

## HERENCIA POSITIVISTA CONVERTIDA EN LEGALISMO

JOSÉ C. ALTAMIRANO PORTOCARRERO\*

### Resumen:

La herencia del positivismo se ve plasmada en la relevancia que tiene para él, los principios de legalidad y de seguridad jurídica; que si fuesen tomados desde la perspectiva positivista, no podría hablarse de derecho, en tanto que la labor del juez se limitaría a la aplicación objetiva de la ley. Sin embargo, no podemos concebir dichos principios desde una perspectiva positivista, sino tenemos que estudiarlos teniendo en cuenta que existen pilares como la justicia, concebida desde una determinada ideología, creencia, costumbre, etc. y en base a ellos, entenderse los valores que encarnan y nutren el ordenamiento, así como al ordenamiento mismo.

**Palabras clave:** - Positivism jurídico - Principio de legalidad - Seguridad Jurídica.

### Abstract:

The inheritance of the positivism is shaped in the relevance that it has for it the principles of legality and legal certainty, if they were taken from the positivist perspective, it would be no possible to talk about legal right, whereas the work of the judge would be limited the objective application of the law. Nevertheless, we cannot conceive these principles from a positivist perspective: we must study them keeping in mind the existing concepts of justice, conceived from a certain ideology, belief, custom, etc. Based on them, understand the values that incarnate and nourish the ordering, as well as the ordering itself.

**Key words:** - Juridical positivism - Principle of no crime - Legal certainty.

### Sumario:

1. Introducción 2. El positivismo jurídico. 3. La herencia del positivismo. 4. Principio de legalidad. 5. La seguridad jurídica. 6. Conclusiones

---

\* Juez Provisional del 43° Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

## 1. INTRODUCCIÓN

¿Cuál es el legado dejado por el positivismo jurídico?, ¿Se puede concebir Derecho sin Justicia?. Estas y otras interrogantes serán contestadas a lo largo del presente artículo. Pero, ¿Qué se entiende por positivismo? Es un sistema filosófico que admite únicamente el método experimental, rechazando toda noción *a priori* y todo concepto universal y absoluto. El positivismo tiene como fundador a AUGUSTO COMTE, el cual se propone explicar las relaciones humanas mediante leyes sociales que se expresan en la conexión causal propia de los fenómenos de la naturaleza. Por lo que, para el positivismo solo es legítimo y firme un conocimiento que transcriba en fórmulas racionales los datos de la experiencia sensible. La realidad solamente es captada a través de los fenómenos y sus relaciones. Señala a su vez, que en el estado positivo, el espíritu humano, reconoce la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renunciando así, a buscar el origen y el destino del Universo, y a conocer las causas íntimas de los fenómenos para atenerse únicamente a descubrir, por el uso bien combinado del razonamiento y de la observación, sus leyes efectivas. Por lo que la explicación de los hechos queda reducida entonces a sus límites reales. Comte advierte, a su vez, la existencia de una dualidad en los métodos de pensamiento, pues mientras para unos fenómenos se emplea la explicación causal (Fenómeno mecánico, físico, etc.), para otros se emplea la especulación libre que parte de concepciones metafísicas. Considerando estas actitudes mentales como incompatibles desde un punto de vista lógico, y teniendo en consideración que el conocimiento reclama una perfecta coherencia metódica, se inclina por el primero de ellos<sup>1</sup>. Este sistema se caracteriza por el uso del método experimental, inductivo; y de acuerdo con el matiz constructivo que se tome en cada caso, se puede señalar que el positivismo se dividió en: positivismo sociológico, positivismo jurídico y el positivismo lógico. Nos interesa aquí el positivismo jurídico, sin embargo cabe señalar que el positivismo sociológico busca en el Derecho los factores sociales que lo integran, considerando que el Derecho “es un fenómeno social que debe ser descrito objetivamente sin consideraciones valorativas”<sup>2</sup>; por su parte el positivismo lógico nació como rechazo a las ideas positivistas tradicionales que creían en la experiencia personal como base del verdadero conocimiento, resaltando la importancia de la comprobación científica. Se desarrolla en el plano de la epistemología de las ciencias, siendo partidaria de la ciencia y enemiga del irracionalismo y la metafísica; tiene como característica fundamental la reducción de la filosofía al análisis del lenguaje<sup>3</sup>.

## 2. EL POSITIVISMO JURÍDICO

En cuanto al positivismo jurídico, autores como Karl Larenz señalan que “el mismo se desarrolla a través de tres tipos diferentes pero que en el fondo se identifican, y son los siguientes: el derecho se puede considerar como un hecho psicológico puesto que no se encuentra en la realidad externa, sino en la conciencia de los hombres..., el segundo caso llega a una teoría del derecho predominantemente sociológica, ya que se puede clasificar a los hechos de la existencia social, puesto que se refiere a la conducta social de los hombres..., la tercera posición, se representa por la teoría pura del derecho que emprendió Kelsen, el intento de vindicar para la ciencia del derecho, de modo similar a la lógica y a la matemática un objeto puramente ideal...<sup>4</sup>, otros comentando el positivismo jurídico, como el caso de García Maynez señalan que “el positivismo se caracteriza por su valor formal, sin tomar en consideración la justicia o injusticia de su contenido”<sup>5</sup>, al respecto se dice que el positivismo jurídico nació como teoría opuesta al iusnaturalismo, llagándose hablar de dos ordenes que se oponían “en este último -iusnaturalismo- tiene valor de orden (ordenamiento), solo lo que es justo, la norma no es valida si no es justa, en cambio para el positivismo es justo solo lo que es ordenado, la norma es justa sólo si es valida. Para el ius naturalismo , la justicia es la consagración de la validez; para el positivismo la validez es la consagración de la justicia<sup>6</sup>. Es importante mencionar ello, porque Kelsen consideró a la justicia como un ideal irracional (principal crítica a la doctrina iusnaturalista). Lo resaltante del positivismo jurídico, es “el rechazo a todo lo extralegal, de todo derecho que no haya sido creado por la convención humana, sea que aparezca en forma de derecho natural, divino o racional. El pensamiento del derecho deviene entonces pensamiento de la legalidad. Esto, confiere al pensamiento jurídico un valor de objetividad, de estabilidad, de *positividad*. El positivismo fue, entonces, considerado como un método puramente jurídico y su purismo consistió en la eliminación de toda consideración meta jurídica”<sup>7</sup>.

Lo que nos permite identificar a los positivistas jurídicos es que ellos postulan la prioridad y la suficiencia de los métodos cuantitativos y los presupuestos de las ciencias conocidas; rechaza por su parte todo lo que no es demostrable en la forma de la ciencia que ha adoptado, es contraria a la introducción de elementos subjetivos y axiológicos, o sea no la persona, ni los valores tienen valor científico porque no son computables. Por lo que siguiendo esta línea de pensamiento el juez se limitaría a la aplicación objetiva de la ley olvidando o marginado su situación social, su educación y sus ideologías<sup>8</sup>. Se prohibiría entonces al juez

crear derecho, se le prohibiría negarse a fallar ya que la ley es clara, completa, sin lagunas ni contradicciones, por lo que el juez no puede alegar que la ley no resuelve el caso, es oscura, etc<sup>9</sup>.

El positivismo alcanzó su punto cimero con la rigurosa construcción teórica de Hans Kelsen. La teoría pura del Derecho deslumbró a los juristas por su coherencia y sus aciertos en el tratamiento de la dimensión formal-normativa del derecho. La doctrina jurídica se impregnó, en gran medida de los postulados Kelsenianos. Su fuerza de convicción y su atractivo teórico fueron avasalladores. Los hombres de derecho se rindieron entusiastas ante los logros del maestro neokantiano<sup>10</sup>. Pero ¿En qué consistió dicha teoría?. La llamada escuela vienesa<sup>11</sup> fundada por Kelsen, llevó el logicismo jurídico a su culminación extrema, por cuanto ha sentado como base de su teoría filosófica del derecho positivo (lo que llama teoría pura del derecho) el criterio de la pureza del método, se entiende por tal el empleo de conceptos puramente formales y normativos, con exclusión de toda consideración valorativa y finalista<sup>12</sup>. Su punto de partida es la radical oposición kantiana entre el *ser* y el *deber ser* correspondientes a dos modos distintos e independientes: el de los hechos o fenómenos y el de las normas. El derecho según Kelsen se mueve exclusivamente en esta última esfera y es ajeno tanto a cuestiones sociológicas como a las ético políticas. Por ser ellas meta jurídicas. Desde este punto de vista meramente formal, la teoría del Derecho tiene como único tema el de las normas o proposiciones jurídicas. El derecho es un sistema de normas o proposiciones jurídicas reguladoras de la coacción. La esencia de la norma jurídica traduce en una proposición en la cual se enlaza un acto coactivo, como consecuencia jurídica, a un determinado supuesto de hecho o condición. Así la regla de derecho es, para Kelsen un imperativo hipotético y heterónomo, una norma condicional de coacción que se presenta bajo la forma de una doble regla, una norma secundaria (un individuo debe obrar o abstenerse) y una norma primaria (a falta de acto o abstención el órgano del Estado ejercerá contra él una cierta coacción)<sup>13</sup>.

Para Kelsen el derecho se identifica con las normas<sup>14</sup>, y si todo derecho esta reducido a las normas, no hay otro derecho que el positivo, y como este procede del orden estatal, el derecho y el estado son una misma cosa. Además sostiene que “la norma jurídica no consiste, como aparece en la doctrina tradicional, en el imperativo de una norma moral sino en el juicio hipotético que expresa el enlace específico de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada, así como la ley natural enlaza un hecho determinado, como causa, con otro como efecto; así ocurre en la ley jurídica entre una condición

jurídica y su consecuencia. En el modo del enlace de los hechos, en un caso la causalidad, en el otro la imputación, la que debe ser reconocida en la doctrina pura como la legalidad específica del derecho. Así se explica que mire a la norma como un esquema de interpretación privado de todo valor ético o real. Por lo que la construcción del saber jurídico según Kelsen, ha de hacerse conforme a valores lógicos, si privamos a la norma jurídica de sus elementos materiales, queda reducida a un elemento lógico y basta esta ligera referencia para advertir el carácter de extremo logicismo de esta escuela<sup>15</sup>. Cabe resaltar, el pensamiento kelseniano en cuanto a considerar que los “órdenes de coerción llamados Derecho” solo son efectivos-eficaces- cuando garantizan la paz y la seguridad colectiva; lo mencionado es sumamente importante ya que para Kelsen la eficacia es condición *sine qua non* de la validez de un ordenamiento jurídico, por lo que un ordenamiento jurídico solo es válido si es eficaz, y como ya se mencionara anteriormente para el positivismo jurídico solo existe justicia si es que la norma es válida, haciendo depender de un dato empírico (como lo es la eficacia) la validez y la “justicia” de un ordenamiento jurídico<sup>16</sup>. Y es por ello, que él, ejemplificando su pensamiento, señala que una banda de ladrones podría ser considerado como un orden jurídico, y la colectividad fundada por dicho orden podría ser considerada como un Estado, siempre y cuando tenga un orden de coerción (para él igual a derecho), este limitado a un cierto territorio y dicho orden de coerción sea eficaz esto es, asegure la paz y la seguridad colectiva; aún cuando esta banda sea considerada criminal, señalando por ejemplo la existencia en el pasado de los Estados llamados “piratas”, Estados cuyas naves hacían reinar la inseguridad en el mar Mediterráneo. Considera asimismo, que no debe incluirse ningún juicio de valor, para efectuar la distinción entre “colectividades jurídicas y bandas de ladrones”. Por lo que niega valores como la justicia al considerarla un ideal irracional, dice: “si la justicia se convierte en un criterio del Derecho, un criterio que distinga a los ordenes jurídicos de los demás ordenes normativos los ordenes de coerción capitalista del mundo occidental no serían ordenes jurídicos desde el punto de vista del ideal de justicia comunista, y en la misma forma, el orden de coerción comunista de la Unión Soviética no sería un Derecho desde el punto de vista del ideal de la justicia capitalista. La ciencia jurídica positiva no puede aceptar una noción de Derecho que nos lleve a tales conclusiones. Se puede calificar de injusto a un cierto orden jurídico desde el punto de vista de una cierta norma de justicia”<sup>17</sup>.

La justicia por ende para Kelsen, significa un “ideal irracional, y por mas indispensable que sea desde el punto de vista de las voliciones y de los actos

humanos, no es accesible al conocimiento. Desde el punto de vista del conocimiento racional, solo existen intereses, y por tanto, conflictos de intereses. La solución de tales conflictos solo puede lograrse por un orden que o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro o bien trate de establecer un compromiso entre ambos.

El que sólo uno de esos dos ordenes sea justo, es algo que no puede establecerse por un conocimiento racional. El conocimiento solo puede revelar la existencia de un orden positivo, evidenciada por una serie de hechos objetivamente determinables. Tal orden es el derecho positivo. Solo este puede ser objeto de la ciencia; y solo él constituye el objeto de una teoría pura del derecho que no sea metafísica, sino ciencia jurídica<sup>18</sup>. Si bien Kelsen señala que la justicia es subjetiva, llegó a considerar que es posible darle una significación objetiva, en este sentido justicia significa legalidad, por lo que justo es que una regla sea efectivamente aplicada en todos aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido deba aplicarse. Injusto es, que la regla sea aplicada en un caso y deje de aplicarse en otro semejante<sup>19</sup>.

### 3. LA HERENCIA DEL POSITIVISMO

Si entendemos al igual que Kelsen, que Justicia significa Legalidad (en cuanto aplicación de la norma al caso específico, esto es, si se aplica la norma al caso concreto que la contiene, entonces se está haciendo justicia), y por otro lado, sabemos que el positivismo buscó dotar al derecho de exactitud, de lógica -al igual que las matemáticas y la física- entonces entendemos que la consecuencia de la influencia de dicho sistema filosófico, esto es la herencia del positivismo, es la aplicación de principios como el de legalidad (para la aplicación de la sanción establecida en el orden coercitivo, debía estar establecida de manera clara, expresa la conducta pasible de ello), pero a su vez, y como ya explicamos anteriormente, para que un ordenamiento sea eficaz y por ende válido, Kelsen señaló la exigencia de que dicho ordenamiento debía proporcionar seguridad y paz, por lo que “el principio de legalidad, es pues, un medio racional de lograr dicha seguridad jurídica”<sup>20</sup>. Tanto el principio de legalidad como el de seguridad jurídica “eran mas que necesarios, irrenunciables e indispensables para el pensamiento positivista. Aún cuando estos postulados nos regresen al razonamiento jurisdiccional mecanicista de Montesquieu: *el Juez no es sino la boca que pronuncia la palabra de la ley*”<sup>21</sup>, pero su necesidad radicaba, en que dichos principios garantizaban que las normas (tanto el presupuesto de hecho como la consecuencia jurídica) estuviesen previstas, esto es se sujetaran al principio de predictibilidad.

#### 4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad nace como una forma de garantizar los derechos de los ciudadanos a través de la ley que es “cierta, escrita y estricta”<sup>22</sup>, la misma que pone límites al Estado, el cual queda subordinado a la voluntad general expresada en la ley, no permitiendo privilegios o mecanismos de excepción ni al ciudadano ni al Estado<sup>23</sup>. Si consideramos que el positivismo jurídico postula por un ordenamiento jurídico “perfecto”, al ser lógico y consistente, el mismo que no debería tener vacíos o deficiencias, y si este pensamiento es llevado al campo del derecho penal “bajo el fundamento de que todo debe estar expresado, el imputado debe tener la certeza que la conclusión de algún proceso que soporta, conducirán a un resultado preciso, que por supuesto es si no el querido, al menos el previsto...pero ¿qué sucedería si el resultado ante una propuesta jurídica en un problema determinado no es como ha sido predicho? Pongamos un ejemplo, si el supuesto inicial fuese que *todo el que mata a otro entonces será reprimido con pena privativa de la libertad de seis a veinticinco años* desencadenada la relación positiva y lógica que por el principio de significabilidad empírica generaría el principio de verificabilidad. Es decir, siempre que haya alguien que mate, ese alguien tendría que recibir la sanción de pena privativa de libertad, pero ¿qué sucedería si alguien mata, con lo cual se cumple el principio de significabilidad empírica, pero no recibe pena, digamos porque mato en legítima defensa? ¿Diremos que el resultado no se cumple, es decir que el principio de verificabilidad es imperfecto?<sup>24</sup>, Consideramos por ello mas bien que las normas no son proposiciones formales carentes de valores, o mejor dicho, que el ordenamiento jurídico no es un conjunto de normas sin valores, sin fines que lo inspiran, si no, como bien lo dice Kelsen para que un ordenamiento jurídico sea valido requiere ser eficaz, así también creemos que es necesario que el mismo tenga pilares sobre los cuales repose y se inspire y dichos pilares son determinados valores que inspiran el derecho, son los fines que persigue el mismo, que permiten la existencia de postulados como la legítima defensa.

Pero bien, el principio de legalidad<sup>25</sup> “cumple una función de orientación por la cual el ciudadano puede calcular y ponderar los riesgos y las cargas a las que se expone en caso decida ir en línea opuesta a los mandatos jurídicos, sabe con precisión en que casos su comportamiento puede hacerse acreedor a una pena o a una medida de seguridad. Solo así se logra fomentar la confianza y el respeto hacia el derecho por parte del ciudadano y la población en conjunto. Mediante el principio de legalidad se logra erradicar del derecho penal y del

derecho en general la incertidumbre, el azar, la arbitrariedad y el desamparo<sup>26</sup>, que es el postulado buscado por la escuela positivista.

Si bien es cierto, y por ello, se hace necesaria la existencia del principio de legalidad (recogido en nuestra carta magna) ya que evita incertidumbre, pero ¿qué sucedería si es que hoy se castiga una acción y mañana no, por el simple cambio de percepción del juez, ¿aún cuando el hecho sea el mismo?, la situación jurídica de las personas dependería de los cambios de opinión del juez<sup>27</sup>, el cual podría estar motivado por influencia de terceros o en virtud de una manipulación política, el ciudadano está sometido en un permanente riesgo: por un lado no conoce el núcleo o los límites de la prohibición y por el otro, está librado a la arbitrariedad del juzgador, tanto en la calificación del delito como en la imposición de una pena<sup>28</sup>. Es pues así, como el principio de legalidad logra evitar dichos “cambios” al establecer parámetros que se expresan a través de normas, también es cierto que si se hiciese una aplicación literal de la norma (sin contar con la experiencia, con la facultad discrecional del magistrado, con fines y valores que inspiran el derecho) sería un remedo del derecho, una monstruosidad<sup>29</sup> y se volvería a considerar al juez como “la boca por donde habla la ley”, dejando un gran margen de insatisfacción en la población, al ver frustrados sus deseos, por no ver resuelto su conflicto de intereses.

## 5. LA SEGURIDAD JURÍDICA

Por su parte la seguridad jurídica, busca ser la garantía que el derecho proporciona a los asociados respecto de la conservación y respeto de sus derechos, no tratándose de una seguridad metafísica, mística o la de un optimista, ni de la seguridad psicológica del hombre equilibrado, ni de la seguridad material del hombre de fortuna, sino simplemente de la seguridad del hombre que sabe que ha de contar con normas exigibles en su trato con los demás<sup>30</sup>, por lo que se entiende que dicha seguridad reclama la vigencia, el respeto del derecho positivo; a su vez implica la existencia de ordenamiento jurídico y un grado determinado de previsibilidad. Es gracias a dicha seguridad que las personas pueden prever el futuro y tomar decisiones. La seguridad jurídica es el valor de situación de la persona como sujeto activo o pasivo de relaciones sociales, que conociendo o pudiendo conocer cuales son las normas jurídicas vigentes, tiene la confianza de que ellas serán efectivamente cumplidas. Por lo que gracias a la seguridad jurídica se puede presumir que todos conocemos la ley, que la norma será aplicada a todos los casos previstos en su supuesto de hecho, entre otros, que dan estabilidad a las situaciones diarias.

Después de haber realizado un breve recorrido por el pensamiento positivista, y darnos cuenta de que el mismo nos dejó como herencia el principio de legalidad y de seguridad jurídica, (los que se encuentran reconocidos constitucionalmente), y que si bien se creyó necesario negar el valor justicia (en su consideración subjetiva) como elemento y fin del ordenamiento jurídico, para dar paso al empleo de conceptos puramente formales o normativos, donde el ordenamiento jurídico de un Estado es válido siempre y cuando sea eficaz, y si es válido es justo (justicia en el sentido de legalidad, como aplicación de la norma al caso concreto), si bien es cierto todo ello, si nosotros concibiéramos dichos principios (legalidad y de seguridad jurídica) dentro de la concepción positivista, el derecho no tendría razón de ser, ya que para el citado sistema la ley lo sería todo, no tendría vacíos, lagunas, al estar las conductas prescritas en el ordenamiento jurídico, el juez por su parte, se convertiría en mero aplicador de la ley, donde no pondría en práctica su experiencia, su conocimiento, su ideología al caso concreto, peor aún, si el mismo no se encuentra previsto en la norma se vería en la incapacidad de hacer efectiva su facultad discrecional<sup>31</sup>, o hacer uso de diferentes métodos, interpretaciones. Por lo que consideramos necesario estudiar dichos principios en base a los pilares que inspiran el ordenamiento jurídico, como lo es principalmente la justicia. No es concebible el derecho sin justicia.

Si bien dicha corriente desterró todo concepto de valoración subjetiva (justicia), y admitió válidamente la "relatividad" de los ordenamientos jurídicos (esto es, el "Estado pirata" puede ser considerado como orden jurídico (a pesar de que para otros sistemas filosóficos no lo era por no ser justo), creemos que se equivoca al dejar a un lado la justicia por considerarla un ideal irracional, ya que, así como existe relatividad en los ordenes jurídicos, de la misma forma existe relatividad en las consideraciones valorativas que se realicen acerca de la justicia, esto es, tanto el ordenamiento jurídico como los valores que lo inspiran y nutren, serán considerados de acuerdo a las costumbres y creencias de determinada colectividad.

El error por parte de los iusnaturalista, en el caso concreto, es no considerar el "Estado Pirata" como ordenamiento jurídico, al ser contrario a lo que ellos consideraban como justo, por su parte, el error de los positivistas fue eliminar de su estudio este concepto, por ser subjetivo y ver la imposibilidad de su conocimiento vía racional. Consideramos ello un error, porque el hecho que esos ordenamientos sean diferentes no indica que uno sea justo o injusto, será justo o injusto dependiendo de las ideológicas, costumbres, creencias, etc, que

posea la colectividad que lo hace suyo, esto es que se somete a él. Por ejemplo, cuando se produce la conquista de América y del Perú específicamente, los europeos (desde su perspectiva ideológica) nos consideraban bárbaros, salvajes, degradando en su caso, al indio a la categoría de animal, pero no significa que el orden social europeo era el justo o correcto y el nuestro no, eran simplemente diferentes. De otro lado, colocar al margen los juicios de valor subjetivos, por considerarlos no pasible de conocimiento racional y contrario por ende, a la teoría pura del derecho, que buscaba hacer del derecho una ciencia, es tal vez no entender el derecho en su verdadera magnitud, como fenómeno social, como vida humana, como interrelación de seres humanos con creencias, costumbres diferentes, de acuerdo a la época, al lugar, a la ideología que los nutre; y por ende a los valores que los rodean y los inspiran como colectividad. Debemos de entender que el derecho “no es ciencia abstracta, no se elabora a partir de generalidades, se nutre de la vida humana social en cuanto cultura, por eso evoluciona y cambia. El derecho esta en la vida, surge a partir de ella”<sup>32</sup>. Debiendo estudiarse con los valores que lo nutren e inspiran, en el sentido que la colectividad le pueda dar a los mismos.

## 6. CONCLUSIONES

1. Kelsen señala que si un ordenamiento jurídico garantiza la paz y la seguridad entonces es eficaz, y al ser eficaz es válido y si el ordenamiento es válido es justo, ya que la justicia es legalidad, por lo que rechaza la existencia de una justicia absoluta que catalogó a un comportamiento como justo o injusto; admitiendo así, la existencia de ordenamientos que desde el punto de vista del iusnaturalismo – justicia absoluta- podrían ser considerados injustos – estado pirata- y que para él son totalmente válidos, justos, es decir legales.

2. La justicia vista desde un punto subjetivo no es considerada por Kelsen como un criterio del derecho, ya que por ejemplo se podría decir que determinada conducta es catalogada justa por unos e injusta por otros, y al ser un juicio de valor, no es pasible al conocimiento racional; por lo que él desarrolla el término justicia visto desde una “significación objetiva”, la cual considera que existe justicia sólo cuando una norma es efectivamente aplicada.

3. La herencia del positivismo se ve plasmada en la relevancia que tiene para el mismo, los principios de legalidad y de seguridad jurídica, que si fuesen tomados desde la perspectiva positivista, no podría hablarse de derecho, en tanto que la labor del juez se limitaría a la aplicación objetiva de la ley olvidando o

marginando su situación social, su educación y sus ideologías. Se prohibiría entonces al juez crear derecho, se le prohibiría negarse a fallar ya que la ley es clara, completa, sin lagunas ni contradicciones, por lo que el juez no puede alegar que la ley no resuelve el caso, es oscura, etc.

4. No podemos concebir dichos principios desde una perspectiva positivista, sino tenemos que estudiarlos teniendo en cuenta que existen pilares como la justicia, concebida desde una determinada ideología, creencia, costumbre, etc. y es en base a cada uno de estos criterios que debe entenderse tanto los valores que encarnan y nutren el ordenamiento, así como al ordenamiento mismo. Se debe reconocer la relatividad de los ordenamientos y de los valores que inspiran los mismos y estudiarlos dentro del contexto en que nacieron. Ningún ordenamiento es justo o injusto, es simplemente diferente.

---

<sup>1</sup> Torres Vásquez, A. Introducción al Derecho, Teoría General del Derecho 1° ed.; Palestra Editores, Lima; 1999. Pág. 996 y ss.

<sup>2</sup> Torres Vásquez, A. I, *Ibíd.* p. 999.

<sup>3</sup> Sánchez Vásquez, R. Metodología de la Ciencia del Derecho; 2° ed.; Editorial Porrúa, México; 1997; Pág. 143.

<sup>4</sup> Sánchez Vásquez, R. *Ibíd.* P. 146-147.

<sup>5</sup> García Maynez, E. Introducción al estudio del Derecho, 32° ed. Editorial Porrúa; México; 1980; Pág. 40.

<sup>6</sup> Torres Vásquez, A. *OB. Cit.* p. 999

<sup>7</sup> Schmitt, C.: Les Trois Types de la Pensee Juridique, PUF, 1995, Paris, Pág. 6; citado en Ismodes Cairo, A.: Ensayos de Sociología Jurídica; Editorial San Marcos, Lima, 1998, Pág. 135.

<sup>8</sup> Ismodes Cairo, A. *Ibíd.* p. 136

<sup>9</sup> Torres Vásquez, A. *OB. Cit.* p. 1000.

<sup>10</sup> Fernández Sessarego, C.: Derecho y Persona; 3° ed.; Editorial GRUJLEY; Lima; 1998; Pág. 58.

<sup>11</sup> La aportación de la escuela de Viena es la importancia otorgada a la lógica en su forma moderna, es decir, similar a las matemáticas... en Sánchez Vásquez, R.: *OB. Cit.* p. 144.

<sup>12</sup> Depurando de su objeto de estudio de todos los elementos que son extraños éticos, morales, axiológicos, políticos, ideológicos, etc. Propios de la moral, la religión, la sociología, la política, eliminando los fines del derecho y tampoco se ocupa de su gestación y desarrollo... en Torres Vásquez, A., *OB. Cit.* p. 1001.

<sup>13</sup> Castan Tobeñas, J. La noción del Derecho a través de los sistemas filosóficos-jurídicos tradicionales y modernos; Editorial REUS; Madrid; 1947; Pág. 48-49.

<sup>14</sup> Ismodes Cairo, A., *Ibíd.* p. 136

<sup>15</sup> Martínez Paz, E. Sistema de filosofía del derecho; 3° ed. Editorial el Atenco; Buenos Aires, 1940; Pág. 93.

<sup>16</sup> García Maynez, E. La definición del Derecho, Ensayos de Perspectivismo Jurídico; Editorial STYLO; México; 1948; Pág. 191 y ss.

<sup>17</sup> Kelsen, H. La Teoría Pura del Derecho; Editorial Losada; Buenos Aires; Argentina; Pág. 67.

<sup>18</sup> Kelsen, H. General Theory of law and state, translated by Anders Wedberg, Harvard University, 1945, pag. 13. citado en García Maynez, E. *Ibíd.* pag. 188.

<sup>19</sup> Kelsen, H. *Ibíd.* pag. 14.

<sup>20</sup> Urquiza Olaechea, J. El principio de legalidad; 1° ed. Lima; 2000, Pág. 18.

<sup>21</sup> Liján Tupez, Carriutero Lecca; El positivismo jurídico; pag. 311.

<sup>22</sup> Urquiza Olaechea, J. *Ibíd.*, Pág. 26.

<sup>23</sup> Urquiza Olaechea, J. *Ob. Cit.* Pág. 26.

---

<sup>24</sup> Luján Tupez, Carruitero Lecca, *Ibíd.*, PAG.312

<sup>25</sup> Tradicionalmente se distingue cuatro consecuencias o repercusiones del principio de legalidad, plasmadas en forma de prohibiciones, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez y las dos últimas al legislador: La prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta*), La prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y para agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), prohibición de retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), La prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) en ROXIN, Claus: Derecho Penal, parte general, tomo I, Civitas, Madrid, 1997, Pág. 140.

<sup>26</sup> Castillo Alva, J. Principios Del Derecho Penal; 1° ed, GRIJLEY, 2002; Lima; Pág.39.

<sup>27</sup> Se vería como intolerante e insoportable, el hecho que un juez cree delitos y penas, sin mayor criterio que su libre albedrío... en Castillo Alva, J. *Ibíd.*, Pág. 36.

<sup>28</sup> Castillo Alva, J. *Ibíd.*, Pág.41.

<sup>29</sup> Torres Vásquez, A., OB. Cit. p. 1006.

<sup>30</sup> Torres Vásquez, A., OB. Cit. p. 740.

<sup>31</sup> Ahora bien, ¿Cual es la diferencia entre la labor interpretativa del juez, la analogía y la facultad discrecional del mismo?, cuando hablamos de interpretación, decimos que el supuesto de hecho concreto coincide con el supuesto normativo, y en este caso el juez interpreta, no consideramos que esta labor aun en subsunción sea una labor mecánica, porque para que el juez diga por ejemplo Juan mató, primero interpreta el hecho, después de interpretar el hecho y de encontrarle un sentido interpreta la norma, emite una sentencia la misma que puede ser considerada como una norma en el caso concreto, entonces el juez es creador de derecho; ahora ¿Cuándo hablamos de analogía? En el caso de la analogía el supuesto de hecho no coincide plenamente con el supuesto de hecho normativo, pero se le aplica una consecuencia ya prevista. Y ¿en que casos el juez realiza labor discrecional? El juez realiza dicha labor cuando el supuesto de hecho planteado no está previsto en ningún supuesto normativo, y por lo tanto no existe una consecuencia jurídica prevista, es el juez en este caso el que otorga la tutela mas conveniente, resolviendo para ello con libertad y prudencia.

<sup>32</sup> Fernández Sessarego, C. *Ibíd.*, Pág. 39.