

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



**La naturaleza de las cosas como fuente del derecho desarrollado en la
concepción tomista en contraposición a la noción racionalista de la
modernidad que inspira el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico
peruano**

Tesis presentada por el bachiller:

Zapata Ayala, Fernando Alonso

ORCID: 0009-0008-6920-4761

para optar el Título Profesional de Abogado

Asesor:

Dr. Bélan Alvarado, Cesar Augusto Esteban

ORCID: 0000-0002-1030-066X

Arequipa - Perú

2025

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DERECHO

TITULACIÓN CON TESIS

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 04 de Noviembre del 2025

Dictamen: 015640-C-EPDD-2025

Visto el borrador del expediente 015640, presentado por:

2018206281 - ZAPATA AYALA FERNANDO ALONSO

Titulado:

**LA NATURALEZA DE LAS COSAS COMO FUENTE DEL DERECHO DESARROLLADO EN LA
CONCEPCIÓN TOMISTA EN CONTRAPOSICIÓN A LA NOCIÓN RACIONALISTA DE LA
MODERNIDAD QUE INSPIRA EL SISTEMA DE FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
PERUANO**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

Título Profesional/Título de Segunda Especialidad/Grado Académico a optar:

ABOGADO

**29370574 - ARMAZA GALDOS JULIO EMILIO
DICTAMINADOR**



**46910101 - NALVARTE LOZADA JUAN CARLOS
DICTAMINADOR**



**06514738 - MAYTA COAGUILA RONALD ALBINO
DICTAMINADOR**



LA NATURALEZA DE LAS COSAS COMO FUENTE DEL DERECHO DESARROLLADO EN LA CONCEPCIÓN TOMISTA EN CONTRAPOSICIÓN A LA NOCIÓN RACIONALISTA DE LA MODERNIDAD QUE INSPIRA EL SISTEMA DE FUENTES DEL ORDENAMIENTO

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%
2	www.documentacatholicaomnia.eu Fuente de Internet	1%
3	www.coursehero.com Fuente de Internet	1%
4	kupdf.net Fuente de Internet	<1%
5	repositorio.unc.edu.pe Fuente de Internet	<1%
6	pt.scribd.com Fuente de Internet	<1%
7	qdoc.tips Fuente de Internet	<1%
8	ia803407.us.archive.org Fuente de Internet	<1%
9	www.yumpu.com Fuente de Internet	<1%
10	doku.pub Fuente de Internet	<1%
11	documentop.com	

DEDICATORIA

A Dios, por ser el Ser, la Verdad y la Bondad que inspiraron la presente tesis.

*A mi padre Emiliano Fernando quien es mi consorte en este Valle de Lágrimas, y a mi madre
Mónica Milagros quien es mi fuerza desde las alturas.*

*A mis hermanas, Mónica Andrea, por ser la persona más cercana en quien apoyarme cuando
los altibajos de la vida azotan mi ser, y Ángela Lucía, por ser la luz risueña que ilumina toda
situación oscura.*

*A mi profesor Horacio Giusto, por ser esa causa segunda que buscó transmitir la verdad
dada por Dios a sus alumnos y ser el guía a la visión realista del ser.*



AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer, en primer lugar, a mi padre Emiliano Fernando Zapata Plaza por tantas cosas: Por haberme dado el primer bien, que es el ser, el cuál me permitió conocer la belleza de la creación divina, por haber sido el transmisor de las verdades que guían mi intelecto y de la bondad que dirige mi voluntad. Por ser, junto a mamá, esos pilares que sostuvieron mi crecimiento y enseñanza y me permitieron ser la persona que soy ahora, y me permitirán ser un mejor hombre en el futuro. Por la paciencia en el proceso de la presente tesis, al permitirme enfocarme completamente en la presente materia de estudio, apoyándome y aconsejándome en todas las formas posibles, y por ser mi papá

A mi mamá, Mónica Milagros Ayala Eléspuru, porque su dulzura maternal y su actitud ante la vida forjó el carácter que me permite atravesar el día a día con las virtudes que aprendí de su ser, porque sé que, aunque ahora estamos separados terrenalmente, gracias a ella puedo aspirar a esa vida celestial de la que tanto nos enseñó y profundizó, en la cual nos volveremos a encontrar, con miras a ser fieles hijos de Dios.

A mis hermanas, Mónica Andrea Zapata Ayala y Ángela Lucía Zapata Ayala, porque mi vida entera no sería lo que sería si nunca hubiesen sido mis hermanas, porque si nuestros padres nos forjaron desde arriba, ustedes son quienes contribuyeron desde mis lados, Mónica con su inquebrantable sentido de lo justo y lo virtuoso, mientras que Ángela desde la caridad y la bondad creativa que manifiesta siempre.

A mis profesores y asesores, Juan Carlos Nalvarte, Cesar Augusto Bélan y Javier Gutierrez, por ser aquellos amigos cercanos en los cuáles profundizar en la reflexión y contribución a mi país y a nuestras raíces, guiados siempre por Dios apuntando a la Ciudad Celestial.

A mi profesor Horacio Giusto, por ser quién me introdujo en la visión filosófica que me permitió entender más a nuestro Señor, ya que como siempre dice, no se puede amar lo que no se conoce.

A mi amigo Luciano Prieto Ascuña, por ser quién no permitió que mi visión filosófica buscando los cielos separase mis pies de una tierra colmada de juridicidad.

A mi enamorada Patricia Escalante, porque tu amor es el motor que me inspira a despertar cada mañana y esforzarme en darte lo mejor que tengo para ofrecer.

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo principal realizar un análisis del sistema de fuentes que rige el ordenamiento jurídico peruano, bajo la lupa histórica, dogmática y metodológica del denominado realismo jurídico clásico, del cual el antecedente histórico más próximo se remonta hasta los pensadores griegos de la Edad Antigua, extendiéndose su uso y máxima exposición con los juristas romanos y logrando su máxima concreción doctrinal en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, teólogo y filósofo del siglo XIII, la cual fue la visión jurídica que domino el ambiente jurídico-político hasta el siglo XIV. Al ser la figura de Santo Tomás de Aquino y su pensamiento la que obtuvo la mayor intelección del realismo jurídico clásico, tal y como se conserva a través del “Realismo Jurídico Hispánico”, se recurrió a las líneas centrales de su pensamiento en el aspecto jurídico y ético, usando su concepción de la “Naturaleza de las cosas” como el eje central para evaluar las formalidades mantenidas por el actual sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano y, tras ello, evaluar si se complementan con la visión filosófica mantenida por Santo Tomás o si realizan una desviación que atenta contra la justicia tomista, al haber sido planteado de forma que no tuviese en consideración la realidad del derecho en su forma más primigenia y se fundase en bases teóricas desarraigadas del realismo jurídico clásico.

Para ello, el marco metodológico considerado fue de enfoque cualitativo amparado bajo la teoría fundamentada, utilizando un método dogmático jurídico que nos permitiese profundizar en los principales conceptos que dominan el debate jurídico peruano actual, el cuál facilitaría la intelección de los principios rectores del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano, además del método filosófico que nos permitió la revisión en sus consideraciones éticas del sistema de fuentes, para dilucidar si sus componentes responden a caracteres de justicia realista tomista.

La investigación como tal concluyó con la ausencia de la influencia del realismo jurídico clásico en su vertiente tomista en la estructuración y núcleo filosófico que inspiró el sistema de fuentes que rige el ordenamiento jurídico peruano, correspondiéndose con la visión de la escuela moderna del derecho natural y el formalismo dominante tras la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” de 1948.

Palabras Clave: Naturaleza de las cosas, Fuentes del Derecho, Realismo Jurídico

ABSTRACT

The current research aims to analyze the system of legal resources governing the Peruvian legal order through the historical, dogmatic and methodological lens of classical realism in Legal Philosophy. The roots of this tradition trace back to the greek philosophers, reached a mature stage with roman jurists and found its fullest doctrinal expression in the thought of Thomas Aquinas, the 13th-century theologian and philosopher. Thomism provided the most developed articulation of classical realism in Legal Philosophy, a legacy preserved in Hispanic Legal Realism. Accordingly, this study takes Aquina's concepture of the "nature of things" (*natura rerum*) as a central axis for evaluating the formal structures of the Peruvian system of sources, assessing whether they are compatible with the Thomistic vision of law or whether they diverge in ways that undermine the realist notions of justice, insofar as they were built on theoretical foundations detached from the primordial reality of law and grounded in theoretical bases detached from classical realism in Legal Philosophy.

Methodologically, the research follows a qualitative approach supported by grounded theory, applying a juridical-dogmatic method to examine key concepts sharing contemporary Peruvian legal debates, complemented by a philosophical method to asses the ethical implications of the system of sources and determine whether its components embody the characteristics of Thomistic realist justice.

The finding reveals the absence of Thomistic classical legal realism in the structure and philosophical foundations of the Peruvian system of legal sources, which instead reflects the orientation of the modern school of natural law and the formalist paradigm consolidated after the 1948 Universal Declaration of Human Rights.

Keywords: Nature of things, Sources of Law, Legal Realism

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1. Descripción del problema	4
2. Objetivos	6
2.1. Objetivo General	6
2.2. Objetivos Específicos	6
3. Justificación del problema	7
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	10
1. Bases Teóricas	11
1.1. El Tomismo y sus nociones filosóficos - jurídicas	11
1.2. La modernidad y sus implicancias histórico - jurídicas	38
1.3. Iusnaturalismo Moderno	40
1.4. Iuspositivismo	42
1.5. Fuentes del derecho – Fuentes materiales y formales	43
2. Marco Conceptual	45
2.1. Derecho	45
2.2. Fuente del Derecho	46
2.3. Naturaleza de las Cosas	46
3. Antecedentes de investigación	46
4. Marco Normativo	49
4.1. Constitución Política del Perú, 1993	49

4.2.	Ley 26889 – Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa	49
4.3.	Ley 31307 – Nuevo Código Procesal Constitucional	49
4.4.	Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 047 – 2004 – AI/TC ..	50
4.5.	Ley 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional	51
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO		52
1.	Diseño de la investigación	53
1.1.	Enfoque	53
1.2.	Nivel.....	53
1.3.	Diseño	53
1.4.	Método	54
2.	Técnicas e Instrumentos.....	54
2.1.	Técnicas.....	54
2.2.	Instrumentos	55
CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....		56
1.	Análisis del primer objetivo específico: Examinar el sistema tomista en relación con las fuentes del derecho y su relación con la naturaleza de las cosas como orientadora de la actividad judicial.....	57
2.	Análisis del segundo objetivo específico: Analizar la evolución de la noción de naturaleza de las cosas	59
3.	Análisis del tercer objetivo específico: Detallar las doctrinas modernas que concretizaron el ordenamiento jurídico peruano en relación con las fuentes del derecho.....	63
4.	Análisis del cuarto objetivo específico: Establecer los puntos de contacto entre las fuentes del realismo jurídico clásico y las fuentes del derecho del ordenamiento jurídico peruano	65
5.	Análisis del objetivo general: Evaluar en qué medida las fuentes del derecho que inspiran el ordenamiento jurídico peruano responden al concepto de “naturaleza de las cosas” de Santo Tomás de Aquino	66
CONCLUSIONES		69

RECOMENDACIONES	71
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72



ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo A Ficha de Observación Bibliográfica de Libros / Artículos de Investigación..... 76

Anexo B Ficha de Observación Documental de Sentencias del Tribunal Constitucional 78



INTRODUCCIÓN

El estudio de las fuentes del derecho y la pregunta por estas suscita una reflexión que se remonta hasta los inicios del Arte Jurídico, tal y como era concebido en el pensamiento romano. En efecto, la pregunta por las fuentes reviste total importancia en tanto se erigen como el nacimiento del ordenamiento jurídico en su objeto material y formal, y es basado en la reflexión filosófica que se obtenga de dichas fuentes que del ordenamiento jurídico emanará una estructura filosófica central que guiará la composición del sistema normativo que los legisladores regulen sobre la sociedad, la persona y sus relaciones, además de erigirse como el componente que los operadores de justicia, véase, los jueces, magistrados, abogados y demás juristas deberán considerar como el centro de su argumentación jurídica al momento de considerar la correcta repartición de los bienes en el debate judicial.

Entiéndase así, que la pregunta por las fuentes del derecho comporta dentro de si la pregunta por el origen del derecho, la cual nos permite conocer cuáles serán aquellos bienes, relaciones y realidades que pueden ser consideradas dentro del aspecto jurídico regulados por el derecho, excluyendo otros órdenes en aras de evitar una confusión que tenga como consecuencia la absorción y/o confusión de un orden en otro, como podría ser el orden político, moral o religioso.

Anteriormente, el estudio del origen del derecho como ordenamiento jurídico componía un elemento estrictamente realista, partiendo de la observación de los hechos empíricos para que, en vistas a un fin práctico que envolvía la resolución de disputas y la determinación de lo justo y equitativo, guiados por una razón natural que permitía conocer los primeros principios del obrar humano, pudiesen formular las soluciones a debates jurídicos basados en las realidades naturales que la razón les permitía conocer (Hervada, 2008b).

Estas realidades naturales, que los pensadores griegos formularon y los juristas romanos tuvieron a consideración al momento de definir la justicia y el derecho como arte, responde al nombre de “Naturaleza de las Cosas”.

La naturaleza de las cosas como elemento conformador del derecho será aquel que tendrá una ejemplar primacía por sobre los demás elementos conformadores del Ordenamiento Jurídico, además que compondrá una vital importancia durante la Época Escolástica y los pensadores-filósofos del Medioevo, siendo el teólogo y filósofo Santo Tomás de Aquino quien realizará una exposición profunda y fértil sobre los elementos del derecho, la justicia como virtud primordial en las relaciones jurídicas, el estudio de la ley y sus distintas clases, siendo

todos ellos realizados bajo la visión que proporciona la razón sobre la naturaleza de las cosas. Siendo tan primordial la cosa en esta visión escolástica, el derecho será, primero y, antes que nada, la cosa justa (Vallet de Goytisolo, 2000).

Sin embargo, a partir del siglo XIV el eje del derecho comienza a cambiar, y con este eje la naturaleza de las cosas como elemento rector del ordenamiento jurídico se verá comprometido, comportando la pérdida de dicha primacía que el fundamento del derecho ya no sea la cosa justa concebida anteriormente, sino los distintos elementos que, si bien antes formaban una parte primordial de la estructuración del derecho, comportan ahora el elemento primordial que será el sustento y fundamento del derecho, entre los cuales se vislumbra el derecho subjetivo o la norma jurídica.

La pérdida de este horizonte realista ha concebido ordenamientos jurídicos que se componen con normas fundamentales como fuentes del derecho de manera primigenia, casi absolutista, el cual deja poco espacio para el estudio de las cosas y sus relaciones, para erigir un enorme conglomerado de normas fundados sobre bases sin tener en consideración, primordialmente, la naturaleza humana y un rechazo a un derecho natural clásico que concebía la cosa justa como centro de reflexión jurídica, y el estado peruano forma parte de estos ordenamientos.

En el ordenamiento jurídico peruano, compuesto actualmente con una influencia en las corrientes filosóficas de su tiempo, conjuntamente con una visión de un ordenamiento jurídico que debe acomodarse a las exigencias de la “Declaración de Derechos Humanos” de 1948, evidentemente ya no comportan el elemento jurídico que había inspirado el derecho como arte en Roma, y que había conseguido su máxima concreción con los escolásticos medievales.

Sin embargo, la naturaleza de las cosas, con un carácter perenne, se manifiesta ante los distintos ordenamientos que buscaron negarle o, en el mejor de los casos, relegarle como elemento meramente supletorio, teniendo una especial relevancia en la reflexión filosófica de distintos juristas en el siglo XX, los cuáles ven en este elemento el eje rector que debe volver a regir la conformación del ordenamiento jurídico y la reflexión ius filosófica de los juristas, y el ordenamiento jurídico peruano no puede encontrarse exento de dicha revisión.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA



1. Descripción del problema

La constitución de un Estado, en sentido amplio, se realiza sobre unas bases doctrinales cuya definición y limitación será determinada por la concepción que asuma una concreta comunidad política sobre la persona, el ciudadano y el bien común (Hervada, 2008b). Dicha determinación no es ajena al derecho, en tanto será aquella la que va a especificar el contenido del denominado “Derecho Público” y “Derecho Privado”.

Si el derecho público organiza la estructura y las actuaciones del Estado en relaciones de verticalidad con la ciudadanía, dichas prerrogativas no pueden ser constituidas ni interpuestas mediante caracteres de arbitrariedad, sino que son facultadas mediante fuentes originarias concretas las cuáles les brindará el marco para el establecimiento de su contenido: Las fuentes del derecho.

Dichas fuentes, en contacto con las bases doctrinales que son asumidas por la comunidad política, son las que va a establecer el contenido de la normatividad que va a regir en un concreto territorio a un determinado conjunto de personas en sus actuaciones, potestades, derechos, deberes y relaciones.

Como hemos mencionado, si estas fuentes son las que van a ser la base primordial y fundamental para el establecimiento del ordenamiento jurídico en cuestión, dichas fuentes, al igual que las prerrogativas estatales, no pueden estar dotadas de unos caracteres que sean contrarios a la recta razón y las buenas costumbres.

Sin embargo, es necesario hacer el énfasis en un punto anteriormente mencionado: Que la determinación de una comunidad política y, por consecuencia, de una comunidad y ordenamientos jurídicos van a depender de la concepción que se tenga sobre nociones conceptuales fundamentales para el establecimiento de una comunidad. Si dicha concepción no tiene un anclaje en la realidad y, por el contrario, obedece a factores ajenos a esta, será el indicio de una deformación y desnaturalización de la comunidad política y jurídica.

Consecuentemente, si de la comunidad política emergen factores negativos debido a esta desnaturalización de las realidades e instituciones naturales que pretende dirigir, no es menos factible afirmar que la actividad orientadora destinada a regular sobre dichas bases doctrinales, entiéndase así, el derecho y sus fuentes, se verán afectados igualmente en su totalidad, facultando la intromisión de elementos ajenos a la sana convivencia, perturbando la seguridad jurídica y el fundamento, origen y fin del derecho mismo.

De este planteamiento, surge la presente interrogante: ¿El ordenamiento jurídico peruano está constituido sobre unas bases doctrinales estables que permitan el correcto y debido

desenvolvimiento del fenómeno jurídico, el cuál encuentra su fundamento de producción normativa sobre unas fuentes que estén atentas a la realidad en su totalidad?

El ordenamiento jurídico peruano no es un fenómeno aislado el cuál, al modo de un pretendido sistema puro —al menos, no en su totalidad— se ha reservado de la injerencia doctrinaria y metodológica de otras ramas de la filosofía, como la ética o la política, ni de los eventos más importantes concernientes al siglo XX, como la promulgación de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” de 1948 y el desarrollo jurídico que implicaría a futuro. Bajo dicha consideración, es evidente que el ordenamiento jurídico peruano se ve influenciado por fenómenos y acontecimientos que van a determinar de qué manera es que el Estado debe guiarse, mientras que influirá también sobre la concepción que se tendrá sobre el derecho y, consecuentemente, por sus fuentes (Ayuso, 2016).

En la actualidad, en el ordenamiento jurídico peruano, el sistema de fuentes está organizado de tal manera que encontramos en la cima de la producción normativa a la Constitución Política del Estado y, aunque de manera debatible, a los tratados internacionales, el cual cuenta con el mismo nivel jurídico que la constitución política (Rubio Correa, 2009). Sin embargo, en la jurisprudencia, el ente principal encargado de velar por el contenido de la constitución y de definir su alcance, entiéndase, el Tribunal Constitucional, emitió un pronunciamiento donde se evidencia la presencia de un connotado formalismo, en tanto la constitución se erige como “norma fundamental”, “norma de normas”. Tal influencia se ha implantado en la concepción general, lo que lleva a una desvirtualización del núcleo duro del derecho, el cual ya no corresponde significarlo como la “cosa justa”, tal y cómo habría sido concebido el derecho en sus inicios entre los juristas romanos y extendida dicha concepción en el desarrollo de la Edad Media, sino que es entendido como aquello que es establecido por la norma principal bajo matices que, pretendiendo estar cubiertos de juridicidad y objetividad, no hacen más que imponer el subjetivismo y el nihilismo ético y social. Este es un problema que parte de la misma esencia de la constitución tal y como está pensada, y si la constitución es aquella fuente productora, conjuntamente con los tratados internacionales, como la “Convención Americana de los Derechos Humanos” de 1969 , el cuál reviste una atención paralela como fuente del derecho, entonces se advierte que la totalidad del ordenamiento jurídico, en tanto es inferior jerárquicamente a dicha norma, se ve condicionado por el contenido que las normas superiores estipulen e impongan.

2. Objetivos

2.1. Objetivo General

Evaluar en qué medida las fuentes del derecho que inspiran el ordenamiento jurídico peruano responden al concepto de “naturaleza de las cosas” de Santo Tomás de Aquino.

2.2. Objetivos Específicos

- a) Examinar el sistema tomista en relación con las fuentes del derecho y su relación con la naturaleza de las cosas como orientadora de la actividad judicial.
- b) Analizar la evolución de la noción de “Naturaleza de las cosas”.
- c) Detallar las doctrinas modernas que concretizaron el ordenamiento jurídico peruano en relación con las fuentes del derecho.
- d) Establecer los puntos de contacto entre las fuentes del realismo jurídico clásico y las fuentes de derecho del ordenamiento jurídico peruano.

3. Justificación del problema

Hemos de resaltar el primer aspecto que se ha desarrollado en la descripción del problema en miras a su debida comprensión, lo cual permitirá además formular la justificación del problema en cuestión.

Primeramente, basadas en la concepción brindada por Javier Hervada (2008b) mencionamos como es que de la esquematización que realice una determinada comunidad política sobre el significado y alcance de ciertos conceptos fundacionales —sea el bien común, hombre, ciudadano— se va a condicionar la manera en que se concibe el derecho y, correspondientemente, la composición del ordenamiento jurídico y su exteriorización.

Es menester hacer un énfasis en la palabra *exteriorización*, en tanto esta no debe interpretarse de manera en que se infiera que es la comunidad política la que *crea* el derecho basado en una entera percepción de lo que entienda por los conceptos fundacionales mencionados, sino que más bien nos referimos a la forma en que la comunidad *hace manifiesta* la comunicación exterior sobre lo que ha sido reconocido con anterioridad, y en tanto que es reconocido significa que es existente incluso antes de la existencia de dicha comunidad política, aunque sea principalmente en el desenvolvimiento de dicha comunidad dónde el derecho se desarrolle en su integridad. La comunidad, el legislador y los titulares de las cosas justas no dotan de juridicidad propiamente a la cosa, sino que adoptan un papel de mediador entre la cosa y los hechos, los cuáles exteriorizan mediante normas jurídicas tales como las leyes, la jurisprudencia o la costumbre misma.

¿Cómo sustenta esto la justificación del problema? Que tal y como actualmente se condiciona el uso y recurso a las fuentes del derecho, dichos recursos con los que cuenta el derecho para exteriorizar su dato objetivo que ya mencionamos con anterioridad no son instituidos como meros mediadores, sino que ahora se determinan como los creadores de dichos derechos (Ayuso, 2016).

Efectivamente, el ordenamiento jurídico peruano se basa en un constructivismo cuyo principal énfasis consiste en la composición de un ordenamiento jurídico atendiendo a las construcciones que deriven de lo mandado por su norma fundamental como principal fuente del derecho. Al conservar la norma positiva humana el principal dominio de la producción normativa, será la voluntad instituida la que determinará el contenido del derecho, obteniendo un mayor revestimiento de estas facultades aquel organismo más cercano a la debida interpretación de esta norma fundamental, que sería el Tribunal Constitucional, mientras no violente las denominadas “cláusulas pétreas” que configuran el núcleo organizacional y

político mediante el cual rige la totalidad no solamente del ordenamiento jurídico, sino político y social, la cuál es la base dogmática que el jurista tiene prohibido tratar de contrariar.

En ese sentido, la juridicidad natural, que sirve como base jurídica, y que en el realismo jurídico clásico tuvo la característica de ser un derecho vigente y apelable ante los tribunales, por su calidad además de realidad objetiva existente con independencia del individuo que la percibe, es, como lo afirmamos, negada categóricamente o, en el mejor de los casos, relegada a un uso meramente supletorio en caso de detrimento de la ley positivizada (Villey,2020).

Ante el panorama actual, el jurista se ve principalmente condicionado en su actuar, primariamente por la imposición jerárquica normativa que empieza desde la constitución y los tratados internacionales y culmina en el estrato inferior que pueda denominarse como norma jurídica, sin atender al dato objetivo que proporciona la naturaleza de las cosas, mientras que, secundariamente, adopta como costumbre jurídica la visión formalista que no solamente permite dicha potestad de la norma fundamental y su pretensión de regular y dominar el ordenamiento jurídico peruano, sino a promocionarla como el único modo de atender el derecho y sus relaciones de justicia entre los individuos y la regulación de la sociedad.

Un derecho desligado de la realidad, como mencionamos, se convierte en pura voluntad e imposición de poder, fundados en una arbitrariedad disfrazada de razón, con una predominancia en un voluntarismo conducente finalmente al constructivismo que impregna actualmente el ordenamiento jurídico peruano.

Es por ello, que el estudio de lo que se concibió primigeniamente como derecho, su propósito y sus fuentes puede proveernos de herramientas que nos permita esclarecer si nuestro ordenamiento jurídico está cumpliendo con el fin por el cual se ha constituido o si, por el contrario, es menester evaluarlo en sus postulados más fundamentales, todo atendiendo al dato proporcionado por la naturaleza de las cosas.

Para la debida atención a esta problemática, hemos considerado pertinente que la posición a adoptar para la evaluación de la presente problemática será la de la postura asumida por el denominado “Realismo Jurídico Clásico”, la cual siendo aquella visión doctrinaria adoptada por los juristas romanos y que se prolongó más allá de la Edad Media, encontrando su máxima concreción en la figura de Santo Tomás de Aquino, la cuál es a través de su visión que en el siglo XX se desarrolló el “Realismo jurídico hispánico”, el cuál ve en el tomismo las bases filosóficos fundamentales para atender el fenómeno jurídico, especialmente a los problemas concernientes al constitucionalismo y al voluntarismo que dominan el debate jurídico, haciendo más bien uso de lo que en filosofía se denominó como la “naturaleza de las cosas” para concretar el contenido del derecho, el cuál es concebido como *ipsa res iusta* (la

cosa justa), usando para ello un método gnoseológico que permita dilucidar lo que es justo para cada persona y la debida concreción de un ordenamiento jurídico que base sus principales postulados de la experiencia jurídica cómo base para elevarse mediante la abstracción hacia las dimensiones metafísicas de la cosa justa, integrando así la totalidad de la realidad en la consideración del derecho.





CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

1. Bases Teóricas

A efectos de realizar una completa sistematización de las aportaciones que realizó el tomismo, entendido como la estructura y pensamiento filosófico de Santo Tomás de Aquino, a los presupuestos y conceptos jurídicos que se desarrollaron en sus aportes al debate teológico-filosófico, el cual este último aspecto comprende los estudios realizados sobre la ética, política y derecho, será necesario hacer una revisión histórica comparada entre el desarrollo propio de Santo Tomás y su posterior verificación actual para detectar en qué medida su aporte iusfilosófico fue conservado o deteriorado, además de corroborar si sus postulados se ven principalmente envueltos en una concepción del mundo que puede considerarse como “obsoleta” para el mundo jurídico o, si por el contrario, todavía su visión es materia de discusiones y debates que enriquecen no únicamente el lenguaje y fenómeno jurídico, sino el iusfilosófico propiamente dicho.

1.1. El Tomismo y sus nociones filosóficas - jurídicas

Santo Tomás de Aquino fue un teólogo y filósofo medieval de la época escolástica, nacido en Rocasecca en el año 1225 o 1226, en tanto la fecha cierta de su nacimiento es aún desconocida. Dominico y estudioso de la Universidad de París, teniendo como maestro a San Alberto Magno, es principalmente conocido como el máximo referente que sintetizó el pensamiento escolástico con la filosofía de los antiguos griegos, estudiando la figura y pensamiento de Aristóteles como uno de sus principales referentes, cuyo método ha influenciado de manera principal la estructuración de su pensamiento, al paralelo de otros grandes maestros teólogos y filósofos, tanto cristianos como paganos, entre los que se puede referenciar a San Agustín, Boecio, San Isidoro de Sevilla, Cicerón, el neoplatonismo, la filosofía árabe, principalmente Avicena y Averroes, y otros más que contribuyeron a la formación de su concepción, que se envuelve en el andamiaje conocido como “filosofía cristiana” (Finnis, 2019). Así, es que se conoce la vida del Aquinate.

El Papa León XIII, en su encíclica *Aeterni Patris*, recuerda a los maestros escolásticos, contando entre ellos a Santo Tomás y cómo es que aquél obtuvo una fecundidad de pensamiento tal que era muy complicado que no existiese tema que no hubiese tratado en alguna de sus monumentales obras. Según el Papa León XIII (1879/2024):

No hay parte de la filosofía que no haya tratado aguda y a la vez sólidamente: trató de las leyes del raciocinio, de Dios y de las substancias incorpóreas, del hombre y de otras cosas sensibles, de los actos humanos y de sus principios, de tal modo, que no se echan

de menos en él, ni la abundancia de cuestiones, ni la oportuna disposición de las partes, ni la firmeza de los principios o la robustez de los argumentos, ni la claridad y propiedad del lenguaje, ni cierta facilidad de explicar las cosas abstrusas (párr. 17).

Lo afirmado con anterioridad es manifestado por las mismas bases filosóficas que Santo Tomás utilizó en su insaciable búsqueda por la sabiduría, en tanto nunca negó a la razón natural las verdades que podían ser alcanzadas por el sólo uso de sus fuerzas, sino que además enalteció los resultados de las culturas paganas en tanto que sus conclusiones fueron acordes con las verdades conocidas.

Este aspecto en Santo Tomás de Aquino no debe ser desmerecido minimizando su supremacía teológica por sobre su visión filosófica, ni enalteciendo su concepción filosófica por encima de su labor como teólogo, en tanto que su genio permitió distinguir estrictamente tanto el orden natural del sobrenatural, más no separarlos ni desconectarlos uno del otro, ya que tanto la razón como la revelación se verían negativamente afectados, y dicho acto sería una desnaturalización tanto de su pensamiento como de su obra (Gilson, 2009). Realizar dicha separación atentaría contra la unidad del desarrollo teológico – filosófico de su producción.

En ese sentido, se puede decir con seguridad, que si Santo Tomás ha realizado un ejercicio intelectual y profundizado especulativamente sobre diversos aspectos correspondientes a Dios, al conocimiento, al hombre, su modo de conocer y de actuar, la naturaleza, sus operaciones y todo aquello que envuelve el acto creador de Dios, entonces también ha realizado su respectiva indagación teológica – filosófica sobre aspectos concernientes al derecho y la justicia, todo ello bajo el marco histórico que caracterizó a la escolástica como un periodo de armonía entre la razón y la fe.

Con ello, se revela que la influencia tomista sobre distintos aspectos de estudio de la realidad responde a sus varias facetas, relacionadas entre ellas una con la otra, pero con una faceta particular que constituirá su modo de proceder primordial. Nos dice Graneris (2019):

Como filósofo, ve el derecho en el cuadro completo, pero un poco desde lo alto; como moralista, lo ve un poco más vecino, pero bajo el aspecto genérico de la moralidad; como teólogo, toma sus relaciones con la ley divina, no solo natural, sino también revelada y natural. (p. 25)

Sin embargo, antes de conocer los presupuestos jurídicos que desarrolla Santo Tomás en sus principales obra, las cuáles son objeto de comentarios por parte de filósofos y juristas posteriores, principalmente en lo que respecta a sus cuestiones sobre la ley, el derecho y la justicia, que además compatibilizará con la naturaleza de las cosas como guía fundamental, es

preciso contextualizar las principales nociones y fundamentos filosóficos presentes en la totalidad de la obra tomista, sin los cuáles los componentes jurídicos no pueden ser comprendidos cabalmente, los cuáles una vez estudiados, permitirán la debida integración dentro del fenómeno jurídico y su compatibilidad con él.

En atención a las distintas nociones existentes en el catálogo tomista, es necesario establecer el principio metodológico del cuál se deriva la exposición de conceptos filosóficos que se corresponden con la realidad jurídica, partiendo desde los elementos más fundamentales hasta los más particulares.

a) Ciencia Práctica:

Las posiciones sobre la clasificación de las ciencias son diversas, y su clasificación conforme el pasar de los años es cada vez más confusa en atención a la aparición y diferenciación de las distintas ciencias que corresponden al conocimiento humano.

Esta exaltación propicia un ambiente dónde cada vez se vuelva una dificultad el dilucidar la unidad en la diversidad. Mas bien, pareciese ocurrir que cada vez cada ciencia se distingue una de la otra por objetos formales más delimitados, propiciando que la visión del conjunto sea no sólo indeterminada, sino prácticamente imposible de conseguir. “Existen más especialistas, más conocedores particulares, pero está en peligro la visión de conjunto de todo el territorio de las ciencias y de las artes, y de los fundamentos lógicos en que descansan” (Eulogio Palacios, 2013).

Sin embargo, en lo que respecta al posicionamiento de un conocimiento filosófico que sirva como preámbulo de nociones y términos jurídicos, que abarquen la totalidad del derecho como ciencia y disciplina distinguida, los autores no suelen estar totalmente separados en apuntar a una concepción en común, y esa concepción es el posicionamiento del derecho en lo que se concibe como una “Ciencia Práctica”.

En ese sentido, John Finnis distingue cuatro tipos de ciencias, distintas entre ellas de manera esencial, para posteriormente establecer cuál de ellas es la propia de la ciencia jurídica. Estas ciencias son: a) Ciencias sobre materias que no son afectadas por el hombre de forma mental, cómo las ciencias de la naturaleza; b) Ciencias sobre la estructura del pensamiento mismo, caracterizado por la lógica; c) Ciencias cuyas materias podemos introducir en nuestro aspecto especulativo y dirigido a la acción, cómo la política y la economía y d) Ciencias de la mera

producción de obras externas ejercitada por las técnicas artísticas, aquellas encargadas de la producción de cosas propiamente dichas. (Finnis, 2019).

A continuación, Finnis (2019) procede a clasificar la teoría jurídica (y consecuentemente, el derecho) en la tercera categoría de ciencia, en tanto al fundarse el derecho sobre actitudes y comportamientos exigidos a las personas basado en indicaciones y/o prescripciones, asume cómo principal postulado la acción humana a regular, no siendo posible entender la acción humana, que el derecho regula, en atención a criterios puramente naturales, lógicos ni técnicos.

De igual manera, Javier Hervada (2008b) distingue entre lo que es una ciencia especulativa y una ciencia práctica. La palabra “Especulativa” proviene del latín “speculum”, la cual significa “espejo”. Por ende, una ciencia especulativa será aquella que se limitará meramente a ser un reflejo de la realidad, el cual coincide con la concepción de Finnis al establecer la primera clase de ciencia, en tanto consiste en la mera exteriorización de los hechos y realidades contenidas en las cosas sin injerencia alguna de la mente humana, en tanto el conocimiento de la cosa no es construido, sino descubierto y manifestado tal cómo es, mientras que una ciencia práctica no se encarga de reflejar la cosa, sino de *saber hacer* las cosas, y en tanto es un saber hacer se condiciona con el comportamiento del ser humano, sus actitudes y sus modos de proceder.

Esta concepción se hace presente en el pensamiento griego y escolástico. Según Aristóteles (2023), “En efecto, el fin de la especulación es la verdad, el de la práctica es la mano de obra” (p. 49). Esta definición será retomada más adelante por el pensamiento medieval escolástico y principalmente por Santo Tomás de Aquino.

Así, esta referencia se encuentra en varias partes de su obra principal. Dice Santo Tomás (1988), “*Omnis scientia practica est de rebus operabilibus ab homine; ut moralis de actibus hominum, et aedificativa de aedificiis*” (p. 90). Esto es afirmado en la *Summa Theol.*, I, q. 1, a. 4, Sed contra. [Toda ciencia práctica trata de lo que puede ser hecho por el hombre. Así la Moral, los actos humanos; la Arquitectura, los edificios].

Consecuentemente, la ciencia práctica será, tal y cómo se ha resaltado, aquella ciencia sobre los actos del hombre que lo guían en sus acciones, ordenándola en su saber para dirigirla de manera práctica.

b) Arte:

Según Aristóteles (2024), “El arte es, por tanto, una facultad de producir, dirigida por la verdadera razón” (p. 187). La noción que es más trascendente resaltar es la referida a la facultad de producir, conjuntamente con la noción de verdadera razón o *recta ratio*, la cual es desarrollada por Aristóteles para distinguirla de otras acciones que podrían ser consideradas como arte y cuya equivocidad puede transmitir confusiones.

Cómo hemos visto, Santo Tomás, en su explicación sobre la Ciencia Práctica, abordó cómo de forma general trata sobre lo que puede ser hecho por el hombre, usando ejemplos que difieren tanto por el objeto material como por la metodología que se utiliza en la consecución del fin que se busca. Así, la moral estudia los actos humanos para conocer qué es lo virtuoso para el hombre, lo cual es sustancialmente distinto al objetivo que persigue el arte de la arquitectura, que son los edificios en sí mismos.

Santo Tomás de Aquino (2010) realiza distintas matizaciones respecto a lo escrito por Aristóteles, y en su comentario que realiza a la Ética, permite hacer una distinción más profunda entre ambos conceptos, haciendo un énfasis en cuál de estos es que el arte adquiere su determinación en cuánto tal.

Así dicho, esta distinción recae sobre los hábitos denominados *actio* (acción) y *factio* (hacer). De esta distinción nos comenta Santo Tomás (2010):

En esta obra (La Metafísica) se muestra la diferencia entre acción y hacer. La acción permanece en el agente mismo que opera, cómo ver, entender y querer. En cambio, el hacer es una operación que transita o pasa a la materia exterior, a algo formado a partir de la misma, por ejemplo, edificar, quemar y cortar. (p. 360).

Dicha distinción es necesaria para la correcta concepción del derecho y será debidamente explicada cuando abordemos que es el derecho desde la perspectiva tomista, la cuál es recogida igualmente por Santo Tomás (1990) en la Suma Teológica, recopilando en su objeción la definición de derecho que da el jurisperito Celso, contenido en el Digesto cómo *ius est ars boni at aequi* [Arte de lo bueno y lo justo].

El factor principal que diferencia la acción de la producción, es decir, la *actio* de la *factio*, y que permite encuadrar la actividad del derecho en esta última, es la dimensión externa de las cosas que el derecho otorga en razón de su propia naturaleza.

Es de lo dicho, que nos comenta Hervada (2008b), “Todas ellas deben tener una característica: ser cosas que tengan una dimensión externa (*res exteriores*), que en si o sus manifestaciones salgan de la esfera íntima del sujeto” (p. 71). Es así, que el arte, en tanto es producción de algo exterior al sujeto, no inmanente a él, se enmarca dentro de la *factio* y, consecuentemente, el derecho, desde el punto de vista del jurista, es *saber decir lo justo* de cada uno, no para que el jurista o la persona a la que le corresponde lo suyo se nutra interiormente de ella, sino cómo lo externo a él que le es debido.

Finalmente, es menester hacer mención que este hábito consistente en el *factio* entendido cómo hábito operador que transita hacia la materia exterior no debe ser entendido en su acepción puramente material, sino que puede contener igualmente elementos no materiales, cómo lo son el arte militar, cuyo objeto es la victoria, y la cosa justa y debida mía o del otro, que puede contener tanto cosas materiales como inmateriales.

En razón de ello, Eulogio Palacios (2013) plantea el modo de llamar “factible” y, por ende, arte, cómo un *opus artificiale*, el cual se haya no únicamente en el mundo de una materia exterior palpable con el uso de los sentidos, sino también con el apoyo de la especulación, así como las artes liberales constituyen obras externas referentes a cuentos, poemas y derivados, pero que únicamente son consideradas cómo *factibles*, *facere*, *factio* de modo metafórico, al carecer de una entidad física.

Justamente por ello, es que nos comenta Santo Tomás (2010), “En cuanto al intelecto práctico, pone el arte, que es la recta razón de lo factible, cómo se dice en el libro sexto de esta obra (Ética a Nicómaco)” (p. 64). En ese sentido, es que se denota cómo el arte constituye la principal acepción para los actos operables exteriores del hombre.

En vista de lo explicado, en la concepción tomista sobre el arte, vemos que es concordante con la definición del jurisperito Celso, el *arte de lo bueno y lo justo*, con la noción de materia exterior que hace buena a la obra más no necesariamente al operador de ella, en tanto hace abstracción de la intención moral mediante la cual se opera.

Sin embargo, es necesario realizar precisiones que nos permitan dilucidar que el Derecho cómo rama del saber humano no es una mera operación técnica, y que en razón de la cual se constituye tanto sus principios operables cómo su fin. El

estar sujeto a la especificación de los saberes humanos, se configura dentro de los saberes racionales, el cuál es un saber mucho más alto que la mera técnica artística considerada aisladamente. Todo saber técnico es un saber racional, más no todo saber racional es un saber técnico. El derecho se asienta en los distintos estratos de estos saberes racionales.

Francisco Elias de Tejada (1977) nos comenta así que el saber técnico del derecho es el saber más ínfimo dentro del entramado de saberes que incluye el derecho por su naturaleza de saber racional. Concebir lo contrario es limitar al abogado a ser únicamente un “obrero del derecho”, mientras que el abogado propiamente dicho es aquel que sabe ordenar los elementos y distinguirlos unos de los otros, con el fin de ordenar propiamente los elementos en los que ha de operar justamente la técnica jurídica.

Es así que se configura una marcada tendencia actual, en el que el saber técnico adopta una posición elevada entre los saberes del derecho, incluso hasta alcanzar la posición de saber fundante, ocupado por instrumentos y variaciones jurídicas, tales como la jurisprudencia, la cual ya no es la ciencia de lo justo y lo injusto mediante el conocimiento de las cosas humanas y divinas, sino la acumulación de sentencias emitidas por los juzgados principales, siendo menester que para que un conocimiento sea considerado jurídico no sea necesaria su conformación con la realidad o una evaluación de su implicancia en la ley natural, sino la única condición de que la acotación indicada haya sido invocada o referida mediante un juzgado de mayor jerarquía.

Esta distinción entre cosas materiales e inmateriales, conjuntamente con la distinción entre la intención moral del agente y la obra exterior que resulta de este, las cuáles son matices que entran en la consideración del derecho por su carácter de justo, no debe distraer la visión del abogado ni propiamente del jurista en recurrir a un olvido del objeto de su profesión, el cuál es “decir lo justo”, en el que participan saberes que van más allá de la aplicación artístico-técnica, cuyas características serán debidamente evaluadas al determinar el concepto de “cosa” desde el tomismo, la cual recoge desde la tradición greco-romana.

c) **Persona**

Hemos hecho referencia a cómo, para poder concebir una noción de derecho, es condición necesaria de este el ser informado por nociones básicas anteriores que lo constituyen en su integridad, siendo en los aspectos humanos la

concepción de persona la más importante, en tanto es que de esta noción se deriva intrínsecamente lo que significa derecho.

Javier Hervada (2008b) nos recuerda, al abordar lo que actualmente se entiende como derecho entendido como la ley, y que al jurista se le denomine “hombre de leyes”, que esto depende tanto de la concepción que se tenga del hombre cómo de la sociedad política.

Esta cuestión no plantea duda alguna en el realismo jurídico clásico tomista, pues es el saber sobre el hombre y sus relaciones que del conocimiento de este se determina una filosofía sobre las cosas suyas y sus relaciones y deberes con las demás personas en una comunidad organizada políticamente. “Toda la Filosofía del Derecho, en la trabajosa complejidad de su entero cometido, gira en torno al concepto del hombre” (Elias de Tejada, 1942).

Aspecto interesante a tener en cuenta, especialmente en el desarrollo de la historia de la filosofía del derecho, es aquel aspecto que nos recuerda el decir que la Filosofía del derecho gira en torno al concepto del hombre, no en el hombre mismo.

El hombre, en su integridad, se nos presenta de forma inmediata y el sentido común nos hace una idea de lo que es, pero es en la reflexión intelectual lo que nos revela el concepto del hombre, el cuál varía dependiendo de la mente que decida hacer inteligible una realidad tan compleja.

Este aspecto no es menor, pues del concepto de hombre que se determine, guiará la forma de tratarlo en una determinada comunidad política y, consecuentemente, el sistema normativo se verá principalmente guiado por lo que se debe entender cómo hombre y el cómo regular el reparto de bienes conjuntamente con la ordenación de la sociedad. Una vez el concepto de hombre ha cambiado, cambia el ordenamiento jurídico de suyo.

Aunque varios aspectos puedan decirse sobre el hombre y su forma de ser concebido en el realismo jurídico clásico, en tanto constituye una realidad tal que es objeto de estudios de distintas índoles cómo lo es la filosofía, la ética, la antropología, el derecho, la ciencia política y demás, atendiendo a la línea metodológica de la presente investigación, el enfoque principal será en virtud de cuatro de sus principales potencias, las cuáles son necesarias para poder determinar la posición del hombre dentro del realismo jurídico.

Estas nociones son:

- La persona con dominio de su ser
- La persona cómo capaz de conocer la verdad
- La persona cómo sujeto de acciones morales
- La persona cómo fin y guiado a su fin

En la primera noción de persona, entendida esta con dominio de su ser, es de vital importancia su comprensión, en tanto que comporta el primero de los pilares en los cuáles se fundamente el realismo jurídico clásico, el cuál será la posición habilitadora del ejercicio de los derechos que corresponden al hombre.

Hervada (2008b) comienza el desarrollo del dominio del ser por parte de la persona con una pregunta: ¿Por qué el hombre puede poseer derechos, a diferencia de otras formas de vida cómo lo son los animales o las plantas?

La respuesta se remite a lo dicho anteriormente: porque el hombre tiene dominio de su ser, lo cual lo constituye cómo persona. Esta es la condición primordial para poder concebir el hombre según el realismo jurídico clásico y el fundamento para ser considerado sujeto de derecho.

¿Qué significa tener dominio sobre el propio ser? Primero significa ser la sustancia, algo que existe en sí, concebido cómo existente solo, un ejemplar único en la especie (Graneris, 2019).

Esta aclaración no es suficiente, en tanto que ser sustancia corresponde a otros seres, tanto animados cómo los animales o las plantas, cómo los inanimados cómo un libro o una mesa. La particularidad del hombre en este orden de ser sustancia se corresponde que, a diferencia de las demás sustancias, el hombre es capaz de actuar cómo causa segunda, sin ser determinado en su accionar por las leyes de la naturaleza. A diferencia del animal, que se mueve únicamente por sus instintos y todo cuánto hace es “controlado”, el hombre es capaz de actuar de distintas maneras que no solamente se corresponden con el orden que le ha sido determinado, y por ello es capaz de dominar tanto su ser cómo su entorno.

Para el animal, todo lo que hace no le pertenece cómo tal, pues nada es suyo, al ser parte del universo, y por tanto es irrisorio reconocer al animal la condición de hurto o calificarlo de homicida. El hombre, en cambio, es responsable por sus propios actos (Hervada, 2008b).

Y es en esta calidad de que el hombre tiene dominio sobre su propio ser, que es atribuible de derechos naturales que le corresponden en razón de ese propio ser,

es decir, lo que constituye su ser es de derecho suyo, lo que son los llamados derechos naturales del realismo jurídico clásico (Hervada, 2012).

En razón de ello, es que autores como Francisco Elías de Tejada (1942) atribuye al hombre un puesto especial en la naturaleza por propio designio de Dios.

Santo Tomás de Aquino no es ajeno a dicha concepción, y la explica formidablemente en su obra principal, adoptando y actualizando la concepción del filósofo Boecio. “*Persona est rationalis naturae individua substantia*” (de Aquino, 1988, p. 320). El concepto se puede ubicar en la *Summa Theol.*, I, q.29, a.1. [Persona es la sustancia individual de naturaleza racional].

Es así, que Ocampo Ponce (2021) nos clarifica cómo en la visión tomista de persona con dominio de ser implica la racionalidad del individuo, en virtud de la cual le hace ser más perfecto que las otras sustancias no racionales que subsisten por sí, y que por ende el calificativo de persona no les es aplicable.

En la segunda noción de persona, aquella capaz de conocer la verdad, responde a la necesidad del ser humano por conocer las causas últimas de las cosas y, consecuentemente, de la realidad, a través de sus esfuerzos o aquellos que les son proporcionados desde lo más alto, por un deseo innato de alcanzar el conocimiento hasta dónde lo permiten nuestras capacidades naturales.

Relativo a la capacidad del hombre de poder alcanzar las verdades universales, es que en la experiencia se contrasta la existencia de una entidad distinta que no constituye ninguna clase de universal, sino de seres singulares.

Así, yo percibo personas singulares, pero a mis sentidos se escapa el universal de “hombre”; sin embargo, el lenguaje mediante el concepto me revela la existencia de una realidad que me permite agrupar a la totalidad de estos singulares y poder predicar de ellos el mismo concepto, siendo este el de “hombre”.

¿Cómo es esto posible, si únicamente en la realidad es constatable la experiencia de esta y de aquella persona? Siendo dos o más entidades distintas no se explica la disposición que se tiene de agruparlas bajo el mismo nombre.

Esta problemática fue extendida en el tiempo, y abarca siglos de desarrollo que se presentan como un problema propio aproximadamente desde el siglo V o VI. “Aunque lo que vemos y tocamos son cosas particulares, cuando pensamos esas cosas no podemos por menos de utilizar ideas y palabras generales” (Copleston, 1994a, p. 145).

En la historia de la filosofía, esta problemática concerniente a determinar si es factible formular la existencia o inexistencia de estos universales, y si el hombre es capaz de poder acceder a ellos en su totalidad o únicamente en ciertos aspectos de estos, fue denominado el “dilema de los universales”.

De las posiciones propuestas para la solución de este conflicto, en el cual se ve manifiestamente la oposición griega que preocupó a los primeros filósofos concerniente a las diferencias entre el conocimiento por los sentidos y el conocimiento por la razón, el conflicto se resolvió de dos maneras: El realismo absoluto y el nominalismo extremo.

El realismo absoluto encontró su principal exponente en Platón, el cuál concibió un mundo de las ideas distinto a nuestro mundo, del cual la segunda copia las Ideas del primero, siendo todos nosotros y lo que nos rodea meras sombras de ese mundo externo y trascendente. “El realismo absoluto opina que los universales existen fuera de la mente y fuera de las cosas con una realidad sustancial, aislada, concreta, como la de las cosas de este mundo” (Gambra, 2024, p. 141).

El nominalismo, al contrario, a pesar de haber sido desarrollado durante el inicio de la Edad Medieval, fue mayormente desarrollado y exportado hacia el pensamiento social, cultural y científico por parte del fraile inglés Guillermo de Ockham (1300 – 1350). “El nominalismo, corriente según la cual los conceptos universales carecen de fundamento real, limitándose a ser generalizaciones mentales (conceptualismo) o simples nombres con los cuales designamos una multiplicidad de seres singulares (nominalismo en sentido estricto).” (Hervada, 2006, p. 51).

Las consecuencias para el realismo jurídico clásico de esta última concepción son manifiestamente negativas, en tanto no sería factible la conceptualización de una cosa por rasgos inherentes a ellas, sino que la denominación conocida sería proporcionada mediante puros acuerdos convencionales, denominando a las cosas tal y cómo se les conoce, sin ningún fundamento real. “Con el nominalismo, dejan de tener consistencia real la esencia y la naturaleza de los seres y, por lo tanto, del hombre.” (Hervada, 2006, p. 51).

En el tomismo y, consecuentemente, en el realismo jurídico clásico, el hombre es capaz de hacer inteligible el universal de las cosas mediante un proceso discursivo, en el participan tanto las facultades sensitivas del hombre cómo sus facultades racionales.

El hombre, al ser una combinación de cuerpo y alma, necesita de ambas para la producción de conocimiento, para que su entendimiento pueda conocer las especies inteligibles. Siendo explicado en su realismo metódico, el orden de las cosas son un espejo del orden determinado por la ley eterna de Dios, de las cuáles el hombre puede conocer, pero únicamente por partes (Vallet de Goytisolo, 2000).

Es así, que la verdad se define cómo la adecuación entre el intelecto y la cosa, denotando la conexión intrínseca entre ambos.

Cum autem omnis res sit vera secundum quod habet propriam formam naturae suae, necesse est quod intellectus, in quantum est cognoscens, sit verus in quantum habet similitudinem rei cognitae, quae est forma eius in quantum est cognoscens. Et propter hoc per conformitatem istam cognoscere, est cognoscere veritatem (de Aquino, 1988. p. 226).

Lo anteriormente dicho es desarrollado por el Santo en su *Summa Theol.*, I, q.16, a.2. [Como toda cosa es verdadera en cuanto que tiene la forma propia de su naturaleza, es necesario que el entendimiento, en cuanto que conoce, sea verdadero en cuanto tiene la imagen de lo conocido, que es la forma del entendimiento en cuanto que conoce. Y por eso, la verdad se define como la adecuación entre el entendimiento y el objeto].

Es de lo determinado, que Cruz González (2006) plantea como es que, por la misma naturaleza del hombre en su vertiente intelectual, el entendimiento humano, más que medir las cosas mismas, es medido por ellas, y por ello es receptivo en su conocer.

El entender en el hombre no es un acto que, avanza a un estado extrínseco, sino que permanece en el sujeto cómo acto y perfección suya, en cuanto que el ser es la perfección de lo que existe.

Por ello, decir el ser de las cosas, a través de todo lo que el intelecto humano puede alcanzar de él, es realizar propiamente esa adecuación entre el intelecto y la cosa en que consiste la verdad (Gilson, 2009).

Es así, que la persona conoce intelectiva y discursivamente, siendo que paralelamente, se le denominará ignorancia en tanto que un conocimiento posible y debido no está en mi entendimiento.

Conjuntamente, actúo mal moralmente cuando descuido el conocer dicho conocimiento, cuando, por ejemplo, un abogado laboralista no conoce el D.S. 003-97-TR “T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral” o cuando un

abogado constitucionalista no conoce la Constitución Política del Estado vigente y aplicable en su ordenamiento jurídico o la Nueva Ley Procesal Constitucional.

Desarrollando la doctrina gnoseológica del Aquinate, Hervada (2006) nos recuerda que el hombre está ordenado al conocimiento y entendimiento de las cosas, tal cual cómo ellas son, la cual nos abre el entendimiento a la ley natural.

Es conociendo la naturaleza de las cosas en su saber especulativo, que el hombre puede finalmente dirigir y ordenar el saber práctico, especialmente en el reparto justo de los bienes que es la primordial tarea del derecho en el realismo jurídico clásico.

En la tercera característica del hombre, en tanto que sujeto de sus acciones morales, es menester reiterar el dominio del ser de la persona, en tanto que ambos están íntimamente ligados para la concepción del hombre bajo el tomismo y el realismo jurídico clásico.

Tal y cómo se mencionó, el hombre tiene dominio de su ser, es decir, tiene un grado de participación del ser de Dios más perfecto que los animales, las plantas y los entes inanimados, sin embargo, este grado de participación le impone un deber que le corresponde basado en su propio ser: El de poder determinar sus propias acciones y actos, siendo imputable de responsabilidad por ellos.

Es menester mencionar que, en base a este hecho, se da inicio al Prólogo de la *Prima Secundae* de la Suma Teológica de Santo Tomás (1993). “*Homo factus ad imaginem Dei dicitur, secundum quod per imaginem significatur intellectuale et arbitrio liberum et per se potestativum*” (p. 27). Esto es considerado en el proemio de la *Summa Theol.*, I – II, Prooemium [Cuando decimos que el hombre ha sido hecho a imagen de Dios, entendemos por imagen *un ser dotado de inteligencia, libre albedrío y dominio de sus propios actos*].

Santo Tomás distingue entre los actos del hombre de los actos humanos, siendo estos primeros aquellos actos correspondientes a sus facultades vegetativo - sensitivos tales cómo el desarrollo metabólico del cuerpo, o aquellos en los cuales no se ven implicada ni la voluntad ni la deliberación del hombre, cómo al acto del insomnio; mientras que los segundos son aquellos en los que el hombre actúa tras haber deliberado sobre su acto, las consecuencias y se decidió voluntariamente a hacerlo o no hacerlos, y es en esta acepción, los actos humanos, en los que Santo Tomás se basa para realizar el desarrollo del hombre cómo ser moral.

Es así, que cómo dice Santo Tomás (2010):

Me refiero a las operaciones humanas que proceden de la voluntad del hombre según el orden de la razón. Las operaciones que se encuentran en el hombre, pero que no dependen de la voluntad y la razón, no se dicen propiamente humanas, sino naturales, como resulta claro en el caso de las operaciones del alma vegetativa, que de ningún modo caen bajo la consideración de la filosofía moral. (p. 62).

Acorde a lo mencionado, es la explicación que nos brinda Jose Luis Widow (2009), en tanto que el Aquinate se interesa principalmente por las acciones humanas en su condición de libres, vinculándolo además al imperativo de que el hombre viva de acuerdo a su condición como imagen de Dios, por lo que, en ese sentido, la moral humana y la voluntad del hombre constituye igualmente para el Aquinate una cuestión de estudio por parte de la teología.

Este desarrollo se hizo palpable en el realismo jurídico clásico, en tanto nos dice Graneris (2019) que el hombre, en acto agente que actúa, es necesario que se determine, y para que dicha determinación se produzca, es necesario que el hombre elija, y el acto de elegir implica de suyo que un fin debe ser adoptado.

La voluntad constituye, junto a la razón, la segunda potencia que integra el alma racional de la persona humana por naturaleza propia, y tiene como objeto el bien, así como el entendimiento tiene como objeto la verdad.

Ambas potencias se complementan una con la otra, distinguiéndose, sin ser mutuamente excluyentes.

El intelecto mueve a la voluntad presentándole su objeto, que es el ente y la verdad universal, y por ello sitúa al acto de la voluntad en su especie propia, en oposición con los actos realizados por las potencias sensitivas o puramente naturales. Hay, pues, aquí una moción real y eficaz de la voluntad por el intelecto. (Gilson, 2002, p. 325).

Es de importancia notar, que el hombre es incondicionalmente libre bajo una visión ontológica, hasta el punto que la única libertad que no tiene es aquella para renunciar al uso de su libertad, es forzosamente libre (Eliás de Tejada, 1942).

Por ende, la voluntad conlleva de suyo uno de los presupuestos para la operabilidad del derecho. Tal y como lo plantea el jurista español Álvaro D'Ors (1999) el derecho tiene como una de sus bases fundacionales, sin la cual es imposible considerarlo en su extensión, la certeza ética concerniente a la facultad

de la persona de ser responsable por sus actos, la cual presupone la capacidad de la voluntad humana de configurarse cómo una voluntad esencialmente libre, y siendo esta voluntad una de las bases para la configuración del derecho, es de suyo que el orden jurídico comporta la distintas maneras que en dicha voluntad puede ser manifestada.

Dicha concepción tiene una particular importancia en una rama del derecho en particular, de la cuál es imposible sustraerse en tenor de perder el fundamento que lo constituye específicamente cómo un saber especial de lo justo en el derecho: El derecho penal.

Efectivamente, el derecho penal se construye específicamente sobre la noción de libertad del hombre, en tanto que, justamente en razón de esta libertad es que la persona es capaz de ser pasible de juicios morales y jurídicos. Sin la libertad de la persona, el derecho penal se ve totalmente incapacitado de operar según sus fines.

Si la persona no es realmente libre no sólo bajo ciertas condiciones, sino que es inherente a su ser esta negación de la voluntad, entonces el sujeto se convierte en inimputable *ipso facto*, en tanto que no es posible condenar con una pena a una persona determinada a realizar las acciones que realiza sin ninguna clase de impedimento que le impida actuar de la manera en que lo hace. Atendiendo a razones enteramente prácticas, posiciones filosóficas cómo el determinismo es incompatible con el derecho.

Otro ejemplo en particular sería el de la noción y aplicación del acto jurídico, en tanto que una voluntad libre es determinante para la concreción de este.

Finalmente, la cuarta característica correspondiente a la noción de persona es aquella relativa a ser un fin y ser guiada por un fin.

Es en la noción de fin mediante el cual se aclara el movimiento de las fuerzas que han de guiar el camino hacia el sumo bien, que es conocido por un hombre que interioriza su propia naturaleza y, conociéndola, conjuntamente con el orden inscrito en las cosas, es que logra conocer el fin, a través del cual puede, con su voluntad, acercarse a él o decidir si se aleja de lo concretado.

El fin del hombre es la cuestión central en los tratados éticos, y paralelamente realza la visión de cómo, ante la pluralidad de ciencias y de artes, existe una pluralidad de fines, que sin embargo son fines en referencias a un fin

mayor, que es el fin supremo, del cual no se puede considerar otro fin que no sea ese, por ser el Fin primero.

En razón de ello, es que nos dice Santo Tomás (2010), “El fin es mejor que lo que es por el fin, pues lo que es por un fin tiene razón de bien por su ordenación al fin” (p. 65).

La primera cuestión del tratado moral del Aquinate comienza, con justo motivo, por preguntarse si es propio del hombre obrar por un fin. Es de la misma manera en que el fin se relaciona cómo los operables matemáticos a los axiomas, es decir, los principios primeros que actúan como fundamento primero de todo lo demás.

Es así cómo nos dice Santo Tomás (1993), “Manifestum est autem quod omnes actiones quae procedunt ab aliqua potentia, causantur ab ea secundum rationem sui obiecti. Obiectum autem voluntatis est finis et bonum. Unde oportet quod omnes actiones humanae propter finem sint” (p. 38). Tal y como dice el Santo en su *Summa Theol.*, I – II, c. 1, art. 1 [Ahora bien, todas las acciones que proceden de una potencia son causadas por ella en razón de su objeto. Pero el objeto de la voluntad es el bien y el fin. Luego es necesario que todas las acciones humanas sean por un fin.].

Paralelamente, nos comenta en la Suma contra los Gentiles cómo el agente humano siempre obra guiado por el entendimiento, lo cual implica una concreción tanto entre el fin que se puede alcanzar conjuntamente con el conocimiento racional de la persona, mientras que todo otro agente natural obra por su propia naturaleza.

De ese modo, es que dice Santo Tomás (2018b), “De agentibus autem per intellectum non est dubium quin agant propter finem: agunt enim preconceptiones in intellectu id quod per actionem consequuntur, et ex tali praeconceptione agunt; hoc enim est agere per intellectum” (p. 340). Esto es manifiesto en la segunda gran obra de Santo Tomás, que, aunque hubiese sido redactada con anterioridad a su obra principal, es considerada como uno de los tratados apologéticos más importantes de la escolástica, la *Summa contra Gentes*, III, c.2 [Ninguna duda hay en los agentes que actúan por entendimiento de que lo hagan por un fin, pues al actuar preconiben por su inteligencia lo que han de conseguir mediante la acción, ya que esto significa obrar por entendimiento].

Finalmente, es en ese mismo orden, que Santo Tomás se cuestiona cuál constituye el fin último del agente humano y moral, y si aquel bien que constituye

su fin último consiste en alcanzar algún bien terrenal o, de forma más alta, el hombre debe buscar el bien suyo en un orden sobrenatural. Es así, que Santo Tomás dilucida que el bien último del hombre consiste en alcanzar la visión de Dios.

Es de lo expresado, que nos comenta Santo Tomás (2018a), “mens humana universalis boni cognoscitiva est per intellectum et desiderativa per voluntatem; bonum autem universale non invenitur nisi in Deo, nihil igitur est quod possit hominem beatum facere eius implendo desiderium nisi Deus” (p. 42). La cita se encuentra en su tratado *Del Regno, I, c.8* [La mente humana conoce el bien universal a través del entendimiento y lo deseo por medio de la voluntad; el bien universal únicamente se encuentra en Dios. Luego nada hay que pueda hacer feliz al hombre, saciando su ansiedad, más que Dios].

Es con ello, que el fin último del hombre es alcanzar la visión de Dios, y al constituir este su fin último, es que los demás fines que sean ordenados por la recta razón tienen, de forma análoga su razón de fin en obtención de este fin último, sin perder su condición de orden natural, más al contrario, siendo realizado por el orden sobrenatural.

Esta noción del fin último del hombre se refleja en el derecho y, principalmente, en la política, en tanto es concebida esta cómo la ciencia de la ordenación de la sociedad en miras del bien común.

Es de lo especificado, que la determinación del fin del hombre es la que guiará a modo de principio todo el actuar de este, la concepción que se tendrá sobre su constitución personal y, para los efectos de la presente investigación, el ordenamiento jurídico en atención a dicha constitución que adhiere a un fin determinado.

Es en razón de ello, que juristas cómo Hervada (1996) nos comentará que el orden que existe en las obras de las personas, cuya regla es aquella fijada por lo que se conoce cómo ley natural, está determinada por el fin del hombre, y por ello todo obrar de acuerdo a estos fines serán considerados rectos moralmente, mientras que su desorden consistirá en el obrar sin consideración de esos fines descubiertos por la razón.

Es en atención a lo especificado, que la consideración del hombre en vista del realismo jurídico clásico comporta elementos de los cuáles, una vez conocidos estos, son determinantes para la configuración de lo que el derecho busca y debe regular.

Efectivamente, el derecho parte de la noción de la persona cómo aquel sujeto con dominio de su ser, lo que lo posiciona en una consideración especial distinta de los demás seres, y que justamente lo facultad a ser pasible de tener derechos y deberes.

Igualmente, la persona es capaz de conocer, de usar sus facultades racionales para descubrir la naturaleza de las cosas y de cada cosa (Vallet de Goytisolo, 2000), lo que le abre las puertas a conocer, en atención de la naturaleza de cada cosa, que es lo que debidamente puede ser considerado cómo lo suyo, y que deberes debe cumplir para asegurar el orden conocido.

Además, el hombre, en razón de su voluntad, es un ser libre en virtud del cual es pasible de ser sujeto de juicios morales y jurídicos, de los cuáles el derecho es determinante para su operabilidad.

Finalmente, el hombre y todo cuanto hace es en relación a un fin supremo, que demanda de los demás fines la adecuación a él para que el hombre se pueda desarrollar conforme a sus potestades y en atención a la perfección de su propio, en el cual está incluido el fin del Derecho. Así, lejos de ser una ciencia autónoma y desconectada de los demás ámbitos de la realidad, que comporta el hombre y su entorno social-político, el derecho encuentra su razón de ser en lograr que el hombre se desarrolle en sus potencias.

d) **Ética**

La importancia de la ética en el derecho ha sido una realidad que, más que haber sido ignorada o desconocida por los juristas peruanos, ha sido extirpada de sus nociones fundamentales y realistas, resultando así que, aunque últimamente se haga referencia a la justicia cómo principal motor de la actividad jurídica y la producción normativa, no sea más que una justicia que sea fundada sobre nociones *a priori* que descartan toda apelación al realismo metodológico o fundadas sobre el emotivismo aún presente en la mentalidad del jurista, aunque veamos una mayor predominancia de la primera acepción por derivación de la moderna doctrina de los derechos humanos, la cual actúa cómo informante inmediato a tener cómo base fundamental para una teoría de axiología jurídica.

Todo esto es producto de una conjunción del vocabulario moral, en el que los términos propiamente morales sean entendidos de distintas maneras, por lo que una interpretación conjunta sobre un solo término pueda obtener distintas acepciones, lo que consecuentemente lleva a la adopción de una posición moral que

no sea acorde con la realidad, sino en virtud de la enorme gama de opiniones dónde cada uno elige vincularse y dejarse guiar por los fines propuestos (MacIntyre, 1976).

Sin embargo, el estudio de la ética realista tradicional es muy distinta a las nociones esparcidas en el ámbito contemporáneo, y últimamente su influencia ha vuelto a tener cierta prevalencia en varios juristas actuales, informados especialmente en la noción tomista de la ética, la cuál ha sido primordialmente cultivada de la filosofía griega y el arte romano, sin olvidar evidentemente la influencia ético-teológica que influyó por el cristianismo.

Primeramente, Miguel Ayuso realiza unas consideraciones sobre la Ética y su influencia sobre el derecho, especialmente lo que debemos comprender por esta en sus propios fundamentos y cómo se da esta relación entre ambos órdenes, distintos más no separados, al constituir ambos el estudio formal sobre la realidad moral en su totalidad.

Nos dirá así Miguel Ayuso (2023) que la ética occidental deviene principalmente de la concepción griega, que sería la denominada “clásica”, en contraposición a una moderna y la cuál será abordada cuando se desarrolle la modernidad y su influencia en el pensamiento jurídico, que es concebida como la ciencia de la actividad humana, muy similar a lo revisado en la concepción de John Finnis.

Paralelamente, es determinante concebir este estudio en el ámbito de la realidad humana en la que la actividad del hombre es el aspecto central. En Grecia, ese estudio se denominó “Ética”, por provenir de la palabra griega “ethos”, mientras que, en su asimilación romana, fue concebido como “mos”, lo propio de la costumbre, adoptando el plural “mores”, de lo que proviene el castellano “Moral” (Hervada, 2008b). Así, en la antigüedad y la escolástica cristiana medieval, la ética no sería una ciencia formalmente distinta de la moral, en tanto que el uso común entre ambos sería intercambiable.

La ética así es, tal y cómo lo explica Jose Luis Widow (2009), la ciencia de la actividad humana la cuál confiere un carácter a aquel que la ejecuta, en su consideración cómo actos humanos, los cuáles fueron desarrollados por Santo Tomás al explicar la distinción entre los actos humanos y los actos del hombre.

En una concepción moderna del derecho, en la cual se ha buscado desvincular tanto del estudio de la ética cómo de la moral, es evidente que la ciencia

del derecho se ha abrogado a la labor de determinar la última palabra en todos aquellos aspectos y problemáticas que al derecho envuelve, en virtud de una autonomía autodeterminada, pero insistimos en el error de ello, en tanto han centrado la exclusividad de la labor del jurista en aspectos tales como la resolución de conflictos, el análisis del lenguaje jurídico, la estructura de la norma jurídica, habiendo olvidado que primordialmente que el derecho es regla de la acción humana, y al tratarse de la acción humana, el jurista inevitablemente debe levantar la vista para deslumbrar a la ética como aquella iluminadora de su labor profesional (Graneris, 2019).

Lo dicho anteriormente no es una afirmación sin base, en tanto que, para el realismo jurídico clásico, el derecho no es únicamente una atribución de los llamados derechos subjetivos, sino también la concreción de deberes, que incluyen de suyo una carga ética considerable. Así, D'Ors (1999) distingue el alcance la ética en la función que ejerce sobre el derecho, estableciendo dicho alcance en aquellos deberes y/o servicios debidos que son socialmente exigibles.

e) **Prudencia**

Habiendo sido definida la ética y sus alcances bajo el marco metodológico del realismo jurídico clásico, es menester definir el alcance de las dos virtudes cardinales que operan en la razón del derecho.

Primeramente, el estudio de la prudencia es necesaria para el objeto que comporta el derecho y a la realidad social a la que atiende: que las cosas están repartidas.

Es bajo esa concepción, que los juristas romanos idearon un saber para saber cómo es que se le debe dar lo suyo a cada persona, no limitándose únicamente a conocer que es lo que se debe dar, sino también bajo distintas modalidades que involucran distinciones tales como el saber dónde entregarlo, cuándo entregarlo, cómo entregarlo y primordialmente a quién es que hay que darlo; siendo nombrado este conocimiento como *iuris prudentia*, conocida como “Prudencia del derecho”, de la cual se origina la palabra jurisprudencia (Hervada, 2011).

En la clásica definición romana, la jurisprudencia o prudencia del derecho, tal y como es recogida por la definición de Ulpiano contenida en el *Digesto*, se conoce como *divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia*, es decir, la ciencia de lo justo y de lo injusto basada en la previa noticia de las cosas divinas y humanas.

En la consideración de Santo Tomás de Aquino, la prudencia resulta una virtud que es aplicada tanto en la consideración y, por ende, a la facultad cognoscitiva, pero comporta paralelamente un componente práctico, en tanto que está ordenado a la aplicación a la obra, el cuál es el fin de la razón práctica.

Es de ello que nos dice Santo Tomás (1990), “Dicendum quod laus prudentiae non consistit in sola consideratione, sed in applicatione ad opus, quod est finis practicae rationis” (p. 400). Así es como se propone en la *Summa Theol.*, II – II, c. 47, art. 1, ad. 3 [El mérito de la prudencia no consiste solamente en la consideración, sino también en la aplicación a la obra, fin del entendimiento práctico].

Con base en esa definición, es que D’ Ors (1999) puede distinguir entre la virtud de la Prudencia y la virtud de la Justicia, atendiendo a que mientras la primera es cognoscitiva atendida al acto, la segunda es enteramente volitiva, y si la justicia es un querer racional, necesariamente implica primero la presencia de un “entender”, propio de la Prudencia.

Conjuntamente a ello, es que la prudencia tiene como fin garantizar el justo medio, por lo que dispone la recta disposición de los medios para la consecución de ese fin. En ese sentido lo explica Santo Tomás (1990), “Sed qualiter et per quae homo in operando attingat medium rationis pertinet ad dispositionem prudentiae.

Licet enim attingere medium sit finis virtutis moralis, tamen per rectam dispositionem eorum quae sunt ad finem medium invenitur” (p. 406). Santo Tomás lo explicita en su *Summa Theol.*, II – II, c. 47, art. 7 [Ahora bien, incumbe a la prudencia determinar de qué manera y con qué medios debe el hombre alcanzar con sus actos el medio racional. En efecto, aunque el fin de la virtud moral es alcanzar el justo medio, éste solamente se logra mediante la recta disposición de los medios].

Es en especial atención a esta consideración sobre el saber encontrar el medio en la repartición de los bienes, que Villey (1979) sabrá distinguir el derecho cómo un objeto, planteando cómo ejemplo el pago del impuesto a la renta: Si pago el impuesto más de lo correspondido, he faltado en exceso, y si, por el contrario, he pagado menos de lo debido, he faltado por defecto. Lo correspondiente entonces es el *justo* medio, el cuál es objetivo y, por consiguiente, se encuentra en las cosas, “in re”.

f) Derecho

Conocida la prudencia cómo una de las virtudes cardinales circundantes sobre el derecho, corresponde conocer el derecho mismo en su definición propia bajo la consideración del tomismo y del realismo jurídico clásico.

En una primera acepción, nos comenta Graneris (2019) que Santo Tomás define el derecho de una manera tal, que a los juristas del siglo XX educados bajo la impronta del normativismo positivista extrañaría totalmente: *Ius est res*, el derecho es la cosa.

La mayor parte de este desarrollo se encuentra primordialmente en la Suma Teológica del Aquinate, y es de allí de dónde se dilucida su mayor desarrollo, dedicando una cuestión únicamente al derecho y sus consideraciones.

En ese sentido, es que nos comenta Santo Tomás (1990), al comentar al respecto del objeto de la justicia, “Et propter hoc specialiter iustitiae prae aliis virtutibus determinatur secundum se obiectum, quod vocatur iustum. Et hoc quidem est ius” (p. 470). La presente es mencionada en la *Summa Theol.*, II – II, c. 57, art. 1 [El objeto de la justicia, a diferencia de las demás virtudes, es el objeto específico que se llama lo justo. Ciertamente, esto es el derecho].

Adicionalmente, Javier Hervada (2008b) nos enfatiza cómo entre “lo justo” y el derecho no existe diferencia alguna, sino que justamente cuando el jurista, en su labor cómo profesional, dice el derecho, dice al mismo tiempo lo que es justo, porque en ambos existe una identidad.

Es por ello, que cuando el jurista dice que es lo justo de las personas, está determinando que es *lo suyo* de cada uno. Consecuentemente, en el derecho existe una triple identidad de conceptos bajo el marco doctrinal del realismo jurídico clásico, adoptado por Santo Tomás de Aquino y que perdura propiamente cómo una de las definiciones del derecho concebibles hasta nuestros días: el derecho, lo suyo y lo justo son tres maneras distintas de nombrar las mismas cosas.

Esta no es una opinión aislada. John Finnis (2019) al evaluar la concepción de derecho en Santo Tomás de Aquino, realiza un énfasis en cómo el derecho, el *ius*, es el objeto de la justicia, mediante el cual el propio *ius* es garantizado por el ejercicio del acto justo, siendo este *ius* aquello a lo que las personas tienen derecho, lo que legítimamente es suyo.

Igualmente, Michell Villey (1979) al momento de abordar la forma en que el derecho se ha concebido dentro del ámbito francés, alude a la distinción griega entre una persona justa (*dikaios*) y el acto justo en sí mismo (*to dikaion*). En Francia,

el derecho se corresponderá con esta segunda acepción. El derecho es la derivación de la ciencia moral mediante el cual se concibe cómo fin el decir lo justo de cada persona (dikaion).

Es por ello, en atención a la realización del acto justo, de dar a cada uno lo que es suyo, que el análisis del Derecho dentro de la tradición griega, convertida en arte por los romanos y transmitida hacia la escolástica cristiana tomista, que el derecho se ve principalmente vinculada con la noción de justicia, de la cuál es necesario emitir su respectiva consideración.

g) Justicia

Aristóteles (2024) denominó a la justicia cómo la virtud entera, en tanto no es aquella que se utiliza únicamente para el bien de uno mismo, a diferencia de otras virtudes morales tales cómo la templanza, la fortaleza o la prudencia, sino que cuyo fin está siempre en ser cosa extraña, ser cosa dirigida hacia fuera de mi mismo, para el otro, un bien para los demás.

Aunque la justicia aristotélica, y de la cuál Santo Tomás hace un desarrollo extenso y magnífico, sea una que deba ser considerada para objeto de estudio, a nosotros nos importa principalmente la justicia entendida en su generalidad y no en sus especies primordialmente, en tanto dichas especies se ordenan siempre a la generalidad cómo las partes se ordenan al todo. De esa manera, la clasificación entre justicia legal, justicia distributiva y justicia conmutativa se verán bajo la lupa de lo que los romanos definieron cómo justicia en el Digesto, y que Santo Tomás hizo suya en la Suma Teológica: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum unicuique tribuens* [La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo].

Estas consideraciones concuerdan con la de Álvaro D'Ors (1999) al considerar la misma definición de la justicia, atendiendo a que el adjetivo constante refiere a la simultaneidad de la entrega de la cosa justa en casos que sean iguales, y perpetua en el sentido que permanece en el tiempo.

Una distinción es necesario al momento de concebir la justicia y su relación tanto con la justicia del jurista cómo la justicia de aquel que debe obrar la obra justa: El jurista no es quien debe obrar la obra justa, sino que en su oficio consiste en decirle a la persona la acción a realizar para ser justo. El jurista dirá al empresario de qué manera realizar los pagos por sus labores a sus trabajadores, dirá al arrendador cómo cumplir con las cláusulas de su contrato, pero no será él quien

deba pagar al trabajador o respetar las cláusulas del contrato de arrendamiento. El jurista únicamente dice el derecho, y por ello su virtud propiamente dicha será la prudencia, que es decir cómo se deben hacer las cosas. Propiamente dicho, el jurista será el científico de la justicia, en tanto que analizará dicha virtud en relación al objeto propio del derecho, y no la justicia consideraba bajo el estudio de la filosofía moral – ética o la filosofía política. (Hervada, 2008a).

Es de lo explicado, que la necesidad de especificar en qué sentido el arte del derecho implica a la virtud de la justicia se impone. Al respecto, Santo Tomás realizará una distinción clave que permita especificar los actos propios en el que opera el derecho en relación con la virtud de la justicia y que la diferencia de las distintas ramas del conocimiento que la involucran, distinguiendo su objeto formal.

En ese sentido, el Aquinate plantea la siguiente distinción: En las demás virtudes cardinales, entiéndase, la prudencia, la templanza y la fortaleza, la virtud se determina en relación con el agente mismo, es decir, que la virtud se mida en la medida en que la voluntad del agente y su forma de querer actuar es concordante con la virtud propia, por lo que dicho de esta manera, no se puede determinar que un acto sea prudente si el agente no es prudente en sí mismo, igualmente con la virtud de la templanza y la fortaleza, en tanto no se pueden realizar actos templados o fuertes sin que esté en el mismo agente querer obrar de esa manera.

Lo contrario acontece al momento de determinar la virtud de la justicia al tratar del Derecho como a su objeto, en tanto que, mientras que las demás virtudes se consideran en relación al agente mismo, la justicia necesariamente implica de suyo que la cosa debida, la acción justa, recaiga sobre otra persona y no sobre el propio agente. Al recaer sobre otro lo suyo de otro agente y no de uno mismo, la rectitud del acto de la justicia será medida en relación con la rectitud de entregar la cosa suya, sin tener en consideración la intención del que obra. Esta es la principal distinción para distinguir tanto la Moral del Derecho, pero sin ser mutuamente excluyentes, dotando así al derecho de una distinción sin ser absorbida formalmente por otras ramas del conocimiento.

Así, nos dice Santo Tomás (1990), “Sic igitur iustum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur actio iustitiae, etiam non considerato qualiter ab agente fiat. Sed in aliis virtutibus non determinatur aliquid rectum nisi secundum quod aliquo modo fit ab agente” (p. 470). Lo mencionado es atribuido a la *Summa Theol.*, II – II, c. 57, art. 1 [Por consiguiente, se llama justo a

algo, es decir, con la nota de la rectitud de la justicia, al término de un acto de justicia, aún sin la consideración de cómo se hace por el agente. Pero en las otras virtudes no se define algo como recto a no ser considerado cómo se hace por el agente].

Esta distinción plantea importantes consecuencias, respecto al fin del derecho cómo ciencia práctica y cómo arte, en tanto no tiene cómo causa final buscar las maneras en las que la persona que vive en sociedad pueda ser virtuoso, ni busca la perfección moral del agente, sino que únicamente pretende definir cuál es la parte justa que me corresponde en virtud del título que me concede el derecho, únicamente le importa establecer cuál es el justo medio en la repartición de los bienes y la distribución de las cosas (Villey, 1979). Así, la definición del derecho, su relación con la justicia y la formalidad de su actuación quedan claramente establecidas y confinadas en sus propias esferas, sin mezclarse sustancialmente una con la otra, pero sin negar la forma en que la justicia influye en el derecho, atendiendo a la íntima relación existente entre ambas.

Primordial anotación la que efectúa Graneris (2019) al momento de definir el componente moral que existe en la noción del derecho definida a la manera en que Santo Tomás lo realiza, la *ipsa res iusta*, la cosa justa. El tratar de una relación con el otro implica que al derecho va adscrito propiamente otra noción, y este será la del deber, por lo que propiamente atendemos a un dualismo entre el derecho y el deber, y en tanto que comporta un deber, será siempre una exigencia con carácter moral, hundiendo sus raíces en la virtud de la justicia. Si el derecho se pretendiese amoral en su totalidad, entonces su calificación como “cosa justa” o “cosa debida” cesaría de ser, y se alejaría totalmente del concepto tomista, además del realismo jurídico clásico, para configurar cuál otra acepción sostenida por otras corrientes iusfilosóficas, cómo el normativismo.

h) Naturaleza

La naturaleza en si misma comporta distintos caracteres que son primordiales definir y distinguir. Sin embargo, es necesario igualmente resaltar la importancia de la naturaleza entendida en la visión tomista y cómo esta visión afecta en el realismo jurídico clásico. La naturaleza a la que nos referimos específicamente no constituye únicamente la naturaleza material de la que vivimos rodeados a razón de ser un entorno físico, sino a una naturaleza, más al interior de cada uno de

nosotros y de todos los seres, que configura el aspecto primordial que constituye el punto de referencia de la presente investigación: la naturaleza de las cosas.

Dicha consideración no es para menos, en tanto que, como lo señala Miguel Ayuso (2016), en la visión clásica que se configura de la naturaleza humana, inmiscuida en la naturaleza de las cosas, y dilucidada la naturaleza de cada una de ellas, debe extraerse *id quod iustum est* [lo que es justo].

Es importante empezar por distinguir las líneas centrales en el concepto de naturaleza, la cuál puede ser entendida de manera análoga, para el propósito que nos hemos planteado, de la siguiente manera:

- Naturaleza en cuanto principio de movimiento/operación
- Naturaleza cómo esencia/sustancia segunda
- Naturaleza cómo fin
- Naturaleza cómo regla del ser en relación a su actividad

En relación a la primera acepción, es menester la opinión de Garrigou Lagrange (1946), en la cual Santo Tomás define la naturaleza cómo el principio de la actividad en cada uno de los seres, la cual mediante dicha actividad es encaminada a un fin determinado.

En consonancia, Ocampo Ponce (2021) nos establece cómo la naturaleza es, en primer lugar, un principio, en condición del cuál cualquier cosa procederá de una determinada manera. Es aquello por lo que una cosa comienza a comportarse de determinada forma. Es aquello mediante el cual devienen todos los posibles cambios respecto del desarrollo de un ente y su accionar.

De igual manera, Segovia (2019, p. 51) nos adelanta cómo la naturaleza es aquella que estipula el comienzo del movimiento, entendido como el desarrollo del ser, y la acción de cada ser.

En la segunda acepción de naturaleza, entendida cómo esencia/sustancia segunda, se entiende que la sustancia primera no puede ser el principio de inteligibilidad, al ser la cosa individualizada, cómo aquel hombre o esta mesa, pero si es factible de intelección por derivación a la sustancia segunda, es decir, el universal contenido en la sustancia primera, la esencia de la cosa. Todo aquello que se encuentra en el universal manifestado por la sustancia segunda se encuentra de plano en la sustancia primera, en aquella cosa individualizada (Ocampo Ponce, 2021).

La naturaleza, nos dirá Aristóteles (2023) es una especie de esencia.

En la tercera acepción de la naturaleza, entendida cómo fin, se dilucida aquella noción que entiende la razón del movimiento de la naturaleza. En efecto, todo lo que obra lo hace por un fin, y ese fin se correlaciona cómo principio tanto de conocimiento como del movimiento. Así, nos dice Aristóteles (2023) que esa es la razón por la cual la naturaleza es un principio, y que la causa final tiene la misma razón de principio, por ende, la naturaleza sobresale como causa final, el fin al que tiende la acción de las cosas.

Finalmente, la cuarta acepción de naturaleza, entendida como regla del ser en atención a su actividad, es la que se deslumbra con el principio conocido como “operari sequitur esse” [La operación sigue al ser]. En virtud de ello, Segovia (2019, p. 52) resalta la naturaleza en este sentido con la actividad del hombre: Siendo de una naturaleza específicamente racional, todo su obrar está condicionado por el orden de la razón, por lo que está llamado a conocer. Aunque lo realice de manera indefectible, su actividad es conocer y obrar, al ser las dos potencias principales del alma, en la cual dicha razón será reglada en ambas vertientes. Sus facultades intelectivas están regladas por la naturaleza de las cosas, que capta y hace suyas, y en su obrar está reglado por su propia naturaleza ordenado a su fin como ser humano, ya discutido en la cuarta acepción de persona en el sentido tomista.

i) Cosa

La cosa es, en una primera acepción, tal y cómo lo postulara basado en Aristóteles el jurista Villey (2020), todo aquello que existe en el mundo. Dicha acepción podrá parecer vaga y abstracta, pero dentro de dicha vaguedad esconde un vasto contenido que no hace sino reflejar sus notas más esenciales que han sido actualmente olvidadas o, en el peor de los casos, ignorada.

Esta acepción de las cosas cómo todo aquello que existe en el mundo no se limita únicamente a aquellas cosas que son captadas por nuestros sentidos, cosas sensibles, materiales, físicas, sino que engloba la integridad de la realidad que constituye al hombre, su entorno y relaciones. Así, la cosa clásica es un objeto mucho más rico en contenido, al abarcar tanto cosas materiales cómo aquellas espirituales, como lo pueden ser las instituciones jurídicas, o los valores mismos.

El orden de estas cosas, nos dirá Vallet de Goytisolo (2001), no es un orden que sea construido por el ser humano, en tanto que este actúa como causa segunda, sino que proviene de un Creador supremo que ha deslumbrado la razón de cada cosa y le ha colocado en su debido lugar, configurando así el orden de las cosas

contenidas en la Ley eterna, de la cual el hombre conoce mediante la participación de dicha ley eterna en el conocimiento racional humano, lo que se le denomina la Ley Natural.

Es en ese sentido, que nos comenta Santo Tomás (1988), “dicendum quod secundum eandem rationem competit Deo esse gubernatorem rerum, et causam earum, quia eiusdem est rem producere, et ei perfectionem dare, quod ad gubernantem pertinet. Deus autem est causa non quidem particularis unius generis rerum, sed universalis totius entis” (p. 886). Es así tal y como lo explicita en su *Summa Theol.*, I, c. 103, art. 5 [Hay que decir: Por lo mismo que Dios es creador de las cosas, también es gobernador de ellas. Porque a uno mismo pertenece dar origen a las cosas y llevarlas a su perfección, que es función propia del gobernante. Pero Dios es causa, no particular de un solo género de cosas, sino universal de todo ser].

Es en razón de ello, que el orden de las cosas no responde a causas fortuitas, dejando de lado todo materialismo, ni es construido con las únicas fuerzas de la razón humana, cómo pretendía el racionalismo, manifestado actualmente en un constructivismo, sino que es primordialmente reflejo cognoscible por nuestra razón, y justamente por lo que es reflejo significa que es anterior a nuestro intelecto, pero aprehensible por este, en virtud del cual el hombre, en uso de su libertad, se puede acomodar a él o ignorarlo.

Es así, que en atención a estas nociones filosófico jurídicas, es que nos permitimos hacer una introducción general a los conceptos que permitirán un mayor manejo de los consecuentes temas, sobre la realización del derecho en la sociedad, las nociones actuales que involucran la conservación del pensamiento tomista y su posterior reemplazo por las concepciones modernas del derecho, las fuentes que inspiran la producción normativa y la naturaleza de las cosas tanto desde la visión clásica cómo la moderna, además de su panorama actual en el conjunto total del ordenamiento jurídico peruano.

1.2. La modernidad y sus implicancias histórico - jurídicas

La modernidad es, a primeros rasgos, el periodo del tiempo que obtiene sus primeros matices de Guillermo de Ockham y los nominalistas, alrededor del siglo XIV, si bien no sería hasta unos siglos más adelante mediante el cual se manifestaría cómo periodo histórico concreto, caracterizado por un cambio sustancial en todas aquellas estructuras filosóficas, políticas, sociales, culturales, económicas y, evidentemente, en la ciencia del derecho.

Dicho periodo, aunque no inicia históricamente con Guillermo de Ockham, su nominalismo (el cuál no es el único aspecto de su pensamiento, pero indudablemente es el que más repercusiones causó), se contrapuso enfáticamente al realismo que había caracterizado la época escolástica cristiana (Copleston, 1994b).

El pensamiento de Ockham tuvo una repercusión sustancial en la forma en que se concibe el derecho natural y, consecuentemente, el derecho en general. Partiendo de una línea marcadamente voluntarista, los postulados de la ley natural no serían exigencias racionales derivadas de la evaluación de la naturaleza de las cosas, sino más bien pura expresión de la voluntad divina, que en razón de su voluntad podría determinar unas exigencias totalmente contradictorias a las actuales que aun así el ser humano debería aceptar, por razón de la condición de quien emitía el juicio tenía la potestad para hacerlo, o sea, Dios mismo.

Bajo esa visión, es que Ockham configura los primeros matices en los cuales se funda el positivismo jurídico y el relativismo del siglo XX (Hervada, 2006).

Paralelamente, su nominalismo implicó asumir que los universales, al no ser realidades, sino meras convenciones verbales mediante las cuáles se agrupan a los seres singulares, que configura lo único real. Bajo esa perspectiva, la naturaleza de las cosas pierde sustancialidad y permanencia.

En ese sentido, Vallet de Goytisolo (2000) nos representa la primera separación radical entre la *res cogitans* o cosa pensante, el alma, la mente, de la *res extensa*, puro cuerpo, materia, que posteriormente será desarrollada por el filósofo francés René Descartes, que inaugurará un periodo en la filosofía moderna concebida como el giro radical hacia el hombre, inaugurando el enfrentamiento entre los racionalistas franceses y los empiristas ingleses, del cuál será el filósofo prusiano Inmanuel Kant la convergencia entre ambos, configurando el giro copernicano en la teoría del conocimiento.

En la modernidad, al separar sustancialmente los dos co-principios que se consideraron juntos a partir de Aristóteles y que encontraron una sistematización racional en Santo Tomás de Aquino, se amenazó con reducir a la naturaleza y sus componentes metafísicos, aquellos perceptibles como descubrimiento, a un acto del espíritu y no de la naturaleza per se.

Tal y como mencionamos anteriormente, el concepto de derecho se condiciona primeramente al concepto que existe de hombre. Si antes en el hombre existía una armonía entre cuerpo y alma, del cual existía la sustancia de “hombre”, en la Modernidad el giro antropocéntrico eliminó al cuerpo, la *res extensa*, a ser pura manifestación física, sin influencia alguna del espíritu. El hombre ya no era cuerpo y alma, sino el alma que habita un cuerpo. Bajo

esa noción, la naturaleza ya no es entendida, sino dominada, manipulada e, irónicamente, desnaturalizada.

Así, Michel Villey (2020) califica en la modernidad que el derecho ya no necesita de la naturaleza de las cosas para determinarse ni apoyarse, sino que será el hombre quien, haciendo uso de sus puras facultades racionales, concebirá el derecho, sin ningún influjo exterior que el de su propia razón, configurando así las precuelas de iusnaturalismo moderno, o apoyándose en la voluntad totalizadora del hombre, encontrando su razón de ser en el consentimiento de los ciudadanos, el cuál es concretado en el contrato social.

Así, en el hombre, sujeto racional, corresponde hablar de “normas”, en tanto que el término de “ley” pasará a determinar los fenómenos naturales a los cuáles se encuentra sometida la materia.

1.3. Iusnaturalismo Moderno

A pesar de la gran cantidad de filósofos que implicaron al derecho en la materia principal de sus consideraciones filosóficas, en la presente investigación se optará principalmente por aducir a la idea y pensamiento del filósofo Immanuel Kant, en atención a que, en el siglo XX y hasta nuestros tiempos actuales, su pensamiento es el que ha perdurado mayormente en la doctrina del iusnaturalismo racionalista y en los juristas contemporáneos, denominados principalmente como “neokantianos”, del cual influirán en la mentalidad de juristas tales como Gustav Radbruch, Robert Alexy o Eduardo García Máynez.

Lo afirmado, además, corresponde a la preponderancia que tuvo el pensamiento kantiano en la configuración del derecho, en tanto que será el sistema de Kant aquel que organizó los datos jurídicos de la forma más sistemática y coherente en relación al denominado Iusnaturalismo moderno (Fassó, 1982b).

En la modernidad, al perderse el contacto con la cosa, resulta evidente que esta no puede decirnos absolutamente nada del derecho.

Con ello, la noción primigenia del derecho y la jurisprudencia cómo la ciencia de lo justo y lo injusto mediante el conocimiento de las cosas humanas y divinas se vio profundamente afectada.

Esta noción encontrará un principal referente en Immanuel Kant, para el cuál el conocimiento de la cosa resulta imposible, al estar el ser humano determinado a conocer de cierta manera, lo que le impide llegar a la cosa en sí (Noúmeno), teniendo que conformarse únicamente con el fenómeno, que encasillamos en conceptos mentales.

Es menester explicar el giro kantiano del modo de conocer: Ya no se parte desde el objeto conocido, sino desde el sujeto cognoscente. Conocer la cosa tal y como es en sí misma se convierte en una imposibilidad desde la gnoseología kantiana, en tanto que nuestra mente no conoce libremente, sino que es condicionado por las intuiciones *a priori* del conocimiento, es decir, el espacio y el tiempo, y es basado en este espacio y tiempo que determina nuestro modo de conocer la cosa. Sin embargo, existe la cosa tal y como es sin estas intuiciones *a priori* del entendimiento, lo que se denomina *Noúmeno*, del cual se nos es imposible la intelección, pues nuestro conocimiento es espontáneo a este modo de conocer, por lo que recae en última instancia en el sujeto cognoscente la forma de aprehensión del conocimiento. Este es el idealismo kantiano, también denominado como Idealismo crítico o trascendental (Hervada, 2006).

La visión kantiana sobre la realidad implicó consecuencias demasiado notorias en su forma de concebir el derecho, ya que, si existían las nociones *a priori* en el conocer del hombre, esto es, en las ciencias especulativas, de igual manera existen las nociones *a priori*, o razón práctica, respecto al modo de obrar del hombre.

Kant buscó una forma de poder concebir el acto moral del hombre desligado de la experiencia, o sea, *a posteriori*, y buscó fundarla en la razón misma del hombre, descontaminada de toda experiencia, *a priori*. Por ello, desligó el acto moral del bien, que en el realismo jurídico clásico era la medida del acto moralmente bueno o malo, al ser esta exterior al hombre, y lo concibió desde el deber, totalmente intrínseco al hombre mismo (Hervada, 2006).

Así, si la moral es intrínseca al sujeto, al advenirle del interior por exigencia de la propia razón, descontaminada de toda experiencia, entonces el derecho se distinguirá radicalmente de la moral, en tanto que será una exigencia heterónoma, advenida desde el exterior, impuesta por la ley.

Sin embargo, en Kant el derecho se cumple no tanto como advenimiento de una materia exterior, como el bien común, sino por exigencia propia de la razón manifestada por el imperativo categórico. Es por ello, que el derecho no se cumple porque sea lo atendible al bien común o porque sea justo, sino porque es un deber imponible desde la razón misma, que Hervada (2006) describirá como el paso previo al positivismo: Obedecer la ley porque es ley, y no por el contenido que manifiesta. Kant no proporcionó esa concepción a su teoría, pero es evidente que la propicia hacia ese camino.

Así, es que nos advierte Alvear Téllez (2022) que, a partir de la definición de Kant, la libertad de conciencia será traducida en la autonomía del hombre en su vertiente racional y

moral, auto legislándose a sí mismo, el cual es reflejado en un Estado laico propio de la época de la Ilustración francesa, propiciado por la inmanencia de la voluntad humana.

Con ello, el derecho natural deja de formar parte del derecho vigente, y de estar conectado intrínsecamente al derecho positivo, para estarlo externamente. Ya no será el edificio jurídico donde se relacionaba tanto el derecho natural como el derecho positivo, siendo aquel parte del derecho vigente, sino que se constituyen en dos edificios distintos, uno del derecho natural y el otro del derecho positivo, siendo el derecho natural denominado “Moral” y, consecuentemente, fuera del ámbito del estudio de la Ciencia del Derecho, si bien le proporciona al derecho positivo las bases para ser constituido, pero de manera extrínseca.

De esa forma, el derecho natural es arrancado del estadio del “ser”, para constituir el “deber ser”, una forma a priori del derecho, una regla formal sin contenido por sí mismo, sino el molde del cuál se acopla el derecho positivo, el cuál es dado por la voluntad del legislador, de la cuál ambos derechos son contrapuestos (Hervada, 2006).

Adicionalmente, Kant concebirá al derecho, ya no como la cosa justa, sino cómo el conjunto de condiciones mediante la cual mi arbitrio no colisiona con la libertad del otro. Será la coronación del denominado “derecho subjetivo”. Así, los derechos subjetivos son limitados por los “derechos objetivos”, entiéndase, las leyes, las cuales son inferiores al derecho subjetivo de la persona, al ser meros instrumentos (Villey, 1979).

1.4. Iuspositivismo

El rasgo que especifica el iuspositivismo sería la identificación de la ley con el derecho. Independientemente del contenido, la ley se determina como derecho en atención a requisitos puramente formales, como el haber sido expedida por la voluntad de aquel que está facultado para dictaminar leyes. Esta será la manifestación del normativismo positivista (Villey, 1979).

Atendimos como en Kant, el derecho positivo estaba confinado al “ser”, pero no el ser trascendental de la filosofía clásica jurídica, sino al ser fenoménico, basado estrictamente en hechos, y será de dicha concepción de la cual se desarrollará el positivismo, al denominar a la ciencia del derecho como una ciencia de hechos, de datos empíricos, propiciada por Augusto Comte y su pretensión de aplicar a todo ámbito de la vida humana, sea social, moral, y sus derivados los métodos de las ciencias experimentales, el método científico. Con ello, la ciencia del derecho consistiría principalmente en la exégesis de los textos legales proporcionados por la voluntad del legislador.

Así, al científico del derecho iuspositivista le importa únicamente conocer que es lo legal, aquello que ha sido dictado, prescindiendo de los fines de la norma, lo cual no entra en la consideración del jurista, bien de otra profesión.

Al ser desvinculada el estudio de los fines, el jurista se vuelve un agente neutro, el cual ve su máxima concreción en la figura de Hans Kelsen, quien hace de la labor del jurista exclusivamente el estudio de la norma jurídica como tal, sin importancia del contenido, todo acorde a la concepción del progreso de la ciencia, la cuál es ignorante del bien y del mal implícito en el contenido, por lo que el conocimiento y discernimiento de lo justo y lo injusto es la última, si es que no, indiferente, prioridad que ocupa la atención del jurista (Villey, 1979).

Finalmente, el derecho natural es plenamente inexistente, al no estar determinado el derecho positivo por ninguna clase de atención al contenido, por lo que la correspondencia del derecho positivo con el derecho natural es eliminado, en tanto que el derecho natural pertenece al campo de la moral, el deber ser, y las ciencias no pueden dar datos sobre el deber ser, sino únicamente sobre hechos, el ser, por lo que cualquier injerencia externa debe ser descartada de facto, por lo que el derecho positivo será el verdadero derecho, real, vigente y único.

Es en razón de ello, que Fassó (1996) nos dirá que, para el positivismo jurídico, el estudio únicamente de los hechos, que se había constituido como piedra angular de la investigación positivista filosófica, sería la filosofía más adecuada para destruir toda idea de Derecho Natural.

En ese sentido, nos reafirma que, en el positivismo jurídico, se prescinde de una visión del derecho bajo el objeto formal ético o axiológico, lo cual era una de las nociones fundamentales del iusnaturalismo clásico.

Es así, que el positivismo se verá expuesto en distintas doctrinas, tales como la sociología jurídica, el historicismo jurídico, el normativismo, etc.

1.5. Fuentes del derecho – Fuentes materiales y formales

La palabra “fuente”, nos comentará Vallet de Goytisolo (2001) atiende a una pluralidad de significados, entre los que destaca “la misma agua que mana”, “el manantial del que brota de la tierra”, “el aparato por el cual, desde jardines, casas o similares, emana el agua desde su origen” y el “cuerpo de arquitectura diseñado para que salga el agua de aquel”.

Consiguientemente, realiza una calificación por analogía de lo que se consideraría una fuente en lenguaje jurídico, en la cual distingue distintas analogías con las definiciones establecidas, distinguiéndolas como el “derecho que brota de la naturaleza de las cosas”, “las

fuerzas productoras del derecho positivo” o la “pirámide kelseniana” (Vallet de Goytisolo, 2001).

La problemática sobre las fuentes del derecho ha implicado una gran importancia en la manera en que se examina los aspectos de trascendencia del Derecho con respecto al Estado o, por el contrario, de su inmanencia. Comporta el dilema de si el Derecho es anterior al estado o si solamente se puede aspirar a su concreción a través del aparato estatal que fija las normas.

En ese sentido, nos recuerda Miguel Ayuso (2016) que esta problemática se refiere a si el Derecho se constituye a través de un sistema cerrado de fuentes, de la cual el jurista deberá operar en la construcción de un sistema lógico que no vaya contra la estructura adoptada o, por el contrario, si estas fuentes constituyen las bases de una realidad jurídica que trascienden todo sistema y se manifiestan en toda la realidad en su extensión, sin constituir un sistema cerrado de ninguna clase.

Es por ello, que realiza la distinción entre las fuentes materiales, las cuales identifica con aquellos elementos metajurídicos, es decir, que constituyen una realidad que no es exclusivamente jurídica, en la cual califica a la revelación divina, la naturaleza del ser humano, la naturaleza de las cosas, la recta razón, etc.; mientras que por fuentes formales las califica como el instrumento que, en atención a determinada fuente material, será adoptado para poder exteriorizar el derecho de la manera más conveniente, teniendo así la constitución, las leyes, costumbres, opiniones doctrinarias, etc. El problema radicará en tanto se distingan o, como sucede actualmente, se confundan dichas fuentes (Ayuso, 2016).

Esta confusión la podemos ver patente en la forma en que se concibe nuestro ordenamiento jurídico

Al respecto, basta con ver la definición que atribuyen nuestros principales juristas al derecho para dilucidar bajo que teoría iusfilosófica es que se construyó el sistema jurídico del derecho y sus fuentes.

Primeramente, Domingo García Belaunde (1999) nos definirá el derecho como el conjunto de normas cuyo fin será el de regular la vida de los hombres en sus relaciones comunes. Bajo dicha concepción, los principales términos que remitirán a la concepción de fuente del derecho será el de conjunto y el de norma.

Efectivamente, aludir a que el derecho constituye primaria y sustancialmente un conjunto de normas implica, primeramente, que es necesario una estructura plural mediante la cual se pueda agrupar los hechos sociales jurídicamente relevantes, esto es el conjunto, mientras que, al explicar la noción de norma, nos referimos a la fuente formal encargada de

exteriorizar el contenido jurídico, que será denominado derecho en tanto que regule las conductas socialmente exigibles.

En ese sentido, será el conjunto de fuentes formales las que se determinarán como derecho, sin referencia sustancial a la cosa justa, sino el sistema cerrado que se identificará con el orden jurídico, del cual deviene el ordenamiento.

Similar noción nos compartirá Marcial Rubio (2009), quien describirá al Estado como el único capaz de ejercer el poder normativo productor de normas, definiendo así al Estado como el único productor del cual derivará el derecho, manifestado en las distintas fuentes formales.

Concordante a ello, determinará que las condiciones necesarias para que una norma sea aceptada como tal dentro del ordenamiento jurídico se reducen principalmente a tener las facultades otorgadas por el Estado para poder emitir normativas, que se respete el principio de jerarquización de las normas, seguir el debido procedimiento de producción y que cuenta con la competencia necesaria sobre la materia objeto de regulación por parte de la norma.

Nos encontramos así bajo la figura de un ordenamiento jurídico de índole marcadamente positivista, enfocada en un formalismo normativista, en tanto la norma será considerada tal en tanto que cumpla con condiciones meramente formales, sin atención al contenido de la norma, y normativista al identificar lo justo con lo legal, recuperando el pilar positivista de la identificación del derecho con la ley.

Finalmente, Víctor García Toma (2010) el cuál, para explicar el derecho, parte primeramente de la teoría del estado, principalmente del estado constitucional, plantea la génesis del derecho que, aunque cronológicamente sea anterior al Estado, es únicamente en el Estado dónde puede manifestarse como el debido, y en atención a ello es que el Estado es el único que goza de la productividad normativa, en tanto que el contenido del derecho será la expresión de la voluntad del Estado.

2. Marco Conceptual

2.1. Derecho

De la manera clásica, se entenderá el Derecho cómo la identificación con “lo justo”, cómo aquel orden del objeto de la justicia en las relaciones sociales y su convivencia, es decir, lo que le corresponde a cada persona, entendiéndolo, así como el Derecho apuntando a ser el objeto de la justicia. En la modernidad, el Derecho, por un lado, será vista cómo la norma o el conjunto/agrupamiento de normas que van a delimitar la vida social en una comunidad

territorial y políticamente dada y, por el otro, cómo un poder (potestas), entendido a modo de facultad o pretensión que es factible de ser exigido ante el Estado y cualesquiera de las instituciones que conformen el orden político en aras de una reciprocidad entre los miembros. (Martínez-Sicluna y Sepúlveda, 2017).

2.2. Fuente del Derecho

En la acepción clásica, la cuál es la de mayor extensión en el Derecho Romano, la fuente, entendida jurídicamente está enfocada bajo su aspecto como fundamento último del derecho, el cual permite el juicio de tanto la legitimación como la validez de aquello que será atribuido como derecho (Vallet de Goytisolo, 2001).

Paralelamente, en la acepción moderna, la fuente es entendida bajo la concepción de la fuerza productora de la norma o el hecho de naturaleza jurídica, entiéndase así, aquel procedimiento que dota de legitimidad y obligatoriedad a la norma, haciendo que forme parte del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, del derecho (Rubio Correa, 2009).

2.3. Naturaleza de las Cosas

En la acepción clásica, la Naturaleza, realizada por las doctrinas de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino podría ser entendida cómo, en sentido análogo, las *formas* que le dan al ente su esencia, en dónde se hace notable la existencia de un orden en el Cosmos, el cuál propugna el sentido del cambio a partir de la naturaleza, revelando la existencia de causas finales en las cosas, incluyendo las realidades cómo los grupos sociales, las instituciones jurídicas y sociales. Esta definición es alterada en la modernidad, al ser la Naturaleza de las Cosas una fuente subsidiaria, en tanto es considerada una fuente que es externa al Sistema Normativo en sí mismo, siendo así que se produce una expulsión del Arte Jurídico a toda aquella noción que contenga cualquier mención a la Naturaleza (Villey, 2020).

3. Antecedentes de investigación

Actualmente, una revisión sobre los fundamentos por los cuáles se organiza el sistema de fuentes del derecho del ordenamiento jurídico peruano son variados. Sin embargo, una matriz constante que se ha dilucidado en el transcurso de la investigación fue la igualdad en el objeto material e incluso formal de los artículos y tesis que fueron considerados para la presente investigación.

Así, el objeto material de los artículos y tesis consultadas son las fuentes del derecho propiamente dicha, mientras que el objeto formal recae sobre las fuentes formales del mismo,

entendidas estas como: La ley, la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho, el contrato como manifestación de la autonomía de la voluntad y la doctrina. Paralelamente, sus investigaciones se proyectan por la cuestión de determinar la ordenación de las mencionadas fuentes, el principio de jerarquización de la norma y estudios sobre la historicidad de dicha jerarquización.

En ese sentido, para la presente investigación ha sido complicado asociar la problemática materia de estudio, en tanto que el cuestionamiento parte del mismo objeto material, la fuente del derecho per se, al contrario de las demás investigaciones, cuya evaluación estuvo principalmente dirigida a las fuentes formales, no materiales.

Ello no es coincidencia, en tanto que el ordenamiento jurídico peruano, inspirado por el sistema francés del civil law, obtiene de la ley su razón de ser en cuanto fundamento normativo del ordenamiento jurídico, mientras que, paralelamente, adhiere a los precedentes y la jurisprudencia como muestra de su afinidad al sistema del common law (Díaz Colchado, 2022).

Con esa base doctrinaria, en el Perú se realizaron investigaciones como las del doctor Julio Ruiz Rosas (2019), sobre los precedentes constitucionales vinculantes y una reformulación sobre la teoría de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano.

En esta investigación, los objetivos planteados fueron:

- Objetivo principal: Formular una definición de precedente vinculante constitucional que permita alterar la teoría clásica de las fuentes del derecho, conservando la naturaleza iuspositivista.

La metodología utilizada fue el método del análisis – síntesis, el método inductivo – deductivo, el método de la hermenéutica jurídica y la argumentación jurídica.

En dicha investigación, la conclusión que calificó como relevante para el objeto materia de la presente tesis fue la conclusión N° 04, la cual estableció la línea iusfilosófica que informa nuestro ordenamiento jurídico:

- “Acorde con lo estipulado en el artículo 51° de la Constitución Política y la STC N° 047-2004-AI/TC, la teoría clásica de las fuentes del derecho se sustenta en la tesis positivista de Hans Kelsen” (Ruiz Rosas, 2019).

A raíz de esto, podemos plantear que la crítica principal constituye, primeramente, la desviación normativista que informa nuestro ordenamiento jurídico, del cual, consecuentemente, deriva en un extremo formalismo en el que el contenido de la norma jurídica pasa a un segundo plano, mientras que se conserve la naturaleza iuspositivista del ordenamiento jurídico, sustentado en la búsqueda lógica de perfecta sincronía en el

ordenamiento, ausente de lagunas e interpretaciones erradas, la brinda mayor importancia a la congruencia normativa que al contenido axiológico.

En la evaluación de otra tesis, del mismo autor, Julio Ruiz Rosas (2023), titulada “La pretensión de autoridad del derecho: Una explicación del carácter autoritativo de los precedentes constitucionales y la autonomía judicial en la adjudicación del derecho en el Perú”, los objetivos fueron:

- Objetivo principal: Determinar los fundamentos iusfilosóficos que permitan la sustentación de la reconstrucción de la definición de Fuentes del Derecho que permita afirmar la pretensión de autoridad de los precedentes constitucionales como razones excluyentes en el razonamiento práctico; y, la autonomía judicial en la aplicación del Derecho en el Perú.

El método escogido, similar al anterior, consistió en el método analítico – sintético, el método dialéctico y el método deductivo como métodos generales, mientras que como métodos exclusivamente jurídicos se recurrió a la Hermenéutica jurídica y la Argumentación jurídica.

A efectos de la presente investigación, la conclusión que se consideró pertinente para la materia presente de análisis, fue la tercera conclusión, la cual desarrolló la posición entre derecho y moral tanto en el positivismo excluyente como en el positivismo incluyente, estableciendo cómo distinción que en el positivismo excluyente, la relación entre moral y derecho sería meramente contingente, es decir, no necesaria, primordialmente para el derecho, de una razón moral para constituirse como norma válida en el ordenamiento, mientras que en el positivismo incluyente la relación, por el contrario, sería necesaria, y la moral constituiría elemento per se del ordenamiento, siendo necesario esta para su configuración debida.

Sin embargo, la crítica correspondida, a efectos de la presente tesis, es muy similar a la primera crítica realizada, en el sentido de que, en el marco del positivismo, incluso en caso de ser sustentado bajo el positivismo incluyente, la fuerza creadora del derecho sigue estando en las manifestaciones legales típicas del civil law, tales como las leyes, decretos, ordenanzas y demás normas similares, de modo que, en lo que en el realismo jurídico clásico constituye un instrumento, en el positivismo constituye la fuente primordial de producción normativa, invirtiendo los roles e incluso, aunque la moral sea parte “necesaria” en la determinación de la norma, no deja de responder a una norma que encuentra su fundamento no en la moral, sino en el aparato piramidal kelseniano.

Las tesis aludidas contribuyeron a la formación crítica y doctrinaria de la presente tesis, en tanto que, a razón del presente, ha logrado dilucidar bajo que espectro iusfilosófico se posiciona el ordenamiento jurídico peruano, cuáles son los postulados filosóficos mediante los cuales se estructura el sistema jurídico y cuáles son las fuentes del derecho que entran en

contraposición doctrinal con la doctrina del realismo jurídico clásico desde la concepción tomista (Ruiz Rosas, 2023).

En ese sentido, la presente investigación adoptará la crítica del sistema de fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano, adoptando la posición del iusnaturalismo clásico tomista, conocido como el realismo jurídico clásico, para sustentar la desviación que comete el ordenamiento peruano en el sistema de fuentes del derecho, su aplicabilidad y composición.

4. Marco Normativo

4.1. Constitución Política del Perú del año 1993

En primer lugar, en atención a la estructura normativa que adopta el ordenamiento jurídico peruano, la Constitución Política del estado se pretende como la fuente primordial del ordenamiento jurídico en su aspecto formal, pero sin desmerecer su calidad totalizante y ordenadora (Constitución Política del Perú, 1993).

En ese sentido, todo contenido normativo que sea reconocida como inferior a la Constitución va a tener que ser concordante en contenido material, en tanto que, por el Principio de Jerarquía Normativa, que es adoptada del desarrollo doctrinario estipulada por la pirámide kelseniana de las normas, la Constitución sería la norma suprema del ordenamiento jurídico.

La Constitución política del Perú (1993) reconoce este mismo principio de forma expresa en su artículo 51, el cual establece de forma expresa que prevalece [la Constitución] sobre toda norma legal, la cual incluye dentro de sí a las leyes, ordenanzas, decretos, resoluciones, y todas las demás normas de manera sucesiva.

4.2. Ley 26889 – Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa

De manera complementaria a lo establecido por la Constitución política, la presente ley secunda la posición constitucional de la superioridad jerárquica normativa, en atención a la necesidad de garantizar tanto la unidad como la seguridad jurídica (Ley 26889, 1997).

4.3. Ley 31307 – Nuevo Código Procesal Constitucional

En el Nuevo Código Procesal Constitucional, el artículo VII del Título Preliminar establece las directrices respecto de la interpretación constitucional que deben realizar los jueces en caso de colisión normativa entre normas de distintos estratos jerárquicos, principalmente entre la Constitución y cualquier norma de rango inferior (Ley 31307, 2021).

En ese sentido, los jueces están obligados a elegir primeramente entre los preceptos constitucionales en caso de que, en el conflicto normativo que se presente ante ellos, se haga manifiesta una contradicción normativa entre dichos preceptos y el contenido de alguna norma de rango inferior.

4.4. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 047 – 2004 – AI/TC

Los juristas y doctrinarios coinciden en que la sentencia del referido expediente configura la visión constitucional sobre lo que se debe entender como la jerarquización de las normas del ordenamiento jurídico y sus fuentes productoras.

El presente expediente hace un desarrollo extenso sobre la naturaleza de la Constitución, su función como productora del derecho, su calificación como “*norma normarum*” o “norma de normas”, y la forma en que las demás normas deben ser configuradas para ser “válidas” dentro del ordenamiento jurídico (Sentencia 047-2004-AI/TC, 2006).

El desarrollo es muy expresivo en ese sentido, y no plantea dudas en establecer a la Constitución como la sustentadora del sistema jurídico en su totalidad, en tanto que es la que “expresa la autorrepresentación en su vertiente cultural de una comunidad políticamente organizada”.

Paralelamente, la interpretación de preceptos constitucionales será realizado de tal manera que su proyección y concretización en los estratos inferiores del sistema jurídico sea realizable (Sentencia 047-2004-AI/TC, 2006).

Como fuente del derecho, la constitución es concebida como la norma suprema del ordenamiento jurídico, prevaleciendo sobre todas las demás y condicionándolas, en lo que se podría denominar la “constitucionalización jurídica”, la cual no se identifica con la “constitucionalización judicial”, de la cual se abarcará más adelante (Sentencia 047-2004-AI/TC, 2006).

Como fuente de fuentes, la referida sentencia establece que la constitución es la *norma normarun*, en tanto que es en atención a sus disposiciones que se efectúa la producción de normas, siempre en atención al contenido regulado por la constitución, por lo cual no solo exige que no se contrarie el contenido constitucional, sino que además todo el ordenamiento jurídico producido sea en armonía con los preceptos constitucionales.

4.5. Ley 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Finalmente, es menester hacer mención a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en atención a los límites que plantea respecto de la interpretación judicial de los preceptos constitucionales.

En ese sentido, es necesario enfatizar la Primera Disposición Final de la mencionada norma, la cual establece que los jueces y tribunales deben interpretar y aplicar las leyes y toda norma que conforme el ordenamiento jurídico en consonancia con la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en sus resoluciones dictadas en todo tipo de procesos (Ley 28301, 2004).

En atención a ello, es que se ve la injerencia y supremacía que ejerce la Constitución no únicamente en la producción normativa, que es la materia de la presente investigación, sino también en lo que respecta a la forma en que las leyes y demás normas que entren en consideración del Tribunal Constitucional resuelva al respecto sobre ellos, consiguiendo así la “constitucionalización judicial”.

En conclusión, el Tribunal Constitucional y, materialmente, la Constitución Política del Perú, influyen en los distintos aspectos concernientes al desarrollo y manejo de la comunidad política y sus relaciones jurídicas.



CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

1. Diseño de la investigación

1.1. Enfoque

La presente investigación utilizó el Enfoque Cualitativo, en tanto resultó ser la apropiada en relación con la totalidad de los objetivos planteados, debido a que el núcleo central de la presente investigación consistió principalmente en la aprehensión de la teoría jurídica de Santo Tomás de Aquino y su concepción de la “naturaleza de las cosas” como potencial fuente del derecho, mediante la cual se evaluaron los conceptos filosóficos – jurídicos que permitieron el desarrollo cabal de dicha teoría jurídica, además de su evolución histórica, su desarrollo en las distintas concepciones filosóficas, que abarcaron las opiniones doctrinarias medievales, modernas y contemporáneas, específicamente con el ordenamiento jurídico peruano.

1.2. Nivel

El Nivel pertinente correspondió a una Investigación Explicativa, en tanto se realiza un desarrollo histórico que explora las nociones jurídico-filosóficas que sirvieron para sustentar la base dogmática que sistematiza las Fuentes del Derecho del Sistema Jurídico Peruano, con el objetivo de explicar porque el Sistema de las Fuentes del Derecho se compone de una determinada manera.

Al respecto, se evaluó la principal doctrina correspondiente a la modernidad que motivó la concreción del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, consistente en una vinculación metodológica entre el iusnaturalismo moderno y el iuspositivismo de raíz kelseniana.

1.3. Diseño

El Diseño adoptado para la presente investigación fue el de la Teoría Fundamentada, debido a la necesidad de la construcción de una teoría de datos que serán obtenidas mediante el uso de fuentes primarias, tales como fuentes doctrinarias que desarrollen los conceptos jurídicos pertinentes para la consecución de los objetivos planteados, fuentes jurisprudenciales que expliquen cuál es el panorama actual en el pensamiento de los juristas en el Sistema Jurídico Peruano y fuentes normativas que sistematicen el conjunto de las normas que se aplican en la sociedad.

En ese sentido, se tuvo en cuenta la normativa constitucional vigente, a partir de la cual se denota la supremacía de los precedentes constitucionales emitidos por el Tribunal Constitucional, en razón de la cual la emisión de un único expediente es concebida como el desarrollo jurisprudencial primario respecto a la teoría de las fuentes del derecho.

1.4. Método

Los Métodos adoptados respondieron a las distintas necesidades derivadas de la naturaleza de los objetivos propuestos para la presente investigación. En primer lugar, el objetivo general abarcó el Método Dogmático – Jurídico, en tanto se buscó efectuar un análisis de los conceptos y teorías jurídicas que fueron internalizadas al momento de desarrollar la composición y jerarquización de las Fuentes del Derecho que fueron consideradas al momento de diseñar el Modelo Jurídico Peruano inspirado en el Estado Constitucional de Derecho. De igual manera, los objetivos específicos abarcaron un Método Histórico - Filosófico, al ser necesario para la comprensión de la evolución de conceptos y teorías jurídicas a lo largo de la historia, además que por la naturaleza de la posición del Iusnaturalismo clásico hispánico, que es una doctrina que sostiene sus orígenes en la Grecia Clásica, desarrollada por los juristas romanos, la cual se perfeccionó en la Época Escolástica (Hervada, 1996). En razón de ello, se tornó necesaria una revisión histórica de la que se permitió matizar sus principales postulados para la comparación con el Sistema Jurídico peruano actual.

Adicionalmente, al tratarse de la evaluación de conceptos desarrollados principalmente por filósofos, atendiendo a las necesidades de su época, la influencia de conceptos filosóficos correspondió a una magnitud en la que las ciencias particulares como el Derecho se vieron profundamente influenciadas por dichos conceptos, por lo que se requirió de un método en específico para la atención de una temática especializada.

2. Técnicas e Instrumentos

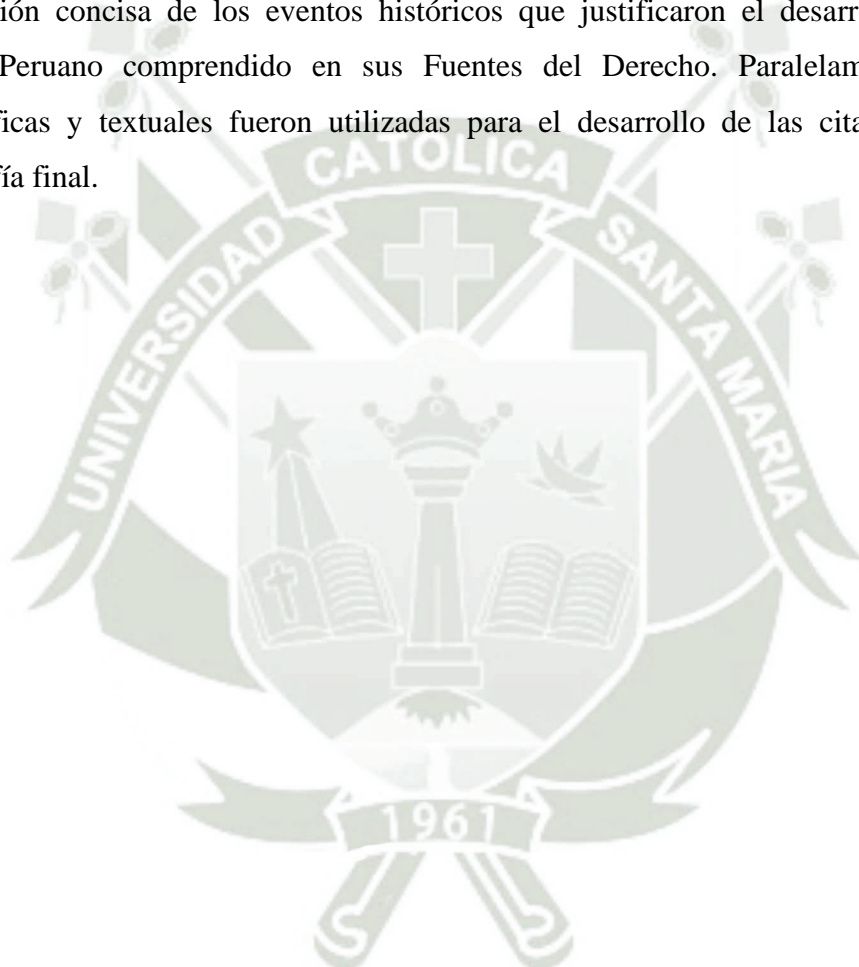
2.1. Técnicas

La Técnica utilizada en la presente investigación fue el fichaje para la obtención de información pertinente relacionada al problema planteado y los objetivos a cumplir. Esta información fue obtenida de distintas fuentes en calidad de doctrinales, jurisprudenciales y normativas, de las cuáles se analizó y sistematizó los conceptos jurídicos generales como Derecho, Fuentes del Derecho, Naturaleza de las Cosas, para posteriormente desarrollar la evolución histórica y dogmática de dichos conceptos, hasta sistematizar la información relativa al Sistema Jurídico peruano en el presente. La presente técnica es pertinente para la aplicación del Método Dogmático – Jurídico, debido a que el presente método exigió la recolección de información ordenada manifestada tanto en fuentes doctrinarias, jurisprudenciales y normativas, la cual fue extraída mediante el uso de textos y artículos científicos. De igual manera, la técnica utilizada es igualmente pertinente para el Método Histórico y filosófico, en

tanto que el estudio de fuentes históricas y su ordenación se obtiene de las mismas fuentes anteriormente aludidas, además que la evaluación histórica del pensamiento filosóficos de varios influyentes permitió dilucidar las líneas centrales que motivaron la conformación del ordenamiento jurídico peruano actual.

2.2. Instrumentos

Se utilizaron las fichas textuales, bibliográficas y de resumen, las cuáles permitieron la comprensión concisa de los eventos históricos que justificaron el desarrollo del Sistema Jurídico Peruano comprendido en sus Fuentes del Derecho. Paralelamente, las fichas bibliográficas y textuales fueron utilizadas para el desarrollo de las citas textuales y la bibliografía final.



CAPÍTULO IV: RESULTADOS Y DISCUSIÓN



1. Análisis del primer objetivo específico: Examinar el sistema tomista en relación con las fuentes del derecho y su relación con la naturaleza de las cosas como orientadora de la actividad judicial

El presente análisis reviste las importancias de establecer si es que, en el pensamiento tomista, y por extensión, el realismo jurídico clásico, existe la posibilidad de considerar a la naturaleza de las cosas como fuente informadora del derecho.

Es evidente que, en Santo Tomás la evaluación de la naturaleza de las cosas implica de suyo un análisis muchísimo más extenso sobre todos los aspectos de la vida social que abarca el estudio de dichas naturalezas, en tanto que por su visión principal como teólogo, siempre apeló a la razón y voluntad divinas como el fundamento de dicho orden que manifiesta la naturaleza de las cosas, y es en atención a dicha fuente en dónde el hombre, el legislador y el jurista deben apuntar, distinguiendo entre los actos jurídico – prudenciales que permitan discernir entre la consecución directa del fin último del hombre, como de los fines inmediatos que regulen la vida en sociedad y la distribución de los bienes (Gilson, 2002).

Hemos revisado como, en la distinción entre las fuentes del derecho materiales, los cuales son los hechos metajurídicos que dilucidan formas de proporcionar respuestas jurídicas a los conflictos suscitados, y las fuentes del derecho formales, que son las maneras en que se exteriorizar el derecho, responden siempre a un componente que por su propia naturaleza debe estar presente, por lo menos, en los sistemas jurídicos que, haciendo suyas esas fuentes, pretenden imponerlas bajo criterios exclusivamente factibles: El ser guiados racionalmente.

Hoy en día, considerar a la norma jurídica en su condición de tal en atención única y exclusivamente a la figura de aquel que goza de la potestad para imponerla desde la sociedad, es un criterio en suma minimalista. Tras los excesos de la Segunda Guerra Mundial, Luis Vigo (2024) nos recuerda que la principal exigencia jurídica a la que deben aspirar a respetar los ordenamientos se encuentra contenida en la denominada fórmula Radbruch, la cual es que la extrema injusticia no puede constituir derecho, ante los abusos del iuspositivismo en la primera mitad del Siglo XX.

Ahora bien, tal y como hemos explicado, todo acto inteligente en Santo Tomás lleva de suyo una predominancia intelectual de la razón por sobre la voluntad. Un puro acto de voluntad, tal y como pretendía el positivismo, en la pretensión de constituir como derecho todo aquello que provenga exclusivamente de la voluntad del legislador independientemente del contenido que este contenga, conduce necesariamente a respuestas irracionales, y adscribir tales

exigencias irracionales en un ordenamiento estructurador del orden social como lo sería el sistema de fuentes del derecho sería incurrir en un error.

Esto lo expresa el Aquinate (1993), “Regula autem et mensura humanorum actuum est ratio, quae est primum principium actuum humanorum, ut ex praedictis patet, rationis enim est ordinare ad finem, qui est primum principium in agendis” (p. 704). Lo dicho proviene de la *Summa Theol.*, I - II, c. 90, art. 1 [Ahora bien, la regla y medida de nuestros actos es la razón, que, como ya vimos, constituye el primer principio de los actos humanos, puesto que propio de la razón es ordenar al fin, y el fin es, el primer principio en el orden operativo]. Así, todo acto humano procede en primera medida de la razón, y a razón de admitir que el acto de promulgación y fijación del contenido de la norma no es un acto del hombre, esto es, no sujeto a voluntad del hombre mismo, sino un acto humano, es evidente que el acto de legislar proviene primeramente de la razón.

Con ello, las fuentes del derecho responden a actos racionales, lo cual se hace evidente desde la consideración de las fuentes del derecho formales, los cuales requiere, evidentemente, de la autoridad otorgada para determinar el contenido de las leyes y que por su promulgación sea considerada ley, pero sin constituir la característica principal en atención de la cuál cualquier norma sea considerada como derecho.

Por el otro lado, la discusión surge de considerar cual es la razón que ha establecido el orden al que apela el Aquinate en las fuentes materiales del derecho, como la revelación, la naturaleza de las cosas, la naturaleza humana, la voz de la recta conciencia, etc.

En ese sentido, el Aquinate es claro: Como creador de todas las cosas y ordenador de ellas, es en Dios en quien se encuentra la razón del orden de todo lo creado. Esto lo explica de manera mucho más comprensible en su tratado de las leyes.

En dicho Tratado, Santo Tomás explica la división de las leyes y como estas estructuran la realidad. Existe así, en el desarrollo que nos presente, una ley divina, una ley natural y una ley humana - positiva.

Respecto de la ley eterna, nos explica Gilson (2002) que, el universo constituye una sola comunidad, cuyo regidor es Dios y, por ende, en ella todos somos ciudadanos comunes, no limitándose exclusivamente a humanos, sino extendiéndose inclusive a los animales y las cosas. Así, todas las demás leyes, ya sean las físicas, morales, sociales y jurídicas serán particularidades derivadas de una sola ley, la cual es la ley divina.

La ley natural es la participación del hombre en la ley natural. Nos recuerda Vallet de Goytisolo (2000) que el hombre no es capaz del conocimiento cabal de absolutamente todas las cosas, y ni siquiera de la cosa misma en su totalidad. Ello sería ver las cosas tal y como

Dios las ve, lo cual le corresponde únicamente a Él en razón de su infinita sabiduría. Sin embargo, podemos conocer la cosa en si misma en todo lo necesario para poder conocer lo que ella es y guiar nuestros actos, aprender el orden expresado en ella y en relación con la realidad, y conocer los primeros principios de la razón práctica, la cual nos establece el modo de actuar.

Finalmente, la ley humana es aquella mediante la cual los actos humanos, habiendo conocido los principios operativos por la razón y ley natural, los deben aplicar en la regulación de la sociedad y el reparto de bienes atendiendo a las circunstancias y los hechos específicos propios de cada comunidad. En la medida en que estas leyes humanas siguen el orden establecido en la ley natural, es que se evidencia de suyo que la ley humana está subordinada a esta ley natural (Gilson, 2000).

Con esta división tripartita, Santo Tomás evidencia a la naturaleza de las cosas como conformadora del orden e informadora del ordenamiento jurídico, de la cuál las fuentes formales del derecho deben suscribir para poder ser una fuente legítima.

Así, nos comenta el Aquinate (1990), “*Ius, sive iustum, est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum. Dupliciter autem potest alicui homini aliquid esse adaequatum. Uno quidem modo, ex ipsa natura rei, puta cum aliquis tantum dat ut tantundem recipiat. Et hoc vocatur ius naturale*” (p. 471). Esto es desarrollado en la *Summa Theol.*, II - II, c. 57, art. 2 [El derecho o lo justo es una acción adecuada a otra según cierto modo de igualdad. Pero algo puede ser adecuado a un hombre en un doble sentido: primero, por la naturaleza misma de la cosa, como cuando alguien da tanto para recibir otro tanto. Y esto se llama derecho natural]. El texto es claro, la misma naturaleza de la cosa es capaz de establecer la distribución de los bienes los cuales las personas deben respetar, como expresión de la *recta ratio* que ha establecido el modo de ser de cada cosa.

Con ello, se corrobora que, desde el tomismo, el cual es la posición adoptada por el actual realismo jurídico clásico, la naturaleza de la cosa comporta un importante elemento como informador del ordenamiento jurídico y, en esa medida, responde totalmente a la capacidad de poder ser una debida fuente del derecho que permita la orientación de la actividad jurídica y judicial.

2. Análisis del segundo objetivo específico: Analizar la evolución de la noción de naturaleza de las cosas

Anteriormente, hicimos una referencia a como la naturaleza de las cosas configuró el entendimiento de un orden que extendía sus alcances a cuestiones que no incluían únicamente aquellos relacionados al derecho.

Sin embargo, es necesario realizar el trabajo de considerar a la naturaleza de las cosas ya no en sus aspectos esenciales, sino en los históricos y su incidencia en el pensamiento configurador del derecho, para comprender en qué momento se originó su evaluación filosófica y en qué sentido ha sido atendido por el ordenamiento jurídico peruano actual.

Es así, que, desde los primeros griegos, el estudio por la naturaleza de las cosas revistió de una importancia muy notoria.

Al respecto, Guido Fassó (1982a) nos menciona como, en la Grecia Clásica, los griegos atestiguaron la división entre un justo natural, que era superior a todo lo establecido por la voluntad del hombre, al paralelo de la existencia de un justo humano, el cual debía necesariamente obedecer a las exigencias de ese justo natural.

La predominancia de este justo natural atendía a una realidad que los griegos habían sabido reconocer, y que como nos atestigua Michel Villey (2020), encuentra su mayor expresión en aquellos tiempos bajo la figura de Aristóteles, al cual considera el primer filósofo del derecho.

Es de lo expresado, que tal y como nos referimos anteriormente, en Aristóteles el estudio de la cosa refiere siempre al estudio de sus causas, en las cuales convergen las causas que provocan que la cosa sea tal y como es, entiéndase así, la naturaleza entendida como esencia, conjuntamente con la causa que motivo la producción de la cosa misma, causa final, la búsqueda del fin que se tenía entendido con la cosa, conjuntamente a la causa material, entiéndase, el sujeto mismo, y la causa eficiente, que es el principio del movimiento.

Así, nos dirá Aristóteles (2023) que, por el conocimiento de las cuatro causas, se adquiere el conocimiento de la ciencia de las causas primeras.

Esta consideración de Aristóteles, sobre el discernimiento de lo justo natural y lo justo positivo, el cual conlleva de suyo el conocimiento de las causas, es la que se verá reflejada en la influencia griega sobre el derecho romano.

Tal y como se ha señalado, Vallet de Goytisolo (2001) establece la concepción de la naturaleza de las cosas como la principal informadora del ordenamiento jurídico en atención a las solas posibilidades adquiridas por la razón humana para determinar el contenido de las normas y la repartición de los bienes.

En ese sentido, Martínez – Sicluna y Sepúlveda (2017) nos recordará como, para los romanos, que definieron la jurisprudencia como la ciencia de lo justo y lo injusto, con el conocimiento de las cosas humanas y divinas, la naturaleza de las cosas reviste una importancia tal, que la naturaleza de las cosas se configura como una fuente del derecho en razón de ser aquél el fundamento del derecho de lo humanamente cognoscible.

Este desarrollo será constante en el derecho romano, el cual no perderá su permanencia en el tiempo. Muestra de ello es justamente la influencia que incide dicha concepción sobre los escolásticos, principalmente en la figura de Santo Tomás de Aquino y su obra.

Suficiente se ha considerado la importancia y los alcances de la naturaleza de las cosas en el pensamiento tomista, aquella configuradora del derecho positivo que es cognoscible por el ser humano en vista de los primeros principios de la razón práctica, de los cuales se configurarán las determinaciones que el derecho positivo tendrá en su encargo, siempre y cuando no atenten contra la naturaleza de las cosas, en lo cual se configuraría como una injusticia y, por ende, estar fuera de lo que sería considerado derecho.

La visión tomista perduraría en el pensamiento del medioevo, abarcando hasta casi al final del este, cuando por consecuencia de la época crítica que surgió tras el resplandor de los desarrollos escolásticos en distintas materias.

Tal y como recordamos, será con el pensamiento de Guillermo de Ockham, un fraile del siglo XIV, con quien se producirá la pérdida de los universales que caracterizó a la naturaleza de las cosas, con el triunfo de su posición nominalista. En ese sentido, se corresponderá afirmar que Guillermo de Ockham, aún sin pertenecer estrictamente a la consideración de la Filosofía Moderna, habrá sembrado aquella raíz de la cual germinará su pensamiento hacia varios extremos.

Esta afirmación no es gratuita, ya que, tal y como nos explicará Étienne Gilson (1965) Ockham conserva una fascinación por el conocimiento inmediato, empírico, por lo cual no atribuirá existencia al universal, conformándose con conocer únicamente el ente particular, del cual depende únicamente de la experiencia, sin la presencia de abstracciones.

Sin embargo, la defensa por la auténtica existencia de la naturaleza de las cosas permitirá el desarrollo de grandes teólogos de la Escuela de Salamanca, los cuales abogaran por su verdadero conocimiento en la época del siglo XVI.

Uno de ellos sería el fraile dominico Domingo de Soto (2021), quien, a propósito de defender la primacía de la ley natural y su conocimiento, apelará que la fuerza de la ley proviene de su participación con la razón de la justicia, y la regla de la razón será propiamente la naturaleza de las cosas.

Sin embargo, la impronta del pensamiento ockhamista logró su consecución en el pensamiento moderno, por lo que, en virtud de este pensamiento, es que Villey (2020) detectará la escisión entre el mundo del espíritu y el mundo material. La naturaleza queda eliminada de esa esencia, causa formal aristotélica que permitía identificar la esencia que contenía escondida a los sentidos, pero penetrable a la razón. Esta será la concepción de René Descartes.

Así, la naturaleza es despojada de todo contenido espiritual, y es estudiada en una visión puramente materialista, sujeta a sus leyes que determinarán el comportamiento de la materia. Este pensamiento será extensivo hasta los empiristas, que se limitarán al modo de conocimiento estrictamente experimental, sensorial, que deslumbramos en la visión de Guillermo de Ockham. Es por ello, que la Escuela Moderna del Derecho Natural no apelará exclusivamente a la naturaleza de las cosas como una fuente que sea considerada como fundamento del derecho, sino que recurrirán específicamente a las nociones reducibles a la pura razón, como producto del mismo espíritu humano, en contraposición a la naturaleza, de la cual no se puede aprender ningún contenido moral ni jurídico. Será el pensamiento dominante desde el siglo XVI hasta el siglo XX, en el que nos encontramos (Villey, 2020).

Sin embargo, aunque dicha posición sea la dominante en el pensamiento contemporáneo, no será el único. Con ello, Vigo (2006) recordará la presencia de distintas corrientes iusfilosóficas, divididas principalmente entre el positivismo, no-positivismo racionalista y no-positivismo clásico, que mediante sus propias contribuciones doctrinales buscarán el fundamento del derecho, teniendo la naturaleza de las cosas un distinto alcance dependiendo de la corriente iusfilosófica que la adopte como materia de estudio en la determinación del derecho.

De todo lo dicho, concluimos con el presente resumen: La naturaleza de las cosas tuvo una particular relevancia en la configuración de la determinación del derecho justo. Tal es así, que era la fuente primordial en dicha determinación. La ciencia de lo justo y lo injusto consistió principalmente en identificar esos elementos mediadores que permitiesen descender de la naturaleza de las cosas a los casos específicos, en una denominada “naturaleza de los casos”. Igualmente, dicha concepción no fue negada con la intervención de los métodos teológicos, sino que más bien encontró su razón de ser y su posicionamiento en el orden de la realidad, siendo así la determinadora principal de la ley natural. Esta sería la posición en la Grecia clásica, el Imperio Romano y la Filosofía Escolástica cristiana.

A continuación, la época de crítica del siglo XIV propició la deconstrucción de la noción de naturaleza de las cosas, tanto como informadora del derecho como de cualquier otra realidad metajurídica, por lo que en la Filosofía Moderna es que dicha realidad fue desnaturalizada de sus componentes aristotélicos y cristianos, estableciéndose como una materia de estudio que sería incapaz de proporcionar respuestas jurídicas relevantes.

Finalmente, el siglo XX ha atendido a una posible reivindicación del concepto de naturaleza de las cosas como genuina fuente del derecho, en conflicto con otras corrientes

iusfilosóficas que pretenden perpetuar su negación como fuente o su papel meramente subsidiario, sin reconocerle la primacía en la determinación del derecho.

3. Análisis del tercer objetivo específico: Detallar las doctrinas modernas que concretizaron el ordenamiento jurídico peruano en relación con las fuentes del derecho

El artículo 51 de la Constitución Política del Perú es el artículo principal que va a establecer los alcances y límites del desarrollo de la doctrina de las fuentes del derecho en el Perú.

Conjuntamente a lo establecido, el Expediente 047-2004-AI/TC será aquel encargado de explicitar los alcances de la Constitución como fuente creadora del derecho y fuente primigenia del ordenamiento jurídico.

En sentido de ello, concordamos en realizar primeramente el análisis de la sentencia, en tanto que configura el desarrollo del artículo 51 y, sustancialmente, la naturaleza de la Constitución en su función de ordenar el sistema jurídico.

En ese sentido, advertimos que, según el mencionado expediente, la Constitución es calificada como la *norma normarum*, aquella de la cual se deriva el modo de producción jurídica (Sentencia 047-2004-AI/TC, 2006).

De igual manera, al presidir la cúspide del ordenamiento jurídico, es que no solamente se limitará a la expresión de los derechos básicos y fundamentales de la persona, sino que además contendrá los lineamientos centrales en los cuáles se basará la convivencia política y social.

Un aspecto interesante a tener en consideración será la afirmación que establece que no están solamente los actos de los poderes públicos sujetos a ellas, sino que inclusive los componentes privados, es decir, el ciudadano particular, le debe total lealtad (Sentencia 047-2004-AI/TC, 2006).

Otro aspecto a resaltar es la afirmación mediante la cual se asegura la fundamentación de las distintas ramas del derecho y la norma de unidad a los cuales estas ramas deben integrarse para ser consideradas como válidas.

Finalmente, el último aspecto que a efectos de la presente investigación ha atraído la atención es la que afirma que, en atención a los cambios históricos, sociales y culturales, la Constitución puede ser afectas de reformas que permitan la adecuación de las nuevas situaciones a los fundamentos políticos – constitucionales (Sentencia 047-2004-AI/TC, 2006).

Sin embargo, se establece un requisito, que es la no vulneración del contenido esencial o fundamental de la Constitución.

A efectos de ello, el art. 3 de la Constitución, al momento de establecer la legitimidad de los derechos no catalogados en el art. 2, dirá que se extenderán a todos aquellos derechos que se funden en la dignidad del hombre, los principios de soberanía del pueblo, la forma republicana de gobierno o el Estado democrático de Derecho (Constitución Política del Perú, 1993).

De la evaluación tanto de los preceptos constitucionales estipulados en la misma norma fundamental, así como el desarrollo doctrinario brindado por el Tribunal Constitucional, podemos advertir, en total, tres influencias que establecieron tanto la forma como el contenido sustancial de la norma fundamental.

Primero, la notoria influencia del pensamiento liberal filosófico, que inspiró la Revolución de 1789 y la cual dio pase a la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano, mediante la cual se asegura el principio de soberanía popular, la separación de poderes y el voto singular.

Segundo, la impronta del pensamiento de Hans Kelsen, jurista del siglo XX, que promovió y desarrolló la figura del legalismo constitucional, mediante el cual, como nos explica Ayuso (2016), adopta la figura de la geometría legal para que, fundado sobre la figura de unos primeros principios o axiomas, sea a partir de ellos del cual se derive el contenido constitucional y el del ordenamiento jurídico en su expresión normativa. Sería un proceso deductivo puro mediante el cual, de pretensiones universales, se derivan a los hechos concretos que se regulan en la vida jurídica, tanto del derecho público como el derecho privado, en tanto advertimos, como se mencionó, la lealtad de los ciudadanos al contenido constitucionalmente reconocido.

Paralelamente, el desarrollo mencionado por el expediente no se limita únicamente al desarrollo formalista kelseniano, sino que además recoge la posición del jurista Carl Schmitt, el cuál alega la posibilidad de la Constitución de variar su contenido sustancial, en función de las circunstancias históricas, políticas y sociales, de la cual no será la norma per se la constitutiva de los principios, sino la interpretación que se realice de esta.

Finalmente, se advierte la presencia del racionalismo moderno en la matriz filosófica de la Constitución, de raíz principalmente kantiana, en tanto que, por su calidad de norma que fundamenta el contenido de las demás, atendemos que el parámetro del cual parte dicho desarrollo no será la realidad propiamente dicha, sino que es la construcción normativa constitucional, de la cual sus principios será recogido por la ideología que en ese momento

detente el poder político para efectuar los cambios constitucionales pertinentes, del cual se derivará el contenido del ordenamiento jurídico y el orden político.

Lo expresado en la última parte es reconocible en el devenir histórico que motivó propiamente el origen del constitucionalismo moderno y que influye en la matriz principal del núcleo duro de la constitución, especialmente la presente.

En ese sentido, nos recuerda Miguel Ayuso (2016) como la noción de poder constituyente, el cual constituye uno de los presupuestos para poder definir el constitucionalismo, surge del desenlace acaecido de las Guerras de religión, por las figuras como Thomas Hobbes y John Locke, afirmando aquel la idea de la voluntad general, mientras que este correspondería al advenimiento del denominado pactismo liberal, logrando la concreción política en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789, llevando consigo la caída del Antiguo Régimen y el fin de las monarquías.

Sin embargo, la fórmula Radbruch, desarrollado tras los eventos de la Segunda Guerra Mundial, serán determinantes para la concreción del contenido de la norma fundamental, en tanto será la informadora de los principales Tratados de Derechos Humanos, los cuáles influyen de manera notable en el desarrollo del contenido constitucional. En ese sentido, aunque no nos refiramos al iuspositivismo extremo kelseniano, del cual se deriva un formalismo legalista del cual antecede el normativismo, nos encontramos en la complicación de definir qué se debe entender por justicia, cual es el contenido de los derechos fundamentales y de qué manera la norma fundamental debe definir los alcances de dicho derecho.

4. Análisis del cuarto objetivo específico: Establecer los puntos de contacto entre las fuentes del realismo jurídico clásico y las fuentes del derecho del ordenamiento jurídico peruano

Finalmente, el análisis respecto de los puntos de contacto entre las fuentes del realismo jurídico clásico y las fuentes del ordenamiento jurídico peruano no han sido capaces de brindar resultados positivos.

En primer lugar, advertimos la falta de referencia entre las denominadas fuentes materiales y las fuentes formales del derecho, en atención de que, producto del iuspositivismo que motivó la concepción de *norma normarum* de la Constitución, la referencia a las fuentes materiales, principalmente a la naturaleza de las cosas, es virtualmente inexistente.

En ese sentido, aunque se pueda dilucidar en el texto constitucional una referencia a la naturaleza de las cosas en el art. 103, dicha referencia comporta únicamente un componente subsidiario, en virtud del cual se podrán expedir leyes que contengan una referencia a la

naturaleza de las cosas, pero únicamente en su calidad de leyes especiales, es decir, leyes mínimas que no conforman el núcleo principal de determinación del derecho (Constitución Política del Perú, 1993).

En segundo lugar, advertimos que, en su calidad de norma suprema la cual dirige la producción normativa, el momento de la mencionada producción parte desde la Constitución hacia distintos estratos inferiores, mediante el cual se corrobora que la supremacía constitucional es absoluta, en tanto que es imposible identificar una fuente que motive la propia Constitución desde un plano específicamente jurídico, debido a que las distintas formas de reformas constitucionales comportan de suyo elementos propiamente políticos, mas no jurídicos, en lo respectivo a la repartición de los bienes y de las cosas justas que corresponde a la población. Con ello, aunque políticamente se puede denotar los elementos que conforman el ideario que motiva la redacción de una norma fundamental que dirija la determinación del derecho, ello queda fuera del objeto que estudia el jurista y que motiva su actuar propiamente, que es la asignación de la cosa justa basada en un derecho existente el cual debe ser respetado y, en caso de no tener la posesión de dicho derecho, reintegrárselo.

Finalmente, la subsidiariedad de la naturaleza de las cosas en el ordenamiento jurídico peruano revela de suyo que la matriz principal de la constitución no es acorde a la visión que mantiene el tomismo y, por consiguiente, el realismo jurídico clásico con las fuentes del derecho que informan el sistema jurídico, sino que responde a otras escuelas iusfilosóficas, tanto el iuspositivismo normativista, en dónde solo la norma es derecho, en combinación con el constructivismo kantiano, donde la justicia, aunque sea un elemento primordial en la determinación del contenido normativo, será un contenido que no responda estrictamente a una realidad de suyo natural, sino a construcciones productos de la razón y voluntad humanas, no en su vertiente de descubrimiento del derecho en un orden ínsito a la naturaleza de las cosas, sino de la creación de aquel, producto del espíritu y la voluntad humana.

5. Análisis del objetivo general: Evaluar en qué medida las fuentes del derecho que inspiran el ordenamiento jurídico peruano responden al concepto de “naturaleza de las cosas” de Santo Tomás de Aquino

Como hemos podido identificar, las fuentes del derecho que inspiran el ordenamiento jurídico peruano comportan una matriz de origen racionalista, con una subvertiente de manifestación claramente iuspositivista, los cuales no son mutuamente excluyentes, sino que, por el contrario, aunque sus premisas formales sugieran la contradicción entre ambas

posiciones, se revela que el positivismo es la versión consecencial necesaria del racionalismo iusfilosófico.

En razón de ello, es que denotamos que el contractualismo, en la inversión y confusión que realiza entre lo legítimo y lo legal, determinará que la ciencia de lo justo y lo injusto ya no será mediante el conocimiento de las cosas humanas y divinas, sino que será determinado por el poder.

Así, al tener el Estado y la Constitución la fuerza primordial de la producción normativa, es resultado de que el derecho sea, propiamente dicho, poder (Ayuso, 2016).

Cómo advertimos, la constitución mantiene de suyo la calidad de *norma normarum*, la norma de normas, productora de las normas que conforman el ordenamiento jurídico peruano, pero dicha visión es de plano errónea, en tanto que la ley comporta de suyo ser la manifestación de una autoridad jurídica, mas no política, y la constitución es, ante todo, una decisión constitutiva de una nación, que además es pasible de ser interpretada en su contenido constitucional, lo cual implica que, por la misma naturaleza de la interpretación, los preceptos constitucionales no están debidamente definidos y, consecuentemente, la decisión comunitaria definitiva no está debidamente establecida (D'Ors, 1999).

En ese sentido, al no estar debidamente identificada la decisión comunitaria establecida que decide el orden político y jurídico, es consecuencia determinar que las fuentes del derecho no se han remitido a la naturaleza de las cosas como modelo metodológico de la determinación del derecho, en tanto que, al comportar la naturaleza de las cosas una esencia que de suyo es invariable, no habría mayor problema en resaltar dicha concepción invariable y descubierta en la constitución, cuando en realidad lo que presenciamos es una constitución que no ha definido debidamente sus alcances, y en virtud de esa concepción inacabada de los derechos, es que la concreción de ellos se realizará no en atención a la naturaleza de las cosas, sino en virtud del espíritu humano que concibe el derecho como creación suya.

Por ello, es que nos advierte Danilo Castellano (2022) que quien denote esta visión, de raíz claramente positivista, ve en el ordenamiento el instrumento necesario para la instauración de una ideología mediante el uso del poder, creando un sistema coherente con la ideología pregonada.

Pero, nos dirá después, que el problema principal no radica en la coherencia del sistema, sino en el fundamento de este, que no puede ser meramente convencional, sino que debe apelar a un fundamento más allá de lo convenido, superando el nominalismo, y encontrando así la raíz que sustenta el orden ético, político y jurídico (Castellano. 2022).

De lo expresado, solamente la expresión del orden puede responder a la naturaleza de ser dado, el cual es el representado por la naturaleza que lleva consigo el acto de ser, y por su carácter de invariabilidad conlleva el fundamento del orden ético, político y jurídico (Castellano, 2022).

Es así, que, al identificar las fuentes del derecho y su producción normativa, no en la naturaleza de las cosas, sino en el orden proporcionado por el instrumento que constituye la Constitución, es que se denota el intento de la Edad Moderna de sustituir a Dios creador y ordenador por el hombre, volviendo al giro antropocéntrico característico del Renacimiento.

A raíz de esto, es que se puede propiamente decir que la Constitución deviene en sí mismo como el derecho natural del estado moderno, admitiendo bases para la justicia como presupuesto del derecho, pero no siendo la justicia que da a cada uno lo suyo, con el derecho identificado y reconocido, sino el derecho construido, actuando como la novación del orden manifestado por la naturaleza de las cosas e imposición del suyo propio (Ayuso, 2016).

La pérdida en la que incurre el ordenamiento peruano negando la posición fundamental de la naturaleza de las cosas como informadora del derecho, y otorgando ese lugar a el instrumento que debía reflejar esa realidad, no hará sino conllevar a la negación de toda verdad objetiva, siendo reemplazada por las opiniones subjetivas, el cual será el advenimiento del nihilismo que afectará los órdenes éticos, políticos y jurídicos, ya que al ser cada opinión subjetiva, quedará únicamente como fundamento en la voluntad de la mayoría.

Esta será la principal impronta de la segunda mitad del Siglo XX y que afecta hasta ahora la visión del derecho en su conjunto y su fundamento, ya que, tal y como menciona Castellano (2010) el problema de la convivencia se resolvería finalmente en todas aquellas cuestiones que ya no se tomarían en cuenta en su calidad de “verdaderas”, sino de “aceptables”, siendo las opiniones las constitutivas de lo justo, lo verdadero y lo bello, adviniendo así las figuras del nihilismo y el relativismo, que a palabras suyas, son un total absurdo.

Es en atención a ello, que se determina que la naturaleza de las cosas reviste un carácter meramente subsidiario en la producción normativa, en tanto que dicha posición la mantiene la Constitución como ordenadora del ordenamiento jurídico y parámetro tanto del contenido como de las formas en las que se debe realizar la producción normativa y la determinación del derecho, en un claro contraste con la visión tomista de la naturaleza de las cosas y, consecuentemente, el realismo jurídico clásico.

CONCLUSIONES

Primera: Respecto del primer objetivo específico, podemos concluir que, efectivamente, el sistema tomista, en su calidad de sistema filosófico – teológico, ofrece una visión del derecho acorde con el realismo jurídico clásico, en virtud del cual se ha podido apreciar el desarrollo de una teoría del derecho guiada principalmente por los marcos metodológicos y doctrinarios de la mencionada corriente iusfilosófica. Por ello, vemos que, aunque su desarrollo no sea específicamente entre la distinción realizada de fuentes formales y fuentes materiales del derecho, en tanto que responde a una concepción de la modernidad, si realiza un estudio del derecho como objeto de la justicia, de la justicia en sí misma y de las distintas fuentes que informan el derecho natural y el derecho positivo, en estricta relación con su sistema de leyes divididas en ley divina, ley natural y ley positiva.

Segunda: Respecto del segundo objetivo específico, podemos ver que la naturaleza de las cosas ha tenido una particular relevancia dentro del estudio de la teoría jurídica, principalmente en su consideración de si puede ser considerada como una fuente genuina del derecho o, si, por el contrario, no es capaz de cumplir con los presupuestos que permitirían la intelección de lo justo en las relaciones sociales y la repartición de los bienes. En ese sentido, hemos apreciado que, a pesar de haber contado con un inicio en la cual su predominancia era notoria, enfrentó un periodo que disminuyó su participación en la teoría y el ámbito jurídico. En razón de ello, es que ahora podemos apreciar un eventual retorno a su estudio como posible informante del derecho, en vista de la insuficiencia de los sistemas actuales para responder las preguntas fundamentales por el ser del derecho.

Tercera: Respecto del tercer objetivo específico, hemos determinado que, las doctrinas modernas, primeramente, han influenciado de manera notable en la creación de los ordenamientos jurídicos, principalmente el peruano. En virtud de ello, se pueden apreciar las distintas corrientes como el racionalismo, el nominalismo, el normativismo, concretados finalmente en las corrientes iusfilosóficas denominadas iusnaturalismo racionalista, conjuntamente con el iuspositivismo. Dicha influencia es notoria tanto en la forma de concepción de las fuentes del derecho y la supremacía constitucional en su aspecto formal, tal y como adviene de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, así como el contenido formal y constructivista propiciado por el iusnaturalismo racionalista, al derivar la existencia del derecho de la creación del espíritu y voluntad humanas, sin una consideración a la naturaleza de las cosas como informante principal del ordenamiento jurídico, sino un papel meramente subsidiario en la producción normativa.

Cuarta: Respecto del cuarto objetivo específico, y en consonancia con el anterior, podemos ver que los puntos de contacto entre las fuentes del ordenamiento jurídico peruano y la naturaleza de las cosas concebida desde la visión tomista y el realismo jurídico clásico es demasiado débil, otorgándole únicamente un papel subsidiario en la producción normativa. Si bien comparte la opinión de que la voluntad del legislador le brinda a la ley la obligatoriedad que debe seguir la sociedad en su condición de norma, rechaza totalmente que el fundamento del derecho nazca de esa misma voluntad, sino que recae específicamente en el contenido justo de la norma, informada por la naturaleza de las cosas, el cual es una consideración que el ordenamiento jurídico peruano no tiene en cuenta al momento de realizar el desarrollo doctrinario de las fuentes del derecho, desarrollando únicamente la doctrina de las fuentes formales del derecho, sin referencia a las fuentes materiales.

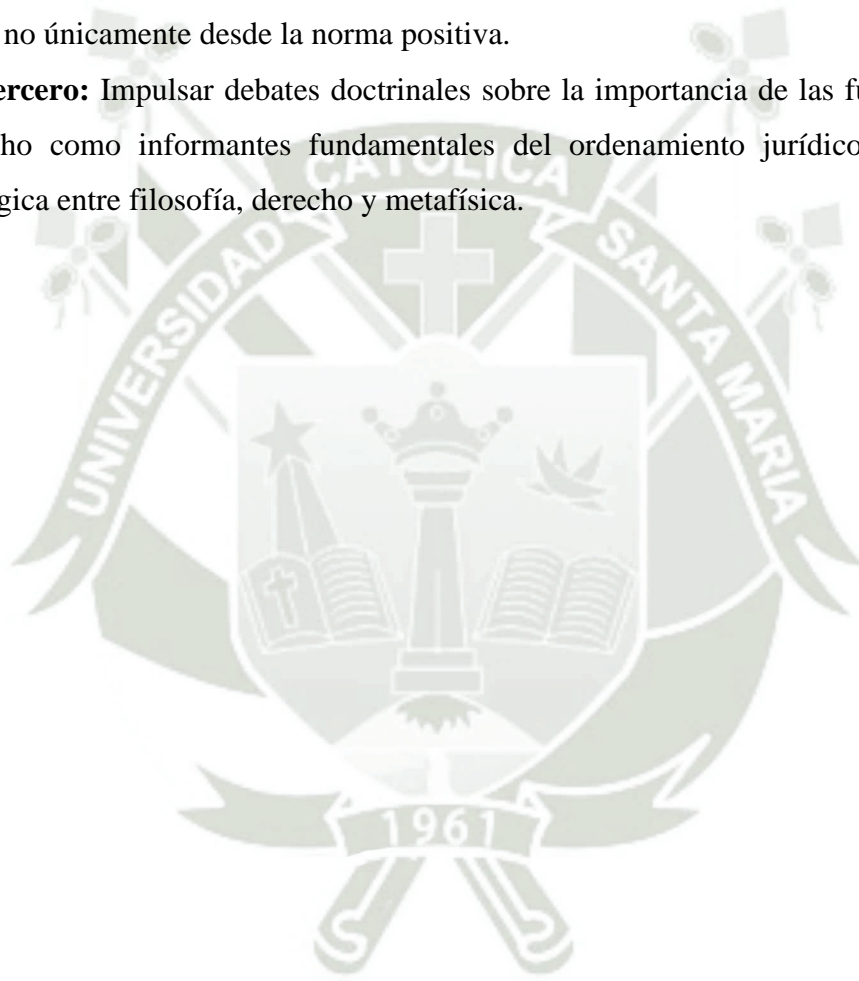
Quinta: Respecto del objetivo general, podemos finalmente apreciar que las fuentes del ordenamiento jurídico peruano pueden mantener la compatibilidad con la naturaleza de las cosas como fuente del derecho, en tanto que, actualmente, las fuentes del ordenamiento jurídico actual recaen principalmente en el aspecto formal, es decir, exteriorizar el derecho, mientras que la naturaleza de las cosas es capaz de brindar el fundamento material y, en última instancia, la raíz fundamental del derecho que es exteriorizado en la fuente formal. Sin embargo, en su raíz propiamente racionalista y positivista, dicha consideración sería únicamente factible en un post-constitucionalismo, en el cual la Constitución, al no poder cumplir cabalmente su fin de ser la ordenadora del social, político, económico y jurídico, da el paso a las nuevas teorías y fuentes iusfilosóficas que determinen los sistemas jurídicos. En ese sentido, es que se corrobora que, en los tiempos actuales, se impone más una visión neoconstitucionalista, donde la constitución en su raíz se ve reforzada y, consecuentemente, la naturaleza de las cosas mantiene un carácter subsidiario, por lo que, en última instancia, se concibe la visión de un ordenamiento jurídico informado por nociones de naturaleza nihilistas y relativistas.

RECOMENDACIONES

Primera: Articular planes de estudio que permitan la introducción de la doctrina del Realismo jurídico clásico en la formación de los futuros juristas, no con visión a sustituir el derecho vigente, sino para fomentar el análisis crítico de la realidad y las normas desde una visión realista.

Segundo: Introducir un criterio de racionalidad realista en la hermenéutica jurídica, para fomentar el reconocimiento de la justicia y su fundamento en la naturaleza humana y de las cosas, no únicamente desde la norma positiva.

Tercero: Impulsar debates doctrinales sobre la importancia de las fuentes materiales del derecho como informantes fundamentales del ordenamiento jurídico, en integración metodológica entre filosofía, derecho y metafísica.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aristóteles. (2023). *Metafísica* (Benjamin Briggent, Trad.; 8.ª ed.). Plutón.
- Aristóteles. (2024). *Ética a Nicómaco* (Celia Akram, Trad.; 6.ª ed.). Plutón.
- Ayuso Torres, M. (2008). *La constitución cristiana de los estados*. Scire.
- Ayuso Torres, M. (2016). *Constitución. El problema y los problemas*. Marcial Pons.
- Ayuso Torres, M. (Ed.). (2019). *¿TRANSHUMANIDAD O POSTHUMANIDAD? La política y el derecho después del humanismo*. Marcial Pons.
- Ayuso Torres, M. (Ed.). (2022). *Política y derecho ante la laicidad contemporánea*. Marcial Pons.
- Ayuso Torres, M. (2023). *Moral, Ética Pública y Política*. Marcial Pons.
- Castellano, D. (2010). *Orden ético y derecho*. Marcial Pons.
- Castellano, D. (2022). *El derecho entre orden natural y utopía*. Marcial Pons.
- Constitución Política del Perú. (1993). Lima: Diario Oficial El Peruano. Recuperado de <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678>
- Copleston, F. (1994a). *Historia de la Filosofía* (4.ª ed., Vol. II: De San Agustín a Escoto). Ariel.
- Copleston, F. (1994b). *Historia de la Filosofía* (3.ª ed., Vol. III: De Ockham a Suarez). Ariel.
- D' Ors, A. (1999). *Nueva introducción al estudio del Derecho*. Civitas.
- De Soto, D. (2021). *Tratado de la justicia y el derecho*. Maxtor.
- Díaz Colchado, J. C. (2022). Fuentes del Derecho y precedentes constitucionales: encuentros y desencuentros en el sistema de justicia del Perú. *Derecho & Sociedad*, (58), 1-20. <https://doi.org/10.18800/dys.202201.005>
- Elias de Tejada, F. (1942). *Introducción al estudio de la Ontología jurídica*. Gráficas Ibarra.
- Elias de Tejada, F. (1946). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Escelicer S.L.
- Elias de Tejada, F. (1977). *Tratado de Filosofía del Derecho* (Tomo II Parte I Los saberes jurídicos). Universidad de Sevilla.
- Expediente 047-2004-AI/TC (2006). Tribunal Constitucional Peruano (24 de abril del 2006).

- Fassò, G. (1982a). *Historia de la Filosofía del Derecho* (3.^a ed., Vol. I: Antigüedad y Edad Media). Pirámide.
- Fassò, G. (1982b). *Historia de la Filosofía del Derecho* (3.^a ed., Vol. II: La edad moderna). Pirámide.
- Fassò, G. (1996). *Historia de la Filosofía del Derecho* (Vol. III: Siglos XIX y XX). Pirámide.
- Finnis, J. (2019). *Tomás de Aquino: teoría moral, política y jurídica* (Fabio Morales, Trad.). Instituto de Estudios de la Sociedad. (Trabajo original publicado en 1998).
- Gambra, R. (2024). *Historia sencilla de la filosofía* (33.^a ed.). Rialp.
- García Belaunde, D. (1999). Bases para la Historia Constitucional del Perú. *Derecho PUCP*, (52), 369-407. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.018>
- García Toma, V. (2010). *Teoría del estado y derecho constitucional*. (3.^a ed.). Editorial Adrus.
- Garrigou-Lagrange, R. (1946). *La Síntesis Tomista*. Ediciones Desclée.
- Graneris, G. (2019). *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Ediciones Olejnik.
- Gilson, E. (1965). *La Filosofía en la Edad Media. Desde los orígenes patrísticos hasta el fin del siglo XIV* (2.^a ed.). Gredos.
- Gilson, E. (2002). *El Tomismo. Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino* (4.^a ed.). Eunsa.
- Gilson, E. (2009). *Introducción a la Filosofía Cristiana*. Ediciones Encuentro S.A.
- González-Ayesta, C. (2006). *La verdad como bien según Tomás de Aquino*. Eunsa.
- Hervada, J. (1996). *Historia de la ciencia del derecho natural*. (4.^a ed.). Eunsa.
- Hervada, J. (2006). *Síntesis de historia de la ciencia del derecho natural*. Eunsa.
- Hervada, J. (2008a). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. (4.^a ed.). Eunsa.
- Hervada, J. (2008b). *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico* (3.^a ed.). Eunsa.
- Hervada, J. (2011). *Introducción crítica al derecho natural* (11.^a ed.). Eunsa.
- Hervada, J. (2012). *Temas de Filosofía del Derecho*. Eunsa.

- León XIII. (1879). *Aeterni Patris* [Encíclica]. Ciudad del Vaticano. Librería Editrice Vaticana.
Recuperado de https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_04081879_aeterni-patris.html
- Ley 26889 Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa. (1997, 10 de diciembre). Congreso de la República. Diario oficial El Peruano.
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H777294>
- Ley 28301 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. (2004, 23 de julio). Congreso de la República. Diario oficial El Peruano. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H870810>
- Ley 31307 Nuevo Código Procesal Constitucional. (2021, 23 de junio). Congreso de la República. Diario oficial El Peruano.
<https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1975873-2>
- MacIntyre, A. (1976). *Historia de la ética*. Paidós Ibérica.
- Martínez-Sicluna y Sepúlveda, C. (2017). *Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho*. Editorial Dykinson.
- Ocampo Ponce, M. (2021). *Fundamentos metafísicos del orden moral en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino*. Universidad Gabriela Mistral.
- Palacios Rodríguez, L. (1978). *La prudencia política* (4.^a ed.). Gredos.
- Palacios Rodríguez, L. (2013). *Filosofía del saber* (3.^a ed.). Ediciones Encuentro S.A.
- Rubio Correa, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (10^a ed.). Lima. Fondo Editorial PUCP.
- Ruiz Rosas, J. (2019). *Los Precedentes vinculantes del tribunal constitucional y la reformulación de la teoría clásica de las fuentes del derecho peruano* [Tesis de Magíster, Universidad Nacional de Cajamarca] Repositorio UNC.
<https://repositorio.unc.edu.pe/handle/20.500.14074/3403>
- Ruiz Rosas, J. (2023). *La pretensión de autoridad del derecho: Una explicación del carácter autoritativo de los precedentes constitucionales y la autonomía judicial en la adjudicación del derecho en el Perú* [Tesis de doctorado, Universidad Nacional de

Cajamarca]

Repositorio

UNC.

<https://repositorio.unc.edu.pe/handle/20.500.14074/6138>

Santo Tomás de Aquino. (2010). *Tomás de Aquino, Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles* (Ludovico Vivès, Trad.; 3.ª ed.). Eunsa.

Santo Tomás de Aquino. (1988). *Suma de Teología I Parte I* (José Martorell, Trad.). Biblioteca de Autores Cristianos.

Santo Tomás de Aquino. (1990). *Suma de Teología III Parte II-II (a)* (O. Calle & L. Jiménez, Trads.). Biblioteca de Autores Cristianos.

Santo Tomás de Aquino. (1993). *Suma de Teología II Parte I-II*. Biblioteca de Autores Cristianos.

Santo Tomás de Aquino. (2018a). *La monarquía*. Tecnos.

Santo Tomás de Aquino. (2018b). *Suma contra los gentiles* (6.ª ed.). Porrúa.

Vallet de Goytisolo, J. B. (2000). La naturaleza de las cosas y de cada cosa y su cognoscibilidad por el hombre. *Anuario de Derecho Civil*, 53(4), 1319-1368.

Vallet de Goytisolo, J. B. (2001). ¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos? *Anuario de Derecho Civil*, 54(2), 519-546.

Vigo, R.L. (2006). *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas* (2ª ed.). Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

Vigo, R.L. (2024). *La necesaria filosofía del derecho: cuál y porqué*. Tirant lo blanch.

Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del derecho*. Eunsa.

Villey, M. (1981). *Compendio de Filosofía del Derecho. Los medios del Derecho*. Eunsa.

Villey, M. (2020). *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Ediciones Olejnik.

Widow, J.L. (2009). *Introducción a la Ética*. Editorial Globo.

ANEXOS

Anexo A

Ficha de Observación Bibliográfica de Libros / Artículos de Investigación

FICHA DE OBSERVACIÓN BIBLIOGRÁFICA DE LIBROS / ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Nombre del libro / artículo	
Autor	
Editorial	
Año	
Resumen	
Comentario	
Preguntas de investigación	¿Qué fuentes del derecho prioriza?
	¿Menciona la naturaleza de las cosas bajo alguna epistemología jurídica?

Conclusión(es)	
----------------	--



Anexo B

Ficha de Observación Documental de Sentencias del Tribunal Constitucional

**FICHA DE OBSERVACIÓN DOCUMENTAL DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL**

N° de expediente	
Año	
Resumen	
Desarrollo jurisprudencial	
Desarrollo doctrinario	
Preguntas de Investigación	¿Por qué la presente sentencia es importante para la investigación?
	¿El desarrollo es compatible con el realismo jurídico clásico? ¿Por qué?

Comentario	
Conclusión(es)	

