



Universidad  
Continental

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN  
DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL PENAL

**El No Positivismo en la aplicación de principios  
extrasistémicos del derecho, en la resolución de  
casos judiciales penales, a partir del expediente  
2007-02969-0-1501-JR-PE-02**

**Renzo Arturo Beramendi Ramírez**

Huancayo, 2017

Tesis para optar el Grado Académico de  
Maestro en Derecho con Mención en Derecho  
Penal y Derecho Procesal Penal



Repositorio Institucional Continental  
Tesis digital



Obra protegida bajo la licencia de [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)

**ASESOR:**  
MANUEL GARCÍA TORRES

## **Dedicatoria**

A:

Dios, que por sus múltiples bendiciones ha permitido que me desenvuelva de forma adecuada en la sociedad, otorgándome una grandiosa familia, salud, y oportunidades de educación y empleo.

Mi madre Leonor Ramírez, quien ha cuidado de mí en mi infancia y enseñado los valores, que me servido de pilar para estructurar mi personalidad.

Mi padre Arturo Beramendi, el cual a través de su esfuerzo y sacrificio ha permitido que nunca falte alimento sobre la mesa, y apoyado innumerables veces.

## **Agradecimiento**

A:

Dios y mis padres, por haber permitido que este en este mundo, y guiado mi camino, para poder ser una persona que contribuya con su sociedad de forma adecuada; así mismo a mis maestros de todo nivel de educación, de los cuales he aprendido los conocimientos adecuados para mi formación educativa y profesional, a mis familiares que me han motivado para siempre seguir adelante, y finalmente a mis amigos de los cuales tengo un excelente recuerdo y siempre los tengo presente.

## ÍNDICE

Asesor.....	ii
Dedicatoria.....	iii
Agradecimiento.....	iv
Índice de contenido .....	v
Resumen.....	x
Abstract.....	xii
<b>I. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>14</b>
<b>II. CAPITULO I: GENERALIDADES.....</b>	<b>18</b>
1.1 Antecedentes generales del caso.....	18
1.2 Criterios para la selección del caso.....	23
1.3 Justificación del caso.....	25
1.4 Objetivos generales y específicos del análisis del caso.....	26
1.4.1 Objetivo General.....	26
1.4.2 Objetivos Específicos.....	27
1.5 Descripción general del caso.....	27
1.6 Alcances y Limitaciones del caso.....	29
1.6.1 Alcance.....	29
1.6.2 Limitaciones.....	30
<b>III. CAPITULO II: DIAGNOSTICO.....</b>	<b>31</b>
2.1 Presentación del caso.....	31
2.2 Diagnostico situacional o contextual del Caso.....	32
2.2.1 Análisis de los hechos y sus medios de prueba.....	32
a) Respecto al delito de violación sexual.....	32
b) Respecto a la extensión de la acción penal por muerte...36	
c) Respecto a la declaración de nulidad de la extinción de la acción penal por muerte.....	37

2.3	Antecedentes del caso para su análisis.....	39
2.3.1	Hechos acreditados.....	39
<b>IV.</b>	<b>CAPITULO III: MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>41</b>
3.1	El Estudio de Casos como método de investigación científica Cualitativa	
3.1.1	Definición.....	41
3.1.2	Características positivas de su aplicación.....	43
3.1.3	Ventajas.....	45
3.1.4	Tipos de estudios de casos.....	46
3.1.4.1	Según los Objetivos.....	46
3.1.4.1.1	Explicativos.....	46
3.1.4.1.2	Descriptivos.....	48
3.1.4.1.3	Metodología combinada.....	48
3.1.4.2	En función del número de casos implicados.....	49
3.1.4.2.1	Simple.....	49
3.1.4.2.2	Múltiple.....	49
3.1.5	Selección del caso.....	50
3.1.6	La Ciencia y el estudio de casos.....	51
3.2	El positivismo como corriente filosófica.....	52
3.2.1	La ley de los tres estados y la idea del progreso.....	52
3.2.2	Características de la filosofía positiva.....	55
3.2.3	Clasificación de las ciencias.....	56
3.3	El luso positivismo o positivismo en el derecho.....	57
3.3.1	Características.....	60
3.3.2	Hans Kelsen en el positivismo jurídico.....	63
3.3.3	Clasificación del positivismo jurídico.....	65

3.3.3.1	El positivismo metodológico o como enfoque.....	66
a)	Tesis de neutralidad.....	67
b)	Tesis de las fuentes sociales.....	68
c)	Tesis de la discreción.....	69
3.3.3.2	Positivismo teórico.....	70
3.3.3.3	Positivismo ideológico.....	72
3.3.4	Problemas del positivismo jurídico.....	72
3.4	El No positivismo.....	80
3.4.1	Inicios del no positivismo.....	82
3.4.2	Lo que el derecho es y lo que debe de ser.....	84
3.4.3	La indeterminación normativa.....	87
3.4.3.1	Indeterminación debida a defectos lógicos del sistema jurídico.....	88
a)	Lagunas.....	91
b)	Antinomias.....	93
3.4.3.2	La indeterminación lingüística de las normas.....	94
a)	La Ambigüedad.....	95
b)	La Vaguedad.....	96
3.4.4	Diferencias del iuspositivismo y el No positivismo.....	96
3.4.4.1	La tesis fuerte de la separación.....	97
3.4.4.2	La tesis débil de la separación.....	95
3.4.4.3	La tesis de la conformidad.....	98
3.4.5	El principalismo en contra del positivismo jurídico.....	98
3.4.5.1	Importancia de los principios.....	98
3.4.5.2	Distinción de las reglas y principios.....	102
a)	Reglas: aplicación todo o nada.....	104
b)	Los principios; aplicación gradual.....	106

	c) Conflicto entre reglas y principios.....	107
3.4.6	Clases de No positivismo.....	108
	3.4.6.1 Iusnaturalismo ontológico.....	109
	3.4.6.2 Iusnaturalismo deontológico.....	109
	3.4.6.3 Neo iusnaturalistas.....	109
	3.4.6.4 Neo constitucionalismo.....	110
	3.4.6.5 El No positivismo excluyente, incluyente y super incluyente.....	112
3.5	Fuentes del derecho relevantes para el caso analizado.....	113
3.5.1	De las normas internacionales.....	113
	a) Pacto internacional de derechos civiles y políticos.....	114
	b) Declaración Universal de derechos humanos.....	114
	c) Declaración americana de derechos y deberes del hombre..	115
	d) Convención americana sobre derechos humanos.....	116
3.5.2	De la Constitución Política del Perú.....	116
	3.5.2.1 Desarrollo doctrinario.....	118
	a) Principio del debido proceso.....	118
	b) Principio Tutela jurisdiccional efectiva.....	120
	c) Principio Legalidad procesal.....	121
	d) Cosa Juzgada.....	124
	e) Prohibición de revivir procesos fenecidos.....	125
	f) Ne Bis In Ídem .....	125
3.5.3	El Código de Procedimientos Penales.....	126
	3.5.3.1 Desarrollo doctrinario.....	127
3.5.4	Sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con el presente caso.....	130

<b>V. CAPITULO IV: ANÁLISIS DEL CASO.....</b>	<b>131</b>
4.1 Análisis detallado del caso elegido para el presente trabajo.....	131
4.1.1 Proceso judicial signado con el número 2969-2007-0-1501-JR- PE-02.....	131
4.1.1.1 Itinerario del proceso.....	131
4.1.1.2 Pretensión punitiva y resarcitoria.....	136
4.1.2 Respecto a los trámites administrativos para la inscripción del deceso de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro.....	137
4.2 Problema jurídico creado en el presente caso.....	138
4.2.1 Identificación del problema procesal.....	139
4.2.2 Principios a favor de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro.....	141
4.2.3 Perspectiva del positivismo.....	141
4.3 Solución acogida por la Sala Penal de Apelaciones y liquidadora.....	142
4.3.1 Perspectiva del No positivismo.....	145
4.4 Principios extra sistémicos usados para el caso en concreto y de utilidad para otros casos.....	145
 <b>CONCLUSIONES.....</b>	 <b>146</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>148</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>149</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>153</b>

## RESUMEN

El trabajo que se presenta está dirigido a sustentar desde una situación particular que nos ha brindado el caso elegido, para poder generalizar su aplicación por los operadores de justicia, por lo cual es una inducción por la cual se demuestra que través de las concepciones del No Positivismo, y haciendo uso de los principios extra sistemáticos, es posible que incluso los principios sistemáticos, como el principio de legalidad concretizado en una regla penal puede desobedecerse y que a través de un mandato judicial ordenar acciones procesales que van en contra de tal regla, esto con la finalidad de que se conozca en qué casos se podría aplicar los principios extra sistemáticos y de esa forma fundar decisiones judiciales conforme a derecho, desde la óptica del No Positivismo, es decir aplicando la moral de un tiempo y un espacio en concreto.

La metodología que se utilizó es la Investigación Científica Cualitativa, a través del Estudio de Casos, ya que por la fuerza que tiene el principio de legalidad en el derecho penal, son muy pocas las veces en los que los operadores de derecho penal han inaplicado o desobedecido las reglas y principios sistemáticos en pro de la justicia con significado moral; para lo cual se ha seleccionado el caso recaído en el Expediente 2007-02969-0-1501-JR-PE-02, en el mismo que se trata de violación sexual de menor de edad, y que el acusado induciendo a error a los administrativos públicos encargados, logró la expedición de un certificado de defunción y su respectiva inscripción en la base de datos del Estado, y así obtener la extinción de la acción penal en el caso en concreto Expediente 2007-02969-0-1501-JR-PE-02, dedición que había adquirido la calidad de cosa juzgada, a través de una resolución completamente legal por haber cumplido las formalidades y ser expedida por las autoridades competentes, pero que sin embargo habían sido emitidas porque estos habían sido inducidos a error.

Por lo tanto, se hizo un estudio del Positivismo y del No Positivismo, así como de cada uno de los principios enfrentados, tanto de los sistemáticos como de los extra sistemáticos; señalando como conclusión que cuando existe error y se incurre él una injusticia extrema o descomunal, el principio de legalidad penal

debe de ceder, y desobedecer en un caso en concreto a la norma con la finalidad de emitir una respuesta arreglada a derecho y justicia de connotación moral.

**Palabras claves:** Positivismo, No Positivismo, Principios, Reglas, Principios sistemáticos, Principios extra sistemáticos, principio de legalidad, cosa juzgada, ne bis in ídem, moral, justicia.

## ABSTRACT

The work that is presented is directed to support from a particular situation that has given us the case chosen, to be able to generalize its application by the operators of justice, so it is an induction by which it is demonstrated that through the conceptions of non-positivism, and using the extra systematic principles, it is possible that even systematic principles, As the principle of came legality in a penal rule can be disobeyed and through a judicial mandate to order procedural actions that go against such a rule, this in order to be known in which cases the extra principles could be applied Systematic and thus to establish judicial decisions according to law, from the viewpoint of non-positivism, that is to say applying the moral of a time and a space in concrete.

The methodology used is the qualitative scientific research, through the study of cases, because by the force that has the principle of legality in the criminal law, there are very few times in which the operators of criminal law have applied or Disobeyed the systematic rules and principles for justice with moral significance; For which the case has been selected in the file 2007-02969-0-1501-JR-PE-02, In the same that it is sexual rape of minor, and that the defendant inducing to error to the public administrative managers, managed the issuance of a certificate of death and his respective inscription in the database of the State, and thus obtain the Extinction of the criminal action in the case in particular file 2007-02969-0-1501-JR-PE-02, commitment which had acquired the quality of thing judged, Through a completely legal resolution for having complied with the formalities and being issued by the competent authorities, but which had nevertheless been emitted because they had been misled.

Therefore, a study was made of positivism and non-positivism, as well as of each of the principles confronted, both systematic and extra systematic; Noting as a conclusion that when there is an error and an extreme or colossal injustice is incurred, the principle of criminal legality must yield, and disobey in a particular case to the standard in order to issue a fixed response to law and justice of Moral connotation.

**Key words:** positivism, non-positivism, principles, rules, systematic principles, extra systematic principles, principle of legality, thing judged, ne bis in idem, moral, justice.

## INTRODUCCIÓN

Todo profesional de derecho, sea cual sea su ámbito de desarrollo laboral como la defensa libre, administración de justicia, juristas, etc. Son conscientes de los problemas de la Indeterminación del Derecho, los cuales están comprendidos por la Indeterminación Lógica que está dividida en Lagunas y Antinomias, por la Indeterminación Lingüística que está comprendida por las Ambigüedades y Vaguedades, y la Indeterminación por Incongruencia Normativa que está referida cuando no se puede definir qué principio debe de prevalecer sobre otro ante un mismo caso; es decir que el derecho no puede regular absolutamente todas las conductas humanas, y esto teniendo como fundamento fuerza el principio de la física que dice que no hay materia absoluta y completamente igual a otra, es decir que ni siquiera dos gotas de agua son iguales, pues habrá diferencias en cuanto a su número de partículas, átomos entre otros, entonces con mayor razón no habrá dos seres humanos iguales, ya que aparte del factor físico se tiene lo interno, la psique, lo subjetivo que nos hace únicos; ahora bien de esto indefectiblemente se tiene que las conductas humanas son infinitas, esto es la esencia de la indeterminación del derecho; y por ende el principal problema del positivismo.

En el presente trabajo se abarcó únicamente a lo referente al Derecho Penal, esto a fin de delimitar la investigación de una ciencia social tan compleja como es el derecho; es así que el derecho penal peruano fundamentalmente está compuesto de dos grandes cuerpos normativos a fin de resolver los diferentes casos que se presentan en una sociedad, esto es la parte sustantiva el Decreto Legislativo N° 635 “Código Penal” y en la parte adjetiva se tiene el Decreto Legislativo N° 957 “Nuevo Código Procesal Penal” (vigente en el distrito judicial de Junín desde el 01

de julio del 2015) y anterior a ello se tenía la Ley N° 9024 “Código de Procedimientos Penales” el cual se aplicaba de forma conjunta con algunos artículos del Decreto Legislativo N° 638 “Código Procesal Penal”, los cuales han venido aplicándose en la resolución de diferentes casos, pero que sin embargo por el problema de la indeterminación normativa, muchas veces no cubren normativamente los diferentes acontecimientos que se pueden ir presentando en la vida cotidiana de una sociedad emergente como es de nuestro estado Peruano. Por lo que a través del presente trabajo se demuestra que las normas positivas, específicamente los principios sistemáticos, pueden ser derrotados, por principios extra sistémicos que tiene fundamento en la moral, especificando en que supuestos puede darse lo antes indicado; pues en el derecho penal la discrecionalidad de los operadores de justicia siempre debe de ser limitada.

En el presente trabajo de investigación se sustenta a partir del análisis del expediente penal signado con el número 02969-2007-0-1501-JR-PE-02, el cual versa de un caso de violación sexual de menor de edad, y que el acusado induciendo a error a los administrativos públicos encargados, logró la expedición de un certificado de defunción y su respectiva inscripción en la base de datos del Estado, y así obtener la extinción de la acción penal en el caso en concreto Expediente 2007-02969-0-1501-JR-PE-02, decisión que había adquirido la calidad de cosa juzgada, a través de una resolución completamente legal por haber cumplido las formalidades y ser expedida por las autoridades competentes, pero que sin embargo habían sido emitidas por haber sido inducidos a error; por lo que esta investigación demostrará que la inmutabilidad de la cosa juzgada y el ne bis in ídem procesal, como principios sistemáticos de nuestro ordenamiento jurídico,

pueden ceder y ser derrotados por un principio extra sistemático, hasta la fecha no contenidos en ningún cuerpo normativo; por lo cual se estudiará el Positivismo y del No Positivismo, para así dar especial importancia a los principios extra sistemáticos y limitando su aplicación a cuando en el derecho penal se incurre en una injusticia extrema o descomunal, y así lograr que el principio de legalidad penal sea derrotado y desobedecer en un caso en concreto a la norma positiva, con la finalidad de emitir una respuesta arreglada a derecho y justicia de connotación moral.

La presente investigación, se divide en los capítulos siguientes:

En el primer capítulo se presentan las generalidades del caso, abordándose de manera global los antecedentes y la descripción de tal, seguidamente se señalan los objetivos del estudio tanto generales como específicos; y se plantean los alcances y límites del caso. Asimismo, se indica la justificación del estudio y la motivación de la selección del caso.

En el segundo capítulo se realiza un diagnóstico situacional, es decir se presenta el marco contextual utilizado como soporte para análisis del presente caso.

En el tercer capítulo se desarrolla el marco metodológico y conceptual de lo referente al tema principal del caso, dando un enfoque en la Teoría de Derecho “Positivismo y No Positivismo”, principios constitucionales, proceso penal, principio de legalidad y Ne bis In Idem, el cual contiene definiciones y conceptos; partiendo de un estudio sobre el tema a nivel mundial, de cómo se ha concebido

la Teoría del Derecho en el mundo y principalmente en la legislación peruana, asimismo se hace referencia a la doctrina mayoritaria respecto de los temas señalados. Con lo cual permite establecer los fundamentos de hecho y jurídicos del análisis del presente caso, en base a todo lo desarrollado conceptualmente, así como los aspectos a aplicarse de nuestra administración de justicia en derecho penal.

El cuarto capítulo, se centra en la presentación del análisis detallado del caso, para lo cual se hace un análisis puntualizado de todo lo actuado por cada una de las partes procesales durante el proceso, y lo dictaminado por el Ministerio Público y el Órgano Jurisdiccional correspondiente en cada instancia judicial.

Finalmente se presentan las conclusiones y recomendaciones, tanto generales como específicas, las cuales fueron fruto del análisis, así como la bibliografía consultada.

# CAPÍTULO I

## GENERALIDADES

### 1.1 Antecedentes generales del caso

Exp. 02969-2007-0-1501-JR-PE-02

Distrito judicial: Junín

Instancia: Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora Sede Central

RELATOR: Wilder Walter Camarena Madrid

SEC. SALA: Flor Delia Espejo León

ESPECIALIDAD: PENAL

F. INGRESO SALA: 22/07/2009

PROCESO: ORDINARIO

PROCEDENCIA: SEGUNDO JUZGADO PENAL DE HUANCAYO - SEDE  
CENTRAL / JUZGADO ESPECIALIZADO / JUNÍN

CORTE SUPERIOR TERCERA SALA PENAL DE HUANCAYO

A mérito del Informe N° 004-2006-5°FPFC-HYO de fecha 19 de setiembre del 2006 (folio 03 a 12), se informa del hecho que ocurrió el día 20 de octubre del 2005, en circunstancias que la menor salía de su colegio “Los Andes” que en esas fecha ahí estudiaba en el turno tarde, apareció el denunciado quien le agarró y le tapó la boca hasta que se desmayó, para luego recobrar el conocimiento dentro de la oficina del imputado, según refiere la misma agraviada estaba en el piso y sentía un dolor en su parte íntima, habiéndole salido un poco de sangre, teniendo la falda levantada y su ropa interior estaba tirada en un costado, en esa oportunidad el imputado le

indicó que no contara a nadie lo sucedido sino algo malo le iba a pasar; luego en otra oportunidad el 17 de noviembre del 2005, en circunstancias que la menor pasaba por la oficina del denunciado, este salió y le dijo “ven...sino te va a pasar algo en la tarde” a lo que la menor le contestó “no me molestes, déjame en paz” y se fue corriendo; en una tercera oportunidad que fue a mediados del mes de diciembre del 2005 fue a buscar a su amiga Jessica Calderón Vásquez, fue entonces que pareció el denunciado y le dijo que le quería ayudar a hacer su trabajo, y la menor con miedo entró a su oficina y cuando ya estaba adentro el denunciado cerró la puerta con candado y cadena, y dentro de su oficina abusó sexualmente de la menor, bajándole su buzo, quiso arañarle pero no tenía uñas, según refiere, cuando terminó la menor le dijo “que malo eres, así abusaras de las niñas...”, luego abrió la puerta y logró salir.

Luego el Representante del Ministerio Público presentó su escrito de DENUNCIA N° 388-2007 (folio 89 a 90), por la cual FORMALIZA DENUNCIA PENAL en contra de EDGAR RIGOBERTO NÚÑEZ ALFARO, como presunto autor del delito en contra de Violación Sexual de Menor de Edad en agravio de menor de identidad reservada.

Por Auto Nro. 01 de fecha 28 de septiembre del 2007, se ABRIÓ INSTRUCCIÓN en la VÍA ORDINARIA, contra EDGAR RIGOBERTO NÚÑEZ ALFARO.

A través del Dictamen Fiscal N° 51-2009 de fecha 16 de noviembre del 2009, el representante del Ministerio Público acusa formalmente a EDGAR RIGOBERTO NÚÑEZ ALFARO, como presunto autor del delito en contra de la libertad en la modalidad de Violación Sexual de Menor de Edad en agravio de menor de identidad reservada; delito previsto y sancionado en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, solicitando 25 años de pena privativa de libertad y el monto de una reparación civil ascendente a S/ 5,000.00 soles; Dictamen que fue corregido a través del Dictamen Fiscal N°138-2010 de fecha 24 de mayo del 2010, mediante el cual el Fiscal Superior indicó que por error se consignó como “acusación formal”, debiendo de ser lo correcto ACUSACIÓN SUSTANCIAL, por lo que indicó que debe de considerarse de esa manera para los fines de ley.

A su turno la Tercera Sala Penal, mediante la resolución de fecha 15 de julio del 2010, resolvió HABER MERITO para pasar a JUICIO ORAL en contra de EDGAR RIGOBERTO NÚÑEZ ALFARO, por el delito en contra de la libertad en la forma de Violación Sexual de Menor de Edad en agravio de menor de identidad reservada; y señaló fecha de inicio de juicio oral.

Posteriormente, la señora Kathia Lucila Rodríguez Ascurra cónyuge del imputado con fecha 14 de octubre del 2010, presentó su escrito interponiendo la extinción de la acción penal por muerte del imputado a favor de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, en mérito al artículo 78 del Código Penal, para lo cual adjuntó original de la Partida de Defunción emitida por la Municipalidad Distrital de Huancán, original de Acta de Defunción emitida por

la Municipalidad Distrital de Huancán y la Ficha RENIEC el señor Edgar Rigoberto Núñez Alfaro en la cual aparece como FALLECIDO.

En mérito a ello se corrió traslado al representante del Ministerio Público, el mismo que una vez que contrastó los datos y documentos anexos del escrito antes referido, OPINÓ que se declare extinguida la acción penal a favor de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro.

Nuevamente los autos en la Tercera Sala Penal, se emitió la resolución de fecha 25 de abril del 2011, por la cual DECLARARON extinguida la acción penal a favor de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro y dispusieron que se ANULEN los antecedentes judiciales y policiales del procesado generados a partir del presente proceso.

Luego esta resolución fue declarada CONSENTIDA, mediante resolución de fecha 13 de mayo del 2011, por no haberse interpuesto ningún recurso impugnatorio en contra de la mencionada resolución; y adquirió calidad de COSA JUZGADA.

Ya en el año 2014, el Ministerio Público abrió investigación preliminar en contra de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro y Kathia Lucila Rodríguez Ascurra, por la comisión del delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Fraude Procesal y también Contra la Fe Pública en la forma de Falsedad Ideológica; puesto que conforme informó el Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior en lo Penal de Junín a través de su Oficio N° 002-2014-

MP-3°FSP-JUNIN y los anexos que acompañó, el señor Edgar Rigoberto Núñez Alfaro había sido intervenido mientras caminaba con el centro de Huancayo, por lo que habría logrado la inscripción de su muerte por evadir su responsabilidad penal en el caso de violación de la libertad sexual de menor de edad; Así mismo acompañó el Dictamen Fiscal N° 07-2014 por el cual solicita se declare la NULIDAD de los actuados sin afectar las disposiciones fiscales y demás trámites sobre el enjuiciamiento.

Es así que la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora, que era presidida por el doctor MUNIVE OLIVERA, y conformada por los Jueces Superiores CHIPANA GUILLEN y ARIAS ALFARO, actuando como ponente CHIPANA GUILLEN; emitieron el Auto Relevante contenido en la resolución de fecha 10 de marzo del 2014, que declaró por unanimidad NULA la resolución S/N de fecha 25 de abril del 2011 (folio 363 a 364), que Declaró: Extinguida la acción penal por muerte contra Edgar Rigoberto Núñez Alfaro y ordena el archivamiento definitivo del proceso; NULA la resolución S-N su fecha 13 de mayo del 2011 (folio 368) que declaró consentida la resolución en referencia; INSUBSISTENTE el Dictamen Fiscal N° 43-2011 de fecha 03 de marzo del 2010 (folio 352); y DISPUSIERON que se continúe con el trámite del proceso conforme a su estado y SEÑALARON fecha para inicio de juicio oral.

Posteriormente el acusado Edgard Rigoberto Núñez Alfaro presentó recurso impugnatorio de apelación en contra del Auto Relevante contenido en la resolución de fecha 10 de marzo del 2014, teniendo como argumento central que se estaría vulnerando el artículo 139 inciso 13 de la Constitución Política

del Perú, por ser Cosa Juzgada y por qué el único que habría podido declarar nula la resolución materia de recurso sería la Sala Suprema; a su turno la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora con su resolución de fecha 24 de marzo del 2014, declaró IMPROCEDENTE por extemporáneo el recurso de nulidad referido, teniendo como fundamento principal que este habría sido presentado fuera del plazo que consagra el artículo 295 del código adjetivo de 1940.

## **1.2. Criterios para la selección del caso**

En la actualidad mundial del derecho se ha visto cada más arraigado el “No Positivismo” como una respuesta a la teoría del derecho “Positivista” que dominó el pensamiento jurídico durante el Siglo XX, teniendo como iniciador al maestro Hans Kelsen; es así que sin ser una nueva teoría del derecho como tal, el “No Positivismo” tiene como fundamento existencial que el derecho escrito que tanto versa el Positivismo, no puede ser el único derecho válido, sino que también debe de considerarse la moral; es así que precisamente por no ser una teoría de derecho constituida pero al no compartir los fundamentos del “Positivismo” encuentra su razón en el nombre adoptado como “No Positivismo”; siendo esto así el Perú no puede ser ajeno a esta nueva concepción del derecho que raya en el iusnaturalismo pero desde un enfoque racional y nada fantasioso como el iusnaturalismo de la época de Sócrates y Platón; cabe indicar que se ha elegido un proceso penal para el presente caso por su gran vinculación con el principio de legalidad y por ende su acérrima unión con el Lus Positivismo,

así mismo se ha tenido la suerte de ubicar una resolución que ejemplifica precisamente la victoria de la moral (principio extra sistémico) frente a los principios constitucionales como el Debido Proceso y Cosa Juzgada; Así las cosas luego de revisar distintos expedientes penales, tramitados en el Distrito Judicial de Junín se ha encontrado El Exp. 02969-2007-0-1501-JR-PE-02 que conforma la presente.

Se han seguido los criterios de selección siguientes: Primero se ha revisado que no haya ningún vicio procesal, en cuanto a formalidades administrativas ex proceso ni dentro del proceso penal, que las resoluciones emitidas a lo largo del proceso y sobre todo la resolución final “sobreseimiento definitivo” que se cuestionará, hayan sido emitidas con arreglo a las normas adjetivas y sustantivas positivizadas en nuestro ordenamiento jurídico, que dicha resolución haya pasado a tener calidad de Cosa Juzgada, y que la misma a través de otra resolución posterior haya sido declarada inválida sin fundamentación normativa positivizada, y por ende seguir tramitándose la causa penal; cabe indicar que no fue fácil la búsqueda pues en el Perú se tiende a una concepción muy positivizada del derecho. Ello no significa que se considere necesariamente como incorrectos los razonamientos empleados utilizando el positivismo, más por el contrario son muy correctos, sin embargo no en todos los casos el positivismo tendrá una respuesta correcta para solucionar el problema, es por eso que este caso elegido es peculiar ya que en el Perú son muy pocos los casos que se aplica el No Positivismo; es así que se pretende poner a debate el Positivismo jurídico y el No Positivismo, desde el análisis del presente caso. Cabe indicar que se

citarán también otras sentencias de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional que de la misma forma han utilizado el No Positivismo para resolver casos difíciles que las normas jurídicas positivizadas no resolvieron; así como se propondrán otras cuestiones en las cuales se deba de usar el No Positivismo para dar solución a otros casos de menor envergadura.

### **1.3. Justificación del caso:**

La presente investigación sobre “El No Positivismo en cuanto a la aplicación de principios extra sistémicos del derecho, en la resolución de casos judiciales, a partir del expediente 2007-02969-0-1501-JR-PE-02”, tiene mucha importancia para la sociedad Peruana, ya que cuando la entidad encargada de la administración de justicia únicamente se limita a tratar de resolver los casos difíciles dentro de las normas positivas, dando un cumplimiento ciego a la normatividad que regulan, entonces muchas veces se caería dentro de lo “injusto” y por ende sería rechazado por la sociedad, concretamente en el caso analizado se crearía la impunidad.

La aplicación de principios extra sistémicos, es decir aquellos que no están contenidos en ninguna ley material o escrita contenida en un cuerpo normativo (Constitución, Código Penal, Código Procesal Penal, etc.), crea una nueva perspectiva en el mundo jurídico de una determinada zona de aplicación, y por ende crea una impresión de justicia en los ciudadanos, ya que las resoluciones emitidas por el juzgador inspirada en postulados de justicia (moralidad) crean una alta credibilidad que pueda otorgársele a la

administración de justicia, por el contrario, el no uso de los principios extra sistémicos, y por ende la sola aplicación de la norma positivizada muchas veces en determinados casos, no está de acuerdo a derecho y su aplicación resultaría en injusta, para alguna de las partes procesales y por ende la ciudadanía reaccionaría con desconfianza ante el Poder Judicial.

Por otra parte, cabe indicar que la alternativa que en algún momento dio el positivismo de la creación de más normas que trate de abarcar aquellos vacíos fracasó, precisamente por el número infinito de conductas y circunstancias que se pueden presentarse en una sociedad, a este fenómeno lo llamaron la casuística; importante es entonces, revisar el presente caso y ver como así se puede aplicar principios extra sistémicos en el derecho procesal penal, para lograr resolver un caso difícil, incluso yendo en contra de principios sistémicos contenidos en nuestra Constitución, con la finalidad de identificar y recomendar mecanismos técnicos científicos para efectivizar una correcta administración de Justicia para la sociedad.

#### **1.4. Objetivos generales y específicos del análisis del caso**

##### **1.4.1. Objetivo General:**

La aplicación de los Principios Extra sistémicos para la solución de los casos difíciles en materia penal, en los procesos judiciales del

Distrito Judicial del Junín, como visión e influencia del No Positivismo.

#### **1.4.2. Objetivos Específicos**

Lograr una administración de justicia más ajustada a derecho, y que sea más aceptada por la ciudadanía.

Realizar un estudio crítico y descriptivo sobre la derrota de los principios sistémicos constitucionales de Debido Proceso y Cosa Juzgada, ante un principio extra sistémico referido a la no obtención de la extinción de la acción penal, en materia penal, cuando pese a que el desarrollo del proceso se ha llevado dentro del principio del debido proceso, estos han sido obtenidos a través de fraude y mentira, en virtud del Exp. 02969-2007-0-1501-JR-PE-02.

#### **1.5. Descripción general del caso:**

La menor agraviada señaló que el día 20 de octubre del 2005 en circunstancias que la menor salía de su colegio “Los Andes” que en esas fecha ahí estudiaba en el turno tarde, apareció el denunciado quien le agarró y le tapó la boca hasta que se desmayó, para luego recobrar el conocimiento dentro de la oficina del imputado, según refiere la misma agraviada estaba en el piso y sentía un dolor en su parte íntima, habiéndole salido un poco de sangre, teniendo la falda levantada y su ropa interior estaba tirada en un costado, en esa oportunidad el imputado le indicó que no contara a nadie lo sucedido sino algo malo le iba a pasar; luego en otra

oportunidad el 17 de noviembre del 2005, en circunstancias que la menor pasaba por la oficina del denunciado, este salió y le dijo “ven...sino te va a pasar algo en la tarde” a lo que la menor le contestó “no me molestes, déjame en paz” y se fue corriendo; en una tercera oportunidad que fue a mediados del mes de diciembre del 2005 fue a buscar a su amiga Jessica Calderón Vásquez, fue entonces que pareció el denunciado y le dijo que le quería ayudar a hacer su trabajo y yo con miedo entré a su oficina y cuando ya estaba adentro el denunciado cerró la puerta con candado y cadena, y dentro de su oficina abusó sexualmente de la menor, bajándole su buzo, quiso arañarle pero no tenía uñas, según refiere, cuando terminó le dije “que malo eres, así abusaras de las niñas...”, luego abrió la puerta y logró salir.

Es así que el Representante del Ministerio Público presentó su DENUNCIA N° 388-2007 (folio 89 a 90), por la cual FORMALIZÓ DENUNCIA PENAL en contra de EDGAR RIGOBERTO NÚÑEZ ALFARO, como presunto autor del delito en contra de Violación Sexual de Menor de Edad en agravio de menor de identidad reservada; es así que el proceso judicial penal inicia a través del Auto Nro. 01 de fecha 28 de septiembre del 2007, por lo que se ABRE INSTRUCCIÓN en la VÍA ORDINARIA; más adelante a través del Dictamen Fiscal N° 51-2009 de fecha 16 de noviembre del 2009, el representante del Ministerio Público acusó formalmente al procesado, dictamen que es corregido a través del Dictamen Fiscal N°138-2010 de fecha 24 de mayo del 2010, mediante el cual el Fiscal Superior indicó que por error se consignó como “acusación formal”, debiendo de ser lo correcto ACUSACIÓN SUSTANCIAL; en merito a ello la señora Kathia Lucila Rodríguez Ascurra

cónyuge del imputado con fecha 14 de octubre del 2010, presenta su escrito interponiendo la extinción de la acción penal, alegando que la preocupación que le generaba el proceso lo habría enfermado y terminó matándolo, adjuntó original de la partida de defunción y acta de defunción; es así que la Tercera Sala Penal, emitió la resolución de fecha 25 de abril del 2011, por la cual DECLARÓ extinguida la acción penal a favor de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, resolución que luego es declarada CONSENTIDA; sin embargo al haberse descubierto que el imputado se encontraba vivo la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora, presidida por el doctor MUNIVE OLIVERA, y conformada por los Jueces Superiores CHIPANA GUILLEN y ARIAS ALFARO, actuando como ponente CHIPANA GUILLEN; emitieron el Auto Relevante contenido en la resolución de fecha 10 de marzo del 2014, declarando nula la resolución que declaró extinguida la acción penal a favor de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, y ordenaron citar a inicio de juicio oral.

## **1.6. Alcances y Limitaciones del caso:**

### **1.6.1. Alcance**

Mediante el desarrollo de este trabajo de investigación, se buscó analizar el razonamiento lógico en la emisión de los actos procesales por parte de los jueces en el Distrito Judicial de Junín y ver como en aquellos casos en los que únicamente se aplica la ley positiva, puede emitirse resoluciones que no están ajustadas a derecho y así crear impunidad, en tal sentido el presente trabajo abarca el derecho procesal penal desde una visión No Positivista.

### **1.6.2. Limitaciones:**

En referencia este punto, cabe afirmar que no hubo mayor problema con el presente análisis, en razón que se logró obtener abundante bibliografía referente al tema, lo cual, pese a no ser un tema muy tratado en nuestro país, se ha recabado extensa documentación de especialistas internacionales en teoría del derecho, por lo que se realizó el presente sin limitaciones.

## **CAPITULO II**

### **DIAGNOSTICO**

#### **2.1. Presentación del caso:**

INFORME : N° 004-2006-5°FPFC-HYO.

ASUNTO : DELITO CONTRA LA LIBERTAD

(Violación sexual de menor de edad)

PRESUNTO AUTOR:

Edgar Rigoberto Núñez Alfaro (nacido el 17 de diciembre 1972)

AGRAVIADA:

Menor de Identidad Reservada

EDAD EN LA QUE FUE VÍCTIMA:

En los tres hechos denunciados de violación de la libertad sexual, se tiene que el primer hecho denunciado (consumado) habría ocurrido el 20 de octubre del 2005, en el cual la menor agraviada tenía 12 años y 11 meses de edad; el segundo hecho denunciado (tentativa) habría ocurrido el 17 de noviembre del 2005, en el cual la menor agraviada habría tenía 13 años de edad y finalmente el tercer hecho denunciado (consumado) habría ocurrido a mediados de diciembre del 2005, en el cual la menor agraviada tenía 13 años de edad.

MODALIDAD:

“Violación sexual de menor cuando la edad esta entre los diez años a menos de catorce”

## TIPO PENAL VIGENTE AL MOMENTO DE LOS HECHOS:

(\*) Artículo modificado por Ley N° 28251, de fecha 08 de junio 2004, que a partir de la fecha dice:

"Artículo 173.- Violación sexual de menor de catorce años de edad

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad:

1. Si la víctima tiene menos de siete años, la pena será cadena perpetua.
2. Si la víctima tiene de siete años a menos de diez, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.
3. Si la víctima tiene de diez años a menos de catorce, la pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena será no menor de treinta años para los supuestos previstos en los incisos 2 y 3."

## **2.2. Diagnostico situacional o contextual de los hechos:**

### **2.2.1. Análisis de los hechos y sus medios de prueba:**

#### **a) Respecto al Delito de Violación Sexual:**

La menor agraviada señala que el día 20 de octubre del 2005 en circunstancias que la menor salía de su colegio "Los Andes" que

en esas fecha ahí estudiaba en el turno tarde, apareció el denunciado quien le agarró y le tapó la boca hasta que se desmayó, para luego recobrar el conocimiento dentro de la oficina del imputado, según refiere la misma agraviada estaba en el piso y sentía un dolor en su parte íntima, habiéndole salido un poco de sangre, teniendo la falda levantada y su ropa interior estaba tirada en un costado, en esa oportunidad el imputado le indicó que no contara a nadie lo sucedido sino algo malo le iba a pasar; luego en otra oportunidad el 17 de noviembre del 2005, en circunstancias que la menor pasaba por la oficina del denunciado, este salió y le dijo “ven...sino te va a pasar algo en la tarde” a lo que la menor le contestó “no me molestes, déjame en paz” y se fue corriendo; en una tercera oportunidad que fue a mediados del mes de diciembre del 2005 fue a buscar a su amiga Jessica Calderón Vásquez, fue entonces que pareció el denunciado y le dijo que le quería ayudar a hacer su trabajo y yo con miedo entré a su oficina y cuando ya estaba adentro el denunciado cerró la puerta con candado y cadena, y dentro de su oficina abusó sexualmente de la menor, bajándole su buzo, quiso arañarle pero no tenía uñas, según refiere, cuando terminó le dije “que malo eres, así abusaras de las niñas...”, luego abrió la puerta y logró salir.

Del Protocolo de Pericia Psicológica N° 009988-2006-PSC de fecha 08 de setiembre del 2006, practicado a la menor agraviada

de iniciales S.B.I.P. (13), luego de evaluada por el psicólogo Carlos Moisés Ávila Benito, emite la conclusión: "...somos de la opinión que presenta: una ansiedad reactiva producto de la situación vivida."

Del Certificado Médico Legal N° 009987-LS de fecha 08 de setiembre del 2006, practicado a la menor agraviada de iniciales S.B.I.P. (13), luego de evaluada por los médicos legistas Ramiro Mike Mendoza Rado y Neil Luis Ordaya Melendez, indican que la menor presenta: Himen: Festoneado, elástico, dilatado, pilares himenales a horas "III", "VI" y "XI", orificio himenal amplio, sin lesiones; razón por la cual emite como conclusiones: "Himen: Complaciente."

En el Informe N° 085-2006-JP-MAO-CSJJU/PJ presentado por María Elena Aquino Ojeda en representación de la oficina de Justicia de Paz del Distrito Judicial de Junín; mediante la cual señala que Edgar Rigoberto Núñez Alfaro fue nombrado como Juez de Paz de la Comunidad Campesina de Uñas a través de la Resolución Administrativa N° 222-2004-P-CSJJU/PJ.

De la manifestación de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro de fecha 24 de julio del 2007, se tiene que el declarante afirma que con el padre de la menor ha tenido un problema por invasión de tierras de propiedad de la Comunidad Campesina de Uñas, en el año 2004, y que precisamente la denuncia sería un acto de venganza de parte del señor, también indica que a la menor no la conoce, y que tenía problemas de conducta puesto que su

madre había denunciado varias veces ante el juzgado de paz su fuga de la casa, y en una ocasión que había fugado con un joven de nombre “Juan”, así mismo adjuntó dichas denuncias en copia certificada; es así que niega totalmente los cargos que se le imputan; Luego en su Declaración Instructiva de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, entre otras cosas señala que su conviviente tiene el nombre de Katia Lucila Rodríguez Ascurra, y mantiene su dicho anterior únicamente adicionando que la menor incurriría en contradicciones en su declaración, ya que solo lo identifica por el cargo pero no por el nombre, ya que ella sindicaría a “Edgar Muñoz”.

De la Evaluación Psiquiátrica N° 008618-2007-PS de fecha 08 de agosto del 2008, practicado al imputado Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, el cual luego de ser evaluado por el médico psiquiatra Víctor Alexis Alcazar Mendoza, emite la conclusión: Área Mental: Rasgos de personalidad inmadura (F 60.8 C.I.E. 10° O.M.S.)..., Área Psicosexual: Conducta sexual exclusivamente heterosexual – con rasgos de inmadurez. (...) 4. Variantes Sexuales: Sin variación en la elección de objeto o pareja sexual. (...)”

Declaración referencial de Anderson Víctor Inga Paucar de fecha 03 de abril del 2009, el cual sería el padre de la menor agraviada, al cual ha indicado que no tiene amistad ni enemistad con el imputado, así mismo indica que se enteró del abuso sexual cuando la cambia de colegio, y en ese nuevo colegio

hubo una campaña de sensibilización sobre abuso sexual, y es ahí donde su hija le habría contado a la asistencia social y ella le comunicó a él, razón por la cual decidió denunciarlo a la Fiscalía de Familia.

Declaración referencial de Angélica Isabel Pariona de fecha 03 de abril del 2009, el cual sería la madre de la menor agraviada, en el que ha indicado que se enteró del abuso sexual en contra de su hija en el año 2008, porque su papá le contó, también ha indicado que el procesado es su padrino de primera comunión de la agraviada con el cual nunca ha tenido problemas, también indica que el denunciado nunca tuvo problemas en contra del padre de su hija, y que la menor nunca le ha contado nada, solo le decía “que te importa eso es mi problema”, y que cuando era niña era rebelde y terca, no le hacía caso y no quería estudiar.

**b) Respecto a la extinción de la acción penal por fallecimiento:**

Se tiene que extra proceso el imputado conjuntamente con su conviviente Kathia Lucila Rodríguez Ascurra, el registro de defunción del imputado Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, tanto en la Municipalidad Distrital de Huancán, así como en el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil – RENIEC.

Partida de Defunción N° 00734 emitida por la Oficina de Registros Civil de la Municipalidad Distrital de Huancán, suscrito

por el jefe de la oficina Daniel E. Balbín Aduato, su fecha 12 de octubre del 2010; mediante la cual se inscribió la defunción de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, indicando como fecha de deceso el 09 de octubre del 2010 y como lugar de fallecimiento Tingo María – Huánuco; todo esto declarado por Kathia Lucila Rodríguez Ascurra.

Acta de Defunción N° 01209589, inscrita en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, sellado por la Oficina de Registros Civil de la Municipalidad Distrital de Huancán, su fecha 11 de octubre del 2010; mediante la cual se inscribió la defunción de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, indicando como fecha de deceso el 09 de octubre del 2010 y como lugar de fallecimiento Tingo María – Huánuco; todo esto declarado por Kathia Lucila Rodríguez Ascurra.

Ficha RENIEC del señor Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, la misma que fue impresa el 31 de enero del 2011, en la misma que se advierte en el acápite Restricciones “Fallecimiento”.

**c) Respecto a la declaración de nulidad de la extinción de la acción penal por muerte:**

Posteriormente los medios de prueba que se valoraron para emitir la mencionada resolución fueron, el Parte S/N – REGPOL

CENTRO-RPS-TERNA-HYO, su fecha 06 de enero del 2014, mediante la cual se interviene e identifica a Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, en momentos que caminaba por inmediaciones del Jr. Cuzco y Jr. Libertad de la ciudad de Huancayo.

Consulta sobre sus Antecedentes Policiales en la base de datos de la Policía Nacional del Perú, verificado por el SO2 Wilson Aedo Montes con registro CIP 31408799, en la cual se advierte que no se encontraron registros en su contra.

Constatación Fiscal de fecha 08 de enero del 2014, la que se desarrolló en instalaciones de la Oficina de Registros Civil de la Municipalidad Distrital de Huancán, entrevistándose con el Registrador Civil Daniel Eduardo Balbín Aduato, el que indicó que para realizar una inscripción de defunción del señor imputado, la parte interesada ha presentado el Certificado de Defunción N° 002776, expedido por el médico cirujano Dr. Carlos German Picón Mendoza con fecha 10 de octubre del 2010, Tingo María, indicando como causa de la muerte insuficiencia cardiaca, a lo que verificó en la parte posterior en que se consignaba como declarante a su cónyuge, así mismo refirió que cada fin de mes se remite el acta de defunción con el original del DNI del finado, para su cancelación del documento de identidad.

Acta de Visita Inspectiva en la Oficina de Registros Civil de la Municipalidad Distrital de Huancán; La misma que fue ejecutada por Erika Sheila Patiño Vargas, verificando la autenticidad del Acta de Defunción N° 0120589, en la cual se encuentra como declarante Kathia Lucila Rodríguez Ascurra, así como el documento de sustento Certificado de Defunción N° 002776, expedido por el médico cirujano Dr. Carlos German Picón Mendoza con CMP 014699.

Consulta en la base de datos del Colegio Médico del Perú, en el que se indica que el número de colegiatura CMP 014699, pertenece a Carlos Herman Picón Mestanza, signado al Consejo Regional de Huánuco.

Reportes periodísticos diversos de la intervención a Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, en donde se hace mención al proceso de violación sexual de menor de edad que venía cursando, así como a la dramatización de su supuesta muerte a fin de evadir su responsabilidad.

## **2.3. Antecedentes del Caso para su Análisis:**

### **2.3.1. Hechos Acreditados:**

El señor EDGAR RIGOBERTO NÚÑEZ ALFARO, venía siendo procesado como aparente autor del delito en contra de Violación

Sexual de Menor de Edad en perjuicio de menor de identidad reservada; en esas circunstancias finge su muerte, induciendo a error a la Oficina de Registros Civil de la Municipalidad Distrital de Huancán, al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil, al Ministerio Público y finalmente al Poder Judicial, al parecer con la finalidad de evadir su responsabilidad penal.

## **CAPITULO III**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **3.1. El Estudio de Casos como método de investigación científica Cualitativa**

##### **3.1.1 Definición**

Dentro del conocimiento humano, a través de su evolución dentro de la concepción filosófica, se ha establecido como gran método de ayuda la investigación, en merito a ella se han ido creando las diferentes ciencias, ahora ya luego de esa evolución ya a nivel de ciencia propiamente dicha se tiene dos tipologías de investigaciones: la empírica y las no empíricas. Las primeras, se sustentan en informaciones humanistas, o sea en información no cuantitativa, es útil para generar teorías; en cambio las investigaciones no empíricas se sustentan en el estudio de ciencias aplicadas o puras, es decir, ciencias exactas que en mayor medida el resultado de sus investigaciones será muy predecibles y acertadas, como por ejemplo las matemáticas, la física, etc.

Así las cosas cuando se indica que se hará una investigación con respecto al estudio de casos, estaremos diciendo que estamos dentro de una investigación empírica; ahora bien este tipo de investigación a su vez tiene dos sub tipos de dinámica investigativa, y estas serán la

investigación cualitativa y la investigación cuantitativa, siendo sus principales diferencias las siguientes: La investigación cualitativa, es aquella en la cual como producto de su enfoque y estudio principalmente tendrá como finalidad generar teorías, estas investigaciones serán citando a F. Javier Murillo, Anabel Madera Payeta y Otros (2011), expresa:

Los cortes metodológicos que nacen de principios teóricos, como la fenomenología que trata de explicar la relación de los hechos y fenómenos, la hermenéutica que trata de determinar la definición exacta de las palabras de un texto, a través de la cual se ha plasmado un pensamiento, la interacción social que utiliza métodos de recolección de datos no cuantitativos, con el fin de explorar las relaciones sociales y describir la realidad tal como la experimentan los sujetos de estudio. (p. 3).

Por otro lado la investigación cuantitativa será aquella que contrastará una teoría ya existente, es decir en tanto que las cualitativas únicamente crean teorías, esta se dedicará a contrastar las teorías que existen a raíz de varias hipótesis nacidas de las mismas, para lo cual se necesita obtener una muestra aleatoria, como por ejemplo escoger un sujeto de un pueblo, institución etc., o como escoger un expediente judicial de una determinada materia jurídica y de un determinado distrito judicial; esta selección debe de ejemplificar a una

población o fenómeno objeto de estudio. En tal sentido se llega a la conclusión que, para hacer estudios cuantitativos se tiene que contar con una teoría pre construida, ya que el método científico usado es el método deductivo.

Para mayor abundamiento, Stake (1995) sostiene que: “la meta de la investigación cualitativa es comprender, enfocando la investigación en los hechos; en tanto que la investigación cuantitativa se sustentará en las causas, tratando de tener el control y lograr la explicación de las causas” (p. 37).

Por otro lado, enfocados a la investigación cualitativa Strauss y Corbin (1990) fundamentan sobre la investigación cualitativa y señalan que será cualquier investigación que crea resultados no posibles de hallar utilizando la estadística u otros medios de cualificación (p. 17).

### **3.1.2 Características positivas de su aplicación**

Siendo un tipo de investigación de las muchas que nos ofrece la metodología científica, esta tiene sus peculiaridades que la a individualizar de las demás, que la convertirán precisamente en la más adecuada para la elaboración del presente trabajo, y estas son las siguientes:

- a) Es la más indicada para investigar fenómenos, para lograr explicar a cómo y por qué ocurren.

- b) Su aplicación permitirá que el estudio no se limite a un tema, pues también podrá abarcar múltiples temas.
- c) Amplia el campo de estudio y da una óptica desde varias apreciaciones y no de una sola variable.
- d) Ayuda a investigar profundamente el caso y tener un conocimiento más amplio sobre cada caso, lo cual permite la creación de nuevos enfoques y visiones desde un punto de vista.

Al respecto Crespo (2000) sostiene que el estudio del caso contiene una suma de retórica, diálogo, inducción, intuición y razonamiento; es decir lo ve como una recreación de la metodología de la ciencia práctica. Explica este autor que:

La razón aplicada a las tareas administrativas será una razón práctica que usa instrumentos técnicos y para ser válido y factible, considerando el entorno cultural e histórico concretamente y la personalidad de los dirigentes. Es por eso que el método del caso será un proceso muy apropiado para enseñar. (p. 210-8)

El estudio de casos es un método de investigación general en los que se adoptará una perspectiva integradora, es por ello que, con respecto a su definición, Yin (1994) ha sostenido:

Es una investigación práctica que estudiará un suceso o fenómeno desde el punto de vista de la vida real, sobre todo cuando no son claramente evidentes las diferencias entre los fenómenos y la realidad. La investigación desde el estudio de un caso abarca exitosamente una situación técnica y distinta, en donde hay más variables importantes que datos apreciables; y, como fin, se sustenta en varias fuentes de evidencia, con información que debe encajar trianguladamente; y, como resultado, se ayuda del desarrollo anterior de teorías que darán parámetros en la recolección y el análisis de datos. (p. 13)

### **3.1.3 Ventajas**

En primer lugar cabe indicar que cuando se realiza un estudio de casos, muchas veces estos procederán de las prácticas y experiencias de las personas, o como es el caso del presente trabajo, de la praxis en la administración de justicia de la Corte Superior de Justicia de Junín, por lo que el estudio de casos es considerado que está muy entrelazado con la realidad; así mismo el estudio de casos logrará que de un análisis en un caso en concreto se puedan resolver otros similares en un aspecto más general, pues da cabida al investigador para que evidencia la complejidad de la vida social, estas investigaciones constituirán fuente de datos, que servirán para realizar análisis o trabajos posteriores, para resolver otros problemas o fenómenos suscitados o aún no resueltos; es así que se puede decir

que al cambiar ciertos criterios, contribuyen a cambiar las posibles prácticas erradas que se vienen realizando.

### **3.1.4 Tipos de estudios de casos**

#### **3.1.4.1 Según los objetivos**

Según las finalidades que busca el estudio se pueden dar de tres formas, categorías o tipos de estudios de casos los cuales son los explicativos, los descriptivos y los de metodología combinada. Señalando que a veces en la realidad a menudo se superponen esas categorías:

##### **3.1.4.1.1 Explicativos**

Su finalidad es describir o explicar la relación que existe entre las partes o componentes y un todo o programa, esto tendrá dos formas:

1. Implementación del Programa. Esta forma de estudio de caso investigará las partes, frecuentemente en varios terrenos y normativamente. Evaluando y conociendo, los problemas encontrados, y señalando las adaptaciones que se hicieron y explicando las razones del por qué; se hará un estudio de este tipo cuando un determinado proyecto está fracasando, para saber que pasó y como poder

usar esa experiencia para que futuros proyectos no fracasen.

También puede pasar que un proyecto sea exitoso en lograr los resultados previstos, e igualmente se hará el estudio a fin de adquirir conocimientos y aplicar lo aprendido a otros proyectos.

2. Efectos del Programa. Este estudio de caso se enfocará en la causalidad, y para esto utilizará evaluaciones multiterreno y multimétodo. El estudio de casos es el indicado para establecer los efectos de los programas o proyectos y los motivos para su éxito o fracaso. Este método es usado con frecuencia, en combinación con otros métodos, como el muestreo con encuestas, y a mediante de datos cualitativos y cuantitativos.

#### **3.1.4.1.2 Descriptivos**

Estos estudios gozarán de un enfoque sobre los casos explicativos, y podrán tener las siguientes formas:

1. Ilustrativo. Cuando se estudia un caso de esta forma será se hará de forma descriptiva y tendrá la finalidad de añadir realismo, casos y ejemplos a la información obtenida sobre un programa, proyecto,

o política; principalmente se hará una descripción lo que acontece y las razones de por qué sucede, con la finalidad de mostrar el perfil de una situación.

2. Exploratorio. Es un estudio de caso de forma descriptiva pero su razón de ser es dar hipótesis para investigaciones posteriores.

3. Situación Crítica. Analiza un suceso particular de interés único, o servirá como evidencia crítica de una afirmación acerca de un programa, problema, estrategia o proyecto.

#### **3.1.4.1.3 Metodología combinada**

Su forma de trabajo de este método es la recolección de diversos estudios sobre casos, a fin de responder a preguntas o resolver problemas.

#### **3.1.4.2 En función del número de casos implicados:**

##### **3.1.4.2.1 Simple**

Son aquellos estudios de un solo caso posible, puesto que sería un único caso, es decir es singular, pero posee todas las facultades que se necesitan para desafiar, confirmar o ampliar alguna determinada teoría, nos permitirá indagar un fenómeno determinado. El caso podrá ser

adecuado si su contenido y características son suficientemente genéricas o las conclusiones son fuertes o únicas.

#### **3.1.4.2.2 Múltiple**

Independientemente si es una o son varias las unidades de análisis, se harán las mismas preguntas a cada caso, contrastando las respuestas a fin de obtener conclusiones válidas. De esa forma las evidencias sustentadas en varios casos pueden considerarse más sólidas y convincentes, porque la intención en el estudio de casos múltiples es que los resultados de cada caso coincidan o sean afines, lo cual dotará de mayor fuerza a la teoría propuesta. Entonces, cada caso tendrá un propósito, ya que la selección de ellos no se realiza con razones muestrales estadísticas sino por razones teóricas, tratando que los casos elegidos sean representativos del fenómeno que se estudiará.

#### **3.1.5 Selección del caso**

La búsqueda y la selección del caso es de suma importancia, en primer lugar, se debe tener en cuenta sobre qué problema se quiere tratar, una vez establecido esto se debe buscar y

seleccionar el caso, el mismo que representará de manera amplia el problema o de ser el caso el problema y su solución, esto referido al problema que habíamos concebido en un primer momento; a criterio de Sierra R. (1994), “Los casos en unidades de observación serán las realidades que se analizarán. Entonces constituirán en el estudio el objeto global de la investigación y de las mismas se obtendrán los datos empíricos para ratificar las proposiciones o hipótesis con lo real” (p. 96).

Ahora bien, dentro del caso se debe de establecer cual es o son las unidades de análisis, ya que estas permitirán concretizar la naturaleza del caso, cuando el estudio del caso es efectuado sobre un caso concreto de estudio pudiendo ser esta un proceso, una institución, una persona etc., la unidad de estudio será claro porque será el objeto investigado. Por su parte, cuando se realiza un estudio de varios casos acerca de acontecimientos o fenómenos complejos, se tendrá que reconocer o identificar las unidades de análisis que logren concretar la investigación. En otras palabras las unidades de análisis serán las que delimitarán el estudio del caso para lograr una correcta estructuración y que al terminar la investigación de forma eficaz se logre dar respuesta o solución a los problemas planteados; esto esta incluso más inclinado al concepto de estudio de casos que tienen Benbasat, Goldstein y Mead (1987) los que definen el estudio de casos como una investigación que utiliza varias herramientas y métodos para la obtención de información, observando directamente

varias entidades, desde una única escena, teniendo en cuenta circunstancias contextuales y temporales del fenómeno que se estudia, pero sin experimentación ni manipulación. (p. 370).

### **3.1.6 La ciencia y el estudio de casos**

Ahora bien al ser este un método de investigación la pregunta que sale a flote es: ¿Con el método de estudio del caso, se puede hacer ciencia?, al respecto el estudio del ser humano y su organización es muy complejo, en tal sentido primero debemos de tener una aproximación a lo que es ciencia, al respecto Sanguinetti (1994) indica que es el conocimiento mediato y ordenado de los entes y sus propiedades, por medio del estudio de sus causas (p. 167). Entonces para el estudio de derecho se deberá de conocer a través de sus principios o causas las propiedades de las instituciones jurídicas, teorías, leyes, etc. y los fenómenos que acontecen en ella, esto implica realizarlo de modo metódico, aplicándolo en la búsqueda de las causas; por lo tanto se puede entrar al ámbito científico si es que delimitamos adecuadamente el objeto de análisis y usamos un método adecuado, manteniendo la objetividad, abordando el caso elegido, buscando modelos causales, eliminando conjeturas poco probables, entre otros.

### **3.2. El Positivismo Como Corriente Filosófica**

A consecuencia de la evolución filosófica que ha venido desarrollándose en la mente humana a lo largo del tiempo, es decir desde que el ser humano

empezó a agruparse en clanes y nacieron las primeras concepciones racionales, pasando luego por la formación de los pueblos orientales entre los cuales estaban la India y la China, influenciados por el pensamiento de Confucio, hasta que ya una vez más constituida el pensamiento humano recibió el nombre de "Filosofía" por Pitágoras, y así pasar por las concepciones Griegas de Sócrates, Platón, Aristóteles, Zenón, para luego continuar con la filosofía Romana, la Escolástica donde predominó la doctrina Aristotélica y así continuar para pasar por el Humanismo, para llegar así a la filosofía moderna con donde destacó indudablemente Descartes y Kant, para luego seguir con los sistemas filosóficos comprendidos por: El Racionalismo de Descartes, el Empirismo de Hobbes, el Idealismo de Berkeley, el Positivismo de Augusto Comte, el Materialismo dialéctico de Marx y Engels y la Filosofía Contemporánea; en suma toda esta evolución que ha sufrido el pensamiento humano sobre la filosofía, como especie racional ha tenido muchas variantes de las cuales centraremos nuestra atención inicialmente al Positivismo como filosofía, pues de este sistema nace el Positivismo o Positivismo desde el enfoque del derecho.

El positivismo es un pensamiento filosófico que sostiene que el auténtico conocimiento únicamente es el conocimiento científico, es así que a ese conocimiento solo se puede llegar con la afirmación de una hipótesis mediante el método científico. El positivismo encuentra sus orígenes en la epistemología la cual nace en Francia en la primera parte del siglo XIX con las concepciones de los filósofos franceses Saint-Simón, de Auguste Comte,

y del británico John Stuart Mill, la cual tiene una amplia acogida y se va extendiendo y desarrollando por el resto de Europa en la segunda mitad del siglo XIX.

La filosofía de Comte fundamentalmente encuentra su punto fuerte en el reconocimiento de la ciencia y el razonamiento como las únicas guías de la humanidad capaces de concretizar el orden social sin la necesidad de respaldarse en el oscurantismo teológico o metafísico; Así señala que los problemas morales y sociales se deben de analizar desde un enfoque científico positivista que se fundamenta en el estudio de los acontecimientos empíricos de los fenómenos y que a través de ella se logre descubrir y explicar los sucesos en el mundo real a través de leyes universales las cuales deberán de ser usadas en bienestar de la humanidad.

### **3.2.1 La ley de los tres estados y la idea de progreso**

Ahora bien se debe de enfocar la presente concepción a lo referido a las ciencias sociales; partamos desde la premisa que la humanidad es el generó, es el todo y el individuo es su parte constitutiva, y que necesariamente se tendrá que atravesar por tres estados sociales, los cuales son diferentes pero se corresponden unos a otros con distintos grados del desarrollo del intelecto, así tenemos el estado teológico o ficticio, el estado metafísico o abstracto y el estado científico o positivo.

El cambio progresivo de un estado al siguiente es reconocido como una ley de la evolución de la sociedad, necesaria y universal porque

se fundamenta de la esencia propia del ser humano. Conforme a dicha ley, en el Estado Teológico o Ficticio el ser humano trataría de encontrar las causas definitivas y explicativas de los fenómenos naturales en fuerzas divinas o sobrenaturales, a través del fetichismo y luego en el politeísmo y el monoteísmo. Definiendo este tipo de conocimiento como una sociedad autoritativa y jerarquizada; En el Estado Metafísico o Abstracto es un cambio del estado ficticio, que deja de aceptar la racionalidad teológica, y lo sobrenatural es cambiado por entes abstractos de las cosas mismas (esencias, formas, etc.) que explican su razón de ser y definen su naturaleza; El Estado Científico o Positivo es la conclusión de este pensamiento, en el cual se reconoció la imposibilidad del ser humano a tener nociones absolutas, renuncia a conocer las causas íntimas del origen y el fin del universo, y solo se dedica al descubrimiento progresivo combinando la razón y la experiencia, Comte lo señala como una época en que hubo una evolución entre la infancia del espíritu y su madurez (estado positivo o científico); en otras palabras en este estado el ser humano no busca el conocimiento sobre qué son las cosas, sino que a través de la observación y la experiencia trata de conocer y explica cómo se desenvuelve algo en el mundo real, lo describe fenoménicamente e intenta inferir sus leyes generales, que servirán para prever, controlar y dominar la naturaleza y la sociedad, en provecho de la humanidad, dirigida por sabios y científicos expertos que garantizarán el orden social.

### **3.2.2. Características de la Filosofía Positiva**

La filosofía positiva está referida a lo concreto, lo real, esto contraviene a toda forma de esencialismo, desplaza el buscar razones ocultas (alma), lo cual si era una característica de los primeros estados, lo que trata de valorar es el ser cierto, constructivo, útil, preciso, y relativo aunque no relativista, ya que no acepta ningún absoluto.

### **3.2.3. Clasificación de las Ciencias**

Comte hace una clasificación de las ciencias y las divide en cinco fundamentales: física, astronomía, fisiología, química y sociología o física social. E indica que no tienen la calidad de ciencia la psicología ni la economía, así mismo concibe a las matemáticas como un método o instrumento y no como ciencia teórica, también señala que la finalidad de las ciencias es para poder dominar y controlar la sociedad y naturaleza.

Por otro lado, Bonnacase (1991) señala que el positivismo y la ciencia positiva son cosas distintas y no deben de confundirse. Citando a *Lahr*, expresa que la ciencia positiva es el estudio empírico de los sucesos y las leyes que son pasibles de ser experimentalmente comprobados. El positivismo indica que fuera de estos hechos y leyes no existe nada para investigar ni saber; en síntesis la ciencia positiva son todos los conocimientos pasibles de

ser verificados por la experiencia y el cálculo, mientras que positivismo declarará que no existe nada que excede a la naturaleza sensible y visible.” (p. 288)

### **3.3. El IUS Positivismo o Positivismo en el Derecho**

El positivismo jurídico radical tiene su origen con Thomas Hobbes a través de su obra el Leviatán, nomenclatura que usa para referirse al Estado; es así que desarrolla una concepción sobre lo que es Derecho, y como tal lo define indicando que únicamente será Derecho el creado o dictado por el soberano premunido de poderes absolutos, esta concepción la justifica Hobbes (1994) señalando que los seres humanos, para salir del estado natural y pasar al estado social o civil, otorgaron al soberano todos sus derechos, incluso el derecho de inferir y declarar algo como justo o injusto (p. 218). Entonces dentro de esta concepción el derecho emitido por el soberano será válido, simplemente por haber sido dictado por él y al haber sido dispuesto por el soberano, adquiere la condición de justo; también Hobbes señala que en el estado de natural no existe derecho ni justicia, interpretando este enunciado, se llega a la conclusión que los seres vivos sin intelecto o el mismo ser humano pero llevando una vida salvaje o aislada a la sociedad, no pueden tener una concepción de derecho y de ser así no podrían hacerla prevalecer pues no habría ninguna institución o persona a la cual reclamarle su cumplimiento; en otras palabras el derecho nacerá conjuntamente con el estado civil.

Inmersos a la corriente positivista, existen dos tipos el positivismo analítico representado por Hans Kelsen, el cual define al derecho como ordenes emitidos por la autoridad competente del estado, en consecuencia esas normas jurídicas van a estar respaldadas por el miedo a una sanción, así mismo señala que estas normas u órdenes son jurídicas sin importar la valoración moral o ética que se pueda realizar el pueblo; por otro lado se tiene el positivismo sociológico o realista dentro de cuyos representantes se tiene a Holmes, este tipo de positivismo trata de ubicar en el derecho los factores sociales que lo componen, y lo define como un fenómeno social que debe de ser apreciado objetivamente sin consideraciones valorativas.

El positivismo jurídico es la teoría contraria al iusnaturalismo. Aquí cabe indicar las principales características que diferencian una teoría de la otra; para el iusnaturalismo el derecho tiene valor solo lo que es justo, es decir las normas, las leyes, las reglas entre otras no serán válidas si no son justas; en sentido contrario para el positivismo jurídico las normas, las leyes, las reglas entre otras serán justas solo si están contenidas en el ordenamiento jurídico mediante un proceso legalmente válido. Otra diferencia es que para el iusnaturalismo, el que una norma sea justicia será su consagración de su validez; en cambio para el iuspositivismo, la validez de una norma consagrará la justicia. Es así que Bobbio (1992) indica que el iuspositivismo se originó en Thomas Hobbes, el cual tiene como concepción que lo justo e injusto será establecido por la ley positiva. “En el estado de naturaleza no existe lo justo ni lo injusto, porque no existen convenciones válidas. En el estado civil lo justo y lo injusto descansan en el acuerdo común de los

individuos de atribuir al soberano el poder de decidir sobre lo justo y lo injusto” (p. 30 y ss).

Entonces ya con la idea del positivismo jurídico, las sociedades entendidas como estados, imperios etc; empiezan a reconocer a los máximos dirigentes las facultades para que emitan las leyes que deberán de ser acatadas por todos los integrantes del estado, en sus palabras de Fariñas Dulce (1982) que señala: la aparición del imperium de los príncipes, magistrados y funcionarios (entendido como “poder del cargo” o “competencia” para dictar leyes) y del “otorgamiento” del Derecho por los poderes públicos, como fuente de producción jurídica, supuso el inicio del proceso de “estatuización” o “positivización”, que se corresponde con lo que denomina Weber “la progresiva racionalización del Derecho” (p. 212). Y todo esto nace como consecuencia inevitable de la indeterminación normativa que en aquellas fechas era el principal problema, ya que el iusnaturalismo no abarcaba una solución exacta para cada caso, y muchas veces ocurría que habiendo casos idénticos y por lo menos semejantes, los administradores de justicia o juristas tomaban soluciones muy diferentes, y esto era lógico puesto que cada uno basaba sus decisiones únicamente conforme al grado de instrucción y su íntima convicción, es decir no habría parámetros legales en la mayoría de los casos; así como afirma Alzamora (1987) El iuspositivismo nace como una respuesta a las vaguedades y abstracciones del iusnaturalismo, y por las incoherencias de la filosofía poskantiana, y por la necesidad de certeza de los juristas que apostaron en el método de las ciencias naturales como el único capaz de garantizar un auténtico saber. (p.

333). En resumen, se podría decir entonces que el positivismo jurídico enfoca el estudio del derecho, su investigación y su desarrollo únicamente al derecho positivo vigente en un determinado tiempo y espacio, inobservando completamente los aspectos éticos y morales. Entonces para lograr una correcta investigación científica y filosófica, se empieza a considerar al derecho como una ciencia de objetos reales.

### **3.3.1. Características**

Siendo el positivismo jurídico una teoría de derecho que ha influenciado a todos los ordenamientos jurídicos a nivel mundial, se tiene que tener en claro cuáles son sus principales características, al respecto se tiene como las más relevantes la prohibición del juez de crear derecho o de negarse a resolver un caso, la unidad completa y cerrada del orden jurídico; esto tiene como base justificadora una concepción del ordenamiento jurídico como algo perfecto, sin adolecer de vaguedades, ambigüedades, lagunas o antinomias; señalaban que la ley es completa, y es clara, que no se pueden encontrar contradicciones, entonces, el juez no podrá negarse a resolver un caso indicando deficiencias de la ley.

Es así que con respecto a las características del positivismo jurídico, citando a Torres (2006) señala que para Kelsen la ciencia jurídica tiene como características: 1) Es normativa, en un doble sentido al primero de descripción de normas, y segundo de forma normativa, mediante juicios valorativos de “deber ser”; 2) Axiológicamente

neutral, ya que se limita a explicar el Derecho positivo válido, sin calificar para nada como bueno o de malo, ya que la calificación de Derecho como justo o injusto no es trabajo de la ciencia, sino de la filosofía; y 3) Autónoma, esto es, separada de las ciencias naturales y de las causal-sociales (la sociología) y de la ética. (p. 904- 905)

Entonces se puede decir que antes de Kelsen la ciencia jurídica usaba como concepción el ser, y desde Kelsen, se usó del deber ser; respecto a esto citando el trabajo hecho por Torres (2006) respecto a las concepciones que tenía Kelsen, se señala:

La ciencia del Derecho tiene sus fórmulas para que pueda describir al mismo, a través de juicios hipotéticos muy similar a como las ciencias naturales usan para describir a la naturaleza. Los juicios hipotéticos cuentan con dos elementos antecedente y consecuente; cuando hablamos de las leyes naturales el vínculo del antecedente y consecuente se rige por la causalidad; ejemplo, “si un objeto es soltado en el vacío entonces cae al suelo” (“si ocurre A, entonces pasará B”); por otro lado la norma jurídica tiene una conexión imputativa, Ejm “el que mata será reprimido con cárcel” (“si ocurre A, entonces deberá ser B”). Ahora la relación de relación de causa y efecto natural, será independiente a una acción humana; por otro lado, la relación entre un ilícito y la sanción

jurídica requerirá una acción humana, ya que esa acción tendrá como significado una norma”.

Cuando hablamos de una relación de causalidad, habrá nexo entre condición y consecuencia de forma independiente al acto humano. Por otro lado, cuando hablamos del nexo de imputación, la relación de condición y consecuencia será establecida por una norma, es decir por una acción voluntaria de un humano. La imputación es una relación normativa, no es causal, pues la ciencia jurídica está referida a normas hechas por los seres humanos, con la ley natural se podrá describir el medio ambiente y sus fenómenos.

La ciencia jurídica no va a definir su objeto de estudio, eso lo hacen las ciencias naturales, el derecho no responde a enunciados de ser, sino por el deber ser, Ejemplo: si una persona mata a otro, no se puede decir que es o será sancionado, sino se entenderá que deberá ser sancionado, porque puede haber circunstancias por las que no es posible aplicarle el castigo.

Es de esa manera en que el positivismo jurídico trata de describir al derecho como una ciencia, tratando de adecuarla de la mejor manera posible a silogismos, que pueden darse también a nivel de normas, explicando que lo que busca el derecho es el deber ser y no el ser objetivo; entonces de esa forma puede cuadrar la ciencia en el derecho.

### **3.3.2. Hans Kelsen en el positivismo jurídico**

El desarrollo del positivismo jurídico se le debe en una gran medida al aporte que ha realizado Hans Kelsen, este estudioso del derecho nacido el 11 de octubre de 1881 en Praga, se desempeñó como catedrático en la Universidad de Viena en 1917, en la cual con otros juristas, fundó la Escuela Legal de Viena. Durante el año 1934 emite y publica su obra “La Teoría pura del derecho”. En el año 1940 se mudó a Estados Unidos de América, desempeñándose como profesor en las universidades de Harvard y California; en el año de 1944 es publicada su obra “Teoría general del derecho y del Estado”, la cual era una actualización de la Teoría pura. Muere en la localidad de Berkeley, el 19 de abril de 1973. Luego de eso sus investigaciones y obra inédita se publicaron como obra postuma con el título de Teoría general de las normas.

Este autor fue considerado como el jurista con mayor importancia del siglo XX, tiene como base los fundamentos neokantianos para construir su obra más importante llamada Teoría pura del derecho. Intentó llevar a cabo lo establecido por Kant en el terreno de la razón pura, a los ámbitos del estudio del derecho, es así que quiso edificar una auténtica ciencia del derecho, tratando de equiparlo saber científico riguroso, para lo cual separó de su campo de estudio todo lo que pueda afectar o entorpecer al derecho como ciencia exacta, tales como los preceptos morales, la religión, los ideológicos,

éticos, la sociología, políticos, axiológicos, entre otros; indicó que lograrlo era preciso separar los hechos de las normas, es así que la ciencia jurídica concebida como ciencia normativa, debe de estar aislada de las ciencias de hechos, empíricas y de la moral. Por lo tanto el Derecho es ciencia de las normas, y lo conceptualizó como “conjunto de normas coactivas”, e indicó que su objeto de estudio son las normas, en su trabajo y para su ciencia usa el método del positivismo filosófico; parafraseando a Torres Vásquez (2006), señala:

Kelsen trabajó rigurosamente en una teoría lógica pura del Derecho positivo. Indicando que por su carácter normativo, se podrá definir al Derecho como un regulador de la conducta a través del deber ser o normatividad, ajeno al ser; entonces la norma será un razonamiento lógico del deber ser; así mismo indicó que el Derecho es siempre positivo, por estar dictado por la autoridad. (p. 903)

Por otro lado, según señala Russo (1995) “para Kelsen existen dos mundos tan reales el uno como el otro: el de la naturaleza y el de las normas. Con la lógica del deber ser se conoce y explica el mundo normativo, que es el mundo de lo posible, no de lo necesario (ser)” (p. 79). Entonces se puede afirmar que, en la concepción de Kelsen, la ciencia del derecho es únicamente descriptiva, axiológicamente neutral, y que solo atiende a normas válidas y por solo ese mérito

serán derecho, sin importar si cumplen o no una función socialmente relevante.

### **3.3.3. Clasificación del positivismo jurídico**

Como ya habíamos indicado respecto a la aparición del positivismo jurídico en el siglo XIX en Europa, sin embargo cabe señalar que la palabra positivismo no siempre ha sido usada con el mismo significado que hoy conocemos, sino que existen varios significados de dicha palabra, en cuanto a derecho se refiere, es así que autores como Bobbio (1997) han clasificado al positivismo jurídico conforme a las funciones propias que ha podido cumplir como apoyo al estudio del derecho, es así que los ha clasificado como: el iuspositivismo metodológico o como enfoque metodológico, el iuspositivismo teórico y el iuspositivismo ideológico (p. 101-216). Cada una de estas concepciones desarrolla sus propias características y trata de dar un apoyo al positivismo desde diversos enfoques, y trataron de defenderlo de los problemas jurídicos prácticos que en la realidad se le fueron presentando gradualmente, por lo que desarrollaremos cada uno de ellos para ver lo que los caracteriza:

#### **3.3.3.1. Positivismo metodológico o como enfoque**

Dentro de esta tesis de forma muy arraigada se tiene la tesis de la separación o llamada también de la no vinculación; esta concepción sostiene que entre el derecho y la moral, no existe una relación conceptual necesaria; por lo que el derecho

escrito o positivo será, independientemente de las valoraciones que se le pueda atribuir desde diversos puntos de vista, es decir seguirá siendo derecho así los ciudadanos lo consideren bueno o malo, al respecto García Figueroa (2005), sostiene: “El positivismo metodológico sustenta elementalmente la tesis de la separación o de la no vinculación y sostiene que no hay relación conceptual obligatoria entre Derecho y moral; Es distinto el Derecho que es y el que debe ser. Una cosa será que es el Derecho y otra distinta será su mérito o demérito. (p. 228)

Ahora bien, dentro de esta clase de positivismo podemos encontrar de forma implícita diferentes tesis, las cuales permiten entender mejor cada enfoque de cada postura es así que tenemos:

**a) La tesis de la neutralidad**

Al respecto esta tesis nos señala que el derecho para ser descrito o definido no debemos de considerar para nada los aspectos morales, éticos, ideológicos, religiosos, etc; pues solo es considerado derecho el escrito y así dispuesto por las leyes, pues este derecho se desarrolla de forma práctica, real, y los hechos son los que se deben de adecuar a él (subsumir), no puede funcionar de forma contrario es decir dar mayor importancia a los hechos por

encima de la norma, en tal sentido el derecho será aquel conjunto de normas mas no el de hechos; en tal sentido esta tesis del positivismo plantea que se debe de edificar una teoría del derecho libre de concepciones valorativas, al respecto García Figueroa (2005), señala:

El Derecho debe de ser concebido sin tener en cuenta la moral, ideologías, etc. Es decir si a través de esos criterios es valioso o no; sino que el estudioso del Derecho debe crear teoría del Derecho y no política del Derecho; ya que el Derecho es un conjunto de normas y no de hechos; y esto hace que haya una separación entre los enunciados normativos y los enunciados descriptivos, entre ser y deber ser, por estas razones se ve necesario la construcción de una teoría del Derecho sin las molestias que genera los valores como los hechos. (p. 228 - 229).

#### **b) La tesis de las fuentes sociales**

Esta tesis tiene como idea central que el derecho como tal es una creación humana, por lo tanto se debe de sacar de las concepciones iusfilosóficas que el derecho es una creación de un dios todo poderosos, o de las leyes naturales, entre otras; centra su fundamento en que el ser humano al haberse agrupado unos con otros, y esto

conforme a su evolución para poder crear los estados políticos actuales, tiene que acatar las normas que el estado a través de sus autoridades indique y señale, y eso es una creación del ser humano en sociedad; por lo tanto el único derecho existente es el positivo ya que este ha sido una evolución de la convivencia interpersonal, acuerdos entre otros; conforme a esto una vez más García Figueroa (2005), nos ilustra diciendo: “Conforme la tesis de las fuentes sociales, el Derecho son prácticas sociales, y es una creación de los hombres. Por lo tanto solo será Derecho es el Derecho positivo, ya que ha sido dado por los hombres y generado de sus convivencia.” (p. 229)

### **c) La tesis de la discreción**

Esta tesis guarda mucha coherencia con la lógica actual, indica a groso modo el principio de la falibilidad humana, es decir que en un primer instante reconoce que el derecho es una creación de los hombres, pero a su vez señala que es de conocimiento absoluto que el ser humano por humano que es tiene a equivocarse, entonces el derecho al ser una obra del hombre puede contener imperfecciones, los cuales podríamos identificarlos como lo que ahora llamamos, la problemática de la indeterminación de derecho, dentro de los cuales estarán las lagunas, las antinomias, la vaguedad y ambigüedad;

sin embargo en aquel entonces se hablaba de las falibilidades del derecho conforme al positivismo, dentro de la cual se hallaba la falibilidad técnica, la cual está orientada a las imprecisiones terminológicas y conceptuales, siendo su manifestación como lo habíamos indicado las lagunas y las antinomias, en otras palabras serán los problemas objetivos de las leyes dadas por el hombre; por otro lado se tiene la falibilidad moral, la cual está basado netamente a las valoraciones que se puede realizar sobre las normas, es decir que el derecho dado por el hombre puede ser injusto; entonces ante estos dos problemas de los cuales el positivismo metodológico a través de esta tesis de discreción, reconoce los límites del derecho y como solución ha indicado que el juez debe de aplicar discrecionalidad y de fundamentarla para poder administrar justicia de manera justa; ante esto también García Figueroa (2005), hace la siguiente precisión:

Si el Derecho es una creación humana entonces es una creación falible como todo lo que hacen hombres. Y los errores que pueden contener serán técnicos y morales. La falibilidad técnica viene de lo impreciso de las terminologías y conceptos, así como de las lagunas y antinomias; por otro lado la falibilidad moral, está sujeta a que el derecho puede ser contrario a la

moralidad, y por lo tanto ser considerado como injusto; la solución a estos problemas necesitará de la labor argumentativa del juez, aunque el derecho positivo no aporte una solución. Entonces el positivismo metodológico acepta los límites y limitaciones del Derecho y faculta al juez a usar la discrecionalidad en esos casos.

### **3.3.3.2. Positivismo teórico**

Esta clase de positivismo jurídico señala de forma acérrima que el derecho positivo, es capaz de resolver todos los problemas que se le presente, es decir que absolutamente todos los hechos que se puedan presentar en el mundo real pueden ser cubiertos por las normas y por tanto el juez puede resolver los casos únicamente limitándose a lo señalado por las leyes; sus ideas centrales en las cuales se basan es la negadora, es decir niega absolutamente que el derecho positivo pueda estar afectado de los problemas de indeterminación normativa, como son las lagunas, antinomias, vaguedades y ambigüedades; y por ende la siguiente idea que profesa será la interpretación formalista de las normas positivas, es decir que el derecho debe de ser interpretado por el juez tal y cual está dado, sin poder hacer interpretaciones ni dejar de aplicar las normas dadas por el legislador; referente a lo antes señalado y también con respecto a las ideas contrarias

con respecto a las tesis de las fuentes sociales y la tesis de la discreción, del positivismo metodológico, el estudioso García Figueroa (2005) señala:

El positivismo como teoría señala que el ordenamiento jurídico carece de imperfecciones y puede de dar solución a cualquier problema que se presente. Y es en mérito a ello que niega la existencia de las lagunas, antinomias, vaguedad y ambigüedad, y considera al juez una boca de la ley, sin poder hacer apreciaciones valorativas. (p. 230)

#### **3.3.3.3. Positivismo ideológico**

Esta clase de positivismo enfoca al derecho desde el punto de vista de los efectos que cumplen en el pueblo, es decir la reacción del pueblo ante la norma; es así que sostiene que se debe de obedecer al derecho por el simple hecho de ser derecho, sin tener en cuenta sus cuestiones normativas; una vez más García Figueroa (2005) nos ilustra en lo siguiente:

El positivismo ideológico usa su tesis normativa: debemos hacer caso al Derecho solo porque es Derecho, este positivismo rivaliza con el positivismo metodológico, ya que la ideología y las valoraciones no le son de importancia al positivismo metodológico,

quien solo tiene como fin describir el Derecho, sin obligar a su obediencia, ya que eso será una cuestión normativa.

#### **3.3.4. Problemas del positivismo jurídico**

Sin desmerecer el gran aporte al mundo del derecho que ha realizado Kelsen, y siempre teniendo en cuenta que su obra ha hecho posible que la administración de justicia a inicios del siglo XX alrededor de todo el mundo, obtenga seguridad jurídica y por ende la confianza de los ciudadanos, consolidando el Estado moderno y un adecuado entendimiento del Derecho desde la formalidad. Sin embargo cabe indicar que el Derecho ya en la práctica, no está compuesto únicamente de la forma, sino también de la materia; es por eso que muchos autores empiezan a discrepar con las concepciones de Kelsen, por ejemplo Torres (2006) señala:

La ciencia jurídica de Kelsen es puramente formal y no se adecua a la realidad, pero el Derecho no solo es normatividad, sino también relación social a través de la práctica; una norma que no tiene valor puede transformar al jurista en un instrumento de los que dieron esa norma, en servidor del autoritarismo, en un defensor de leyes injustas.  
(p. 908)

Entonces si tenemos que el derecho positivo serán las leyes creadas por el legislador y el derecho natural, será la valoración que los seres humanos como ciudadanos y los administradores de justicia harán sobre las normas, como seres humanos que son, entendiéndolo en su íntima convicción como justo o injusto, por lo que inevitablemente se llegará a los problemas de interminación normativa, respecto a la validez o no de una norma desde el punto de vista de la justicia, es decir habrá oportunidades en que el derecho positivo chocara con el derecho natural, al respecto el positivismo señala que cuando estos casos sucedan se deberán de preferir el derecho positivo, como una manifestación de la seguridad jurídica y del estado, para no retrotraer la evolución del derecho a los problemas de inseguridad que precisamente motivaron la concepción del positivismo; al respecto Torres (2006) señala: “Cuando hay contradicciones entre el Derecho natural y el positivo, el aplicador del derecho debe de preferir el derecho positivo, como garantía de certeza y de seguridad, atenuando en todo caso la intrínseca justicia que pudiera contener, valiéndose para ello del Derecho natural; pero no podrá optar por puros principios ideales desdeñando el Derecho positivo, porque con ello se destruye la seguridad jurídica, desaparece el Estado de Derecho, el juez se convierte en legislador y entra a regir la arbitrariedad total.” (p. 908).

Con respecto a la ciencia del derecho y a la valoración del derecho, afirma Kirchmann (1949), que:

Una sociedad puede estar bien sin una ciencia jurídica, pero nunca sin Derecho, y precisamente el Derecho al alcanzar un nivel muy alto, residen podrá ser considerado como ciencia jurídica. (p. 251)

Ahora bien, una de las principales críticas que recibió el positivismo jurídico e la historia mundial y que perfectamente nos sirve ahora a modo de ejemplo, es la Segunda Guerra Mundial, cabe indicar que consideramos que este ejemplo es perfecto para el caso, por la magnitud de los problemas que nos indicaría el creer que una obediencia absoluta al derecho positivo de un estado puede crear graves problemas de repercusión mundial, veamos:

Como bien sabemos el estado Alemán era un país reconocido mundialmente, con su propio territorio, forma de gobierno y por ende sus propias normas; ahora bien una vez que ingresa al gobierno el partido nazi, se empiezan a ver serios cambios en su derecho positivo; El racismo y la persecución a los judíos eran bases centrales del pensamiento nazi. Durante 1920, el naciismo publicó un programa partidario que contenían 25 puntos. Donde se declaró públicamente su intención de extirpar a los judíos de la sociedad "aria" y de abolir sus derechos legales, políticos y civiles; es así que al tomar el poder los nazis empezaron a cumplir su promesa de perseguir los judíos alemanes. Nace la primera ley restringiendo los derechos de los

judíos, y fue llamada la "Ley de la Restauración de la Administración Pública" promulgada el 7 de abril de 1933 la cual ordenaba que los funcionarios y empleados judíos y los "políticamente poco confiables" queden fuera de la administración pública, luego mediante otra ley se restringió la cantidad de estudiantes judíos en las escuelas y universidades alemanas; otra ley vetó las profesiones médicas y legales, y limitaron el reembolso que podían obtener los médicos judíos del seguro de salud estatal.

En Nuremberg, durante el encuentro por el aniversario del partido celebrado en septiembre de 1935, los mandatarios nazis anunciaron nuevas leyes positivando teorías raciales de la ideología nazi. Esas "Leyes de Nuremberg" quitaban a los judíos alemanes su ciudadanía del Reich, e impedía casarse o tener relaciones sexuales con alemanes o de sangre alemana, así mismo no podían votar o ser funcionarios públicos.

Las Leyes de Nuremberg no se limitaban a sindicarse a un judío por sus creencias religiosas, sino que también definía como tal a cualquier persona que tenía tres o cuatro abuelos judíos, así esa persona niegue ser judía, esto hizo que personas que no practicaron el judaísmo o que no lo habían hecho en años estén en manos del terror nazi.

Después del pogrom de Kristallnacht (la "noche de los vidrios rotos") del 9 al 10 de noviembre de 1938, los dirigentes nazis radicalizaron

sus medidas y aislaron físicamente para exterminar a los judíos, se prohibió a los judíos asistir a las escuelas y universidades públicas, así como ir a teatros, centros deportivos y cines, crearon zonas "arias" donde estaban prohibidos de estar.

En agosto de 1938, los líderes alemanes ordenaron que desde el 1º de enero de 1939, los hombres y mujeres judías que no tenían nombres judíos, tenían que agregarles "Israel" o "Sara", así como identificaciones que indicaran su descendencia judía y, luego mientras que los nazis aceleraban sus preparativos para la guerra de conquista sobre Europa, la legislación antisemita en Alemania y Austria preparó el camino hacia una más radical persecución de los judíos.

Ahora bien la aplicación de los Tribunales Penales Alemanes; que ya estaban con jueces y fiscales nazis, y eran llamados Tribunales Especiales (Sondergerichts), que juzgaban crímenes políticos, entre ellos, los definidos en las leyes de Nüremberg. Con lo cual emitían condenas de reclusión en campos de concentración o directamente a la pena de muerte incluso así e delito no previera la pena de muerte, haciendo interpretaciones de las agravantes hacían que calce a los judíos imputados, sobretodo en la guerra mundial de 1939.

En suma, como hemos podido ver los nazis en el estado alemán habían edificado leyes, emanadas por la autoridad competente para emitirlas en dicho estado, es decir por los legisladores conferidos con

esos poderes por el pueblo, así mismo las leyes han sido emitidas válidamente según los procedimientos de dicha nación, sin embargo como podemos advertir el contenido de tales dispositivos legales, es decir las normas que se apreciaban de dicho derecho positivo, eran a todas luces contrarias a derecho, es decir injustas, que atentaban de forma abusiva contra la vida, la libertad, la dignidad entre otros derechos fundamentales de los judíos; entonces bajo la concepción del positivismo jurídico, que siempre manda a cumplir las leyes dadas por la autoridad competente, estaba bien que los nazis mataran a los judíos o que vulneraran todos los bienes jurídicos antes indicados; esta crítica fue la primera de muchas inconsistencias que la teoría del derecho del positivismo jurídico no pudo superar y ha dado pase a la siguiente concepción iusfilosófica, que si bien es cierto como muchos autores lo han señalado no es una teoría del derecho aun constituida, pero sin embargo tienen la concepción que ya no estamos dentro del positivismo jurídico, es así que se ha optado por llamarla “No Positivismismo”.

Finalmente, a mayor comprensión citamos la “Ley para la protección de la sangre y el honor alemanes del 15 de septiembre de 1935” dictada en Nüremberg, el 15 de septiembre de 1935, por El Führer y Canciller del Reich Adolf Hitler El Ministro del Interior Frick, el cual señalaba:

Artículo 1°.- (1) Quedan prohibidos los matrimonios entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín. Los matrimonios celebrados en estas condiciones son nulos aun si hubieren sido celebrados en el extranjero a fin de evitar ser alcanzados por la presente ley N° 100.

Fecha de edición: Berlín, 16 de septiembre de 1935 1147  
N° 100 - Fecha de edición: Berlín, 16 de septiembre de 1935  
(2) Únicamente el representante del ministerio público podrá elevar una demanda de nulidad.

Artículo 2°.- Queda prohibido el comercio carnal extramatrimonial entre judíos y ciudadanos de sangre alemana o afín.

Artículo 3°.- Los judíos no podrán emplear en su hogar a ciudadanas de sangre alemana o afín menores a los 45 años.

Artículo 4°.- (1) Queda prohibido a los judíos izar la bandera del Reich o la enseña nacional como así también exhibir los colores patrios.

(2) En cambio quedan autorizados a exhibir los colores judíos. El ejercicio de esta autorización queda sometida a protección estatal.

Artículo 5°.- (1) Quien infrinja la prohibición establecida en el artículo 1° será castigado con pena de presidio. (2) Todo hombre que infrinja la prohibición establecida en el artículo 2° será castigado con pena de prisión o presidio. (3) Quien infrinja las disposiciones de los artículos 3° o 4° será castigado con arresto en cárcel de hasta un año y/o el pago de una multa.

Artículo 6°.- El Ministro del Interior sancionará, previo acuerdo del representante del Führer, los reglamentos jurídicos y administrativos necesarios para hacer cumplir y complementar la ley de ciudadanía del Reich.

Artículo 7°.- La ley entrará en vigor el día siguiente a su promulgación; el artículo 3 sólo entrará en vigor a partir del 1° de enero de 1936.

### **3.4. El NO-Positivismo**

Como hemos estado viendo el mundo del derecho, y la forma de como los estados administraban justicia, se veían en un problema que cada vez se hacía más y más grande, y esto era la indeterminación de derecho desde la concepción del iuspositivismo, y era lógico pues para poder tener una idea de lo que involucraba que el derecho positivo abarque todas las conductas humanas posibles, momentáneamente entremos al terreno de las ciencias exactas como es la física, al respecto esta ciencia profesa un principio que

goza de certeza absoluta y es que “ninguna materia en el universo es total y absolutamente igual a otra”, es decir que los físicos mientras que sus investigaciones fueron cada vez más profundas y mientras que con el desarrollo de la tecnología podían abarcar microscopios más y más potentes, y así desde el descubrimiento de las partículas, moléculas, electrones, neutrones y protones, pudieron observar de forma clara, que la materia es completamente distinta a cualquier otra, de lo cual se puede afirmar que no hay dos gotas de agua iguales, no hay dos lápices, dos rocas iguales; en tal sentido es un número astronómicamente infinito establecer las diferencias materiales que hay de un ser humano a otro, ahora bien si hablamos del ser humano, tal y como lo conocemos, de forma inevitable debemos de abarcar el aspecto subjetivo, la conciencia, el alma, el intelecto, etc.; que cabe señalar también que es indeterminable, bien la suma de estas dos componentes, lo material y lo subjetivo, es lo que nos hace humanos; ya teniendo una concepción del ser humano en cuanto a la singularidad de cada uno de nosotros, debemos de ingresar al plano del desenvolvimiento social de cada ser humano como unidad de medida de una sociedad y del estado, es decir la interacción entre unos y otros por las relaciones de convivencia necesarias, para la sobrevivencia de la especie humana; en tal sentido los hechos, acciones y conductas que puede desarrollar un ser humano en una sociedad (espacio y tiempo) y en un determinado contexto situacional, también son infinitos; la salida del iuspositivismo es que se deben de establecer en leyes todas las conductas y situaciones posibles para que el derecho de una respuesta a cualquier caso que se le presente, sin embargo como ya hemos advertido sería un tarea de nunca acabar, pues jamás se

podrían positivizar todas las conductas humanas, por lo que no queda más que tener que aceptar la interminación del derecho, así como que no necesariamente todas las leyes dadas de forma legal, deberían de ser consideradas como derecho.

Cabe indicar de forma categórica que el No positivismo no es entendido de la misma forma por todos los operadores del derecho, de forma uniforme, pues luego del positivismo como una teoría del derecho, a la fecha no se tiene una nueva teoría del derecho, razón por la cual los actuales ius filósofos contemporáneos han señalado que de lo único que están seguros es que no son positivistas, independientemente que algunos sean llamados iusnaturalistas, neo iusnaturalistas, neo constitucionalistas, etc.

#### **3.4.1. Inicios del No positivismo**

Entonces como hemos apreciado el derecho positivo estaba en su auge, pero que sin embargo ya empezaba a enfrentarse con la indeterminación del derecho, y también a cuestiones valorativas de parte de los ciudadanos sobre las normas ya dadas, es decir su manifestación si las normas son o no son justas; y que hacer respecto a si la ley ordena el cumplimiento de dicha orden contraria a derecho; al respecto los primeros indicios por así llamarlo podemos observar en la fórmula de Radbruch.

Como habíamos desarrollado dentro del positivismo, hay casos en los cuales pueden ser considerados derecho, por el iuspositivismo, leyes

completamente fuera de los criterios de justicia, tal y como habíamos desarrollado las leyes nazis en el estado alemán; un ejemplo muy claro lo realiza el maestro Robert Alexy (1999), el cual señala: “Un ejemplo es la Ordenanza Undécima del 25 de noviembre de 1941, expedida de acuerdo con la Ley de Ciudadanía del Imperio Alemán del 15 de septiembre de 1935, que despojaba a los judíos de la ciudadanía alemana y de todas sus propiedades, La Ordenanza Undécima había sido debidamente expedida y era socialmente eficaz.” (p. 18-19). Al respecto como habíamos indicado para que el iuspositivismo considere como derecho una determinada norma, esta debe de cumplir con una expedición autoritativa y debe de gozar con eficacia social; al respecto se pudo evidenciar de forma muy prematura que el Tribunal Supremo Alemán y el Tribunal Constitucional Federal, resolvieron de forma muy inclinada a lo que ahora se conoce como No Positivismos, y como fundamento central se usa la fórmula de Gustav Radbruch, la cual se desarrolla por el Tribunal Supremo Alemán (1955), y señala:

El iuspositivismo, que tiene como base la legislación y el poder, tiene que ser cumplido incluso siendo injusto y fracasa en su intento por beneficiar al pueblo, a menos que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un grado intolerable de tal manera que la ley, en tanto «derecho defectuoso», tenga que ceder ante la justicia. (p. 354)

A simple vista señalamos que esta es una forma de no positivismo primigenio, pues como se puede ver no exige una relación de correspondencia entre el derecho y la moral, pues como se ve según la fórmula de Gustav Radbruch, las normas que han sido expedidas apropiadamente y que son socialmente eficaces, pueden ser derecho inclusive si son injustas; sin embargo esto si se lleva al extremo, es decir que pase el umbral de la injusticia intolerable solo ahí aun sea una norma expedida de manera apropiada y socialmente eficaces, perderán su validez; en esto es claro advertir que efectivamente aún no se puede hablar de un No Positivismo propiamente dicho, pues aquí se afirma que una norma puede ser injusta y seguirá siendo derecho, y excluye únicamente a la injusticia desmesurada; En tal sentido la forma más exacta de entender la fórmula de Radbruch será: “La injusticia extrema no es derecho”.

#### **3.4.2. Lo que el derecho es y lo que debe de ser**

Para abordar este tema así como hemos desarrollado la fórmula de Radbruch, de acuerdo con la cual la injusticia extrema no es derecho; debemos de realizar un análisis respecto a la Tesis de la Corrección, esta señala que si bien es cierto que el derecho dentro de sus normas puede contener defectos de carácter jurídico, sólo se limita y refiere a ese carácter jurídicamente defectuoso, pero que dicho error no implica la invalidez jurídica de la norma, es decir es un error que se puede pasar por alto; al respecto Robert Alexy (2006) señala:

Este es un corolario de la doble naturaleza del derecho. El derecho es, al mismo tiempo, esencialmente autoritativo y esencialmente ideal. Todos los defectos de la dimensión ideal son defecto jurídico, pero de ninguna manera todos estos defectos tienen los medios para menoscabar lo que ha sido establecido como derecho por la dimensión autoritativa. Para dar este paso ulterior, se necesitan razones adicionales.

Estas razones adicionales tienen que comprender razones morales. Las razones morales son razones normativas. Las razones morales o normativas que subyacen a la fórmula de Radbruch comprenden a los derechos humanos o fundamentales. Esto hace posible expresar el no-positivismo en términos normativos; «[Un] concepto no-positivista de derecho tiene necesariamente que ser aplicado para proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos» (ALEXY, 2002: 58). Este es exactamente el punto en el que se vislumbra uno de los principales problemas del no-positivismo. Este problema puede expresarse en la siguiente pregunta: «¿Es posible aplicar argumentos normativos para determinar la naturaleza y el concepto del derecho?». Mi respuesta es afirmativa.

A primera vista, sin embargo, puede parecer correcta una respuesta negativa. Determinar la naturaleza del derecho es decir qué es el derecho y, como ya se mencionó, el concepto de derecho tiene que definirse teniendo en cuenta su naturaleza. ¿Existe alguna base para considerar cómo debe ser el derecho,

como un paso para determinar qué es el derecho? No es sorprendente darse cuenta de que justo este punto causa tensión en los positivistas. RAZ, por ejemplo, argumenta que la naturaleza del derecho es un asunto de teoría y no algo que pueda propugnarse, y lo que exclusivamente concierne a la teoría es «cómo son las cosas» (RAZ, 1996: 7). De manera similar, Andrei MARMOR insiste:

Cuando aceptamos que para obtener algo como la fórmula de Radbruch, Usted necesita un fundamento normativo, usted se basa en un argumento normativo para decir algo acerca del derecho. En este caso, la conclusión ya no es acerca de la naturaleza del derecho. (p. 94 - 96)

Como hemos visto van a existir diferentes concepciones acerca de lo que es el derecho: una concepción restrictiva y una concepción comprensiva. Conforme con la concepción restringida, la cual al parecer tendría una inclinación al positivismo, lo que sea el derecho es algo que depende exclusivamente de lo que en realidad se haya expedido y de lo que sea socialmente eficaz, es decir es un asunto de hechos sociales; por otro lado de acuerdo con la concepción comprensiva, señala que lo que sea el derecho es algo que depende de lo que se considere correcto que el derecho sea, lo que se considere correcto que él derecho sea no depende sólo de hechos sociales sino también de la corrección moral. En este sentido, lo que

el derecho deba ser encuentra una vía de entrada en lo que el derecho es; en merito a esto Robert Alexy (2006) señala:

Esto sirve para explicar la fórmula de Ra, que no dice que la «injusticia extrema no debería ser derecho», sino, más bien, que «la injusticia extrema no es derecho». Podrían decirse muchas cosas más acerca de la diferencia entre el «ser» del observador y el «ser» del participante. Sin embargo, tal vez lo que se ha dicho sea suficiente para indicar lo que los no-positivistas quieren decir cuando aducen que su explicación, más compleja, está más cercana a la naturaleza del derecho que la explicación, más simple, ofrecida por los positivistas. (p. 96)

Entonces queda claro que el derecho que es, puede ser el derecho positivizado, visto desde un punto de vista positivista, en cambio el derecho que debe de ser, es cuando el derecho positivo se somete al control valorativo de la sociedad y empieza a hacer criticas si es moralmente correcto o no las disposiciones legales, es así que se concibe el no positivismo.

### **3.4.3. La indeterminación normativa**

Como hemos señalado la indeterminación normativa es una característica del derecho, es decir será aquel componente natural de todo sistema normativo, pues decir que puede haber un sistema normativo perfecto que pueda ser capaz de comprender toda

conducta humana, y que este sea tan preciso en cuanto a sus términos para describir esa conducta sin contradecirse con ninguna otra norma; en tal sentido al no existir dicho ordenamiento jurídico, se afirma como realidad los problemas de indeterminación del derecho, es así que para realizar un correcto estudio se abordará cada una de las figuras que comprenden la indeterminación del derecho.

#### **3.4.3.1. Indeterminación debida a defectos lógicos del sistema jurídico**

Respecto a este tipo de indeterminación jurídica cabe indicar que los operadores de justicia encuentran el sustento legal normativo como una justificación respecto a las decisiones o soluciones del caso, es decir son la fuente de su fundamentación jurídica, entonces debemos de señalar que este tipo de indeterminación jurídica afecta a cuestiones de regulación o calificación deontica; dentro de lo que habíamos desarrollado, la Indeterminación debida a defectos lógicos del sistema jurídico estarán vinculadas a la imposibilidad humana de positivizar todas las conductas que puedan darse en el mundo real por parte de los demás seres humanos, así como también estará ligada a que dada a la cantidad de normas legales positivas existentes en un sistema jurídico y a su aplicación a cada caso, existen inevitablemente casos en los que dos normas contrarias concursen para que se apliquen a

un determinado caso; en resumen serán las lagunas y antinomias.

#### **a) Las Lagunas**

Las lagunas serán la clara muestra de que el derecho positivo, no es capaz de regular todas las conductas humanas, y será cuando ante una determinada situación, hecho y contexto, no exista norma legal para poder solucionar dicho caso; ahora bien al respecto debemos de señalar que desde el enfoque positivista existen tres conceptos distintos de laguna, los de laguna normativa, laguna apológica y laguna de reconocimiento; entonces habrá laguna normativa cuando un determinado caso no encuentre dentro de un sistema normativo una solución, que satisfaga la solución al problema creado; por otro lado habrá laguna axiológica en un sistema normativo cuando ese sistema sí contiene una norma que soluciona el caso, pero que dicha norma no ha valorado ciertas características importantes y trascendentes del caso, es decir es una norma incompleta para el caso en concreto, conforme a sus especificidad; y finalmente habrá laguna de reconocimiento cuando, el sistema jurídico contiene una norma general, y resulta dudoso si el caso individual o menos genérico podría ser resuelto por dicha norma.

En estos casos cabe indicar que con respecto a la laguna de reconocimiento, se tratara a nivel de vaguedad, pues tiene mucha relación con ese problema, es así que nos centraremos únicamente a las lagunas normativas y axiológicas; en cuanto a esto el positivismo ha tenido muchos problemas al cuestionársele como deben de resolver estos casos los jueces; al respecto de las lagunas normativa, señalan que el juez tiene el deber de emitir una sentencia es decir fallar adoptando cualquiera de los opciones, a favor del demandante o a favor del demandado; así mismo el positivismo reconoce que el derecho (desde su punto de vista) no establece solución alguna en estos casos; por otro lado en cuanto a los supuestos de lagunas axiológicas, el juez tendrá que aplicar la solución contenida en la norma de que se trate; en estos dos casos el juez tendrá libertad de adoptar cualquier decisión posible, teniendo como guía sus criterios personales preferentemente pero si una regla otorga solución para el caso ya no hay jurídicamente nada más que añadir. Al respecto el ilustre Ruiz Manero (2005), señala:

Un cierto caso constituye una *laguna normativa* de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema jurídico no contiene una regla que correlacione el caso con una

solución normativa y (2) el balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico exige una regla que correlacione el caso con una solución normativa que califique la conducta de que se trate como obligatoria o prohibida. Y, por su parte, un cierto caso constituye una laguna axiológica de un cierto sistema jurídico si y sólo si (1) ese sistema contiene una regla que soluciona el caso, pero (2) sin que dicha regla considere como relevante una propiedad que, de acuerdo con las exigencias que se derivan del balance entre los principios relevantes de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante. (p. 123)

#### **b) Las Antinomias**

En primer lugar es preciso tener un concepto, la antinomia o contradicción se presenta cuando al tener un determinado caso o situación, hay una concurrencia de dos o más reglas jurídicas que dan solución al caso planteado, pero que estas soluciones son incompatibles. Con respecto a esto la teoría del derecho ha señalado criterios a tener en cuenta para dar solución a este tipo de problemas, es así que como métodos de solución se tiene la solución por Ley Superior (lex superior), esto nos guía que cuando hay dos normas que se son aplicables para un mismo caso pero que dan soluciones distintas, se debe

de preferir la ley jerárquicamente superior, como ejemplo podemos señalar, que se preferirá la norma constitucional antes que la norma legal, así como se preferirá la norma con rango de ley ante la norma reglamentaria; Ley Posterior (lex posterior), esta está referida a que cuando hay un problema por antinomia, se preferirá la ley posterior en el tiempo, pues esto presupone que la anterior ha sido derogada de forma tácita, esto tiene su excepción en derecho penal y es que se puede preferir la ley anterior o posterior siempre y cuando favorezca al reo; finalmente se tiene criterio de la Ley especial (lex specialis), la cual señala que ante un conflicto de normas se debe de preferir la que sea más específica, es decir que su supuesto de hecho abarque de forma más exacta el problema discutido; esto i bien es cierto que han traído un gran aporte a la solución de antinomias, cabe señalar que no todas las antinomias pueden ser solucionados a través de estos métodos, es así que como señala Ruíz Manero (2005) señala el siguiente ejemplo:

Supongamos una norma N1 contenida en una ley procesal, de acuerdo con la cual todos los funcionarios públicos tendrían la obligación de entregar al juez penal cualquier documento solicitado por éste, y supongamos asimismo una

norma N2 [del mismo grado que la anterior] con arreglo a la cual los funcionarios públicos tienen prohibido entregar a cualquiera los documentos calificados como secretos de los que tuvieran conocimiento por razón de su cargo; Estas dos normas resultan antinómicas en relación con algunas combinaciones de propiedades no previstas por la autoridad editora de ninguna de ellas. Ahora bien, puesto que las dos normas son del mismo grado, no es de aplicación al caso el principio *lex superior*, el principio *lex posterior* resulta aquí irrelevante, y el principio de *lex specialis* podría operar en cualquier sentido. (p. 106)

Aquí nuevamente entra el debate entre el positivismo y el no positivismo, ya que el positivismo señala que en este caso el operador de justicia tendría que crear derecho, valiéndose sus criterios personales, por otro lado el no positivismo señala que el juez deberá de usar su discrecionalidad pero teniendo en cuenta las principios y la moral.

#### **3.4.3.2. La indeterminación lingüística de las normas**

Así mismo un ordenamiento jurídico está condenado a sufrir la indeterminación lingüística, pues como ya hemos analizado

no es posible que a través de palabras concretizadas en normas jurídicas, se puedan comprender todas las conductas y supuestos en los cuales pueden aplicarse las leyes, es por ello que en algunas veces el legislador usa palabras genéricas para poder abarcar muchas conductas o situaciones, ¿pero dónde es el límite de lo que encierra?, es ahí donde entra el problema de la vaguedad; ahora bien cabe señalar que cada palabra no tiene el mismo significado que otra, es decir los sinónimos si bien es cierto son palabras distintas que pueden significar lo mismo, muchas veces se tiene que cada palabra está referida a ciertas peculiaridades que la distinguen de otra, por ejemplo: barro y fango, ambas palabras son sinónimas y pueden ser usadas dentro de un contexto, sin embargo el barro podría ser únicamente la combinación de tierra con agua, sin embargo el fango está más orientado a una mezcla de vegetación (raíces), y esto precisamente crea los problemas de ambigüedad, que muchas veces las palabras que se usan en las leyes pueden significar una y otra cosa; la indeterminación lingüística de las normas señala que es difícil saber qué es lo que el derecho requiere, esto por inconvenientes del lenguaje mediante el que éste se expresa.

### **a) La Ambigüedad**

La ambigüedad como un problema del significado de las palabras usadas en la redacción de las normas, pueden tener los siguientes tipos de problemas: sintácticos, sintácticos y semánticos; es así que como lo afirma Guastini (1993):

La ambigüedad semántica crea problemas en los términos. Es decir que se da cuando un término puede tener diferentes significados; la ambigüedad sintáctica incidiría a la estructura lógica del enunciado, o sea a la forma en que los términos están conectados entre sí; Finalmente, la ambigüedad pragmática, es sui generis, se da cuando un enunciado cumple muchos usos o funciones del lenguaje, pero que su propio contexto hace imposible esclarecer de qué uso se trata. (p. 351-355)

### **b) La Vaguedad**

Cuando se habla de vaguedad se habla de problemas de indeterminación normativa pero referida a los conceptos, ya no a los términos; dentro de esta indeterminación normativa se encuentran los problemas de vaguedad extensional y de vaguedad

intencional; Será vaguedad extensional cuando no se sabe el ámbito de aplicación de un concepto y será vaguedad intencional cuando no son claras sus características, ejemplo, cuando se considerará sancionable la posesión de droga suficiente para el tráfico, el enunciado «cantidad suficiente» no es exacto; pues no se sabe a cuantos gramos o kilos corresponde eso.

#### **3.4.4. Diferencias del Iuspositivismo y el No Positivismismo**

Como hemos visto a lo largo del desarrollo de derecho dentro de la sociedad humana, se contraponen dos teorías sobre el Derecho: el iuspositivismo y el iusnaturalismo. A esto cabe indicar que dadas las concepciones actuales de cada una de ambas, y sobre todo del iusnaturalismo contemporáneo, es mejor hacer la distinción llamando positivismo y no positivismo jurídicos con el fin de centralizar con esta distinción a las concepciones jurídicas de aquellos autores que, sin ser iusnaturalistas, ya que no piensan en la existencia de un Derecho natural, pero tampoco comparten la tesis positivistas.

La diferencia radical entre el iuspositivismo y el no positivismo, es que para el primero únicamente será derecho las normas jurídico positivas, es decir las reglas; en cambio para el no positivismo señala que el derecho no solo está compuesto de reglas sino también de principios morales; ahora bien cabe indicar cuales son las diferencias

entre las reglas y los principios; Haciendo un análisis sobre su estructura y función de cada uno de ellos, se tienen tres tesis básicas respecto a las diferencias de los principios y las reglas, las cuales son:

#### **3.4.4.1. La Tesis fuerte de la separación**

Según la tesis fuerte de la separación, las reglas y principios se diferencian de forma cualitativa, por lo que se debe de dejar de pensar que solo hay diferencias de grado. Es decir, señala que las reglas y principios son normas pero que una misma no puede ser a la vez regla y principio; esta tesis es adoptada por los no positivistas.

#### **3.4.4.2. La Tesis débil de la separación**

La cual indica que las reglas y los principios tienen unas distinciones meramente graduales más no una diferencia cualitativa. Utiliza razonamientos clásicos sobre las diferencias entre los principios y las reglas (fundamentalidad, jerárquica, superioridad, generalidad, vaguedad, etc.) suelen adecuarse a estos fundamentos. Por ejemplo, conforme al fundamento generalidad, los principios generalmente son generales a diferencia de las reglas, aunque las reglas también podrían ser generales; conforme al fundamento fundamentalidad, los principios generalmente son fundamentales a diferencia de las reglas, aunque las reglas también podrían ser fundamentales; según el fundamento de

vaguedad, los principios los principios generalmente son más vagos a diferencia de las reglas, aunque las reglas también podrían ser vagas.

#### **3.4.4.3. La Tesis de la conformidad**

Para esta tesis la diferencia que habría entre las reglas y los principios no son nada relevantes, otorga a cada una de ellas como un mismo sentido y valor como normas jurídicas, y señala que los administradores de justicia deben de usarlas de igual forma a cada una de ellas.

#### **3.4.5. El principalísimo en contra del positivismo jurídico**

##### **3.4.5.1. Importancia de los principios**

No cabe duda que si hablamos del no positivismo y la importancia de los principios para la solución de casos, no podemos dejar de analizar el estudio que hace Ronald Dworkin (1984) sobre el caso estadounidense Riggs contra Palmer, el mismo que es el siguiente:

Este caso se desarrolló en 1889 en la ciudad de Nueva York, siendo el caso que el señor Francis Palmer había emitido su testamento en el cual disponía que sus bienes pasarían a nombre de sus dos hijas (Señora Riggs y Preston), y también para su nieto de nombre Elmer. Es

así que pasado el tiempo el nieto Elmer, al ver a su abuelo que estaba viviendo una relación sentimental con una mujer, y con la creencia que en cualquier momento su abuelo Francis pueda contraer matrimonio, decide matar a su abuelo, a fin que se mantenga el testamento inicial y pueda heredar la fortuna que le había dejado su abuelo. Es así que Elmer fue declarado culpable de su crimen en el ámbito penal, sin embargo, las hijas del causante Riggs y Preston demandaron civilmente con la finalidad de impedir que Elmer recibiera la herencia que le habría dejado su víctima. Sin embargo, en el *Statute of Wills* de Nueva York, que son sus normas civiles, no estaba positivizada como indignidad para impedir la sucesión, el hecho que Elmer había cometido. Lo cual devendría en un caso difícil, pues el vacío normativo, y su posible solución del caso está relacionada directamente por la concepción que se tendría de la justicia.

Es así que en primera instancia se le dio la razón a Elmer, luego al apelarse a la Corte de Apelación de Nueva York, chocaron dos posiciones: la mayoritaria, sostenida por el juez Earl, quien sustentaba dando la razón a Riggs y Preston, y la otra postura sostenida por el juez Cray, que sustentaba a favor de Elmer. Finalmente se impuso la postura que favorecía a las demandantes, teniendo como

sustento el siguiente principio «a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad de su propio crimen» (p. 73 y ss.)

Lo relevante de este caso es que hasta ese momento dicho principio no estaba contenido en ningún cuerpo normativo de forma positiva ni como principio ni como regla, y en contraposición a ello, respecto a que si debería de recibir su herencia estaba regulado de forma tácita en una regla, pues las causales taxativas de indignidad para que no sea merecedor de la herencia, si estaban reguladas y la que él había cometido no estaba dentro de ellas; lo cual creó un precedente en la administración de justicia de Norte Americana, pues lo resuelto era lo más justo, independientemente lo que permita o prohíba las leyes.

Para Dworkin, los casos difíciles así como el caso anteriormente analizado son prueba que los jueces utilizan además de las normas positivas o reglas, la moral a través de los principios, que necesariamente deben de ser utilizados para que se pueda administrar correctamente la justicia, puesto que ya la concepción positivista no sería capaz de resolver adecuadamente dichos casos difíciles. Así el maestro García

Figuroa (2003), con respecto a las conclusiones del caso Elmer que Dworkin infiere, podrían ha considerarse los siguientes términos:

1) El Derecho es más que reglas, pues hay otras normas llamadas principios, como al que llegaron en conclusión los Jueces Supremos en el caso Elmer; las cuales tendrán una estructura distinta y su forma de aplicación estará ceñida a la argumentación al caso en concreto.

2) Las normas emitidas por el legislador o que nacen de costumbres sociales, no lo son todo en el derecho, pues también tendrán que considerarse los principios procedentes de la moral. De lo anteriormente señalado se concluye que Dworkin es no positivista. Ahora bien respecto a los principios señala que los principios en sentido estricto son derechos individuales de naturaleza moral que pueden ser prevalentes al mismo Estado y que no pueden quitarnos, a lo cual nombra «tesis de los derechos» (*Rights thesis*), También nos explica que estos derechos son superiores al Derecho positivo emitidas por el Estado, específicamente a las directrices emitidas por aquel, con lo cual se advierte que la teoría de Dworkin sigue la tradición liberal.

3) Otra conclusión a la que llega y que está en contra del positivismo, es que señala que el juez no tiene por qué crear nuevo Derecho. Si no que sostiene que el juez deberá de identificar los principios que no han sido captados por una regla positivizada pero que pertenecen al Derecho. Enfatizando su diferencia con el positivismo respecto a que sostienen que en los casos difíciles los jueces deben ejercer cierta discreción, pues según la conclusión de Dworkin señala por el contrario que el juez no debe ejercer discreción ni crear Derecho, ya que los principios morales siempre ofrecerán una única respuesta correcta. (*One Right Answer Thesis*) de Dworkin. (p. 234 - 235)

#### **3.4.5.2. Distinción de reglas y principios**

Para realizar esta distinción es preciso analizarlo teniendo en consideración el contenido de cada uno de estos, pero no sin antes puntualizar a qué tipo de principio nos referimos, pues cuando se trata de principios reconocidos por el legislador en un ordenamiento jurídico determinado, es decir lo positiviza ese principio, entonces el positivismo no tiene ningún problema en reconocer dicho principio como derecho; el problema radica cuando se trata de normas morales (principios) que no están dentro de ningún cuerpo normativo positivo, es decir que el legislador no lo ha concebido,

entonces ahí viene el problema para el positivismo pues no lo consideraría derecho; entonces teniendo en consideración todos esto debemos de realizar que tipos de principios hay, para esto citamos al experto Jerzy Wroblewski (1989), el cual señala:

1) Principio positivo de Derecho: Es cuando el principio está explícitamente contenida en el texto jurídico, ejemplo, el artículo 2 inciso 24 de la Constitución Política del Perú.

2) Principio implícito del Derecho: Es cuando el principio se infiere de alguna regla o disposición legal o normas. Como ejemplo podemos citar el Ne Bis In Idem que se entiende del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

3) Principio extra sistémico del Derecho: Es cuando un el principio no está contenido en un cuerpo normativo, y que tampoco no se deja inferir de alguna norma ya existente. Tal y como sucedió con el caso Elmer. (p. 151-168)

Para los fines del presente trabajo, se abordará los primeros principios señalados, así pasamos a identificar cada paradoja que crea cada uno de estos principios; por ejemplo los principios explícitos del derecho y los principios implícitos, al

tener leyes que los contienen o que permiten su deducción, entonces deberían de aplicarse las leyes, pues los principios son para la aplicación cuando hay deficiencia de la ley; ahora bien un principio extra sistemático, es una norma que está dentro y fuera del derecho al mismo tiempo, ¿Cómo es esto posible?, al respecto Guastini (1992) señala “los principios extra sistémicos resulta paradójica pues señala que hay principios jurídicos sin ser jurídicos” (p. 147); y es precisamente en que el no positivismo critica esta afirmación del positivismo, y señala que no hay paradoja pues si es derecho.

Entonces podemos afirmar que los principios se clasifican como sistemáticos, dentro de los cuales están los explícitos y los implícitos, y los extra sistemáticos; ahora bien para terminar esta apreciación se debe de indicar entonces que los principios explícitos son directamente válidos, los implícitos son indirectamente validos porque se sustentan en una norma positiva, y los principios extra sistemáticos, tendrían una validez discutible, serán inválidos desde la concepción del positivismo y validos desde el no positivismo; ese es el centro de debate entre ambas concepciones y que ha generado todo el revuelo en las últimas décadas.

**a) Reglas, aplicación todo o nada.-**

Las reglas son de aplicación de todo o nada, es decir cuando hay una regla positiva, esta debe de aplicarse o no aplicarse, de forma total, es decir si la aplicas deberás de cumplir fielmente su disposición y en caso de no aplicarla no se considerará nada, es aquí donde Dworkin hace una distinción fuerte, partiendo de los criterios de la aplicación disyuntiva de las reglas, un ejemplo que nos pone Peczenik (1989) por ejemplo:

»RI: «No conducir a más de 100 Km/h»

Si superamos ese límite estamos en una conducta prohibida; entonces o bien actuamos acorde a la regla o no. Entonces se responde al silogismo perfecto, (RI) el que conduzca a más de 100 Km/h será sancionado.

Juan conduce a más de 100.

Entonces, A será sancionado.

Solo podría haber dos causas para que no se aplique la consecuencia, la invalidez de RI; y que existan excepciones contenidas en otras reglas. (p. 76)

Entonces debemos de ver como colisionan las reglas, cuando existe un choque entre dos reglas es posible (1) que una de ellas no sea válida, o (2) que de ellas sea excepción de la otra; en cualquiera de los de casos, nunca existió

realmente una antinomia, pero en el caso que realmente haya una antinomia, Es decir que las reglas que colisionan son jurídicamente válidas, pues pertenecen al sistema jurídico, ambas tienen el mismo supuesto de pero tienen consecuencias jurídicas incompatibles, en esos casos se tendrá que optar por la solución de ley superior, ley posterior y ley especial.

**b) Los principios, aplicación gradual:**

Ahora bien pasando a los principios y su forma de aplicación, se debe de precisar que es distinta a las reglas, no tendría una aplicación de todo o nada, sino más bien, como muchos autores lo llaman, tendrían una dimensión de peso, como ya habíamos indicado cuando hay conflicto de reglas (antinomias) se optará por la solución de ver que ambas sean válidas, ver que una no sea la excepción de la otra, y si no se puede solucionar de esa forma se procederá, a usar ley superior, ley posterior y ley especial; caso distinto es cuando se trata de principios, cuando tienen que ver principios explícitos, normalmente tutelan derechos fundamentales, que por lo general tienen rango constitucional, cabe indicar que los principios no excluyen la validez del otro principio, los principios no causan antinomias, sino tensiones, en los cuales para su solución, deberá de analizarse el caso en concreto y podrá ser que

para determinado caso primer el principio (1) sobre el (2), pero que para otro caso prime el (2) sobre el (1); entonces las soluciones no son para siempre, así mismo para resolver tensiones entre principios no se puede aplicar de ninguna forma la ley superior, ley posterior y ley especial; y esto porque tienen la misma jerarquía cuando se trata de principios constitucionales, y cuando se trata de principios implícitos y extra sistémicos, no es posible determinar la jerarquía, que Guastini (1996) señala: “esto se ha denominado una «jerarquía móvil» (*gerarchia mobile*)” (p. 523), por ende todo dependerá del caso en concreto; así mismo no se puede aplicar el criterio de especialidad de la norma, pues todos los principios son generales; y por último no se puede aplicar el criterio de ley posterior, pues no se puede establecer cual es anterior y posterior en el tiempo.

Entonces su solución radica en que los principios, deben de ser ponderados, para el caso en concreto.

### **c) Conflicto entre reglas y principios**

Si bien es cierto es difícil de encontrar tales circunstancias, pero puede darse; un caso nos pone García Figueroa (2003), que señala:

Se tiene que el principio (1), prohíbe discriminar por razón de sexo y la regla (2) prohíbe a las mujeres prestar el servicio militar obligatorio. En estos casos se deberá de argumentar por qué la regla se contrapone al principio, pero lo normal es que no se argumente para aplicar una regla, por lo que falla el fundamento fuerte que las reglas se aplican a la manera de todo o nada.

Entonces debemos de tener en cuenta que los principios serán mandatos de optimización, es decir la mejor forma de distinguirlo de las reglas, es que los mandatos contenidos en un principio deben de ser cumplidos en la mayor medida posible, como lo dice el maestro Robert Alexy (1993):

Mandatos de optimización (Optimierungsgebot). La aplicación de los principios a los casos se debe de realizar en la mayor medida posible. Señala que Dworkin. (p. 87)

#### **3.4.6. Clases de No Positivismo**

Cabe indicar que el no positivismo señala como fundamentos rectores, las siguientes afirmaciones, pero no de forma conjunta necesariamente:

1. Existe un tipo de orden moral objetivo o de Derecho natural.

2. Existe una relación necesaria entre el Derecho y el orden moral objetivo o el Derecho natural.

En base a esto se ha distinguido las siguientes clases de no positivistas:

#### **3.4.6.1. Iusnaturalismo ontológico**

Este tipo de iusnaturalistas, defenderán ambos enunciados, es decir afirma que la existencia de una especie de orden moral objetivo o de Derecho natural y el Derecho está vinculado a él conceptualmente. Siendo así esta concepción, lo que se considerará como derecho siempre será justo.

#### **3.4.6.2. Iusnaturalismo deontológico**

Por otro lado el iusnaturalista deontológico, defiende el enunciado número uno pero rechaza el segundo; es decir acepta que hay una especie de orden moral objetivo o de derecho natural, pero niega que este deba de ser vinculado con el derecho; este planteamiento puede ser compatible con el positivismo.

#### **3.4.6.3. Neo iusnaturalistas**

El neo iusnaturalismo sostiene la primera, pero no la segunda; es decir señala que hay una moral que se vincula al derecho pero no sabe qué tipo de moral es aquella; esto es un problema ya que no saben a qué tipo de moral está vinculado

el Derecho; como señala García Figueroa (2003) “esto es inexacto pues no guarda identidad con su razón de ser, similar a lo que señala Leonard Cohén al decir «no puedo olvidar, pero no recuerdo qué»” (p. 233); en otras la palabras los que defienden esta teoría, señalan que el derecho se vincula a la moral pero no sabemos a cuál; al respecto el maestro Ronald Dworkin (1999) señala:

Lo que se pretende es colegir que los hechos morales existen, si a través de la razón sobre una determinada proposición jurídica es verdadera.

#### **3.4.6.4. Neo constitucionalismo**

El neo constitucionalismo a la fecha está definido de múltiples formas, es decir no existe una concepción uniforme respecto a su esencia; sin embargo lo que sí es criterio universal es que es contrario al positivismo, y por lo tanto es ubicado dentro de las múltiples teorías del No Positivismo; ahora bien la forma más fácil de definirlo es como un fenómeno del derecho por el cual diferentes ordenamientos jurídicos estructurados por una constitución política, defienden que los principios que allí se encuentran deben siempre de ser utilizados por encima de las reglas, es decir confiere a los operadores del derecho como los jueces poder para interpretar las reglas siempre conforme a los principios contenidos en la constitución, ahora bien se enfoca a los principios constitucionales como si estos fueran

un nexo o puente del Derecho hacia la moral, por lo que cuando un operador de justicia tome una decisión será derecho puesto que esta vinculada a una norma moral. Cabe indicar de forma infalible las características propias del neo constitucionalismo, dentro de las cuales se tiene entre otras que los principios siempre tendrán mayor valor que las reglas; respecto a su uso siempre será mejor hacer razonamientos de ponderación que la aplicación del silogismo; el protagonismo de los operadores del derecho sobre los legisladores; la supremacía de la constitución sobre cualquier rama del derecho. Entonces el neo constitucionalismo está referido a una interpretación de la constitución, por los operadores del derecho al momento aplicar cada uno de las diferentes ramas del derecho a casos específicos, sobre todo en los casos denominados extremadamente difíciles. En el presente trabajo únicamente se tomará de forma muy superficial lo referido al neo constitucionalismo, y esto porque la tesis trata de probar como un principio extra sistemático cuyo origen es completamente la moral, es decir que no está de forma explícita ni siquiera implícita en la constitución, puede derrotar a los principios constitucionales tanto explícitos como implícitos (cosa juzgada, ne bis in idem), por lo cual, esto estaría dentro de lo más puro de un No Positivismo.

### 3.4.6.5. No positivismo excluyente, incluyente y super incluyente

Las diferencias provienen de las diferentes validaciones jurídicas que se atribuyen a las valoraciones morales.

**a) No positivismo excluyente:** Es según el cual todo defecto moral que pueda tener una norma, conlleva a la invalidez jurídica, a su exclusión del ordenamiento jurídico, es la versión más radical del No Positivismo. Señala que las reglas inmorales no son jurídicamente válidas. Acá la moral gobierna enteramente e derecho, su problema es la gran cantidad de concepciones morales, lo cual desembocaría en el anarquismo.

**b) No positivismo incluyente:** Aduce que puede reprocharse al no positivismo excluyente que incurre en una idealización excesiva, y puede evitarse el error usando la fórmula de Radbruch, que aduce que los defectos morales ni siempre socaba la validez jurídica ni nunca lo hacen, los defectos morales socaban la validez jurídica si y solo si, se sobrepasa el umbral de la injusticia extrema, y por debajo de este umbral los defectos morales se confirman y solo dan al derecho un carácter defectuoso, es decir se les tolera pero se reconoce como que el derecho es defectuoso.

- c) **No positivismo super incluyente:** Señala que la validez jurídica no se afecta de ningún modo por defectos morales; sigue a Kant y la razón pura, pero su forma de cumplirla es concretizándose en derecho positivo.

### **3.5. Fuentes del Derecho relevantes para el caso analizado**

En esta parte del trabajo abordaré con respecto a normas, doctrina y jurisprudencia, relevante que tiene de fundamento la postura positivista pero en aplicación al caso en concreto, es decir principios sistémicos y reglas que conformarían nuestro ordenamiento jurídico desde el punto de vista positivo; pues cabe señalar que con respecto ya a la solución del caso, que a nuestro criterio se usaron concepciones no positivistas, se tratará en el capítulo siguiente.

#### **3.5.1. De las Normas Internacionales**

En este extremo cabe indicar que independientemente si se trata de un tratado internacional o una declaración internacional, ambas deben de ser consideradas, pues aquellas normas internacionales que sin tener la condición de obligatoriedad, por su trascendencia mundial deben de ser respetados, y que igualmente son fuentes de derecho, es por ello que se harán alusión las diferentes normas internacionales útiles para el presente caso, sin considerar su obligatoriedad o no, así tenemos:

**a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:**

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Artículo 14.- (...)

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

**b) Declaración Universal de Derechos Humanos**

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo texto completo figura en las páginas siguientes. Tras este acto histórico, la Asamblea pidió a todos los Países Miembros que publicarán el texto de la Declaración y dispusieran que fuera "distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios".

Artículo 10.

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. (...)

**c) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre**

Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948, de la cual se consideran:

Artículo 18 - Derecho de justicia

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

Artículo 26 - Derecho a proceso regular

Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente

establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

**d) Convención Americana Sobre Derechos Humanos**

Suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32), en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

(...)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

**3.5.2. De la Constitución Política del Perú**

Para la solución del presente caso se debe de tener en cuenta con respecto a la Constitución Política del Perú lo siguiente:

Principios de la Administración de Justicia

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

(...)

13. La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.

#### **3.5.2.1.Desarrollo doctrinario**

De la normatividad constitucional antes señalada cabe indicar que se tienen los siguientes principios explícitos, el debido

proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y principio de legalidad procesal; así como la garantía constitucional de la cosa juzgada y prohibición de revivir procesos fenecidos; ahora bien, también contiene el principio implícito del Ne Bis In Idem, que ya está enmarcado dentro del ámbito penal; en tal sentido corresponde un análisis de cada uno de ellos:

**a) Principio de Debido Proceso**

Dentro de la amplia variedad y diversos tipos de derechos sustantivos que se encuentran dentro de la Constitución Política del Perú, Código Civil, Código Penal, entre otros; el estado ha tenido la necesidad de crear los mecanismos adecuados para que los derechos sustantivos puedan ser reclamados ante la entidad encargada de la administración de justicia, en otras palabras al crear el derecho procesal ha creado los mecanismos y procedimientos adecuados a fin de efectivizar en el mundo práctico la satisfacción de los derechos sustantivos contenidos en los cuerpos normativos sustantivos antes descritos, y conforme a la naturaleza y peculiaridades de cada proceso, ya que por la amplitud del derecho, nuestro ordenamiento jurídico adjetivo ha creado distintos procesos a fin de satisfacer concretamente dicha diversidad de derechos, ya que es absurdo creer que se pueda aplicar un derecho procesal general en la tramitación de todos los derechos

sustantivos existentes, es decir que con el mismo proceso se pueda tramitar un proceso civil y un penal, lo cual sería descabellado; es así que el estado a través de del ente legislativo ha creado diversos cuerpos normativos destinados a la naturaleza de cada derecho que se pretenda o sea sometido al Poder Judicial, así tenemos como ejemplo el Código Procesal Constitucional, el Código Procesal Civil, Nuevo Código Procesal Penal, Ley del Procedimiento Administrativo General, entre otros.

Ahora bien precisamente por la complejidad de los derechos sustantivos de cada materia, el legislador no solo ha visto la necesidad de crear un proceso para cada rama del derecho, sino que dentro de cada una de ellas ha visto la imperiosa necesidad de crear diversos procesos y para ello ha creado nomenclaturas a cada uno de ellos, por ejemplo dentro del Código Procesal Civil se tiene el Proceso de Conocimiento, el Proceso Abreviado y el Proceso Sumarísimo, entre otros; en el Nuevo Código Procesal Penal se tienen el Proceso Común, y los procesos especiales como el Proceso Inmediato, Terminación Anticipada, el Proceso por Razón de la Función Pública, el Proceso Especial Por Faltas, entre otros.

Es ahí donde nace el principio del debido proceso, el cual será el respeto a dichas normas que regulan el proceso, en los plazos y en las formas que la ley adjetiva ha previamente establecido para cada proceso, pues el estado al ejercer la administración de justicia con el poder coercitivo, es decir provisto de una fuerza descomunal que no se puede comparar a los litigantes, a través de la norma procesal pre establece cuales serán las formas y los límites en su actuación al administrar justicia.

**b) Principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva**

Por tutela jurisdiccional efectiva, debemos entender que los ciudadanos de un estado, al vivir dentro de este y gozar de la protección de sus bienes jurídicos así como del apoyo del mismo, para lograr un desarrollo personal íntegro y tener una calidad de vida, están sometidos a las leyes que gobiernan dicho estado, ahora bien el estado será aquel que monopolícamente realizará la administración de justicia, salvo fueros permitidos por la constitución política, es así que en el caso del Perú se reconoce la jurisdicción arbitral y militar en el artículo 139 inciso 1 de la Constitución, entonces cuando una persona se sienta vulnerada en sus derechos o en el caso de un delito el Ministerio Público ve la necesidad de instaurar proceso penal en contra de una persona, tendrá que

acudir al órgano estatal adecuado para que satisfaga sus pretensiones de hacer respetar sus derechos o en el caso penal que el estado logre imponer una sanción en contra del delincuente y ordene el pago de una reparación civil a favor de la víctima; entonces al hablar de la tutela jurisdiccional efectiva se está hablando precisamente del resultado de todo el sistema jurisdiccional a fin resolver los distintos conflictos interpersonales que se puedan dar en una sociedad, el cual tendrá el plus de efectiva, si dicha solución está dentro de los estándares de justicia para el titular del derecho así como para la sociedad en el que se desenvuelven.

**c) Principio de legalidad procesal**

Respecto al principio de legalidad procesal debemos de entender que el estado al efectivizar el debido proceso, es decir al crear un proceso para cada pretensión, esta debe de tratar de ser lo más exacta respecto a los procedimientos que contiene, ahora bien teniendo en consideración esto podemos señalar que el derecho procesal por lo general está integrado con normas manifestadas por principios procesales, esto podemos verlo en los títulos preliminares del código procesal civil, código de procedimientos penales y nuevo código procesal penal, entre otros, y posteriormente y en mayor

abundancia el resto de las normas están comprendidas por reglas de carácter obligatorio y de ejecución todo o nada como ya lo habíamos visto anteriormente.

Entonces el principio de legalidad procesal será el cumplimiento fiel de las normas procesales contenidas en los códigos procesales, puesto que el estado al proveer los mecanismos procesales para la satisfacción de las pretensiones, en trámites ante los órganos jurisdiccionales, para esto llegue a estar dentro de los postulados de justicia, el proceso debe de ser pre establecido antes del conflicto, y su reclamo debe de ser sometido al proceso, no se puede crear un proceso para un determinado caso en concreto, ni el proceso puede ser alterado del previamente establecido, pues se debe de entender al proceso como un todo indivisible e inmodificable, razón por la cual si se cambian ciertas cosas de un proceso ya deja de por sí de ser aquel, por ejemplo el proceso especial de faltas bajo lo establecido en el Nuevo Código Procesal Penal, es aquel que está señalado dentro de los artículos 482 al 487 de dicho cuerpo normativo, con sus características y peculiaridades, si de manera antojadiza se realizan procedimientos o se utilizan instituciones jurídicas no reconocidas para dicho proceso, aunque estén en otros

artículos del mismo cuerpo normativo, ya no podemos hablar que estamos ante un proceso especial de faltas, sino será cualquier cosa menos el proceso, porque el proceso es un todo y ese todo fue nombrado como proceso especial de faltas, si algo intolerable es modificado ya no estamos dentro de él, será cualquier cosa menos un proceso especial de faltas; la única forma en que se puedan utilizar de forma analógica ciertas normas procesales es cuando el mismo código te lo faculta, y siempre dentro de los márgenes del artículo VII inciso 3 del Título preliminar del Nuevo Código Procesal Penal, por ejemplo el artículo 484 inciso 4 del cuerpo normativo antes indicado señala: “4. Si el imputado no admite los cargos, de inmediato se le interrogará, luego se hará lo propio con la persona ofendida si está presente y, seguidamente, se recibirán las pruebas admitidas y las que han presentado las partes, siguiendo las reglas ordinarias, adecuadas a la brevedad y simpleza del proceso por faltas.” Aquí podemos ver claramente un permiso expreso de poder usar la analogía, y el juez como director de la audiencia deberá de usar su sana crítica para efectuar este procedimiento de la forma más adecuada posible, siempre respetando lo establecido en el artículo VII inciso 3 antes indicado, el cual señala: “3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos

procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos.” Entonces se aplica lo más favorable al procesado.

**d) Cosa juzgada**

Esta garantía está referida a cuando un caso ha sido sometido al conocimiento jurisdiccional, y este ha sido concluido a través de resolución consentida o ejecutoriada, debe de ser entendido a que el estado ya ha resuelto el caso en un sentido determinado evaluando el fondo del asunto, y por ende ya no hay posibilidad de volver a pronunciarse por el mismo caso una segunda oportunidad; esta esté relacionada con el principio de ne bis in idem que se desarrollará a continuación.

**e) Prohibición de revivir procesos fenecidos**

Esta garantía está referida a que ninguna persona o institución tiene la facultad para que un proceso ya concluido, pueda ser nuevamente activado, al respecto debemos de señalar en qué tipo de casos no se pueden ser nuevamente reactivados, y es cuando hay sentencia

ejecutoriada, o consentida, cuando e ha declarado la amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción; entonces debemos de tener en cuenta que esta es una garantía prohibitiva.

**f) Ne Bis In Idem**

Al respecto debemos de indicar que existen dos tipos de Ne Bis In Idem, el procesal y el material, ahora bien para su existencia requiere que se trate de un mismo hecho, que haya identidad de sujeto y finalmente identidad de fundamento; cuando esto no se da incluso puede haber sumatoria de sanciones cuando provienen de distinto fundamento; el Ne Bis In Idem procesal es la garantía constitucional que indica que nadie puede ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento; su fundamento es la libertad y seguridad del individuo, este principio rige para las sanciones penales y administrativas, el derecho penal será prevalente al derecho administrativo; el principio ne bis in idem material está relacionado a los principios de legalidad y proporcionalidad, este último está relacionado a lo que se llama “prohibición de exceso”, puesto que sancionar más de una vez por lo mismo implica imponer una sanción no prevista en la ley.

### **3.5.3. Del Código de Procedimientos Penales**

Ahora bien también nos será útil los siguientes artículos del Código de Procedimientos Penales de 1940, y esto teniendo en consideración que el caso seleccionado se ha tramitado bajo los alcances de dicho cuerpo normativo; así mismo es útil saber en qué casos únicamente procedí a el recurso de nulidad, es así que se tiene lo siguiente:

“Artículo 292.- Resoluciones recurribles en recursos de nulidad.

El recurso de nulidad procede contra:

- a) las sentencias en los procesos ordinarios;
- b) los autos expedidos por la Sala Penal Superior en los procesos ordinarios que, en primera instancia, revoquen la condena condicional, la reserva del fallo condenatorio, la pena de multa o las penas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;
- c) los autos definitivos dictados por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, extingan la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia;
- d) los autos emitidos por la Sala Penal Superior que, en primera instancia, se pronuncien sobre la refundición de penas o la sustitución de la pena por retroactividad benigna, o que limiten el derecho fundamental a la libertad personal; y,
- e) Las resoluciones expresamente previstas por la ley”.

"Artículo 295.-

El recurso de nulidad se interpondrá dentro del día siguiente al de expedición y lectura de la sentencia o de notificación del auto impugnado, salvo lo dispuesto en el artículo 289."

### **3.5.3.1.Desarrollo doctrinario**

Así mismo debemos de tener en cuenta el sistema de medios impugnatorios que regía en nuestro ordenamiento jurídico a emitirse la resolución que será materia de análisis del caso elegido, más que nada enfocándonos a los principios, es así que se tiene:

Un recurso o medio impugnatorio, son actos procesales que podrán usar los sujetos procesales, que se vean afectadas por una resolución o acto procesal emitido por una entidad judicial, con la finalidad de que el mismo órgano jurisdiccional que emitió la resolución o el superior jerárquico revise la resolución en su aspecto formal y/o material, pronunciándose según el caso por su confirmación, revocación o nulidad.

Al respecto se señalará los principios más importantes del sistema de recursos en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto al nuevo sistema procesal penal se refiere, y que son pertinentes para el desarrollo del presente artículo, entre los cuales tenemos:

- a) Principio de Legalidad. - Este principio está retenido a que sólo son procedentes los recursos Impugnatorios taxativamente enunciados en el sistema jurídico en este caso en el Nuevo Código Procesal; dentro de este principio se encuentra Principio de Unicidad, el cual señala que para una resolución solo es procedente un determinado recurso, por ejemplo, para los decretos únicamente procede la reposición, y para las sentencias de primera instancia la apelación.
  
- b) Principio de Formalidad. - La tramitación de los recursos se sujetará al procedimiento prescrito y con las formalidades indicadas en el Nuevo Código Procesal Penal.
  
- c) Principio de Trascendencia. - Este principio está referido a que el sujeto procesal que impugne una resolución, deberá ser agraviado directamente por esta, por lo tanto, sino existía agravio no será posible la interposición de algún recurso.
  
- d) Principio Dispositivo. - Es decir que solo serán interpuestos por los sujetos procesales legitimados, y además el afectado puede desistirse de la apelación interpuesto o adherirse al recurso interpuesto por otro.

- e) Principio de Congruencia. - Éste está referido a que la instancia superior, únicamente deberá de pronunciarse referente a la pretensión impugnatoria señalada por el recurrente y conforme a sus fundamentos, y debe de atender con un pronunciamiento fundamentado respecto a la totalidad de dichas pretensiones y fundamentos.
  
- f) Prohibición de la Reformatio In Peius. - Entendido que el juez encargado de conocer el recurso, no puede agravar la situación jurídica del impugnante, salvo en el caso que la parte contraria que también se considere afectada por la resolución apele el mismo extremo solicitando un pronunciamiento más severo.

#### **3.5.4. Sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con el presente caso**

Al respecto Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones señalando que en un Estado Constitucional de Derecho no puede constituirse como derecho adquirido, aquel que ha sido logrado a través de engaño o fraude, tal y como ha señalado en el expediente N° 3660-2010-PHC/TC en su fundamento 7. En el cual ha señalado:

7..., no debe de olvidarse que incluso la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada puede ceder ante supuestos graves de error. (...) el

goce de un derecho presupone que este haya sido obtenido conforme a ley, pues el error no puede generar derechos.”

## **CAPÍTULO IV**

### **ANÁLISIS DEL CASO**

#### **4.1. Análisis detallado del caso elegido para el presente trabajo**

##### **4.1.1. Proceso judicial signado con el número 2969-2007-0-1501-JR-PE-02**

###### **4.1.1.1. Itinerario del proceso**

A mérito del Informe N° 004-2006-5°FPFC-HYO de fecha 19 de setiembre del 2006 (folio 03 a 12), se informa del hecho ocurrido el día 20 de octubre del 2005 en circunstancias que la menor salía de su colegio “Los Andes” que en esas fecha ahí estudiaba en el turno tarde, apareció el denunciado quien le agarró y le tapó la boca hasta que se desmayó, para luego recobrar el conocimiento dentro de la oficina del imputado, según refiere la misma agraviada estaba en el piso y sentía un dolor en su parte íntima, habiéndole salido un poco de sangre, teniendo la falda levantada y su ropa interior estaba tirada en un costado, en esa oportunidad el imputado le indicó que no contara a nadie lo sucedido sino algo malo le iba a pasar; luego en otra oportunidad el 17 de noviembre del 2005, en circunstancias que la menor pasaba por la oficina del

denunciado, este salió y le dijo “ven...sino te va a pasar algo en la tarde” a lo que la menor le contestó “no me molestes, déjame en paz” y se fue corriendo; en una tercera oportunidad que fue a mediados del mes de diciembre del 2005 fue a buscar a su amiga Jessica Calderón Vásquez, fue entonces que pareció el denunciado y le dijo que le quería ayudar a hacer su trabajo y yo con miedo entré a su oficina y cuando ya estaba adentro el denunciado cerró la puerta con candado y cadena, y dentro de su oficina abusó sexualmente de la menor, bajándole su buzo, quiso arañarle pero no tenía uñas, según refiere, cuando terminó le dije “que malo eres, así abusaras de las niñas...”, luego abrió la puerta y logró salir.

Luego el Representante del Ministerio Público presenta su escrito de Denuncia N° 388-2007 (folio 89 a 90), por la cual FORMALIZA DENUNCIA PENAL en contra de EDGAR RIGOBERTO NÚÑEZ ALFARO, como presunto autor del delito en contra de Violación Sexual de Menor de Edad en agravio de menor de identidad reservada.

Por Auto Nro. 01 de fecha 28 de septiembre del 2007, se ABRE INSTRUCCIÓN en la VÍA ORDINARIA, contra EDGAR RIGOBERTO NÚÑEZ ALFARO.

A través del Dictamen Fiscal N° 51-2009 de fecha 16 de noviembre del 2009, el representante del Ministerio Público acusa formalmente a EDGAR RIGOBERTO NÚÑEZ ALFARO, como presunto autor del delito en contra de Violación Sexual de Menor de Edad en agravio de menor de identidad reservada; delito previsto y sancionado en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, solicitando 25 años de pena privativa de libertad y al pago de una reparación civil de S/ 5,000.00 soles; Dictamen que es corregido a través del Dictamen Fiscal N°138-2010 de fecha 24 de mayo del 2010, mediante el cual el Fiscal Superior indica que por error se consignó como “acusación formal”, debiendo de ser lo correcto ACUSACIÓN SUSTANCIAL, por lo que indicó que debe de considerarse de esa manera para los fines de ley.

A su turno la Tercera Sala Penal, mediante la resolución de fecha 15 de julio del 2010, se resuelve HABER MERITO para pasar a JUICIO ORAL en contra de EDGAR RIGOBERTO NÚÑEZ ALFARO, como presunto autor del delito en contra de Violación Sexual de Menor de Edad en agravio de menor de identidad reservada; y señala fecha de inicio de juicio oral.

Posteriormente, la señora Kathia Lucila Rodríguez Ascurra cónyuge del imputado con fecha 14 de octubre del 2010, presenta su escrito interponiendo la extinción de la acción

penal por muerte del imputado a favor de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, en mérito al artículo 78 del Código Penal, para lo cual adjuntó original de la Partida de Defunción emitida por la Municipalidad Distrital de Huancán, original de Acta de Defunción emitida por la Municipalidad Distrital de Huancán y la Ficha RENIEC el señor Edgar Rigoberto Núñez Alfaro en la cual aparece como FALLECIDO.

En mérito a ello se corre traslado al representante del Ministerio Público, el mismo que una vez contrastado los datos y documentos anexos del escrito antes referido, OPINA que se declare extinguida la acción penal a favor de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro.

Nuevamente los autos en la Tercera Sala Penal, se emite la resolución de fecha 25 de abril del 2011, por la cual DECLARARON extinguida la acción penal a favor de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro y dispusieron que se ANULEN los antecedentes judiciales y policiales del procesado generados a partir del presente proceso.

Luego esta resolución es declarada CONSENTIDA, mediante resolución de fecha 13 de mayo del 2011, por no haberse interpuesto ningún recurso impugnatorio en contra de la

mencionada resolución; adquiriendo calidad de COSA JUZGADA.

Ya en el año 2014, el Ministerio Público abre investigación preliminar en contra de Edgar Rigoberto Núñez Alfaro y Kathia Lucila Rodríguez Ascurra, por la presunta comisión del delito Contra la Administración Pública en la modalidad de Fraude Procesal y Contra la Fe Pública en la modalidad de Falsedad Ideológica; puesto que conforme informó el Fiscal Superior de la Tercera Fiscalía Superior en lo Penal de Junín a través de su Oficio N° 002-2014-MP-3°FSP-JUNIN y los anexos que acompañó, el señor Edgar Rigoberto Núñez Alfaro había sido intervenido mientras caminaba con el centro de Huancayo, al parecer por evadir su responsabilidad penal en el presente caso de violación sexual de menor de edad; Así mismo acompañó el Dictamen Fiscal N° 07-2014 por el cual solicita se declare la NULIDAD de los actuados sin afectar las disposiciones fiscales y demás trámites sobre el enjuiciamiento.

Es así que la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora, presidida por el doctor MUNIVE OLIVERA, y conformada por los Jueces Superiores CHIPANA GUILLEN y ARIAS ALFARO, actuando como ponente CHIPANA GUILLEN; emiten el Auto Relevante contenido en la resolución de fecha 10 de marzo

del 2014, que declara por unanimidad NULA la resolución S/N de fecha 25 de abril del 2011 (folio 363 a 364), que Declaró: Extinguida la acción penal por muerte contra Edgar Rigoberto Núñez Alfaro y ordena el archivamiento definitivo del proceso; NULA la resolución S/N de fecha 13 de mayo del 2011 (folio 368) que declara consentida la resolución en referencia; INSUBSISTENTE el Dictamen Fiscal N° 43-2011 de fecha 03 de marzo del 2010 (folio 352); y DISPUSIERON que se continúe con el trámite del proceso conforme a su estado y SEÑALARON fecha para inicio de juicio oral.

#### **4.1.1.2. Pretensión punitiva y resarcitoria**

Según el Dictamen Fiscal N° 51-2009 de fecha 16 de noviembre del 2009, el representante del Ministerio Público se acusa formalmente a EDGAR RIGOBERTO NÚÑEZ ALFARO, como presunto autor del delito en contra de Violación Sexual de Menor de Edad en agravio de menor de identidad reservada; delito previsto y sancionado en el artículo 173 inciso 3 del Código Penal, solicitando 25 años de pena privativa de libertad y al pago de una reparación civil de S/ 5,000.00 soles; Dictamen que es corregido a través del Dictamen Fiscal N°138-2010 de fecha 24 de mayo del 2010, mediante el cual el Fiscal Superior indica que por error se consignó como “acusación formal”, debiendo de ser lo

correcto ACUSACIÓN SUSTANCIAL, por lo que indicó que debe de considerarse de esa manera para los fines de ley.

#### **4.1.2. Respecto a los trámites administrativos para la inscripción del deceso de Edgard Rigoberto Núñez Alfaro**

Con fecha 14 de octubre del 2010 la señora Kathia Lucila Rodríguez Ascurra presenta su escrito solicitando la extinción de la acción penal a favor de Edgard Rigoberto Núñez Alfaro, por motivo de muerte; para esto presenta documentación sustentatoria estatal administrativa, en este extremo cabe indicar los trámites que se debieron de realizar:

En primer lugar el señor Edgard Rigoberto Núñez Alfaro ha obtenido el Certificado de Defunción N° 002776 firmado por el médico cirujano Dr. Carlos German Picón Mendoza con fecha 10 de octubre del 2010 en la localidad de Tingo María, siendo la causa de la muerte según dicho documento “insuficiencia cardiaca”; al respeto cabe indicar que este documento ha contenía datos falsos, pues como ha quedado claro el señor Edgard Rigoberto Núñez Alfaro se encontraba vivo.

Este Certificado de Defunción N° 002776 fue presentado por la conyugue del supuesto finado, es decir la señora Kathia Lucila Rodríguez Azcurra, en mérito a dicho documento se procedió a la inscripción del Acta de Defunción en la Municipalidad Distrital de Huancán, es así que se expide el Acta de Defunción N° 01209589 perteneciente a Edgard Rigoberto Núñez Alfaro, cabe indicar que este

documento es legal, es decir ha sido emitido por la autoridad encargada del registro civil de la Municipalidad Distrital de Huancán, claro está que es por un error inducido, pero el documento en su aspecto formal contiene todas las legalidades y es un documento verdadero.

Es así que dicha acta fue remitida a la Sub Gerencia de Gestión Técnica de Registro Civil de RENIEC, mediante el Oficio N° 064-2010-MDH-OREC es remitida dicha acta más el documento nacional de identidad, con la finalidad que se inscriba en la RENIEC: es así que se logra dicha inscripción; aquí cabe indicar que todos los procedimientos administrativos también son legales es decir han sido emitidos por las autoridades competentes en la forma y en el modo establecido por ley en cuanto a su parte formal, siempre señalando que su accionar estaba afectado por el error del primer documento.

#### **4.2. Problema jurídico creado en el presente caso**

Como podemos ver el señor Edgard Rigoberto Núñez Alfaro en base a un certificado de defunción que contiene hechos falsos, ha obtenido un acta de defunción original de la Municipalidad Distrital de Huancán, así mismo ha logrado su correcta inscripción en el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil – RENIEC, por lo tanto cumpliendo con el debido proceso administrativo ha logrado que figure como fallecido para el Estado Peruano y así obtener una partida de defunción.

Ahora bien a través del escrito de fecha 14 de octubre del 2010 la señora Kathia Lucila Rodríguez Ascurra presenta la Partida de Defunción, Acta de Defunción y la ficha RENIEC con la retracción de "Fallecimiento" del señor Edgar Rigoberto Núñez Alfaro, en el proceso judicial 02969-2007-0-1501-JR-PE-02 solicitando la extinción de la acción penal, es así que se remitió los actuados al Ministerio Público, el cual dictaminó a favor del sobreseimiento definitivo de la causa, retornados los autos al órgano jurisdiccional el Colegiado al ver los documentos originales presentados, así como al comprobar su efectiva inscripción en la RENIEC, declara de forma legal el sobreseimiento definitivo del proceso penal de violación sexual de menor de edad que se le seguía en su contra; cabe indicar que en contra de esta resolución no se interpuso impugnación alguna, por lo que adquirió calidad de cosa juzgada.

Entonces como podemos ver se cumplió con el debido proceso administrativo y el debido proceso penal, para que finalmente se emita el auto final de fecha 25 de abril del 2011 en el proceso penal de violación sexual, resolución plenamente válida emitida por los jueces penales competentes territorialmente y funcionalmente.

#### **4.2.1. Identificación del problema procesal**

Como hemos apreciado tenemos un auto final que declaró el sobreseimiento definitivo del proceso penal seguido en contra de Edgard Rigoberto Núñez Alfaro, pero el señor nunca estuvo muerto ya que fue capturado vivo mientras se encontraba transitando por el

centro de Huancayo; en tal sentido desde el punto de vista procesal se crea el presente problema jurídico, según lo establecido en los artículos 292 y 295 del Código de Procedimientos Penales de 1940 (cuerpo normativo con el que se venía tramitando el mencionado proceso), el auto final por el que se concede el sobreseimiento definitivo, es pasible de recurso de nulidad solo en mérito al supuesto contenido en el literal c. del artículo 292 antes sindicado, ya que dicha resolución ha sido emitida en la Sala Penal Superior y en primera instancia ha extinguido la acción o pongan fin al procedimiento o a la instancia; sin embargo si hablamos de recurso debemos de estar siempre acorde a los principios que lo guían, tal y como el principio de legalidad el cual informa resumidamente que los recursos se interponen en la forma y modo previamente establecidos, es así que el artículo 295 señala que el plazo para interponer recurso de nulidad es de un día, y en el presente caso el Auto Final de sobreseimiento ha sido emitido el 25 de abril del 2011, y el Dictamen Fiscal N° 07-2014 que solicita la nulidad de dicho auto ha sido presentado el 10 de enero del 2014, es decir exageradamente más de tres años fuera del plazo previsto; por lo tanto el recurso de nulidad no es la figura procesal adecuada para la resolución del presente problema.

Ahora bien concretamente no habría proceso, ni recurso legal establecido en el derecho positivo para poder hacer algo justo al respecto, pues por el contrario el derecho positivo, en este caso en concreto, ayuda al fraude realizado por este señor, pues de manera

explícita regula el derecho debido proceso y la cosa juzgada, y de forma implícita el Ne Bis In Idem.

#### **4.2.2. Principios a favor de Edgard Rigoberto Núñez Alfaro**

Los principios explícitos que respaldan el accionar del señor imputado de violación, están contenidos en el artículo 139 inciso 2, 3 y 13 de la Constitución Política del Perú, los cuales han sido desarrollado anteriormente, pero a modo de técnica argumentativa pasamos únicamente a nombrarlos, debido proceso, cosa juzgada, y de forma implícita el Ne Bis In Idem.

#### **4.2.3. Perspectiva del positivismo**

Para el positivismo se deberían de cumplir la ley dada la norma taxativamente enunciada por el estado, es decir se debe de respetar la resolución que causó estado, y por ende el caso de violación sexual de menor de edad, quedar impune, pues para el derecho “mundo jurídico – expediente judicial” su autor ha muerto, y que pese a estar demostrado que el señor se encuentra vivo, al no haber un procedimiento pre establecido (debido proceso), para dejar sin efecto dicha resolución, es inmutable y debe de desplegar sus efectos.

#### **4.3. Solución acogida por la sala penal de apelaciones y liquidadora**

Sin embargo hacerlo ese razonamiento, no es lógico en un estado constitucional de derecho, pues no se puede premiar la conducta del señor Edgard Rigoberto Núñez Alfaro, evitando que el estado se pronuncie sobre

el delito que habría cometido en contra de la menor; esto para la sociedad peruana evidentemente generaría un clima de desprotección por parte del Poder Judicial, así mismo generaría la desconfianza, por lo tanto el Poder Judicial tuvo en manos un caso poco común, pero que revestía de total importancia y trascendencia a la administración de justicia de nuestro país.

Es así que la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora, presidida por el doctor MUNIVE OLIVERA, y conformada por los Jueces Superiores CHIPANA GUILLEN y ARIAS ALFARO, actuando como ponente CHIPANA GUILLEN; emiten el Auto Relevante contenido en la resolución de fecha 10 de marzo del 2014, que declara por unanimidad NULA la resolución S/N de fecha 25 de abril del 2011 (folio 363 a 364), que Declaró: Extinguida la acción penal por muerte contra Edgar Rigoberto Núñez Alfaro y ordena el archivamiento definitivo del proceso; NULA la resolución S/N de fecha 13 de mayo del 2011 (folio 368) que declara consentida la resolución en referencia; INSUBSISTENTE el Dictamen Fiscal N° 43-2011 de fecha 03 de marzo del 2010 (folio 352); y DISPUSIERON que se continúe con el trámite del proceso conforme a su estado y SEÑALARON fecha para inicio de juicio oral; teniendo como fundamento central:

Primero se estableció que en el presente caso no habría un quebrantamiento al *Ne Bis In Idem* Material, sino al procesal, al cual tanto las normas internacionales no protegen tan fehacientemente como al primero de los nombrados, pues el Tribunal Constitucional tiene declarado que, si bien el *ne bis in ídem* no se encuentra textualmente reconocido en la Constitución como un derecho fundamental de orden procesal, sin embargo, al

desprenderse del derecho reconocido en el inciso 2) del artículo 139° de la Constitución (cosa juzgada), se trata de un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso; Así se ha pronunciado en fundamento 19 de la Sentencia emitida en el proceso N°2050-2012-AA/TC, el mismo que refiere:

*“19. El principio ne bis in idem tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal: a) En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. (...) b) En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos.”*

Así el Colegiado identificó que para resolver la controversia estamos frente a un caso de cosa juzgada procesal, pues consigue amparo porque nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que se inicien dos procesos con el mismo objeto, menos está demás referir de tener que revivir un proceso fenecido; así, el Colegiado ingresó al análisis

constitucional y normativo, si acaso es posible o no tener que declarar la nulidad de la resolución que declara extinguida la acción penal por muerte del acusado, con la causal ulterior de haberse descubierto que el acusado Edgar Rigoberto Núñez Alfaro no había fallecido y que se encuentra vivo; e indicó que tanto la Fiscalía Superior y Sala Penal habrían sido sorprendidos e inducidos en error al emitir dictamen y resolución conforme expone la pretensión fiscal; luego invocó al Tribunal Constitucional en cuanto señala que en un Estado Constitucional de Derecho no puede constituirse como derecho adquirido, aquel que ha sido logrado a través de engaño o fraude, y citó el expediente N° 3660-2010-PHC/TC en su fundamento 7. En el cual ha señalado: *“7..., no debe de olvidarse que incluso la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada puede ceder ante supuestos graves de error. (...) el goce de un derecho presupone que este haya sido obtenido conforme a ley, pues el error no puede generar derechos.”*

#### **4.3.1. Perspectiva del No Positivismo**

Desde la perspectiva del positivismo podemos decir que estaría acorde con lo resuelto por la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de Junín, pues pese a no estar regulado procesalmente, declaró la nulidad de una resolución protegida por principios constitucionales, todo esto por hacer lo correcto y dar un enunciado de justicia a los ciudadanos.

#### **4.4. Principio extra sistemático usado para el caso en concreto y de utilidad para otros casos similares**

El principio extra sistémico creado por el Tribunal Constitucional es “el goce de un derecho presupone que este haya sido obtenido conforme a ley, pues el error no puede generar derechos”; sin embargo muchas veces vemos que no es usado, a veces por desconocimiento, otras por miedo a quebrantar equivocadamente los principios de legalidad, que en el derecho penal es tan estricto y como consecuencia ser sancionados por los órganos de control como la ODECMA; es por ello que se debe de proliferar más cuál es la manera adecuada de usar este nuevo principio extra sistémico y difundir su aplicación, así como dar confianza a nuestros magistrados a fin que apliquen su razonamiento jurídico para crear nuevos principios extra sistémicos; para la cual la llave está en la argumentación.

## CONCLUSIONES

1. Los operadores del derecho pueden usar los principios extra sistemáticos con la finalidad de inaplicar o resolver en contra del derecho positivizado, cuando el aplicar la norma en un caso en concreto conlleva a una injusticia extrema; con lo cual se podrá ejercer una correcta administración de justicia, y por ende la aceptación de la ciudadanía.
2. Tanto los principios explícitos como implícitos, pueden ceder ante un principio extra sistémico, cuando el caso en concreto así lo amerite y esto solo para poder lograr una correcta aplicación de derecho y resolver una controversia de forma justa.
3. Una aplicación sesgada del derecho positivo, no siempre será la respuesta correcta para que el estado reconozca a un fallo como justo o acorde a derecho.
4. Se debe de proliferar que ya no estamos dentro de la Teoría del Derecho Positivo, sino que ahora esas concepciones ya han sido superadas y que debemos de dar paso al No Positismo y que su principal arma es el razonamiento jurídico y la argumentación jurídica.

5. Los órganos de control de las instituciones que operan resolviendo casos jurídicos, deben de mantener a salvo su independencia e íntima convicción, siempre y cuando estén debidamente motivados, conforme a la Constitución Política del Perú.

## RECOMENDACIONES

- Se debe de realizar mayores eventos académicos dirigido a los operadores de justicia, referente a temas de filosofía del derecho, especificándose en las diferentes vertientes del No positivismo.
- Los órganos de control de las instituciones que conocen los casos conforme al derecho penal, principalmente el Poder Judicial y el Ministerio Público, no deberían de incidir o amedrentar a los magistrados cuando fundan sus decisiones inaplicado normatividad expresa o yéndose en contra de ella, cuando se motiva adecuadamente y los fines están dirigidos a una correcta administración de justicia.

## BIBLIOGRAFÍA

Alzamora Valdez, Mario. (1987). *Introducción a la ciencia del derecho*. 10º ed. Lima. Eddile.

Anabel Madera Payeta, Iria Monasterio Martín, Adrián Jaraiz Lara, Rubén Cantador Gutiérrez, José Carlos Sánchez Sánchez y Rubén Varas Moreno. *Estudio de casos*, Universidad Autónoma de Madrid Facultad de Formación del Profesorado y educación Magisterio de Educación especial.

Bayón, J.C. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. C.E.C. Madrid.

Benbasat, I., Goldstein, D. y Mead, M. (1987). *The case research Strategy in studies of information systems*. MIS Quarterly.

Bonnecase, Julien. (1991) *Introducción al estudio del derecho*, trad. de Jorge Guerrero. Santa Fe de Bogotá. D.C., Edit. Temis.

Crespo, Ricardo F. (2000). *The Epistemological Status of Managerial Knowledge and the Case Method, en Second ISBEE World Congress "The Ethical Challenges of Globalization*, Proceedings Latin America.

Dworkin, Ronald. (1984). *Los derechos en serio*. trad. de Marta Guastavino, Ariel. Barcelona.

Fariñas Dulce, María José. (1989). *La Sociología del Derecho de Max Weber*, México, Universidad Nacional Autónoma de México.

García Figueroa, Alfonso J. (2003). *La argumentación en el derecho, Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores. Lima. Perú.

Guastini Ricardo. (1992). *Dalle fonti alle norme*. Giappichelli, Turin.

Guastini Ricardo. (1993). *Le fonti del diritto e L'interpretazione*.(buscar traducción) Milán.

Guastini Ricardo. (1996). *Diritto mite, diritto incerto. En Materiali per una storia della cultura giuridica N° 2*.

Julius Hermann Von Kirchmann. (1949). *El carácter científico de la llamada ciencia del derecho*. trd. De Werner Goldschmidt, en Savigni, Kirchmann, Zitelmann, Kantorowicz. La ciencia del derecho, Buenos Aires, Edit. Losada.

Norberto Bobbio. (1992). *Teoría General del Derecho*, trad. de Jorge Guerrero R., Santa Fe de Bogotá, D.C., Edit. Temis.

Norberto Bobbio. (1997). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ed. edit. di Comunità, Millan 3° ed.

Peczenik, A. (1989). *On law and Reason*, Kluwer, Dordrech.

Robert Alexy. (1999). *A Defence of Radbrúch's Formula. en Dyzenhaus, D. (ed.).*

*Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford y Portland, Gregon.

Robert Alexy. (2006). *On the concept and the nature of law. En torno al concepto y la naturaleza del derecho.* Jus Et Lex, edición especial, Warsaw.

Robert Alexy. (2006). *Teoría de los derechos fundamentales. trad. de Ernesto Garzon Valde.* C.E.C. Madrid.

Ruiz Manero. (2005). *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas.*

Russo, Eduardo Ángel. (1995). *Teoría general del derecho en la modernidad y en la post modernidad*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot.

Sanguinetti, Juan José. *Lógica.* (1994). Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona.

Sierra, R. (1994). *Técnicas de Investigación Social*, Ed. Paraninfo, Madrid. España.

Stake, R. (1995). *The art of case study research.* London, Sage Publications.

Strauss, A. y Corbin, J. *Basics of qualitative research (1990). grounded theory procedures and techniques*. Newbury Park London. Sage.

Thomas Hobess, *Leviatan*, 6° ed. trad. de Manuel Sánchez Sarto. Mexico, (1994). Fondo de Cultura Económica.

Tribunal Supremo Federal Alemán. BGHZ 16. (1955). *Decisiones del Tribunal Supremo Federal Alemán*. sala civil, vol. 16.

Yin, Robert K. (1994). *Case Study Research: Design and Methods*. Sage Publications, Thousand Oaks, CA.

## **ANEXOS**

## ANEXOS A

### MATRIZ DE CONSISTENCIA

**Tesis:** “El No Positivismos Incluyente Y Uso De La Fórmula De Radbruch, Para La Aplicación De Principios Extra sistémicos Del Derecho, En La Resolución De Casos Judiciales Penales, A Partir Del Expediente 2007-02969-0-1501-Jr-Pe-02”

<b>Caso</b>	<b>Problema</b>	<b>Solución: El No Positivismos</b>	<b>Recomendaciones:</b>
Violación sexual de menor de edad.	La poca difusión de los principios extra sistemáticos.	Aplicación del No Positivismos Incluyente, pues para el derecho penal en el cual el principio de legalidad es muy fuerte, únicamente se debe de preferir un principio basado en la moral, cuando existe una injusticia extrema en un caso en concreto, es decir se aplica de forma excepcional la fórmula de Radbruch.	Se debe de realizar mayores eventos académicos dirigido a los operadores de justicia, referente a temas de filosofía del derecho, especificándose en las diferentes vertientes del No positivismo. Los órganos de control de las instituciones que conocen los casos conforme al derecho penal, principalmente el Poder Judicial y el Ministerio Público, no deberían de incidir o amedrentar a los magistrados cuando fundan sus decisiones inaplicado normatividad expresa o yéndose en contra de ella, cuando se motiva adecuadamente y los fines están dirigidos a una correcta administración de justicia.
<b>Problema:</b> Se emitió una resolución de extinción de la acción penal por muerte del acusado. La cual adquirió calidad de cosa juzgada. Sin embargo luego de varios años el acusado fue capturado vivo.	Temor de los jueces penales en desobedecer el mandato expreso de la norma, por los principios de legalidad penal, así como su órgano de control.		
<b>Solución:</b> Se declaró nulo la resolución de extinción de la acción penal y se reabrió el caso.	Pésima reputación del poder judicial por un mensaje de impunidad a la sociedad.		