

REVISTA JURIDICA DEL PERU

Fundada en 1950

Año LI Nº 27

OCTUBRE 2001



CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO • MARCIAL RUBIO CORREA
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI • VÍCTOR BAZÁN • PEDRO MORALES CORRALES
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARREDA • PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO
CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ • JUAN FALCONÍ GÁLVEZ • LUIS FERNANDO ZAMBRANO ORTÍZ
ROBERTO SERVAT PEREIRA DE SOUSA • GIROLAMO MONTELEONE • MÓNICA GONZALO PRIETO
DANIEL ECHAIZ MORENO • AMÍLCAR ADOLFO MENDOZA LUNA • LILIANA MUGUERZA GUADALUPE
CARMEN JULIA PALMER OLIDEN • RÓGER ZAVALITA RODRÍGUEZ

APUNTES SOBRE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA*

DANIEL ECHAIZ MORENO **
Perú

Siempre es grato para mí compartir con todos aquellos interesados en el fascinante mundo del Derecho, el análisis y la discusión de diversos temas, entre los muchos que nos ofrece la ciencia jurídica, en eventos académicos como éste. Y me es más grato cuando dicho evento académico es resultado de la organización y el esfuerzo de jóvenes amigos que se preocupan por la difusión de nuevas ideas, promoviendo así el debate y, consiguientemente, el enriquecimiento intelectual de todos los presentes. Por tales razones tan contundentes, no puedo negarme ante la gentil invitación que me hacen los chicos (y, especialmente, las chicas) de la Asociación Cultural Sui Géneris.

¿Para qué estamos acá?. Según tengo entendido, este evento académico gira en torno a las "Nociones Generales sobre la Introducción al Derecho". Recuerdo que, precisamente, éste fue el primer tema que vimos en la asignatura Introducción a las Ciencias Jurídicas (cuando yo empezaba la carrera de Derecho en la Universidad de Lima, lo cual no ha sido hace mucho tiempo) y, en aquella oportunidad, un alumno en tono muy sincero

le dijo al profesor: "Doctor, estamos ante un tema abstracto, genérico, amplio y sin aplicación práctica"; por si acaso, yo no fui ese alumno. Pues bien, aquella declaración tan expresiva generó, primero, sorpresa entre el alumnado; luego, un sutil comentario; y, finalmente, la explicación del profesor (por cierto no muy acertada), diciendo que era inevitable porque estaba en el Syllabus:

Ahora que han transcurrido algunos años desde aquel suceso y ahora que soy abogado y ya no estudiante como en aquel momento, les diré que el compañero no se equivocó en los tres primeros calificativos; en efecto, es un tema abstracto, genérico y amplio. Pero sí erró en cuanto al último calificativo, cuando sostuvo que no tenía aplicación práctica. Y se equivocó porque las "Nociones Generales sobre la Introducción al Derecho" no son sólo un tema para académicos de biblioteca, circunscrito estrictamente a páginas de libros antiguos o que solamente forme parte de un Syllabus universitario. No, no es así. Conocer las "Nociones Generales sobre la Introducción al Derecho" permite que quienes estamos inmersos en el mundo del De-

* Ponencia presentada en la Jornada "Nociones Generales sobre la Introducción al Derecho", realizada el 5 de septiembre del 2001 y organizada por la Asociación Cultural Sui Géneris, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Federico Villarreal y el Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

** Abogado miembro del Estudio Echaiz Abogados. Ha realizado con estudios de postgrado en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Asistente de cátedra de la Escuela de Postgrado de la Universidad de Lima. Web Page: <http://derechoempresarial.deamerica.net>. Email: danielechaiz@yahoo.com

recho podamos desenvolvernos con solvencia como abogados porque constituye el tronco a partir del cual vamos a edificar toda nuestra profesión jurídica. He ahí la importancia de este evento académico en su interinidad.

Dentro del temario del certamen, a mí me han solicitado que les exponga sobre la "Teoría Tridimensional del Derecho"..., un tema realmente fascinante. Tanto así que me siento premiado porque a mí me han adjudicado este tema. Sin embargo, a pesar que puede ser un tema realmente fascinante, también es cierto que puede resultar un tema realmente aburrido si es que les hablo con un lenguaje denso y complicado. Por eso, anticipándome a esa inquietud generalizada de ustedes, les diré que voy a ser lo más claro posible y no les voy a enredar con conocimientos etéreos y poco prácticos. Simplemente, vamos a hacer una cosa muy sencilla: vamos a buscar la esencia del Derecho.

Cuando todos nosotros estábamos en los últimos años de educación secundaria empezamos a formularnos la clásica pregunta ¿qué carrera voy a estudiar? y si esa pregunta no nos la hacíamos nosotros mismos, entonces nos la hacían en la familia, en el colegio, en el barrio, en una reunión social.... (cuando la gente sabe que estás en quinto año de secundaria de frente te pregunta "¿y qué carrera vas a seguir?"). Pues bien, hay algunos conservadores que dicen "yo voy a ser contador"; hay otros más acordes con las nuevas tecnologías que dicen "yo voy a ser ingeniero de sistemas"; hay también los soñadores que dicen "yo voy a ser astronauta para llegar a las estrellas"; y, finalmente, hay otros que con orgullo dicen "yo voy a ser abogado". En ese momento, quizás sea iluso preguntarle a aquel joven: ¿qué es el Derecho?; sin embargo, nada obsta (y más bien sería lo deseable) a que tenga una idea general sobre el tema.

Pero cuando pasa el tiempo y uno ya está inmerso en los estudios universitarios de Derecho; mas aún cuando uno se proyecta al futuro y aprecia que toda su vida estará marcada por el Derecho: será abogado y, como tal, será un operador del Derecho; hará una Maestría en Derecho; hará un Doctorado en Derecho; leerá libros de Derecho; escribirá artículos de Derecho; dictará conferencias de Derecho; enseñará cursos de Derecho;.... en suma, vivirá el Derecho, entonces ahora sí es dable preguntarse: ¿qué es el Derecho?. Aquí podemos filosofar eternamente y les aseguro que jamás arribaremos a una conclusión absoluta porque el Derecho nos sorprenderá cada día con nuevas ideas, nuevos enfoques, nuevos temas. Entonces es necesario que detengamos nuestra marcha, analicemos el asunto y adoptemos una idea acerca de qué es el Derecho; en el camino de nuestro ejercicio profesional, iremos reformulando nuestro concepto. Esta es una tarea permanente.

Pues bien, esa pregunta aparentemente tan simple que nos hemos hecho (¿qué es el Derecho?) se la han formulado muchos estudiosos durante mucho tiempo y sus pensamientos se han visto encuadrados en diversas Escuelas Jurídicas que han imperado por épocas.

Así tenemos que en un primer momento aparece el Jusnaturalismo, también denominada como Escuela del Derecho Natural. La tesis jusnaturalista sostiene que el hombre vivencia los valores y estos valores deben ser recogidos por el Derecho Positivo, lo cual conduce a la existencia de una Ley Natural. Proporcionando una visión eminentemente axiológica, agrega dos ideas: primera, que el Derecho sin valores no tiene sentido y, segunda, que la Ley Natural es inherente al Derecho, a tal punto que para tener validez no requiere ser promulgada por el legislador.

Lo dicho es claramente apreciable en tres grandes exponentes del Jusnaturalismo: Heráclito de Efeso, Sócrates y Santo Tomás.

Heráclito de Efeso señala que hay una Ley Divina y una Ley Humana. La primera (la Ley Divina) es la Ley de Leyes y la segunda (la Ley Humana) está subordinada a la anterior.

Sócrates sostiene que sobre la Ley Humana hay unos principios eternos inmutables que orientan el bien y la justicia; estos principios constituyen la Ley Divina.

Santo Tomás distingue tres escalones: una Ley Divina que surge de Dios, una Ley Natural que es eterna e inmutable y una Ley Humana sustentada en la anterior.

Posteriormente, con el paso del tiempo, los filósofos del Derecho siguen preguntándose "¿qué es el Derecho?" porque se sentían insatisfechos con la tesis del Jusnaturalismo; ellos se preguntaban: ¿de dónde surge la Ley Divina?, ¿y de dónde surge la Ley Natural?, ¿quién puede establecer con certeza cuáles son sus preceptos?... Empieza a enraizarse por este momento la concepción de la seguridad jurídica, idea que no se condice con postulaciones que hablan de una ley superior, eterna y regida por principios inmutables. Nada más propicio, entonces, para el surgimiento del Formalismo o Positivismo Jurídico que encuentra su mejor expresión en la Escuela de la Exégesis.

Según los exégetas, todo lo jurídico está en la norma y el problema radica en interpretar la norma. Su máximo exponente Hans Kelsen formula la Teoría Pura del Derecho que reduce la experiencia jurídica a la dimensión formal-normativa, es decir, a la norma. Para este jurista, el Derecho es un conjunto de normas ordenadas jerárquicamente y, así, elabora su famosa pirámide normativa donde a la cabeza se encuentra la Constitución y le siguen las Leyes, los Decretos, las Resoluciones, etc.

Pero esta concepción también denota problemas en su aplicación porque se aprecia que el Derecho no puede ceñirse ciegamente al texto de la Ley; puesto que hay veces en que ello puede amparar situaciones de abuso de derecho o fraude a la ley. La doctrina positivista hace del Juez un mero aplicador de normas jurídicas, ajeno a toda actividad de juzgamiento-razonado. Es la época en que se fortalece aquel aforismo "dura es la ley, pero es la ley".

Ante tal situación tan crítica, emerge el Sociologismo o Realismo Jurídico como reacción frente a las dos anteriores Escuelas del Derecho. Y, a su vez, abarca dos teorías: la Teoría Ecológica del Derecho, sustentada por Carlos Cossío, que reduce el Derecho a la conducta humana intersubjetiva y manifiesta que en él tienen influencia las normas, los valores y la libertad de un "yo"; y la Teoría Tridimensional del Derecho, materia central de nuestra ponencia.

Hasta el momento hemos podido apreciar a grandes rasgos cuál ha sido la evolución de las tendencias jurídicas en torno a la pregunta ¿qué es el Derecho?, llegando así a la Teoría Tridimensional del Derecho.

El origen de esta Teoría tiene su historia y resulta imprescindible que se las comente porque no hay peruano que pueda preciarse de conocer dicha Teoría, sino conocer la historia de su origen, más aún cuando hay un jurista peruano involucrado en la trama.

Situémonos en 1950, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Un joven estudiante llamado Carlos Fernández Sessarego presenta una tesis de bachillerato titulada "Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho", en la cual expone una nueva teoría para comprender el Derecho, la que más tarde recibiría el nombre de Teoría Tridimensional del Derecho y que, según el mismo autor posteriormente ha confesado, respondía a la

inquietud juvenil de no saber a ciencia cierta qué era el Derecho.

Tres años más tarde, en 1953, el jurista Miguel Reale publica en Brasil su libro "Filosofía del Derecho" donde expone idéntica tesis y a la cual él sí denomina expresamente Teoría Tridimensional del Derecho. Dicha obra tuvo gran difusión, lo cual obedeció en gran medida a que Reale ya era por aquella época un reconocido jurista.

Según ha señalado el propio Carlos Fernández Sessarego en la Introducción a su libro "El Derecho como Libertad" (que recoge, precisamente, su tesis universitaria), ni él sabía de Miguel Reale ni Miguel Reale sabía de él por aquel entonces. Lo que sí es cierto es que hoy por hoy Miguel Reale es considerado el creador de la Teoría Tridimensional del Derecho y Carlos Fernández Sessarego es considerado el precursor de la misma.

¿En qué consiste esta teoría? Para ponerlo en términos sencillos, les diré que la misma está construida sobre la base de un triángulo (hay tres dimensiones; de ahí que sea tridimensional): en una arista se encuentra la conducta, en la otra arista está el valor y en la tercera arista se haya la norma. Estos tres elementos (conducta, valor y norma) son los pilares sobre los cuales se edifica todo el planteamiento tridimensional.

Habíamos visto que el Jusnaturalismo daba preeminencia al valor: hay principios inmutables y eternos que inspiran la Ley Divina y de esta surge la Ley Natural. Luego, el Formalismo sólo captaba a la norma: el Derecho es un conjunto de normas y el quid del asunto está en interpretar dichas normas. Ambas tesis tenían un alcance eminentemente parcial del problema; por ello, el Tridimensionalismo arguye que el Derecho no es sólo valor y que tampoco es sólo norma, sino que es la conjunción dinámica de valor, norma y conducta.

Carlos Fernández Sessarego es contundente cuando dice: "conducta, norma y valor son los elementos ontológico, lógico y estimativo del Derecho que en unidad integral motivan su aparición. Y el Derecho no es ninguno de estos elementos en forma aislada". De esto deducimos, claramente, que son tres dimensiones interrelacionadas que producen el Derecho y a las cuales debe recurrirse para entender precisamente al Derecho.

Dejemos ahora de lado todo el planteamiento teórico y vayamos al terreno práctico: Amigas y amigos, preguntémosnos ¿cómo podemos aplicar la Teoría Tridimensional del Derecho en situaciones jurídicas actuales?, a lo que yo les respondí: podemos aplicarla de muchas maneras. Veamos sólo dos casos.

Ustedes saben que últimamente los avances de la Genética, la Biomedicina y la Biotecnología han ingresado estrepitosamente al campo jurídico, surgiendo así una nueva disciplina como es el Derecho Genético. Dentro de esta temática destaca la manipulación genética en su modalidad más conocida que es la clonación.

El 19 de diciembre del año pasado, la Cámara de los Comunes de Gran Bretaña aprobó una enmienda a la Ley de Fertilización Humana y Embriología, según la cual se posibilita la clonación de embriones humanos con el propósito de extraerles células estaminales. Cuatro días después, en Francia se publicaba un Proyecto de Ley que permite autorizar la clonación de embriones humanos sólo con fines terapéuticos. Ambos hechos aluden al famoso caso de la clonación de embriones humanos.

Traslademos ese hecho biotecnológico al campo jurídico, a efectos de analizar sus implicancias y pronunciarnos sobre su procedencia.

• Un jusnaturalista (que privilegia al valor) diría: "dicha clonación atenta contra la

naturaleza humana porque el único que puede dar la vida es Dios".

- Por su parte, un positivista (que privilegia la norma) manifestaría una de estas dos cosas: "ahora que la clonación está legislada, nadie puede objetarla", o sino diría: "la clonación atenta contra la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos".
- En cambio, un tridimensionalista (que considera la conjunción armónica de valor, norma y conducta) diría: "la clonación de embriones humanos no es correcta porque afecta los valores humanos (conservación de la vida, dignidad, libertad, etc.), porque atenta contra las normas internacionales bioéticas (como el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina) y porque afecta al embrión como sujeto de derecho (en tanto vulnera sus potenciales derechos a la vida, a conocer su propio origen biológico, a ser procreado en una familia, a la individualidad biológica, a la integridad psicosomática,...).

Vemos, entonces, cómo el entendimiento de un problema tan complejo como es la manipulación genética, la clonación de embriones humanos, los avances biomédicos y sus implicancias jurídicas puede ser cabalmente enfocado (desde una perspectiva integral) gracias a la Teoría Tridimensional del Derecho.

Ahora demos un salto desde el Derecho Genético hasta el Derecho Empresarial. Esta última disciplina jurídica responde al vertiginoso desarrollo del fenómeno empresarial, motivado por el contexto económico cada vez más dinámico y globalizado. Pues bien, uno de sus temas es el control de las fusiones empresariales y esto encuentra respaldo en un hecho concreto.

En noviembre del año pasado, el entonces Ministro de Economía Carlos Boloña anun-

ció que su portafolio ministerial y el Indecopi venían trabajando conjuntamente una Ley sobre Control de Fusiones Empresariales, lo que supone que el Estado (mediante alguna oficina gubernamental) intervenga determinando si procede la operación mercantil o no, es decir, hay un control ex ante que exige la comunicación obligatoria de la decisión, concentracionista, a efectos de obtener el pronunciamiento estatal. Analicemos este caso a la luz de las Escuelas del Derecho.

• Para un jusnaturalista (que privilegia el valor), será una exigencia natural que el Estado controle las fusiones empresariales porque éstas usualmente generan el dominio de las empresas grandes y poderosas sobre las empresas pequeñas y débiles, de manera tal que se atenta contra la solidaridad humana.

• En cambio, un positivista (que privilegia la norma) dirá que, de acuerdo a la Ley General de Sociedades, las fusiones son operaciones mercantiles permitidas dentro de la reorganización empresarial y que, por otro lado y según dispone la Ley de Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, en el Perú no se sanciona la posición de dominio en el mercado, sino el abuso que se haga de ésta.

• Finalmente, un tridimensionalista (que considera la conjunción armónica de valor, norma y conducta) entenderá que el control de las fusiones empresariales puede tener una justificación axiológica (en tanto pretende el correcto funcionamiento del mercado evitando las prácticas monopólicas u oligopólicas), pero que no se condice con las tendencias modernas donde las legislaciones antes que ser anti-monopólicas son pro-competencia y donde se evita dar un mensaje negativo a los inversionistas. La conducta de las empresas en el mercado actual y glo-

balizado ofrece una perspectiva diferente.

Amigos: aquí ustedes han podido apreciar dos aplicaciones directas y prácticas de la Teoría Tridimensional del Derecho en temas de Derecho Genético y Derecho Empresarial, como son la clonación de embriones humanos y el control de las fusiones empresariales, respectivamente. De ello deducimos, entonces, que no se trata de una teoría conceptual lejana para nosotros o de ideas que sólo buscan confundir.

Suele ocurrir que los abogados tenemos la mala fama de hablar en difícil; la vez pasada fui a un evento y un economista dijo: "los abogados hablan difícil para que aparezcan que saben mucho y así puedan cobrar

más"... opinión de economista. Por tanto, es tarea de nosotros mismos el cambiar esa imagen errada. No se trata de hablar en difícil; las cosas muchas veces son fáciles. Solamente hay que buscarles su practicidad y su utilidad para llegar a entenderlas.

Bueno, amigas y amigos, espero sinceramente haber sido claro en mi exposición y que ustedes hayan llegado a comprender cuando menos dos cosas: en primer lugar, que la Teoría Tridimensional del Derecho explica que el Derecho es la conjunción armónica de valor, norma y conducta y, en segundo lugar, que la comprensión de dicha Teoría nos puede ayudar en nuestro diario ejercicio profesional cuando debemos darle un enfoque jurídico a los diversos problemas que llegan a nuestro conocimiento.