad), pero no tiene vaguedad, puesto que su contenido es indiscutiblemente claro, se trataría de la facultad que tiene el sujeto procesal o procedimental de acreditar lo que alega, ahora, en un caso concreto, si se trataría de flexibilizar las reglas de la nueva prueba en el proceso penal, reguladas en el artículo 373 del Código Procesal Penal, este principio fundamental reaccionaría mediante la función limitativa, es decir, su propia condición ética, su propio contenido axiológico y alcance normativo, hacen que el derecho a la prueba se autoproteja, funcionando como autobarrera de su propio contenido, vale decir, el principio fundamental a la prueba impide que las reglas de la nueva prueba vulneren el derecho fundamental a la prueba (como facultad), inaplicando las reglas del Código Procesal Penal para permitir la admisión de nuevas pruebas aunque no reúnan los presupuestos establecidos en la norma procesal, ello en función de garantizar el pleno ejercicio del derecho a la prueba; así se debe entender a la función limitativa de los principios cuasi morales fundamentales.

Los principios fundamentales como instrumento inhibitorio de normas que vulneren el mismo principio como derecho fundamental, o, que vulnere o trate de vulnerar a otros derechos fundamentales, que no necesariamente reúnan además generalidad y vaguedad para ser llamados principios.

La función inhibidora de los principios cuasi morales fundamentales, consiste en la protección y garantía de ejercicio pleno de derechos fundamentales (principios fundamentales) diferentes al agente inhibidor, inclusive, estos principios cuasi morales, no necesariamente deben ser principios fundamentales (que reúnen fundamentalidad, generalidad y vaguedad), sino que podría tratarse de principios normativos, la función limitativa o la función inhibitoria no son indiferentes a los principios que no compartan las mismas características, puesto que, el fin de la diferenciación es la atención inclusiva de todos los principios del Derecho.

Pero, así como la función limitativa debe explicarse con un caso concreto, la función inhibitoria merece el mismo tratamiento, por ejemplo, hablando del derecho al libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental, el Tribunal Constitucional lo ha desarrollado como aquel derecho por el que la persona es libre de realizar cualquier tipo de conducta que le permita su desarrollo físico, psicológico y moral, sin que éste vulnere o afecte otros derechos de éste o de terceros, que estén reconocidos en la Constitución, ahora, en el caso concreto del cambio de nombre, regulado en el artículo 19 del Código Civil, se contempla de la norma que esta modificación solo será posible cuando el nombre de la persona afecte la dignidad o susceptibilidades psicológicas de la misma (así se desarrolló jurisprudencialmente por mucho tiempo).

Sin embargo, aparece el derecho a la identidad de la persona, por el que todo sujeto merece tener un nombre digno con que se sienta plenamente aludido y caracterizado, de no sentirse así, la persona podría solicitar el

cambio de su nombre, pero se vería impedido por la norma sustantiva civil que no regula el cambio en cualquier escenario, ante esta situación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad debe ser analizado mediante el test de moralidad inconstante, del mismo que resultará que este principio reúne fundamentalidad por ser un derecho fundamental, así como generalidad porque se aplica en diversos campos del Derecho, y reúne también vaguedad, pues el libre desarrollo de la personalidad implica el ejercicio del contenido de muchos otros derechos, incluyendo al derecho a la identidad, luego, en esa línea de ideas, el derecho fundamental a la identidad, es el derecho fundamental que podría ser vulnerado por la aplicación directa de la normas sustantiva civil, por lo que, resulta necesario que el principio cuasi moral fundamental, en este caso el libre desarrollo de la personalidad, funcione como agente inhibitor para impedir la vulneración del derecho fundamental a la identidad, desviando la aplicación imperativa de la ley civil que regula de modo rígido el cambio de nombre.

En suma, de la naturaleza de los principios cuasi morales fundamentales, se pueden extraer dos tipos de funciones que cumplen este tipo de principios, estas son: función limitativa y, función inhibitoria; donde la primera desvía únicamente el alcance de la norma aplicada sobre el mismo principio o derecho fundamental, y, en donde la segunda, reduce de forma definitiva el alcance de una determinada norma jurídica aplicada a un caso en concreto que vulnera no solo el principio como derecho fundamental, sino otros de diversas naturalezas y alcances normativos. En definitiva, se puede afirmar que, la teoría principialista trata de definir y optimizar a los

principios, para la convivencia entre sí, y es dentro de esa convivencia que surgen las funciones antes señaladas.

Antes de cerrar esta idea, dejamos sobre la mesa, una característica que en virtud al tercer criterio iusfilosófico, es importante para determinar la función del principio, nos referimos a la temporalidad, esta característica debe unirse a las tres características propuestas en la teoría principialista, con el fin de encontrar la verdadera función que se otorgó al principio desde su nacimiento. De la temporalidad, haremos también referencia en adelante, cuando desarrollemos la funcionalidad que el positivismo le otorga a los principios.

Ahora, luego de haber desarrollado las funciones de los principios cuasi morales fundamentales, es preciso desarrollar las funciones que asumirán los principios normativos, para ello nos enfocaremos en las funciones que le atribuye el positivismo a los principios jurídicos, ya que esta corriente filosófica, como se explicó en el subcapítulo anterior, establece que los principios cumplen funciones, los principios tienen distintos usos, estos pueden tener lugar en la producción, en la interpretación y en la integración del Derecho.

En la producción, los principios limitan en forma material al legislador. Éste no puede producir normas incompatibles con los principios constitucionales, so pena de invalidez de su producto, funcionan como parámetro para medir la constitucionalidad de la fuente subordinada. Sobre esta función que tienen los principios, según Cárdenas Gracia (2005), hay que aclarar que el legislador secundario sí puede producir, formalmente,

normas secundarias que contradigan principios constitucionales; sin embargo, aquéllas correrán el peligro de ser invalidadas después, a través de un proceso judicial ante un órgano constitucional. Por ejemplo, tenemos al principio de iniciativa legislativa y el principio de función legislativa, que están presentes en la producción de normas jurídicas dentro el Estado peruano, pero no tienen una actuación activa durante la administración de justicia, estos principios no se desarrollan ni se invocan con frecuencia, aunque cumplen una función preponderante dentro de nuestro sistema jurídico, aquí también, encontramos, por ejemplo, al principio de reserva de la ley en Derecho Tributario o, al principio de tipicidad en el Derecho Penal.

En la interpretación, los principios expresos de rango constitucional son empleados para justificar las llamadas interpretaciones conformes, es decir, aquéllas que adaptan el significado de una disposición al de un principio antes identificado; las interpretaciones conformes no derogan una regla antinómica más bien, su propósito es fijar el sentido o significado compatible entre ellas y con el ordenamiento constitucional. Estos principios coadyuvan sí a la función jurisdiccional, por ejemplo, el principio de buena fe dentro del derecho contractual, así como el principio de veracidad o informalidad en el derecho administrativo procedimental, no tienen mucho contenido moral o axiológico, pero son muy útiles a la hora de administrar justicia en cualquier materia del derecho.

Por último, en cuanto a la integración, el juez y el funcionario están obligados a recurrir a los principios después de haber intentado el argumento analógico. El principio constituye una de las premisas del

razonamiento para concluir en una norma específica, elaborada y formulada por el intérprete. Esta forma de argumentar es la que conforma el llamado razonamiento práctico, no silogístico; se abandona la subsunción y aplicación mecánica, exige el abandono del silogismo judicial formal y se aproxima a los métodos de interpretación retórica, basada en la ponderación y razonabilidad.

Los principios que cumplen una función integrativa, implican análisis axiológico o moral que ya se encuentra plasmado en jurisprudencia vinculante, estos principios lo único que hacen es adecuar un razonamiento jurídico a un hecho analógicamente juzgado previamente, así por ejemplo, encontraremos en abundante jurisprudencia constitucional el principio de supremacía de la Constitución, siempre que se trate de discutir la relación entre una norma legal o reglamentaria y la Constitución; también encontramos por ejemplo, que los jueces administran justicia en nombre de la nación, o que lo hacen en atención a la tutela jurisdiccional o al debido proceso, en suma, la función integrativa de un principio implica la justificación de la adopción de un razonamiento jurídico previamente desarrollado y validado por un ente con facultad de vincular sus fallos o resoluciones.

En ese sentido, según el positivismo, los principios existen para cumplir una función, y su eficacia está supeditada a su adecuado funcionamiento, sin embargo, si esto es así, debemos volver a traer a colación la característica de temporalidad, pues, es impensable, hacer una comparación entre el principio de separación de poderes y el principio de presunción de

inocencia; debido a que, nacieron en diferentes épocas, el primero, cuando los principios regularmente no tenían contenido moral, como en el siglo XV o XVI; el segundo, en cambio, surge en una realidad diferente, cuando surgen los derechos humanos, en el siglo XIX y con su reconocimiento e introducción en las Constituciones Políticas.

En tal virtud, así por la temporalidad, las funciones con las nacieron o se crearon cada uno de ellos, no fueron las mismas, el primero, surge con una función cimental, ya que es la base del modelo de estado moderno o democrático, sin embargo, el segundo, surge para garantizar un trata digno a la persona que se somete a un proceso de persecución y sanción penal, es evidente la diferencia entre estos dos principios, que por su función y, por su temporalidad, no pueden ser comparados o tratados del mismo modo.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA

MODELO DE CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO

El presente trabajo de investigación, persigue un objetivo muy importante, el de proponer un modelo de clasificación de principios de acuerdo a los criterios iusfilosóficos propuestos, y, si estos criterios son suficientes para la clasificación, no es posible ordenar a los principios de modo abstracto, porque se originaría el mismo problema que Atienza y los autores que postulan la teoría principialista, provocaron cuando trataron de proponer medidas exactas para colisionar principios a través de la ponderación, desvirtuando su propia doctrina argumentativa, pues, por ser tal, no merece una estructura cerrada de pesos y contrapesos atribuibles a los derechos fundamentales.

En tal sentido, la presente propuesta no pretende elaborar una clasificación cerrada de los principios del derecho, no solo porque represente una tarea demasiado extensa, sino porque no sería útil, en nuestra opinión, para la ciencia jurídica.

El siguiente recuadro muestra de manera detallada los criterios iusfilosóficos que han de tenerse en cuenta para identificar, clasificar y diferenciar a los principios del derecho:

Cuadro 1: *Criterios Iusfilosóficos*

Criterios		
Naturaleza	Alcance normativo	Funcionalidad
Test	Características	Funciones
Propuesta: - Test de moralidad contante - Test de moralidad cambiante	Iuspositivismo: - Fundamentalidad - Generalidad - Vaguedad	Iuspositivismo (propuesta): - Limitativa - Inhibitoria Positivismo: - Integración - Producción - Interpretación
Propuesta: Temporalidad		

Elaboración propia.

Lo que necesita el operador del derecho es analizar los tres criterios iusfilosóficos, a fin de identificar el tipo de principio, para poder diferenciarlo de otro con que en determinado caso concreto colisione; la clasificación, se dará en ese sentido, en cada caso concreto.

Analicemos, por ejemplo, a la libertad; este derecho fundamental, como lo conocemos ahora, nace como una convicción paradójica o divergente al poder absoluto de un soberano y de su fuerza bélica impermeable, como señala Crates en el siglo IV a.C.: “He aquí como los Cínicos alcanzan la libertad, libres del placer que es propio del esclavo (epicúreos y estoicos), ellos aman a la inmortal reina de la libertad”. En una frase, podemos condensar el pensamiento antiguo de la libertad, que hoy en día es practicada por las personas de a pie, así como razonada por jurisconsultos, legisladores y magistrados; la libertad epicúrea por ejemplo debe ser entendida como aquella que establece límites al placer o deseo corporal (interés personal), por respecto a los demás y al orden normativo y natural, la libertad estoica por el contrario, es aquella que permite que la persona

sea libre en tanto se encuentre dentro del destino o voluntad divina, por tanto, aquí se debe respetar el orden natural, aunque esto contravenga o no el interés o deseo personal, y finalmente, tenemos la libertad cínica, la cual consiste en romper las reglas o desnaturalizar el *status quo* si es necesario, con el fin supremo de satisfacer el interés o deseo personal.

Se puede contemplar, entonces, que, en la actualidad, la libertad puede ser entendida desde estas tres ópticas, inclusive, en relación con la dignidad, pues la libertad cínica representa la parábola más apegada a lo que resulta de la comprensión de dignidad en el plan normativo y filosófico, pues, es la dignidad la que permite al hombre ejercer o satisfacer plenamente un derecho fundamental, aún por sobre el derecho de otro, siempre que exista justificación.

Ahora, respecto de esto último, la justificación, sugiere más bien, otro tipo de libertad, pues aquí, quien determine la superposición de un derecho sobre otro, debe tener en cuenta la libertad epicúrea, es decir, el interés de los titulares de cada derecho en colisión, y, finalmente, deberá tener en cuenta la libertad estoica, en el sentido ético, ya que, de prevalecer uno u otro derecho, en el futuro tendrá que justificar éticamente dentro de sí, que aquella decisión, fue la más adecuada, de lo contrario, cada solución injusta representará un nivel cada vez más pétreo de inconsciencia moral, que provocaría, la locura o la cauterización ética completa, que a la vez conllevaría a un sistema jurídico corrupto.

Seguidamente, tenemos que, en la Edad Media, no había libertad más que aquella que ofrecía el Estado a través de la conquista y sumisión de pueblos, en ese sentido, la libertad consistía en la convivencia dentro de un régimen casi plenamente rígido que impedía el ejercicio de la libertad expresa por Aristóteles:

“la capacidad de accionar según la voluntad propia”, aquí se trata de una libertad ficta, sostenida e ideada por el Estado. Aunque, las ideas de libertad de la edad antigua, solo representaban pensamientos, por lo menos.

La idea de libertad en la Edad Moderna, entre los siglos XV y XIX, la libertad se tornó en un concepto íntimamente relacionado con la igualdad, es aquella libertad que procuramos hasta la actualidad, pero alienada con los pensamientos griegos antes anunciados. La filosofía política moderna, fundada por grandes pensadores como Kant, Hobbes, Locke, Rousseau, entre otros, influenciados claro por las ideas griegas de política, planteaba un modelo de Estado que exista control social o convivencia social en equilibrio, donde el gobernante y los gobernados se sujeten a un solo régimen, el cual, debería ser como órgano vivo como decía Aristóteles o Rudolf Kjellén que se desarrolle (institucionalice) en el seno de libertad, siendo este valor, el objeto de una discusión acalorada, debido al enfoque que el modelo político debería aguardar, por un lado, se creyó que el contrato social no debería privarle de libertad al hombre, sino más bien este le procuraría un estado de más libertad (Rousseau), mientras que por otro lado, se pensó que el contrato social sí privaría al hombre de la libertad absoluta (Hobbes), inclusive hasta la actualidad, hay teóricos que discuten este evento transcendental para la filosofía política, ciencia política y meta política.

Luego de la segunda guerra mundial, la libertad es entendida, ya no como un elemento integrante y base del modelo de Estado, como lo siguen considerando diversos Tribunales Constitucionales en Estado sociales y democráticos como el Perú, cuando resuelven casos citando a la libertad; sino, como un derecho fundamental, en ese sentido, es posible distinguir, libertad natural o en su fuente,

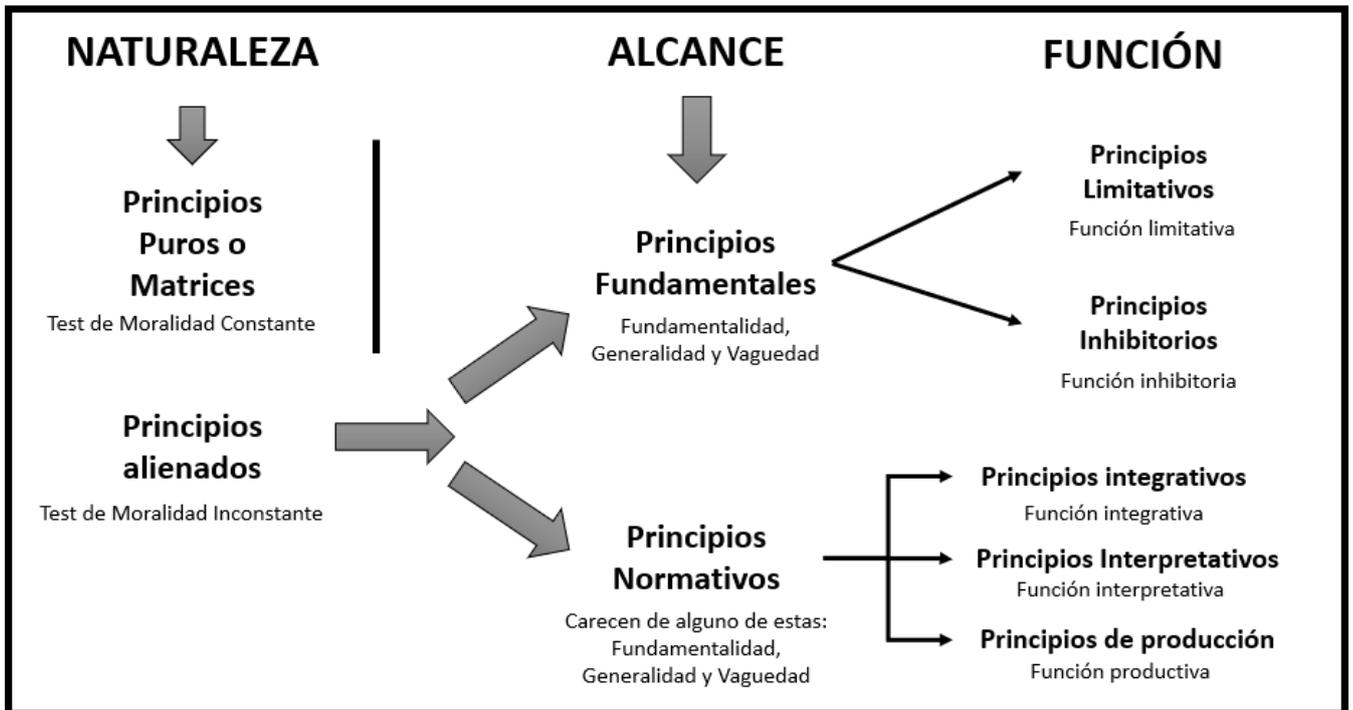
como un valor o elemento integrante del Estado moderno, aquí el primer criterio iusfilosófico la naturaleza del principio en relación a la temporalidad, y la moralidad, como base del Estado, el principio es inquebrantable e inamovible, por lo tanto, debe pasar sin problema el filtro de moralidad constante, de otro modo el modelos de Estado decaería; ahora bien, podemos distinguir la libertad como derecho fundamental, aquí el principio reúne los tres criterios de la teoría principialista, como derecho fundamental no carece de fundamentalidad, la libertad en genérica ya que es alcanza a todas las ramas de la ciencia jurídica, y finalmente, es su concepción es vaga, pues, no podemos referirnos a una sola libertad, esta se ha desmembrado en diversos derechos que necesitan de esta para sustentar sus contenido esencial. En esa línea, respecto del último criterio, es decir, la funcionalidad, la libertad se encuentra consagrada en la Constitución de todos los Estados Democráticos, como garantía de la dignidad de la persona, así es un principio que ha de tenerse en cuenta en la producción, integración e interpretación del derecho, así como que, en cada caso, se deberá determinar la función limitativa o inhibitoria del principio libertad.

Asimismo, podemos evidenciar, que el desarrollo del derecho fundamental a la libertad y sus vertientes, no surgen de la libertad como valor o base del modelo de Estado, pues, la libertad como valor político, es una relación de poder entre el gobierno y la nación, y la libertad como derecho fundamental tiene un contenido moral que surge netamente de la figura humana, y se crea cuando se había superado la relación política entre el gobierno y la nación; siendo así, la libertad que se defiende tendría un mero contenido moral, no se sustenta en el principio necesario para la consolidación del Estado, sino en ismos, movimiento sin sustento científico, solo en construcciones ideológicas; un claro ejemplo, es

la modificación del CIE – 10 por el CIE – 11, donde se niegan como enfermedad o trastornos mentales a las desviaciones sexuales, sin ningún sustento científico, según la Asociación de Psiquiatría Chilena.

Los criterios iusfilosóficos nos ayuda a determinar una clasificación espontánea de principios, los que deben obedecer a una nomenclatura clara y sencilla, y el factor que determine el *nomen* principialista será el grado de manipulación o alienación del principio, es decir, la pureza que resida en cada uno, así, entonces, aquellos principios que pasen el test de moralidad constante, serán principios puros o matrices, y deberán diferenciarse de los principios que son derechos fundamentales aunque su denominación sea la misma (ejemplo: libertad – libertad), si no pasan el filtro del test de moralidad constante significa indefectiblemente que el test que les corresponde es de moralidad inconstante, derivando al principio al segundo criterio iusfilosófico, para ser examinado en su alcance normativo, aquí los principios que son derechos fundamentales deberán reunir además generalidad y vaguedad, para ser llamados principios fundamentales, de otro modo serán denominados principios normativos, así, una vez identificados y distinguidos los principios por el segundo criterio, se deberá determinar su funcionalidad, si es un principio fundamental, a de saber si el principio cumple la función limitativa o inhibitoria, y si el principio resulta ser normativo, a de determinarse cuáles son sus funciones, entre la de integración, producción e interpretación.

Cuadro 2: Clasificación y tipos de principios de acuerdo a nivel de pureza en base a su naturaleza, alcance y función:



Elaboración propia.

CONCLUSIONES

- a. Los principios del derecho tienen en cada caso una naturaleza iusfilosófica o contenido axiológico diferente, algunos son moralmente intangibles, en tanto otros son susceptibles de alienación moral y ética; esta concurrencia de diversidad moral de proveniencia filosófica multidireccional, despeja la necesidad de determinar la naturaleza filosófica de cada principio.
- b. La naturaleza filosófica de los principios del Derecho proyecta las características de cada principio, las características pueden ser: fundamentalidad, generalidad, vaguedad; en cada caso no es necesaria la concurrencia de estas características, la presencia o ausencia de cualquiera de ellas, determina el alcance normativo del principio en una esfera abstracta y el alcance normativo del principio en una esfera aplicativa o concreta.
- c. Los principios del Derecho provenientes del iusnaturalismo, iuspositivismo y pospositivismo, difieren por su contenido moral, que determina su alcance normativo de acuerdo a las características de los principios, y; el alcance normativo en general, abstracto o normativo, va marcando las funciones de cada principio dentro del ordenamiento jurídico, por ello, se requiere de la aplicación de los test de moralidad, para aplicarlos adecuadamente a la resolución de casos concretos con el fin de regular y desarrollar, respectivamente, jurisprudencia y doctrina, más ordenada.
- d. La propuesta planteada, permite lograr distinguir entre un principio y otro, lo que significa que, con el test de moralidad contante y el test de moralidad inconstante, se determinará la naturaleza del principio para identificar principios puros y principios alienados, el segundo tipo de principios, ya que pueden mutar su contenido axiológico, deben contar con determinadas

características concursales o no concursales para mantener su estabilidad y alcance normativo, finalmente, su proyección normativa determina el rol o función que cumplirá cada principio dentro del ordenamiento jurídico.

RECOMENDACIONES

- a. A todos los operadores del Derecho, mayor preocupación, inquietud e interés en el estudio del desarrollo doctrinario de la filosofía del Derecho, en específica relación a la Teoría de Principios que, por su relevancia dentro del ordenamiento jurídico, es necesario contar con conocimiento profundo de los tipos de principios para identificarlos, diferencias y aplicarlos de acuerdo a su naturaleza, alcance normativo y funcionalidad.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aguiló Regla, J. (2007). Positivismo y Postpositivismo. Dos Paradigmas Jurídicos en pocas palabras. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* ISSN: 0214-8676, 665 - 675.
- Alchourrón, C. & Bulygin, E. (2017). *Sistemas Normativos. 2º Edición Revisada*. Buenos Aires - Bogotá: Astrea.
- Alexy. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, número 05. ISSN: 0214-8876*, 139-151.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aristóteles. (1984). *Constitución de los Atenienses. Trad. Manuela García Valdez. ISBN N° 84-249-0934-8*. Madrid: GREDOS.
- Aristóteles. (1988). *Política. Trad. Manuela García Valdés. ISBN N° 84-249-1283-7*. Madrid: GREDOS.
- Atienza, & Ruiz Manero. (2007). *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos, 4ta Reimp.* Barcelona: Ariel.
- Atienza, M. (1985). *Introducción al Derecho*. Alicante: Editorial Club Universitario. ISBN: 84-95015-23-4.
- Bäcker, C. (2014). Reglas, Principios y Derrotabilidad. *Cuadernos de Filosofía del Derecho. DOXA. 37. ISSN 0214-8676*, 31 - 44.

- Bechara Llanos, A. (2011). Estado Constitucional de Derecho, Principios y Derechos Fundamentales en Robert Alexy. *SABER, CIENCIA Y Libertad* ISSN: 1794-7154, 63 - 76.
- Bobbio, N. (1996). *Estado, Gobierno y Sociedad. Traducción: José F. Fernández Santillán. ISBN N° 968-16-3142-0. ISBN Obra Original N° 88-06-58818-4.* México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2015). *Iusnaturalismo y Positivismo Jurídico. Traducciones de: Elías Díaz, Ernesto Garzón Valdés, Andrea Greppi y Alfonso Ruiz Miguel.* Madrid: Trotta S.A.
- Calsamiglia Blancafort, A. (1998). *Postpositivismo.* Alicante: Revistas - DOXA - 1998, N. 21, Vol. I.
- Canelo Dávila, G. (2018). *Derecho del Trabajo: Fuentes, Valores, Principios.* ISBN N° 978-612-4334-11-5. Lima: LEX & IURIS.
- Carbonell, M. (2010). Teoría del Neoconstitucionalismo. *Cuestiones Constitucionales*, 337-342.
- Cárdenas García, J. (2009). *Introducción al estudio del Derecho.* ISBN N° 978-607-7603-25-2. México. C.F.: Nostra Ediciones.
- Cardenas Gracia, J. (2005). *La argumentación como derecho.* México: UNAM.
- Carrasco García, L. (2018). *Derecho Constitucional General. Depósito Legal 2017-04100.* Lima: FFECAAT.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú.* Lima: Gaceta Jurídica.

- Congreso de la República . (2016). *Resolución N° 056-2016- SUNARP/SN*. Lima : El Peruano .
- Congreso de la República. (1993). *TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL*. Lima: Diario El Peruano.
- Congreso de la República. (1999). *Ley N° 27238 Ley Organica de la Policia Nacional del Perú*. Lima: El Peruano.
- Congreso de la República. (2003). *Ley N° 27867 - Ley Organica de Gobiernos Regionales*. Lima: Diario El Peruano.
- Congreso de la República. (2003). *Ley N° 27972 Ley Organica de Municipalidades*. Lima: Diario EL Peruano.
- Congreso de la República. (2017). *Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Laboral*. Lima: Diario El Peruano.
- Cortina, A., & Otros. (1994). *10 palabras clave en Ética*. Navarra: ESTELLA
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel. 4ta Reimp.
- Dostoievski, F. (2000). *Los Hermanos Karamázov, edición de NATALIA UJÁNOVA*. Barcelona: Cátedra.
- Euskadi. (2016). *El Positivismo Lógico*. Vasco: Euskadi - Gobierno Vasco.
- Ferrajoli, L. (2014). *Un debate sobre principios constitucionales*. Lima: Palestra Editores.
- Fraustro Gatica, O. (2021). *La Política de la ciencia en el pensamiento de Auguste Comte*. ISSN 2594-1917. Ciudad de México: Andamios.

- García Toma, V. (2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional. Tercera Edición*. Lima: Adrus.
- Goldwin, R. (1993). "John Locke" [1632-1704]. En: L. Strauss - J. Cropsey (Comps.). *Historia de la Filosofía Política*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Grández Castro, P. (2016). *El Ascenso de los principios en la práctica*. Lima: Palestra Editores. ISBN: 978-612-4218-44-6.
- Guerrero S., D. (1991). El Tratado del Gobierno Civil de John Locke: Una refutación del absolutismo de Robert Filmer. *UNIVERSITAS PHILOSOPHICAS* 15-16, 10 - 60.
- Gutiérrez Casas, C. (2010). Principios y Positismo Jurídico ¿Cuál es su relación? *HEURÍSTICA JURÍDICA* , 75-86.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y Validez. Trad. Manuel Jiménez Redondo*. Madrid: Trotta.
- Hans, K. (1993). *Teoría pura del derecho*. México: UNAM.
- Heller, H. (1971). *Teoría del Estado*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Hobbes, T. (1994). *El Leviatán o Materia, Forma y Poder de un Gobierno Eclesiástico y Civil. Trad. Manuel Sánchez Sarto*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Jansen, N. (2011). Los Fundamentos Normativos de la Ponderación Racional en el Derecho. En J.-R. (. Sieckmann, *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (págs. 51-70). España: Marcial Pons.

- Kant, I. (2007). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Trad. Manuel García Morente. San Juan.
- Kierkegaard, S. (2008). *La enfermedad mental*. ISBN: 978-84-8164-982-6. Madrid: Trotta.
- Locke, J. (1997). *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*. Edición Joaquín Abellan. Trad. Francisco Jimenez Gracia. ISBN N° 84-239-7240-2. Madrid: Espasa - Calpe.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2012). *MANUAL DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL TRIBUNAL FISCAL*. Lima: El Peruano.
- Montesquieu. (2018). *El Espíritu de las Leyes*. R.F.C. PRD 890526PA3. México: Partido de la Revolución Democrática.
- Nietzsche, F. (1972). *La genealogía de la moral*. Traducción de A. Sánchez Pascual. Madrid: Alianza.
- Poder Ejecutivo. (1984). *Código Civil*. Lima: Jurista Editores.
- Pozzolo, S. (2015). Apuntes sobre Neoconstitucionalismo. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. ISBN N° 978-607-02-6675-1, 363-405.
- RAE. (06 de julio de 2022). *dle.rae.es*. Obtenido de *dle.rae.es*: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=silogismo>
- Rousseau, J.-J. (2007). *El Contrato Social*. Trad. Fernando de los Ríos. Madrid: Espasa Calpe.
- Rubio, M., & Arce, E. (2017). *Teoría Esencial del Ordenamiento Jurídico Peruano*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

- Ruiz Ruiz, R. (2012). La Distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. *Derecho y Realidad* ISSN: 1692 - 3936, 145 - 165.
- Sancho Rocher, L. (2009). *Filosofía y Democracia en la Grecia antigua*. ISBN N° 978-84-9277-419-7. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- Sandoval Mesa, J. (2016). *El principio de legalidad en materia penal en Colombia y su proceso de transformación. Tensiones entre la ley positiva y los criterios de seguridad jurídica, justicia material y legitimidad*. Bogotá: Universidad Santo Tomás – Facultad de Derecho.
- Sieckmann, J.-R. (2011). Los Derechos Fundamentales como Principios. En J.-R. Scieckmann, *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (págs. 27-50). España: Marcial Pons.
- Weber, M. (2001). *Sociología del Derecho*. Granada: Comares.
- Zagrebelsky, G. (1990). *Del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*.