

Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano

MARCIAL RUBIO
ELMER ARCE

TEORÍA ESENCIAL
DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Fondo Editorial PUCP

Colección **Lo Esencial del Derecho** 10

Comité Editorial

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

MARCIAL RUBIO / ELMER ARCE

TEORÍA ESENCIAL DEL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Fondo Editorial PUCP



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Rubio Correa, Marcial, 1948-

Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano / Marcial Rubio, Elmer Arce.-- 1a ed., 1ra reimpr. -- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019 (Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).

189 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 10)

Bibliografía: [183]-185.

D.L. 2019-07728

ISBN 978-612-317-239-8

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Derecho - Perú 3. Leyes 4. Derecho - Fuentes 5. Justicia, Administración de - Perú I. Arce Ortiz, Elmer Guillermo, 1973 II. Pontificia Universidad Católica del Perú III. Título IV. Serie

Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano

Marcial Rubio y Elmer Arce

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 10

© Marcial Rubio y Elmer Arce, 2017

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Primera edición: marzo de 2017

Primera reimpresión: julio de 2019

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-239-8

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-07728

Registro del Proyecto Editorial: 31501361900625

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

Índice

PRESENTACIÓN	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO 1	
ESTADO Y DERECHO EN EL PERÚ	17
1. Concepto de Estado. Entre monismo y pluralismo jurídico	18
2. El Estado Peruano. Estructura constitucional	24
2.1. Lo antecedente a la Constitución de 1993	24
2.2. El Estado Peruano en su contenido político	24
2.3. El Estado Peruano en su contenido orgánico	27
3. Los sujetos privados y poder normativo	43
4. Preguntas	48
CAPÍTULO 2	
NORMA JURÍDICA: LAS REGLAS Y PRINCIPIOS QUE CONFORMAN EL DERECHO	49
1. Rasgos particulares de la norma jurídica	49
2. Las normas declarativas y las que son una proposición implicativa	51
3. Las reglas y los principios	53

4. Diferencia entre ordenamiento moral, social y jurídico	57
5. Preguntas	61
CAPÍTULO 3	
ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTATAL	63
1. Concepto de fuentes del derecho	63
2. Organización y funcionamiento de fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico: jerarquía y competencia	65
2.1. Jerarquía	65
2.2. Competencia	66
3. La generalidad y abstracción de las normas como requisito de validez	67
4. Preguntas	68
CAPÍTULO 4	
FUENTES DEL DERECHO PERUANO	69
1. Legislación peruana	70
1.1. Estructura legislativa y órganos legitimados para crear normas jurídicas	70
1.2. Plano legislativo del gobierno central	72
1.3. Plano legislativo del gobierno regional	82
1.4. Plano legislativo del gobierno local	83
2. Tratados internacionales	85
3. La jurisprudencia y sentencias normativas	88
3.1. La jurisprudencia	88
3.2. Sentencias normativas	90
3.3. Sentencias de inconstitucionalidad y acción popular	91
4. La autonomía privada	91
4.1. Convenios colectivos	92
4.2. Costumbre	94
5. Preguntas	98

CAPÍTULO 5	
INFORMALIDAD Y FUENTES DEL DERECHO	99
CAPÍTULO 6	
INTERPRETACIÓN	105
1. Planteamiento del problema de interpretación	105
1.1. La interpretación del texto en relación con la realidad de los hechos	106
1.2. El ordenamiento jurídico, sus partes y la interpretación	109
1.3. La posición subjetiva del intérprete frente a la interpretación jurídica	110
2. Interpretación de normas jurídicas	112
2.1. Los métodos de interpretación	112
2.2. Interpretación en el conflicto de principios	120
3. Preguntas	133
CAPÍTULO 7	
LA INTEGRACIÓN JURÍDICA	135
1. Presentación	135
2. Las lagunas del derecho	137
3. La analogía	140
3.1. Funcionamiento de la analogía	141
3.2. Impedimento o limitación para la analogía	143
3.3. Las formas en las que aparece la analogía	144
3.4. La analogía y el argumento a contrario	148
3.5. La analogía en el derecho peruano	149
4. Los principios del derecho y la integración	150
4.1. Generación de normas a partir del contenido propio de los principios del derecho	150
4.2. La <i>analogia iuris</i>	151
5. Preguntas	154

CAPÍTULO 8	
ANTINOMIAS	155
1. Presentación del problema: los tipos de antinomias	155
2. Criterios de solución en la antinomia por divergencia o conflicto	157
3. Criterios de solución en la antinomia por contradicción	159
4. Preguntas	160
CAPÍTULO 9	
LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS GENERALES EN EL TIEMPO	161
1. Aplicación inmediata, aplicación ultraactiva y aplicación retroactiva de una norma general	162
2. Teorías de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos	166
3. Las reglas constitucionales aplicables	169
3. Preguntas	172
CAPÍTULO 10	
TEORÍAS SOBRE EL SER DEL DERECHO	173
1. Iusnaturalismo	173
2. Positivismo	175
3. Realismo	177
4. Conductas, normas y valores en el derecho	179
5. Preguntas	181
BIBLIOGRAFÍA	183

PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

Lo «Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

INTRODUCCIÓN

Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano pretende proyectar las líneas de reflexión de la teoría del derecho sobre el ordenamiento de nuestro país. Este enfoque metodológico tiene por objetivo principal entender de una manera simple y clara la organización y funcionamiento del sistema jurídico peruano.

Hablar de ordenamiento jurídico implica definir su contenido y sus confines; por eso elegimos una visión normativista del derecho. El ordenamiento jurídico peruano está integrado por las normas que emanan de los procedimientos de creación que él mismo impone y que son dictadas por los órganos o entes que tienen potestad normativa según sus pautas. En otras palabras, el ordenamiento jurídico peruano está conformado por todas las normas que el mismo ordenamiento reconoce como tales. No obstante, somos conscientes de que una visión estrictamente normativa del fenómeno jurídico lo desfigura.

Aunque el fenómeno jurídico sea producto de un concepto básicamente normativo no podemos perder de vista que a menudo se mezcla con la realidad y con los valores, tanto sociales como filosóficos. Contrastar el fenómeno jurídico con su eficacia en la realidad le devuelve su humanidad. Las normas jurídicas que contienen los ordenamientos regulan conductas humanas y, por ende, convierten al derecho en una ciencia explicativa, como las ciencias sociales. Ello se puede apreciar en

los puntos que tratan sobre el pluralismo jurídico o el impacto de la informalidad sobre el derecho.

Sin embargo, la norma no está enclaustrada y alejada de los valores que propone cada sociedad. Al contrario, debe ser un fiel reflejo de los principios y valores que defiende el grupo social que la crea. La presencia actual de los principios, entendidos sobre todo como derechos fundamentales de reconocimiento constitucional, dan cuenta de ello. El reconocimiento de los principios y las reglas como componentes privilegiados de un ordenamiento jurídico nos permite mostrar que el derecho no solo es norma, sino también se alimenta de una raíz valorativa que tiñe la norma.

De ahí que en los primeros cinco capítulos de este texto encontraremos respuestas tentativas a los principales problemas que configuran la propia organización de un ordenamiento jurídico como el peruano. Por ejemplo, ¿cuáles son los requisitos de validez de las normas que integran el ordenamiento jurídico peruano?, ¿qué poderes estatales o no estatales pueden crear normas jurídicas?, ¿qué es una norma jurídica en su diferencia con otros tipos de normas que regulan relaciones humanas?, ¿por qué un ordenamiento jurídico es un sistema y cómo se estructura?, etcétera.

De otra parte, luego de analizar cómo se constituye y organiza el ordenamiento jurídico, resta evaluar las principales pautas que este ofrece para aplicar sus normas sobre los hechos que se producen en un caso. En la aplicación de las normas habrá casos simples —aquellos en los que la norma existe y no tiene ambigüedad—, pero también complejos cuando no existe norma para el caso, la norma existente es ambigua o hay dos normas incompatibles que pueden ser aplicables. Obviamente, en los casos simples la norma se aplica directamente; sin embargo, en los casos complejos tendremos que utilizar las herramientas que nos ofrece el propio ordenamiento para perfilar la norma que debe aplicarse al caso. En estos casos complejos, el juez o el operador del derecho «trabaja» con las normas para ofrecer una respuesta jurídica al problema. Después de

todo, sea integrando normas, interpretando o superando una antinomia o eligiendo la norma aplicable vigente, el ordenamiento jurídico siempre deberá encontrar una respuesta al problema planteado.

Entendemos que todas estas herramientas que nos ofrece el ordenamiento jurídico para superar sus defectos en los casos complejos son sumamente importantes en la formación de todo profesional del derecho. Por ello dedicamos los últimos capítulos de este texto al estudio de las pautas hermenéuticas que permiten solucionar los problemas jurídicos de aplicación de normas.

Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano es un esfuerzo y una modesta contribución de los autores, desde una particular visión normativista del derecho —atenuada por criterios valorativos y de eficacia—, para quienes quieran tener una idea cabal de cómo se organiza y cómo funciona el ordenamiento jurídico peruano.

En consecuencia, sigue siendo válida la distinción entre quien simplemente repite una norma jurídica escrita y quien, como profesional del derecho, lee la norma en el marco de un ordenamiento, incluyendo sus principios inspiradores y los ordenadores. Nuestro interés con esta obra es, precisamente, formar a aquellos que quieren hacer evidente esta distinción.

CAPÍTULO 1

ESTADO Y DERECHO EN EL PERÚ

En el mundo actual, estamos acostumbrados a vivir dentro de un Estado, en nuestro caso, la República del Perú. La Tierra ha sido subdividida en los territorios de los Estados; solo altamar y algunos espacios como la Antártida son reconocidos como espacios pertenecientes a la humanidad y no a Estados particulares.

Dentro de sus territorios, los Estados gobiernan a la población que allí habita. Así, el Perú limita con Ecuador, Colombia, Brasil, Bolivia, Chile y, en el océano Pacífico, con altamar. En el territorio peruano que se encuentra configurado por estas fronteras, se aplican las normas del derecho peruano. Este derecho es producido principal, aunque no únicamente, por el Estado Peruano: un Congreso Constituyente dio la Constitución de 1993 que nos rige, el Congreso de la República dicta las leyes, el Poder Ejecutivo y otros órganos del Estado dictan decretos y resoluciones, los gobiernos regionales y municipales dictan ordenanzas.

En todos estos casos es el Estado el que principalmente produce las normas del derecho. Por eso, en el ámbito contemporáneo, no se puede entender a cabalidad al derecho sin entender al Estado. A esto le dedicamos este capítulo.

1. CONCEPTO DE ESTADO. ENTRE MONISMO Y PLURALISMO JURÍDICO

El Estado es la forma contemporánea de organizar el poder político de una sociedad que vive en un territorio determinado. El Estado actual fue concebido en Europa a partir del siglo XVII y consolidó sus características actuales desde fines del siglo XVIII, con el triunfo de las revoluciones liberales, principalmente la inglesa, la de los Estados Unidos de América y la francesa, y desde esas tres sociedades se extendió rápidamente. Nosotros adoptamos el Estado contemporáneo con nuestra primera Constitución peruana republicana de 1823.

Siempre hubo un poder político en las sociedades humanas —desde los jefes tribales a toda forma de monarquías y repúblicas—, porque alguien debe dirigir al grupo para que sus miembros colaboren eficazmente entre sí. En el mundo occidental, antes del Estado moderno existían en Europa monarquías absolutas que empezaron a mostrarse hacia el final del siglo XV. Desde el descubrimiento de América y durante la Colonia, nosotros fuimos súbditos del rey de España. Entonces se decía que existía un «príncipe», que era el gobernante absoluto que tomaba todas las decisiones trascendentales y las ejecutaba a través de sus servidores. Sin embargo, cuando todo depende de una sola voluntad siempre hay arbitrariedades, abusos y preferencias caprichosas por unos y agravios injustificados a otros.

La sociedad pronto se hartó de los monarcas absolutos, pidió libertad, propiedad, seguridad y derecho a resistir la opresión del príncipe. Todo esto comienza a pensarse y escribirse durante el siglo XVI, pero se empieza a obtener en el siglo XVII.

Los procesos de constitución del Estado contemporáneo fueron distintos en Europa y en América. Allá las monarquías absolutas se convirtieron progresivamente en democrático-constitucionales, mientras aquí, en la mayoría de las sociedades americanas, terminamos con los reyes y tuvimos repúblicas presidenciales. Durante el siglo XIX hubo

monarcas en México y Brasil, países que se convirtieron en repúblicas y entraron al siglo XX en esa condición.

Uno de los instrumentos más poderosos para el establecimiento del Estado actual fue lo que conocemos como la Constitución Política.

Podemos describir a la Constitución Política (que en lo sucesivo llamaremos simplemente Constitución) como un documento normativo emitido por el poder constituyente del pueblo, del máximo nivel jurídico dentro del Estado, que contiene los derechos de las personas que las autoridades no pueden afectar y las reglas de organización del poder del Estado, y que busca conseguir —no siempre con éxito— que los gobernantes y los empleados públicos no usen arbitrariamente el poder público.

La primera constitución en el sentido contemporáneo del término fue la de los Estados Unidos de América, aprobada en 1787. La segunda fue la francesa de 1791. A partir de ellas, los Estados fueron aprobando constituciones. La primera que llegó al Perú fue la Constitución de Cádiz de 1812, aún en la época colonial. La primera Constitución republicana fue, como ya dijimos, la de 1823. La constitución fue un hito para la humanidad y se extendió muy rápidamente por el mundo.

Podemos apreciar rápidamente que en el Estado actual se produce una simbiosis, una convergencia trascendental con la constitución: la forma del Estado, sus principios, sus reglas de organización, sus posibilidades y límites de ejercicio del poder, así como los derechos fundamentales de los seres humanos, son establecidos en ella. El vínculo entre Estado y derecho comienza con la Constitución, a la que solemos llamar «la ley de leyes» por ser la que contiene las normas que nadie puede desobedecer ni contradecir.

Decimos que la constitución es dada por el poder constituyente del pueblo porque, sea que el pueblo vote directamente la constitución, sea que la encargue hacer a una asamblea de representantes elegidos por él para ese propósito, es el poder máximo del pueblo el que la establece. Por eso es la norma de máximo rango normativo.

La constitución constituye al Estado. Nuestra Constitución dice que el Estado Peruano se organiza así:

Constitución, artículo 43°.- La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

El Perú es una república por contraposición a una monarquía: en el Perú todas las altas autoridades políticas del Estado deben cambiar periódicamente o, en todo caso, ser reelegidas periódicamente. No hay cargos vitalicios ni por derecho propio de las personas. Lo característico de una república es que los ciudadanos rotan en el ejercicio del poder público. En cambio, en una monarquía, el rey y la nobleza que lo acompaña son condiciones vitalicias y hereditarias.

El Perú es una república democrática. Esto quiere decir que las altas autoridades políticas —presidente de la República, congresistas, presidentes regionales, alcaldes y concejos municipales— deben ser elegidos por votación popular y periódica. La democracia da al pueblo otros derechos, como el de someter decisiones a referéndum o revocar autoridades en ejercicio.

También es una república independiente, lo que equivale a decir que no tiene vínculo de dependencia con ningún otro Estado. El Perú no fue independiente durante la colonia española pues dependía de la metrópoli y de las decisiones del rey. Por eso se independizó en 1821.

Es una república soberana porque ningún otro Estado o poder puede imponerle decisiones: el pueblo peruano y su gobierno toman sus decisiones por sí mismos, de acuerdo con la constitución.

El Perú es uno e indivisible. Esto quiere decir que, más allá de las particularidades regionales o de la existencia de gobierno central, gobiernos regionales y gobiernos locales (municipalidades), el Perú es uno solo y nadie puede dividirlo o pretender dividirlo. Esto, como veremos luego,

debe conducir a que el gobierno central, los gobiernos regionales y los gobiernos locales colaboren entre sí al ejecutar sus competencias y no se avasallen unos a otros.

El gobierno del Estado Peruano —que como ya dijimos es el encargado de ejercer el poder público— tiene cuatro rasgos característicos según nuestra Constitución:

1. En primer lugar es unitario, como el Estado mismo. No hay *varios* gobiernos sino uno solo, regulado por la Constitución. Hay, sí, diversos órganos que ejercen el poder: presidente de la República, ministros, Congreso, tribunales, presidentes regionales, alcaldes, etcétera, pero cada uno de ellos no es un gobierno separado de los demás pues ejerce el mismo poder aunque con atribuciones diferentes; todos deben coordinar entre sí para hacer el trabajo de la mejor y más eficiente manera. Si hubiere conflictos de ejercicio de poder entre los órganos del Estado establecidos en la Constitución, el encargado de resolverlos es el Tribunal Constitucional a través del proceso de competencias establecido en el artículo 202 inciso 3 de la Constitución.
2. En segundo lugar, su gobierno es representativo porque es elegido por los ciudadanos para que gobierne —tome y ejecute decisiones— en nombre de los ciudadanos. En la democracia representativa el pueblo tiene derecho a elegir a los gobernantes pero no a gobernarse a sí mismo: son los representantes elegidos los que gobiernan.
3. En tercer lugar, el gobierno es descentralizado, lo que quiere decir que hay autoridades a diversos niveles del Estado, cada una de las cuales tiene atribuciones que puede ejercitar por sí misma sin autorización de otros. La Constitución, como veremos luego, es la instancia normativa que determina estas atribuciones. La descentralización es indispensable porque un gobierno centralizado en la provincia capital de la República beneficiará necesariamente

a esta y perjudicará a las otras provincias del país. Así ocurrió en el pasado.

4. Finalmente, el gobierno se organiza por el principio de separación de poderes. Esto significa que cada órgano del Estado tiene atribuciones propias y está sujeto a control de los otros órganos del Estado y, a su vez, tiene atribuciones de control sobre los otros órganos en el ejercicio de sus atribuciones. Así, por ejemplo, el Congreso tiene la atribución de dictar la ley pero el presidente de la República la de promulgarla (esto es, mandarla publicar y cumplir) o puede no hacerlo. El presidente nombra a los ministros pero el Congreso puede censurarlos; el poder judicial puede juzgar al presidente de la República y a los congresistas, pero el presupuesto del Poder Judicial depende del presidente de la República y del Congreso.

Esta es la forma en la que la Constitución organiza al Estado Peruano en términos generales. Veremos a continuación normas de más detalle, pero antes es preciso que nos refferamos a lo que sucede muchísimas veces. Dentro de un Estado, al lado del poder que representa el poder político del Estado, coexisten diversos grupos sociales que, a su vez, tienen diferentes culturas y, por lo tanto diferentes maneras de interpretar la realidad y de llevar adelante su vida. De todos estos poderes de grupos sociales, algunos siguen las pautas impuestas por el Estado, por lo que el sistema jurídico estatal los legitima (postura monista en la concepción del derecho o también llamada estatalista); no obstante, hay otros grupos sociales cuyos mandatos se construyen en paralelo con el propio poder estatal, lo cual configura sistemas normativos autónomos, por lo que se convierten en productores de sistemas jurídicos excluidos desde el punto de vista del Estado (postura pluralista en la concepción del derecho)¹.

¹ El pluralismo jurídico nace como un efecto de las visiones institucionales del derecho desarrolladas básicamente por Hauriou y Santi Romano (Bobbio, 1997, pp. 6-10).

En la medida en que el derecho regula las conductas de las personas en sociedad, cabe perfectamente que algunos miembros del pueblo crean que ante una determinada circunstancia deben comportarse de una manera y algunos de otra distinta. Esto ocurre en el Perú, donde la parte occidentalizada de la sociedad tiene una cultura distinta de la que tienen las comunidades campesinas o las nativas. Estas diferencias culturales tienen que ver muchas veces con la experiencia de vida misma —como el medio ambiente— y otras también con elementos históricos. Esto quiere decir que esas diferencias culturales no son arbitrarias: tienen fundamento en la vida misma.

Por consiguiente, todo depende de si el Estado tiene para sí el monopolio del poder normativo (a través de sus órganos o de sujetos privados en quienes delegan facultades para crear normas) o si debe aceptar que puedan existir otros poderes sociales que tengan poder normativo independiente y que en algunos casos puedan llegar a contradecir sus normas (como por ejemplo la normativa de la FIFA).

La Constitución del Perú es monista en su aplicación, pues reconoce al poder del Estado como máximo y único poder normativo, aunque acepta que otros poderes sociales tengan poder normativo siempre que cumplan determinados requisitos de respeto al sistema jurídico estatal. El Estado legitima esos otros poderes para que creen derecho, de lo contrario no tendrían más remedio que someterse a los mandatos estatales. Quizá ello queda claro en esta disposición:

Constitución, artículo 149.- Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

2. EL ESTADO PERUANO. ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL

En correspondencia con las características que se establece para el gobierno en el artículo 43 de la Constitución, el Estado Peruano tiene un gobierno central, único para todo el territorio. También tiene gobiernos regionales en cada región y locales en cada provincia y en cada distrito. Todos estos gobiernos están regulados en la Constitución. Ella les da sus características y atribuciones principales. Luego, las leyes orgánicas detallan y especifican su regulación. Trabajaremos a continuación la estructura del Estado Peruano, con especial referencia a su relación con el derecho, que es el objeto de este libro.

2.1. Lo antecedente a la Constitución de 1993

El Perú es un Estado en construcción. Nació a la vida independiente en 1821 y se dio su primera Constitución republicana en 1823. Desde entonces ha evolucionado constantemente y lo seguirá haciendo.

En los últimos 35 años se ha consolidado como un Estado fundado en las normas que su Constitución establece y ha respetado la institucionalidad democrática, con una sola excepción que fue el golpe de Estado del 5 de abril de 1992 dado por el entonces presidente Alberto Fujimori. Hasta 1980 la Constitución regía solo muy parcialmente la vida peruana y la democracia se vio periódicamente alterada por golpes de Estado.

En todo Estado hay un contenido político, que son las grandes reglas que debe obedecer en el ejercicio del poder público, y un contenido orgánico, que es el conjunto de instituciones que lo gobiernan. Nos referiremos a ambas a continuación.

2.2. El Estado Peruano en su contenido político

En la actualidad, los Estados deben gobernar protegiendo los derechos humanos y cumpliendo ciertas reglas de ejercicio del poder que imponen sus constituciones. Todo ello es lo que conforma el contenido político del Estado que aquí tratamos.

2.2.1. Los derechos constitucionales

La Constitución establece una larga lista de derechos fundamentales (que en verdad son los derechos humanos) que todos debemos respetar. Son un límite tanto al ejercicio de nuestra libertad individual como al ejercicio del poder público del Estado. El Tribunal Constitucional ha señalado que en todo derecho fundamental hay una dimensión subjetiva —que es el derecho de cada persona a gozarlo— y la dimensión objetiva, que consiste en que cada derecho fundamental es una barrera que prohíbe al poder del Estado violentarlo. En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales se convierten, pues, en un límite que el poder público no puede traspasar².

Para garantizarlo, el régimen constitucional peruano establece un sistema amplio de defensa de los derechos a través de los procesos constitucionales que contiene el artículo 200 del texto de la Carta.

Los derechos humanos son hoy un elemento esencial de lo democrático y, por tanto, allí donde los derechos son vulnerados o postergados no se puede admitir que haya democracia. Contemporáneamente, entonces, democracia no es solo un sistema político de gobernantes elegidos que cumplen sus funciones, sino también la vigencia creciente de los derechos humanos en la sociedad. Esto ha enriquecido el concepto de democracia y ha fortalecido el de Estado de derecho.

La praxis de los derechos humanos es entonces un deber para el ejercicio del poder público y tiene como finalidad elevar las condiciones y calidad de vida de los seres humanos, objetivo que también comparte el derecho.

2.2.2. Los principios de organización y de política general del Estado

La Constitución establece, además de los derechos humanos o fundamentales, algunos principios de organización y uso del poder público dentro del Estado. En síntesis ellos son los siguientes:

² Ver la sentencia del exp_0976_2001_AA_TC emitida por el Tribunal Constitucional.

1. El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana (artículo 43).
2. El gobierno del Perú es unitario, representativo y descentralizado y se organiza según el principio de la separación de poderes (artículo 43).
3. El poder emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen en su representación y con las limitaciones y responsabilidades señaladas por la Constitución y la ley. Ninguna persona, organización, fuerza armada o fuerza policial o sector del pueblo puede arrogarse su ejercicio. Hacerlo es rebelión o sedición (artículo 45).
4. Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador ni a quienes asuman funciones o empleos públicos en violación de los procedimientos que la Constitución y las leyes establecen. Son nulos los actos de toda autoridad usurpada. El pueblo tiene el derecho de insurgir en defensa del orden constitucional (artículo 46).
5. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, dentro del marco de la Constitución y las leyes (artículo 59). Todo ello ocurre en el contexto de una economía social de mercado (artículo 58) con pluralismo económico (artículo 60) y con libre competencia (artículo 61).

También son importantes los deberes primordiales del Estado establecidos en la Constitución. Entre estos se encuentran defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 45).

Los ciudadanos debemos conocer y exigir el cumplimiento de este contenido político del Estado. Es la mejor forma de desarrollar al Perú y fortalecer su democracia y su seguridad.

2.3. El Estado Peruano en su contenido orgánico

El Estado tiene una organización que le permite ejercer el poder público. Hablamos constantemente del presidente de la República, de los congresistas, ministros, jueces, presidentes regionales, alcaldes, fiscales y así sucesivamente. Cada uno de ellos —y otros muchos— ejerce los cargos de gobierno y administración en el Estado. También tienen mucho que hacer con el derecho, que es la materia de este libro. Vamos entonces a estudiar la composición orgánica del Estado Peruano en especial conexión con el derecho. Para ello utilizaremos, principalmente, las normas constitucionales aplicables.

El Estado Peruano está compuesto, constitucionalmente, por: gobierno central, gobiernos regionales, gobiernos locales, órganos constitucionales con funciones específicas, administración pública y empresas del Estado.

Las reglas básicas de organización del Estado sirven para estructurar los distintos órganos estatales y sus funciones. Vamos a resumirlas y ordenarlas:

- El Perú es uno e indivisible. Esto indica que el Perú no puede ser dividido ni parcelado ni tampoco su territorio o sus comunidades humanas separadas para formar otros Estados o, eventualmente, someterse a un Estado distinto. El territorio y el pueblo peruano son indivisibles, tanto dentro de sí como hacia el exterior.
- El gobierno es unitario y descentralizado. Los conceptos de *unitario* y *descentralizado* son dos extremos de una tensión: por un lado, existe el gobierno central, que está conformado por el gobierno central y distintos órganos que tienen competencias a escala nacional, como el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de la República, la Defensoría del Pueblo, y así sucesivamente. Por otro lado, existen gobiernos regionales y locales que también tienen funciones políticas dentro de sus circunscripciones. La idea es que todos estos distintos niveles de gobierno funcionen de acuerdo con sus competencias, en

armonía y colaboración, no en enfrentamiento y secesión. Al mismo tiempo, los gobiernos regionales y locales tienen funciones propias efectivas que deben colaborar a que sus comunidades de ciudadanos decidan sobre diversos aspectos de su vida y de sus intereses. De esta manera se combatirá el *centralismo*, fenómeno político que ha vivido el Perú en el pasado, del que todavía quedan rezagos y que consiste en que todas las decisiones importantes se tomen en la capital de la República, así como que la mayoría de las inversiones que generan desarrollo también se centralicen en Lima, lo que perjudica a las demás regiones del país. El gobierno central deberá gobernar teniendo en cuenta que debe haber una descentralización efectiva de la política y, viceversa, los gobiernos regionales y locales tendrán que reconocer que hay instancias de alcance nacional y regional con las cuales deben colaborar. Esta manera de gobernar que exige la Constitución requiere un aprendizaje constante de hacer buena política tanto a escala central como en las regiones y municipalidades. En el Estado Peruano todos sus órganos deben coordinar sus actividades de gobierno con las instancias superiores e inferiores, según las reglas de la Constitución y las leyes. Cuando entran en conflicto y son órganos constitucionales, deben someter sus diferencias al Tribunal Constitucional, el que resolverá el conflicto (artículo 202 inciso 3 de la Constitución).

- El gobierno es representativo, lo que quiere decir que quienes ejercen los cargos políticos más importantes (presidente de la República, congresistas, presidentes regionales, alcaldes y regidores) deben ser elegidos por voluntad popular, de acuerdo con las normas electorales existentes. Esto lo manda el artículo 45 de la Constitución, que dice:

El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

Las reglas electorales fundamentales del Perú se hallan en los artículos 30 a 35 de la Constitución. El derecho a participar en forma individual o asociada en la vida política se halla reconocido en el artículo 2 inciso 17 de la Constitución.

- Finalmente, el artículo 43 de la Constitución dice que el gobierno del Estado se organiza según el principio de la separación de poderes. Esto significa que en la organización constitucional del poder público, ningún órgano del Estado puede asumir todo el poder o parte sustantiva de él. Por el contrario, la separación de poderes contiene dos ideas centrales: la primera es que el poder público total es distribuido entre los diversos órganos según sus atribuciones, señaladas en la Constitución y en las leyes; la segunda es que cada órgano es controlado por otros órganos con el fin de que no asuma más poder que el que le corresponde ni actúe en contra del derecho al ejercer sus atribuciones. La separación de poderes es, en esencia, distribución de atribuciones y control de unos órganos a otros.

Para comprender debidamente la separación de poderes es importante diferenciar los *órganos* de las *funciones*.

Los *órganos* son estructuras institucionales cuyas decisiones y actividades son ejecutadas por ciudadanos elegidos o nombrados. Así, son órganos la Presidencia de la República, el Congreso, el Poder Judicial, la alcaldía, y así sucesivamente.

Las *funciones* son las actividades que los órganos ejercen. Constitucionalmente son tres: la función legislativa (dictar normas de carácter general), la función ejecutiva (realizar las actividades de gobierno, como construir carreteras, organizar a las personas, distribuir el dinero del Estado, etcétera) y la función jurisdiccional, que es la de resolver los problemas que requieren solución jurídica *diciendo derecho*.

Podría parecer que al órgano legislativo le corresponde la función legislativa, al ejecutivo la ejecutiva y al judicial la jurisdiccional. Esto es parte de la verdad porque a cada uno de ellos le toca como función principal la que le es correlativa. Pero también el Poder Legislativo administra su presupuesto y su personal; también el Ejecutivo dicta decretos de carácter general y también el Judicial administra sus propios recursos y dicta ciertas normas generales. Pero, además, los gobiernos regionales y locales dictan normas generales y ejecutan muchas tareas; el Tribunal Constitucional administra justicia, y así sucesivamente.

Al estudiar cada órgano del Estado es muy importante conocer tanto su organización interna como sus funciones. Eso nos permitirá entender mejor cómo es el derecho de nuestro Estado.

Al revisar a continuación la estructura orgánica del Estado Peruano, debemos tener siempre en cuenta estos principios constitucionales.

2.3.1. El Gobierno Central

El Gobierno Central tiene alcance nacional y está conformado por tres poderes: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

2.3.1.1. El Poder Legislativo

La Constitución denomina Congreso de la República al Poder Legislativo y lo regula a partir de su artículo 90. Tradicionalmente tuvimos un Congreso conformado por dos cámaras, la de senadores y la de diputados, pero en 1993 la Constitución estableció un congreso unicameral que actualmente está compuesto por 130 congresistas.

Un congreso tiene tres funciones clave: la primera es representar a todo el pueblo peruano, lo que puede extraerse del artículo 93 de la Constitución: «Los congresistas representan a la Nación»; la segunda es dictar las leyes, lo que se regula a partir del artículo 103 de la Constitución; y, la tercera es ejercer el control político sobre el Poder Ejecutivo y, más generalmente, sobre toda la vida política y social del Estado. Para esta

tercera función, cualquier congresista puede solicitar informaciones a las entidades del Estado (Constitución, artículo 96); el Congreso como órgano colectivo puede investigar sobre cualquier asunto de interés público mediante comisiones investigadoras (Constitución, artículo 97); puede interpelar y censurar a los ministros de Estado (Constitución, artículos 131 y 132) y, asimismo, puede acusar, suspender e inhabilitar a diversos funcionarios públicos por diversas infracciones y delitos (Constitución, artículos 99 y 100). Excepcionalmente, el Congreso aprueba las modificaciones constitucionales con un quórum calificado de votación: más de 65 votos de los congresistas y ratificación por referéndum popular; o, más de 87 votos en dos legislaturas ordinarias sucesivas sin referéndum (artículo 206 de la Constitución).

Eventualmente, el Congreso puede aprobar una ley para delegar la atribución de dictar leyes al Poder Ejecutivo, el que dentro de los términos que tal ley le fije podrá dictar decretos legislativos que tienen fuerza y rango de ley.

De estas funciones, las que tienen que ver con el derecho son tres:

- La primera es ejercida muy pocas veces, pero jerárquicamente es la más importante: aprobar las modificaciones constitucionales.
- La segunda es dictar las leyes, que son las normas más importantes del Estado por debajo de la Constitución.
- La tercera es la delegación de atribuciones al Poder Ejecutivo para dictar normas de rango de ley con forma de decretos legislativos.

2.3.1.2. El Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo se halla conformado por dos instituciones: el presidente de la República y el Consejo de Ministros.

El presidente de la República es la cabeza del Poder Ejecutivo y dirige su política. Al mismo tiempo tiene lo que se denomina *irresponsabilidad política*, que quiere decir que, salvo unas pocas circunstancias (establecidas

en el artículo 117 de la Constitución) no puede ser responsabilizado judicialmente por sus decisiones. Por ello, es necesario que todo lo que él ordene lo firme un ministro, de manera que este será responsable de las decisiones presidenciales. Lo dice el artículo 120 de la Constitución: «Son nulos los actos del presidente de la República que carecen de refrendación ministerial». Esto, al menos teóricamente, crea un control al interior del mismo Poder Ejecutivo, porque se supone que el ministro no firmará decisiones presidenciales que puedan acarrearle responsabilidad posterior.

El Consejo de Ministros es un organismo colegiado compuesto por el presidente de la República (quien lo preside cuando asiste a sus sesiones) y por todos los ministros de Estado. En algunos casos —que establecen la propia Constitución o las leyes— el voto aprobatorio del Consejo de Ministros es indispensable para que el presidente pueda realizar sus funciones.

El aporte del Poder Ejecutivo al sistema jurídico peruano es muy importante. Destacamos los principales aspectos:

1. La función propia de aprobar reglamentos, decretos y resoluciones sin transgredir ni desnaturalizar las leyes ni, naturalmente, la propia Constitución.
2. También como función propia puede proponer proyectos de ley al Congreso.
3. Puede proponer modificaciones constitucionales al Congreso.
4. Promulga las leyes; esto es, las ordena publicar y cumplir, requisito sin el cual (salvo la excepción del siguiente párrafo) no entran en vigencia.
5. Puede observar las leyes aprobadas por el Congreso, en virtud de lo cual ellas deben regresar a consideración del órgano legislativo a fin de que sean ratificadas con un *quorum* calificado de votación.
6. Puede interponer la acción de inconstitucionalidad de las leyes.

7. Puede recibir en delegación la potestad legislativa, en cuyo caso está habilitado para dictar decretos legislativos, del mismo rango que las leyes.
8. Tiene la atribución de dictar decretos de urgencia con rango de ley.

Fuera de estas funciones en el ámbito legislativo, el Poder Ejecutivo es el encargado de cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los tribunales y juzgados. Por diversas normas, está habilitado también para resolver conflictos en la llamada vía administrativa, que no es jurisdiccional y que trataremos luego.

El Poder Ejecutivo tiene una participación muy importante en la organización y contenido de nuestro derecho por las significativas atribuciones que se le ha otorgado.

2.3.1.3. El Poder Judicial

El Poder Judicial administra justicia y es el órgano del Estado que resuelve la inmensa mayoría de los procesos jurisdiccionales. Es el principal órgano del Estado que ejercita la función jurisdiccional que consiste en decir derecho, es decir, decir qué dice en concreto el derecho en los casos sometidos a su resolución. Esto lo realiza mediante resoluciones judiciales, las más conocidas de las cuales son las sentencias.

La estructura del Poder Judicial comprende los siguientes órganos de función jurisdiccional:

1. La Corte Suprema de Justicia de la República, con jurisdicción en todo el territorio nacional. Se organiza en salas para la administración de justicia;
2. Las cortes superiores de justicia, en los respectivos distritos judiciales. También se organizan en salas;
3. Los juzgados especializados y mixtos, en las provincias respectivas. Estos juzgados pueden ser civiles, penales, de trabajo, agrarios y de familia;

4. Los juzgados de paz letrados, en la ciudad o población de su sede,
y
5. Los juzgados de paz.

Así establecido en sus rasgos generales, el Poder Judicial es unitario, pues sus diferentes niveles de organización están integrados en un solo órgano del Estado. Además, la organización del Poder Judicial es jerarquizada según el orden de precedencia de los órganos antes señalados.

Una característica importante de la administración de justicia por el Poder Judicial consiste en que sus resoluciones o sentencias finales adquieren la calidad de cosa juzgada y, una vez que han llegado a tal situación, deben ser ejecutadas y cumplidas sin demora ni modificaciones (Constitución, artículo 139 inciso 2). Esto otorga al Poder Judicial la última y definitiva decisión en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en las materias que son de su competencia.

Los casos excepcionales en los que el Poder Judicial no tiene la última y definitiva decisión son, desde el punto de vista constitucional, los siguientes:

1. La resolución de los casos que corresponden en última instancia al Tribunal Constitucional (ver el artículo 202 de la Constitución).
2. Los asuntos electorales que resuelve el Jurado Nacional de Elecciones (ver los artículos 142 y 181 de la Constitución).
3. Los asuntos que resuelve el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces (ver el artículo 142 de la Constitución).
4. Los que resuelva el fuero militar (salvo cuando aplique la pena de muerte) y los que resuelvan los tribunales arbitrales (ver el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 139 y el artículo 173 de la Constitución).

El aporte que el Poder Judicial hace al derecho es muy importante porque al administrar justicia aplica las normas jurídicas a los casos concretos y las encarna en la realidad, creando modelos de resolución de conflictos similares para casos futuros a través de la jurisprudencia como fuente de derecho, tema al que nos referiremos extensamente más adelante.

2.3.1.4. Órganos constitucionales con funciones específicas

El Estado republicano peruano inició su vida en 1821. A lo largo de los años y de las distintas constituciones, fueron estableciéndose varios órganos constitucionales. Los que nos interesan en la relación entre Estado y derecho son los siguientes: el Tribunal Constitucional, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Banco Central de Reserva del Perú, la Contraloría General de la República y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Ellos participan también, ahora, en la separación de poderes con los tres órganos tradicionales ya revisados.

— *El Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (artículo 201 de la Constitución). Está conformado por siete miembros. Sus funciones están señaladas en el artículo 202 de la Constitución y son las siguientes:

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

El Tribunal Constitucional trabaja emitiendo sentencias que interpretan y aplican la Constitución a todo tipo de problemática social y política a la que ella deba aplicarse. Con sus sentencias crea precedentes que luego constituyen reglas que deben ser observadas por todos: ciudadanos, administradores, políticos, jueces, etcétera.

Por ello, su contribución al derecho es fundamental, pues esclarece, precisa y define la vida constitucional del Estado en muy diversos aspectos.

— *El Ministerio Público*

El Ministerio Público es un organismo de rango constitucional cuya función es garantizar la legalidad de la vida en la sociedad. Es conducido por el Fiscal de la Nación y la Junta de Fiscales Supremos y sus atribuciones figuran en el artículo 159 de la Constitución.

Los aportes centrales del Ministerio Público al derecho en el Perú son los siguientes:

1. Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad en sentido amplio, defendiendo al pueblo y a la sociedad tanto ante el Poder Judicial como ante la administración pública.
2. Determinar los casos en que procede iniciar la acción penal pública, dándole trámite de denuncia oficial y exclusiva ante los tribunales.
3. Dictaminar en los procesos que establece la ley, ilustrando el criterio de los tribunales antes de que emitan sus resoluciones.

El Ministerio Público no produce normas legislativas pero colabora en la administración de justicia y la plena vigencia del orden jurídico. Lo hace tanto por denuncia de parte como de oficio, es decir, sin necesidad de denuncia pública o privada.

— *La Defensoría del Pueblo*

La Defensoría del Pueblo tiene como funciones principales colaborar en el cumplimiento de los derechos humanos, así como lograr una mejor

atención de la administración pública al ciudadano. La Defensoría no tiene poderes de decisión que se impongan sobre personas o instituciones pero investiga los temas que le corresponden, emite opiniones sobre ellos, invita a darles solución e informa al Congreso de la situación existente. Está presidida por el Defensor del Pueblo, que es elegido por el voto de dos tercios del número legal de congresistas.

El aporte de la Defensoría del Pueblo al derecho consiste en ver cómo están aconteciendo en el Perú los derechos fundamentales y la actuación de la administración pública. Sus informes y actuaciones indican la calidad del cumplimiento de aspectos clave del derecho en el país.

— *El Jurado Nacional de Elecciones (JNE)*

El Jurado Nacional de Elecciones es el órgano constitucional que tiene por finalidad fundamental garantizar que las votaciones ciudadanas sean realizadas de acuerdo con la Constitución y la ley, contribuyendo de esta manera a la más plena vigencia de la democracia representativa.

Orgánicamente, el Jurado Nacional de Elecciones es diseñado por el artículo 179 de la Constitución, con cinco miembros elegidos de diversas maneras por órganos del Estado (Corte Suprema, Junta de Fiscales Supremos) y por la sociedad civil (Colegio de Abogados de Lima y universidades públicas y privadas).

Su aporte principal al derecho consiste en resolver en materias de votación como instancia final y definitiva. Lo que el Jurado decide en estos asuntos no es revisable por otros órganos del Estado, salvo que actuara inconstitucionalmente, en cuyo caso se podría recurrir al Tribunal Constitucional para que corrija la situación. Por eso decimos que en temas electorales el Jurado ejerce jurisdicción y ese es su aporte al derecho.

— *La Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)*

Es un órgano constitucional establecido en la Constitución de 1993 y que tiene por finalidad fundamental la de organizar y realizar todas

las votaciones ciudadanas del país. Las normas básicas que le están referidas se hallan en el artículo 182 de la Constitución. Está dirigido por el jefe de la Oficina.

Como organizadora de los comicios, dicta normas generales para su realización, especialmente en lo relativo al mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los procesos electorales.

— *El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC)*

Es el órgano del Estado que tiene por finalidad llevar a cabo los registros fundamentales en relación a las personas y dar las constancias y documentos de identificación del caso. Destaca entre estas atribuciones el hecho de que mantiene el padrón de electores del Perú y que otorga también el documento nacional de identidad. Tiene un jefe que es quien lo dirige.

El aporte principal del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil al derecho es la garantía de identificación de cada una y cada uno de los peruanos, así como la jurisprudencia administrativa que emite en relación a este tema.

— *El Consejo Nacional de la Magistratura*

El Consejo Nacional de la Magistratura, establecido por la Constitución de 1993, es un órgano independiente que selecciona y nombra a los jueces y fiscales, los ratifica periódicamente en sus cargos y les aplica la sanción de destitución. El Consejo está formado por miembros elegidos de diversa manera por órganos del Estado y por instituciones de la sociedad civil, según el artículo 155 de la Constitución. Sus funciones se hallan en el artículo 154 de la misma Constitución.

Las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura referidas a la evaluación y ratificación de jueces no son revisables por los tribunales (artículo 142 de la Constitución). Por consiguiente, en estas materias las decisiones del Consejo son inmodificables y deben ser cumplidas:

tienen naturaleza jurisdiccional. Al ser jurisdiccionales aportan criterios jurídicos de resolución de conflictos a todo el derecho.

— *El Banco Central de Reserva del Perú (BCRP)*

El Banco Central de Reserva del Perú es una institución establecida por la Constitución del Estado, cuyas principales funciones son regular la moneda y el crédito del sistema financiero y administrar las reservas internacionales del país. El BCRP tiene un presidente y un directorio de siete miembros, de acuerdo al artículo 86 de la Constitución.

Para el ejercicio de sus competencias el banco realiza diversos actos, entre los que destaca la emisión de normas generales llamadas circulares. Estas regulan el tipo de cambio de la moneda nacional con respecto a las divisas exteriores; dan disposiciones sobre asuntos cambiarios, tasas de interés, encajes bancarios, etcétera. En todo ello actúa como productor de normas legales, con independencia de otros organismos del Estado (aun cuando debe coordinar con los encargados del aparato económico y financiero, sobre todo con el Ministerio de Economía).

— *La Contraloría General de la República*

La Contraloría General de la República es un organismo autónomo y central dentro del Sistema Nacional de Control, cuya misión consiste en velar por el manejo legal y honrado de los recursos del Estado, conforme a ley.

Su jefe es el contralor general de la República, funcionario designado por el Congreso a propuesta del presidente de la República por un plazo de siete años.

La Contraloría General de la República tiene un considerable poder legal y moral sobre el Estado. En la ejecución de sus funciones produce diversos procedimientos administrativos de supervisión y observación al uso de los recursos públicos, contribuyendo también a la formación de la jurisprudencia administrativa en este aspecto sustantivo del quehacer

estatal. La Contraloría, sin embargo, no tiene competencia para procesar los delitos que se cometan en agravio del patrimonio del Estado y debe en tales casos tramitar la denuncia correspondiente ante el Ministerio Público.

— *La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones*

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP) es un organismo previsto constitucionalmente que ejerce, en representación del Estado, el control de las empresas bancarias y de seguros, de las demás que reciben depósitos del público, de las AFP³ y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley (Constitución, artículo 87).

Su jefe es el superintendente de banca, seguros y administradoras privadas de fondos de pensiones.

En el ejercicio de su función de control, la Superintendencia realiza diversos procesos administrativos que generan resoluciones administrativas, puede intervenir las empresas financieras con amplios poderes y presenta ante el Ministerio Público las denuncias a que haya lugar por manejos irregulares en dichas empresas. Por la importancia de la banca, los seguros y las AFP, la jurisprudencia administrativa de la superintendencia es un aporte al derecho peruano de mucha trascendencia.

2.3.2. Gobiernos regionales

El artículo 190 de la Constitución manda: «Las regiones se crean sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles [...]».

³ Como se puede ver fácilmente en la vida diaria, existen muchas otras superintendencias en el país, pero salvo la de Banca y Seguros ninguna otra está mencionada en la Constitución.

Las regiones tienen, entonces, una base territorial y poblacional: son segmentos del territorio nacional que tienen cierta integración social y económica entre sí, de tal manera que puedan sostener y avanzar su desarrollo.

Actualmente, se hallan establecidas sobre los departamentos del Perú, salvo el caso del departamento de Lima, en el que todas las provincias que no son la provincia de Lima conforman una región. La provincia de Lima no está configurada como región con gobierno independiente sino que la función de gobierno regional la asume la Municipalidad Metropolitana de Lima.

Para ello se les dota de gobiernos democráticos. Lo manda el artículo 191 de la Constitución, que dice que las regiones son gobernadas por el Consejo Regional como órgano legislativo y fiscalizador y el presidente regional como órgano ejecutivo. Además existe un Consejo de Coordinación Regional.

Los gobiernos regionales son autónomos en un listado de competencias que se reconocen en el artículo 192 de la Constitución. Es decir, ninguna autoridad o funcionario del gobierno central o local puede regular estas competencias, otorgadas solo a los gobiernos regionales. El gobierno regional formula el plan de desarrollo regional y tiene funciones concretas como regular en materia de pesquería, agricultura, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, comunicación, vialidad, educación, salud y medio ambiente.

Para cumplir con estas competencias exclusivas atribuidas por la Constitución, los consejos regionales dictan ordenanzas regionales y los presidentes de región dictan decretos regionales. Estos dispositivos se integran al sistema jurídico nacional como normas generales aplicables dentro del territorio de la respectiva región. No obstante, en aspectos distintos a las competencias mencionadas, deben ser respetuosos de la legislación nacional.

2.3.3. *Gobiernos locales*

Los gobiernos locales son las municipalidades provinciales y distritales, que están conformados por los alcaldes y regidores o concejales, según el artículo 194 de la Constitución.

Además, muchas de las municipalidades del país cuentan con una administración compuesta por funcionarios y empleados municipales.

Las competencias de los gobiernos locales son variadas y están referidas cuando menos a la planificación del desarrollo físico de sus territorios y la prestación de servicios públicos esenciales. Las competencias de los gobiernos locales están listadas en el artículo 195 de la Constitución. Para su cumplimiento, tienen funciones concretas como regular el transporte colectivo, la circulación y el tránsito; prestar los servicios públicos de alumbrado y baja policía; elaborar las normas sobre zonificación y urbanismo e implementar su cumplimiento; ocuparse de desarrollar en su territorio la cultura, recreación y actividades deportivas de los vecinos; promover el turismo así como la conservación de monumentos arqueológicos e históricos, y ocuparse de otras tareas de servicio tales como el mantenimiento de cementerios, establecimiento de comedores populares al servicio de los vecinos, etcétera.

Para muchas de estas actividades los gobiernos locales deben dictar normas jurídicas, que tienen validez en su ámbito territorial. De estas disposiciones jurídicas municipales, dos tienen especial importancia:

1. Las *ordenanzas municipales*, que son normas jurídicas que emite el Concejo Municipal. Las ordenanzas regulan con autonomía absoluta lo que corresponde a competencia de los gobiernos locales. La Constitución les atribuye rango equivalente al de las leyes, aunque subordinándolas a ellas en lo que no sea competencia privativa de los gobiernos locales.
2. Los *decretos de alcaldía*, que para el ámbito municipal son equivalentes a los decretos que produce el Poder Ejecutivo en el

ámbito nacional. Reglamentan las ordenanzas dictadas por su concejo municipal. También están sometidos a las disposiciones nacionales en todos los aspectos que no son competencia de los gobiernos locales. Establecen normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario que no sean de competencia del concejo municipal.

3. Estas disposiciones jurídicas, emanadas de los concejos y los alcaldes, tienen un peso importante en ciertas áreas de la vida social que corresponde regular y administrar a los gobiernos locales y constituyen parte del derecho peruano.

En adición a ello, los concejos municipales desarrollan una considerable tarea de *resolución de procedimientos administrativos* en todas las esferas que les corresponde, de acuerdo con sus atribuciones. A través de esta labor resolutoria contribuyen de manera significativa a la generación de la jurisprudencia administrativa que veremos posteriormente.

Como podemos apreciar, el aporte de los órganos del Estado es múltiple y diversificado. Son muchos de ellos los que tienen que ver con las labores de dictado de normas jurídicas o de resolución de conflictos tanto jurisdiccionales como administrativos. Todo esto es creación de derecho en el Perú. Al estudiar el derecho en lo que sigue de este texto, será útil regresar a este capítulo cada vez que se hable de un órgano concreto del Estado, a fin de lograr una mejor idea de qué órganos existen en el Estado Peruano y cuál es su aporte a nuestro derecho.

3. LOS SUJETOS PRIVADOS Y PODER NORMATIVO

El ordenamiento jurídico de un Estado está conformado, en su inmensa mayoría, por normas elaboradas por el propio Estado en la forma que hemos visto inmediatamente antes y, también, por normas

internacionales que, de manera automática⁴ o por decisión expresa del Estado⁵ se incorporan a su ordenamiento interno.

Pero las normas del Estado no tienen siempre una voluntad de imponerse por encima de cualquier expresión diversa de la voluntad privada o de anularla. Esto ocurre en algunos casos, es verdad, pero en otros deja un margen de libertad para fijar contenidos normativos a diversos sujetos privados o particulares. Por eso, lo primero que tenemos que hacer es analizar qué tipo de prohibición tiene la norma jurídica que proviene de un órgano estatal en cuanto a la autonomía privada. Existen cuatro circunstancias que pueden reconocerse al respecto:

- La primera es aquella en la que la norma jurídica es *dispositiva*, es decir, deja a la voluntad de las partes para regular el asunto. La norma proveniente del Estado no establece restricción a la autonomía normativa de los sujetos privados.
- La segunda es aquella en la que la norma jurídica puede funcionar como un *piso de indisponibilidad*. Es el caso de la remuneración mínima vital laboral. La autonomía privada no puede pagar menos, pero sí puede regular mediante una norma propia hacia la mejora de la remuneración mínima.

⁴ Es, por ejemplo, el caso de los derechos humanos que, según el artículo 3 de la Constitución, se rigen por el siguiente dispositivo: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno». El capítulo al que se refiere el texto es el de los derechos fundamentales de la persona (título I, capítulo I de la Constitución).

⁵ La cuarta disposición final de la Constitución se refiere específicamente a los tratados internacionales aprobados por el Perú y su vigencia dentro de nuestro país: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

- La tercera es aquella en la que la norma puede funcionar como un *techo de indisponibilidad*. Es el caso de las normas del presupuesto público que imponen topes salariales y limitan los sueldos a cierto tipo de funcionarios públicos. Ni siquiera un convenio colectivo puede establecer sueldos mayores, válidamente.
- La cuarta es la indisponibilidad absoluta de la norma del Estado. Aquí la posibilidad de que los sujetos privados creen normas jurídicas está vedada de manera rotunda. Es el caso, por ejemplo, de la pena privativa de libertad que impone el derecho penal a los que cometen un delito. Los sujetos privados, a través de una norma jurídica como la costumbre, no pueden pretender cambiar la pena privativa de libertad por una multa, ya que ello está prohibido por la normativa estatal.

De las cuatro circunstancias enumeradas, en las tres primeras cabe alguna determinación voluntaria de los sujetos privados. Solo en la cuarta la intervención de la voluntad privada es imposible.

En esta línea, algunas normas que provienen de sujetos privados alcanzan valor normativo extenso en el Estado. Esto es, por delegación del poder normativo que tiene el Estado. Es importante destacarlo porque las personas vinculadas al derecho debemos estar atentas a estos fenómenos para aplicarlo correctamente.

Uno de estos casos, expresamente contenido en la Constitución del Estado, es el artículo 28 inciso 2, que dice: «La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado». La convención colectiva es un acuerdo bajo forma de contrato, firmado entre dos sujetos privados: una parte patronal y una parte sindical. La convención colectiva puede existir en el nivel más simple de una empresa, en el de una rama de actividad (por ejemplo, la de construcción civil) o en el de un gremio (por ejemplo, los futbolistas profesionales). En cualquiera de estos niveles, lo acordado en la convención colectiva involucra a todas las empresas

y a todos los trabajadores a los que dicho convenio alcance, aunque físicamente esas empresas y esos trabajadores no hayan firmado el acuerdo, porque lo hicieron sus representantes.

Más aún, si nos ponemos en el caso de la construcción civil, el convenio colectivo de rama de actividad será aplicable a todo aquel que contrate personal de la construcción, aunque no sea un empresario que trabaja en ese rubro normalmente. Por ejemplo, si queremos hacer un cuarto adicional en nuestra casa, o una reparación, el trabajador de construcción civil exigirá, cuanto menos, el pago de lo acordado en el convenio colectivo. Este, pues, funciona en la realidad como una verdadera norma de obligatoriedad pública. Esa es su *fuerza vinculante* según manda el artículo 28 inciso 2 de la Constitución.

El otro caso se encuentra en la Constitución es el artículo 62 en la parte que establece: «Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente».

Estos contratos-ley dan estabilidad jurídica a las empresas que los acuerdan con el Estado y contienen diversas cláusulas y compromisos que, en algunos casos, tienen que ver con extensos grupos humanos del país. Pensemos por ejemplo en los contratos-ley firmados con las empresas de servicio telefónico, de servicio de suministro de electricidad, de gas natural o de puertos.

En todos estos casos, las normas desde luego que tienen incidencia en cuánto pagarán los usuarios por los servicios respectivos y eso incide en la economía doméstica de millones de personas. Pensemos en las tarifas telefónicas o de energía eléctrica o en el costo del balón de gas natural: las cláusulas contractuales tienen que ver directamente con cuánto paga cada uno de nosotros por esos servicios.

En lo que respecta a los puertos, toda mercadería que ingrese para su consumo en el Perú a través de ellos tendrá un componente de costo que es el uso de los servicios portuarios. También estos contratos impactan

enormemente en la vida diaria de cada uno de nosotros, a pesar de que no lo notemos⁶.

Por último, otro caso en que los sujetos privados pueden generar normas es el de la costumbre. Los mismos sujetos privados, por delegación expresa de la Constitución (artículo 139.8), pueden generar derecho consuetudinario.

La voluntad privada, entonces, tiene un margen importante de determinación de normas generales a través de todos estos mecanismos de elaboración normativa. No obstante, es importante entender que este tipo de normas jurídicas que emanan de la autonomía privada son válidas siempre que el Estado legitime normativamente a los sujetos privados en dos sentidos: uno, que reconozca como válido el producto normativo (artículo 28.2 Constitución para reconocer el poder normativo del convenio colectivo) y, dos, que la norma estatal no imponga una prohibición expresa a la regulación de la autonomía privada (leyes de pisos de indisponibilidad, de techos de indisponibilidad, de indisponibilidad absoluta). Las personas vinculadas al derecho debemos estar siempre atentas a estas importantes consecuencias normativas de la voluntad privada para tantas personas.

⁶ El Tribunal Constitucional en su sentencia 005-2003-AI/TC ha rechazado la condición de norma jurídica a los contratos-ley. Ello, a pesar de reconocer sus efectos generales o efectos que recaen sobre terceros que no suscriben esta clase de contratos.

4. PREGUNTAS

1. Cómo definimos el Estado?
2. ¿Cómo definimos el poder político?
3. ¿Cuáles son los caracteres constitucionales del Perú como república?
4. ¿Qué importancia tiene el artículo 149 de la Constitución en la aplicación de nuestro derecho?
5. Describir la finalidad esencial de los derechos humanos o fundamentales.
6. Describir sucintamente los principios de organización y de política general del Estado.
7. Describir sucintamente al gobierno central del Estado peruano y a sus componentes.
8. Describir los rasgos esenciales de los gobiernos regionales y su vínculo con el gobierno central y los gobiernos locales.
9. Describir los rasgos esenciales de los gobiernos locales y su vínculo con el gobierno central y los gobiernos regionales.
10. Describir cómo se relacionan los sujetos privados con el poder normativo dentro del Estado.

CAPÍTULO 2

NORMA JURÍDICA: LAS REGLAS Y PRINCIPIOS QUE CONFORMAN EL DERECHO

Una norma, en general, es un mandato que debe ser cumplido por los seres humanos a los que va dirigido. Desde luego, puede haber mandatos legítimos y otros ilegítimos, y la norma jurídica es un mandato legítimo. En la sociedad hay diversos tipos de normas; algunas son morales, otras sociales, otras jurídicas. Aquí tratamos de este último grupo y deberemos diferenciar todas estas normas entre sí.

Las normas jurídicas se comportan bien como reglas, bien como principios. Esto quiere decir que reglas y principios son dos especies del género norma jurídica. Explicaremos la diferencia y la utilidad de cada una de estas especies. El aprendizaje de la diferencia entre regla y principio es fundamental para entender el derecho y, sobre todo, para aplicarlo correctamente.

1. RASGOS PARTICULARES DE LA NORMA JURÍDICA

La norma jurídica puede ser definida como un mandato dictado dentro del marco del poder del Estado, que debe ser cumplido en la vida social por las personas a las que va dirigido y respaldado por la fuerza del Estado para el caso de incumplimiento.

La norma jurídica es un mandato, es decir, la enunciación de una conducta que debe ser seguida por las personas que conforman el pueblo

del Estado respectivo (en nuestro caso el Estado Peruano) o que residen en él, pero pertenecen al pueblo de otros Estados (por ejemplo, un turista extranjero que está de paso por el Perú).

La norma jurídica se cumple en la vida social porque el derecho regula a la sociedad. No es el único sistema normativo que la regula, como veremos a continuación, pero es un requisito esencial de la norma jurídica el que esté destinada a regular la conducta de los seres humanos en sociedad. Esto tiene importancia práctica por lo siguiente: si, por ejemplo, yo pienso constantemente en hacerle un daño a una persona, este pensamiento no ingresa a la vida social, queda dentro de mí mismo y, en ese sentido, no le es aplicable norma jurídica alguna. Sin embargo, si yo de alguna forma exteriorizo ese pensamiento hacia la sociedad, inmediatamente el derecho conoce del problema y le da un tratamiento normativo, por ejemplo, considerándolo una amenaza de la que hay que proteger a la posible víctima.

Mi pensamiento —no sujeto a norma jurídica— de hacerle un daño a otro puede ser exteriorizado de muchas maneras: puedo amenazar al futuro agraviado, puedo decirlo en una declaración pública, puedo escribirlo a través del correo electrónico y ese mensaje ser dado a público conocimiento, etcétera. Solo cuando esta exteriorización empieza, puedo hablar de un asunto que tiene existencia frente a las normas del derecho.

La norma jurídica se produce dentro del marco del poder del Estado porque su obligatoriedad emerge de dicho marco estatal (sistema jurídico del Estado Peruano). Es cierto que puede provenir de un ente estatal (caso de una ley del Congreso) o de sujetos privados (caso del convenio colectivo por delegación expresa del artículo 28 Constitución), pero siempre se produce en el marco del poder del Estado. Sin embargo, pueden existir normas que no se producen en el marco del poder del Estado, como las normas religiosas. Por ejemplo, la obligación que tienen los creyentes de asistir a ceremonias religiosas no proviene del marco de poder del Estado sino de la religión respectiva. De este modo, si una persona cree que debe ir a misa o a una ceremonia equivalente los

fin de semana, no es porque se lo ha mandado el Estado, sino porque lo manda su Iglesia. Aquí no estamos frente a una norma jurídica.

La norma jurídica tiene el respaldo del Estado para el caso de su incumplimiento, lo que quiere decir que el propio Estado —a través de la Policía Nacional, del Poder Judicial o de otras formas de coacción— interviene para que las normas jurídicas sean cumplidas cuando alguien pretende incumplirlas.

2. LAS NORMAS DECLARATIVAS Y LAS QUE SON UNA PROPOSICIÓN IMPLICATIVA

Desde el punto de vista de su estructura interna, interesa distinguir dos tipos de normas jurídicas: las normas conformadas como proposiciones implicativas y las normas declarativas. Como son dos formas muy distintas de normas jurídicas que tienen mucha importancia para su aplicación práctica, nos referimos brevemente a ellas.

En primer lugar, la norma conformada como una proposición implicativa consiste en un supuesto al que sigue lógico-jurídicamente una consecuencia. El supuesto tiene que suceder en la realidad para que se desencadene, siempre lógico-jurídicamente, la consecuencia. Esto se grafica con el siguiente enunciado: «Si S, entonces C».

Por ejemplo, el artículo 20 del Código Civil dice: «Al hijo matrimonial le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre». Es un caso típico de norma como proposición implicativa y podemos enunciarlo de la siguiente manera:

Supuesto: alguien es hijo matrimonial.

Consecuencia: le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.

Decimos que la consecuencia se desencadena *lógico-jurídicamente* del supuesto, porque lo que debe ocurrir con un hijo matrimonial es que lleve el primer apellido del padre y el primero de la madre. Sin embargo, pueden ocurrir muchas otras complejidades concretas en la vida diaria y,

por ejemplo, ese niño puede ser entregado a quienes no son sus padres para que lo críen y vivan con él. En ese caso, puede bien suceder que quienes han recibido al niño opten por darle su propios apellidos, con lo que, en la realidad, el niño llevará los nombres de las personas a quienes fue entregado. Sin embargo, en el plano abstracto de las normas jurídicas, ese mismo niño debería llamarse con los primeros apellidos de su padre y de su madre.

Por el contrario, una norma declarativa no contiene un supuesto que tenga que ocurrir en la realidad para que se desencadene una consecuencia, y sin embargo es también de cumplimiento obligatorio. Por ejemplo, el artículo 19 del Código Civil que dice: «Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos».

De la lectura de la norma nos damos cuenta de que aquí hay una declaración de obligatorio cumplimiento jurídico, sin que tenga que producirse un supuesto: cada persona, por el hecho de ser tal, tiene el derecho y el deber de tener un nombre que incluya sus apellidos. Es algo que no puede ser retirado a los seres humanos.

Otro caso de norma declarativa está contenido en el artículo 43 de la Constitución: «La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana», o lo que señala el artículo 138 del mismo texto: «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y es ejercida por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes».

Las normas declarativas no presentan problemas de comprensión. Sus textos generalmente son claros y específicos.

Las normas jurídicas como proposiciones implicativas pueden ser algo difíciles de manejar desde el punto de vista del lenguaje y de la expresión de la norma. A veces, el texto redactado del artículo de una disposición jurídica coincide casi perfectamente con el texto en que se enuncia el mandato. El ejemplo que acabamos de dar un poco antes es bueno para darse cuenta de ello. En efecto, retomando el ejemplo anterior, el artículo 20 del Código Civil dice: «Al hijo matrimonial le

corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre». La redacción del texto normativo es muy similar a la enunciación lógico-jurídica bajo la forma clásica de la proposición implicativa (Si S, entonces C): «Si alguien es hijo matrimonial, entonces le corresponden el primer apellido del padre y el primero de la madre». Sin embargo, si tomamos el primer párrafo del artículo 29 del Código Civil, que dice: «Nadie puede cambiar su nombre [...] salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita», notaremos que la redacción del texto del artículo está invertida en relación a la versión lógico jurídica de la norma dentro del esquema «Si S, entonces C».

El supuesto será el siguiente:

Supuesto: Si alguien tiene motivos justificados para cambiar su nombre, y también tiene autorización judicial debidamente publicada e inscrita,

Entonces:

Consecuencia: puede cambiar su nombre.

Puede verse que la estructura de supuesto y consecuencia —típica de la norma jurídica en su forma lógica de proposición implicativa— puede distar mucho de la redacción del texto normativo. En el derecho debemos acostumbrarnos a hacer siempre ese trabajo: convertir el texto redactado por el legislador a la redacción lógico jurídica que corresponde a la norma, cuando es una proposición implicativa.

3. LAS REGLAS Y LOS PRINCIPIOS

Acabamos de ver la clasificación de las normas jurídicas por su estructura interna (normas declarativas y normas con forma de proposición implicativa). Ahora, vamos a ver otro tipo de clasificación de las normas jurídicas pero esta vez no por su estructura interna sino por su forma de aplicación dentro del derecho: las reglas y los principios¹.

¹ Sobre este tema, como sobre otros muchos tratados en este libro, existen muchas posiciones y discusiones. Sin embargo, nosotros vamos a simplificar el tratamiento

Las *normas jurídicas regla* son mandatos para las conductas humanas que dan un mandato simple y concreto. Se aplican frente a algunos hechos y no se aplican frente a otros, pues la literalidad de la regla incluye a algunos y excluye a otros. Por ejemplo: «El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes» (artículo 22 del Código Civil); o «Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales» (artículo 37 del Código Civil).

Estos mandatos son concretos, prácticos, verificables como hechos: establecido que una persona es adoptada, entonces debemos averiguar cuál es el apellido del adoptante o adoptantes (con los respectivos documentos de identidad). O establecido que una persona es incapaz, se deberá verificar cuál es el domicilio del representante legal. De la misma forma, si no se prueba que la persona es adoptada o incapaz, es obvio que el ámbito de aplicación de la regla no le será aplicable. La regla encarna, entonces, un mandato de todo o nada. Se aplica o no se aplica a un caso. Son determinaciones en el ámbito de los hechos.

Cuando estas normas-reglas se aplican a un caso, su carácter específico no quiere decir que no estén sujetas a discusión o a interpretación. Algunas veces, antes de ser confrontadas con los hechos pueden tener problemas de interpretación del lenguaje del texto; sin embargo, lo que las caracteriza es hacer encajar los hechos del caso en el marco enunciativo de la regla. Por ejemplo, puede bien suceder que el adoptante sea un extranjero y que no quede clara e indubitablemente establecido cuál es su apellido a partir de su pasaporte en otro idioma (puede tener uno o dos; puede escribirlos antes del nombre de pila o después; o puede ser apellido compuesto que en su país se trata como simple, y así sucesivamente). A su turno, puede ocurrir que el adoptante tenga más de un domicilio: uno personal, uno de un centro educativo donde enseña y otro de una empresa de la que es propietario. Entonces se puede discutir cuál de los

con la finalidad de dar la información esencial que permita al lector el trabajo operativo con reglas y principios.

tres es el domicilio que hay que asignarle al incapaz o determinar que se le puede considerar domiciliado en los tres domicilios del representante. Todo esto tendrá consecuencias muy concretas al elegirse una u otra de las varias alternativas posibles.

Se trata de aplicar la regla, en definitiva, a hechos y, decidido el tema, los hechos mandan en el caso. Hay que interpretar cuál es el apellido del adoptante o cual es el domicilio del representante legal del incapaz. Por consiguiente, los hechos a los que no se refiere la norma-regla estarán excluidos de su aplicación.

Las normas jurídicas regla, por tanto, se refieren en esencia a hechos. Pueden ser interpretadas en su enunciado, pero sobre todo se interpretan en su aplicación; esto es, en relación con los hechos a los que se refieren.

Las *normas jurídicas principio*, a su turno, no se refieren a la aplicación de una norma a hechos concretos sino que, más bien, se aplican en forma de pautas generales a los comportamientos de las personas. No sirven para resolver situaciones concretas o casos específicos, como sucede con las reglas, porque no se les reconoce una definición o un significado preciso. Usualmente, todos tenemos una idea vaga de su significado, pero es imposible definir *a priori* si un hecho encaja o no en el principio. Nunca ofrecen un ámbito de aplicación categórico. Por ejemplo, la libertad de expresión es un principio que sirve para regular muchos hechos que como hilo conductor comparten la idea de «expresión libre de la opinión de las personas». La opinión expresada en un periódico sobre el gobierno de turno o la opinión de un sindicalista transmitida en un programa radial sobre las razones que llevaron a realizar una huelga pacífica podrían ingresar dentro del ámbito legítimo o lícito de la libertad de expresión; no obstante, en nombre de la libertad de expresión no se puede revelar secretos íntimos de la vida de otra persona. En este último caso, el ejercicio de la libertad de expresión sería ilegítimo o ilícito.

Por esta razón, el caso concreto pone a prueba la aplicación del principio. Las fronteras de los principios son generalmente móviles y solo podrán trazarse cuando nos abocamos a un caso concreto.

Normalmente, estas fronteras vendrán impuestas por el respeto a otros principios que entran en conflicto.

Las normas-principios son fundamentos de acción o razones para actuar para cada persona; esto es, sirven para respaldar comportamientos o hechos que tienen un hilo conductor común, solo que en cada caso algunos de estos comportamientos o hechos serán legítimos, mientras en otros serán ilegítimos por contravenir otro principio. No son líneas interpretativas de normas, como se creía antes, ya que los mismos principios son normas y tienen poder coercitivo.

La superación de conflictos de principios sigue las pautas de la ponderación, tomando en cuenta un caso concreto. Y la ponderación de principios muchas veces es recogida en reglas.

Usualmente se relaciona a los derechos fundamentales de las personas con las normas-principios (libertad de expresión, derecho al honor, intimidad, derecho a la imagen, buena reputación, derecho a la salud, libertad de empresa, etcétera). Sin embargo, es importante diferenciarlos de los postulados hermenéuticos del sistema o «principios organizativos» tales como el principio de jerarquía, el de legalidad o el de interpretación más favorable. En estos últimos casos no estamos frente a fundamentos de acción de las personas sino de postulados que sirven para orientar la aplicación de normas en el sistema jurídico.

Para quien aplica el derecho es muy importante notar si una determinada norma jurídica es *regla* o *principio*. Si es regla, la podrá aplicar solo al caso que ella misma prevé y su aplicación será inmediata. Si es principio, la podrá aplicar a muchísimos otros casos, pero estas normas abiertas tienen eficacia diferida (hasta que se contraste en un caso). La normas jurídicas hoy en día se presentan de dos formas: como reglas o como principios².

² Esta división de normas jurídicas entre las que se denominan reglas y las que se denominan principios ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional Peruano en el considerando 11 de su Sentencia 1417-2005-AA/TC.

Es cierto también que no siempre es posible determinar si una norma jurídica es un principio o una regla. Por ejemplo, el artículo 7 del Código Civil dice: «La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante».

Podríamos decir que se trata de una regla porque si la donación *perjudica gravemente la salud o reduce sensiblemente la vida del donante*, entonces no se puede realizar. Son hechos concretos.

Sin embargo, esta regla no llega a especificar un caso concreto, ya que enuncia la ponderación de dos principios: uno, la libertad de disponer de nuestro cuerpo y, otro, el derecho a la salud. Cada caso concreto deberá medirse en esta ponderación de principios. Por ejemplo, si el donante es una persona de setenta años o si es una persona de treinta; si se trata de un riñón o si se trata de un pulmón; si el donante fue operado o no, etcétera. Cada caso permitirá determinar cuándo «se perjudica gravemente la salud o se reduce sensiblemente la vida del donante», por eso la norma simplemente enuncia la ponderación de principios.

Esta ambigüedad existente en la clasificación de las normas jurídicas como reglas o como principios nos debe impulsar a trabajar sobre el tema con más dedicación aún.

4. DIFERENCIA ENTRE ORDENAMIENTO MORAL, SOCIAL Y JURÍDICO

Las normas jurídicas no están dispersas y fragmentadas. Por el contrario, se organizan según grupos o ramas del derecho que les dan unidad de sentido. De este modo hablamos usualmente de las normas constitucionales, las civiles, las penales, las administrativas, las procesales y así sucesivamente. Cada una de estas ramas —constitucional, civil y demás— *ordena* a las normas jurídicas de una determinada manera y con ciertos principios, que son básicamente jerarquía y competencia. Entonces, el conjunto organizado de las normas jurídicas se denomina *ordenamiento jurídico*.

En la sociedad, existen otros ordenamientos además del jurídico, pero de todos ellos destacan dos: el ordenamiento moral y el ordenamiento social.

El ordenamiento moral tiene que ver con los principios de valor que hay que respetar en la vida social. Están incluidos valores sociales, religiosos, espirituales y otros similares. Por ejemplo, un valor social importante es la solidaridad: ayudar a los demás. Un valor religioso es el asistir a las ceremonias de culto de la iglesia respectiva. Un valor espiritual es comportarse como una persona buena con sus semejantes. Estos valores, como tales, no se exigen jurídicamente a las personas, o bien porque son genéricos o bien porque no tienen mayor trascendencia para el Estado. Nadie es castigado por el Estado si no ayuda a los demás o no asiste a ceremonias de culto o no se porta bien. Los castigos son morales, no jurídicos.

Por supuesto, también hay otros valores morales distintos de los que acabamos de enunciar, como por ejemplo no matar o no robar. Ambos son, en el judaísmo y el cristianismo, mandatos religiosos contenidos en los diez mandamientos que Yahvé entregó a Moisés; pero al mismo tiempo son mandatos jurídicos por su especificidad y trascendencia para el Estado, pues si matas o robas se te enjuiciará, y de ser culpable sufrirás una pena impuesta por el Estado.

En la teoría del derecho, por tanto, se dice que el derecho y la moral son *círculos secantes*, si utilizamos un concepto de naturaleza geométrica. Los círculos secantes son aquellos en los que partes de sus superficies se intersectan. De esta manera una parte del círculo derecho es solo jurídico pero otra parte, la que intersecta el círculo moral, es derecho y moral. Del otro lado, a su vez, el círculo moral tiene una parte que solo es moral, pero la que se intersecta con el derecho pertenece a la moral y también al derecho.

Decimos entonces que hay normas jurídicas o de derecho, normas morales y normas que son simultáneamente jurídicas y morales.

La diferencia entre las normas jurídicas y jurídico-morales de un lado, y las normas solo morales del otro, es que las primeras son impuestas coactivamente por el Estado en atención a su trascendencia, en tanto que las puramente morales no son impuestas por él sino, en todo caso, por la sana razón o por las iglesias cuando se trata de normas morales de naturaleza religiosa.

El ordenamiento social tiene un conjunto de reglas que son aplicables a las conductas de las personas en la sociedad pero que son exigidas por la sociedad misma, no por el poder del Estado. Por esta razón, el ordenamiento social no es un poder de coacción organizado o institucionalizado (no se predetermina la sanción ni se designa un órgano que la imponga), como sí lo es el poder estatal. Se trata de costumbres sociales generalmente aceptadas, pero a las que no se reconoce valor jurídico porque no son trascendentes para la subsistencia del Estado. Es por ejemplo el caso del vestido con que las personas se atavían en la vida social. No solo ni básicamente la moda (que desde luego también se convierte en norma social) sino el hecho de que la cultura occidental tiene una forma de vestir que es distinta a la de los pueblos árabes o al pueblo indio. Esto se puede apreciar claramente en un evento social: cada una de las personas irá con el traje propio de su cultura y será aceptada porque pertenece a esa cultura. Sin embargo, socialmente se sancionará a un occidental que se vista como árabe, y así sucesivamente. En este tema del vestido, el Estado no actuará en defensa de uno u otro atuendo³.

Desde luego, como es fácil imaginar, cuando algunas costumbres sociales adquieren cierta trascendencia para la vida estatal, se incorporan al derecho. Estas se conocen como costumbres jurídicas. Por ejemplo, en nuestra sociedad hay un vestido para ir a un evento cultural y otro distinto para ir a la playa. Es muy posible que la autoridad del Estado (la Policía Nacional, por ejemplo) no deje entrar a un concierto a una persona

³ Es verdad que se tiene noticia de que en algunos países árabes se obliga a usar determinado vestido tradicional, especialmente a las mujeres. Pero esto ocurre por razones religiosas más complejas, que no corresponde tratar en este libro.

que va vestida con un traje de baño. Sin embargo, no impedirá que alguien vaya vestido de saco y corbata a la playa. Hay puntos de contacto también entre el ordenamiento social y el ordenamiento jurídico.

Entonces, podemos resumir esta parte diciendo que lo característico del ordenamiento jurídico es ser un conjunto estructurado de normas (sistema normativo) dictadas en el marco del poder del Estado que es institucionalizado (predetermina la sanción y designa un órgano que la imponga), y cuyo cumplimiento corre por cuenta de la coacción que el mismo Estado ejerza ante la amenaza o la realidad del incumplimiento por una o más personas.

El ordenamiento moral contiene también normas sobre los valores que dirigen las conductas de las personas, pero es sancionado por la razón o por las organizaciones religiosas, de ser el caso, no por el Estado. Estos valores son muy genéricos y no son trascendentes para la vida del Estado, por eso este no vela por su cumplimiento.

El ordenamiento social contiene normas sobre las conductas de las personas que no son trascendentes para la vida estatal, pero que son sancionadas por la sociedad como poder desinstitucionalizado, no por el Estado.

Establecidas estas diferencias, es preciso decir que el ordenamiento jurídico tiene intersecciones con el ordenamiento moral y con el social. En esos casos, las normas que se encuentran en la intersección serán morales o sociales pero también son jurídicas y, por tanto, también las impondrá coactivamente el Estado.

Demás está decir que las normas que nos interesan en este libro son las que constituyen el ordenamiento jurídico.

5. PREGUNTAS

1. Distinguir los conceptos de norma jurídica, regla y principios. Establecer los vínculos que hay entre ellos.
2. Describir qué es una norma declarativa y en qué se diferencia de una norma que consiste en una proposición implicativa.
3. Describir una norma que consiste en una proposición implicativa.
4. Describir las diferencias entre los ordenamientos moral, social y jurídico.

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 3

ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTATAL

1. CONCEPTO DE FUENTES DEL DERECHO

Todos los sistemas jurídicos estatales cuentan con diversos centros de producción normativa. Obviamente, el Estado valida la producción normativa al encargar a determinados órganos estatales la creación de normas jurídicas. De la misma manera, el Estado reconoce en ciertos sujetos privados o particulares la capacidad para emitir normas jurídicas que forman parte de su ordenamiento.

Los cuatro requisitos básicos para que una norma, cualquiera que sea, forme parte del ordenamiento jurídico estatal son: a) que sea emitida por un órgano estatal o sujeto privado que tenga facultades normativas otorgadas por el Estado, b) que siga el procedimiento exigido por dicho ordenamiento jurídico estatal, c) que respete las normas de mayor jerarquía y d) que el órgano emisor de la norma o sujeto tenga competencia suficiente para regular las materias que está regulando.

Como se ve, la teoría de las fuentes del derecho estudia qué normas son válidas porque han cumplido con los requisitos básicos de creación de una norma del ordenamiento jurídico estatal o son inválidas porque no lo han hecho.

Todos los ordenamientos estatales tienen normas específicas que regulan los «modos de producción» o procedimientos de formación de las normas-regla y normas-principio.

Las leyes a las que se refiere la Constitución solo pueden ser emitidas por el Congreso de la República del Perú y para ser válidas deberán seguir un procedimiento de producción que está especificado en el artículo 107 y siguientes de la Constitución. Si por alguna razón se emite una ley por un órgano estatal que no es el Congreso, la ley será inválida y por lo tanto no será parte del ordenamiento jurídico estatal. Igualmente, también será inválida si se emite sin seguir el procedimiento de formación y promulgación que se establece en los artículos 107 a 109 de la Constitución, si regula temas que no son de su competencia material o si es incompatible con la Constitución.

Todas las normas jurídicas que emanan de órganos propios del Estado tienen regulados sus «modos de producción», usualmente en el texto constitucional.

No obstante, el problema se plantea cuando sujetos privados o particulares están investidos por el Estado de facultades normativas. En muchos casos, el ordenamiento jurídico establece regulaciones rigurosas que ellos deben cumplir para crear normas jurídicas. Tal es el caso del procedimiento de creación de un convenio colectivo de trabajo señalado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que deben cumplir los sindicatos y empleadores. En estos casos no hay mayor inconveniente, pero cuando el ordenamiento no señala un «modo de producción» concreto, se plantea una gran discusión sobre la validez de estas normas.

La norma jurídica que no cuenta con un procedimiento de creación regulado es por excelencia la costumbre jurídica. Ya hemos dicho que ella es un tipo especial de norma social, aunque por su trascendencia goza de poder de coerción estatal frente a cualquier incumplimiento (artículo 139.8 Constitución). Se habla de requisitos para producir una costumbre, pero no hay norma que establezca su procedimiento de creación. Es verdad que se requieren actos espontáneos y repetitivos con cierta antigüedad,

aunque cada juez tendrá que evaluar si existe en cada caso repetición o no de actos y si son suficientemente antiguos. El tema no es tan simple, ya que la antigüedad seguramente dependerá de la periodicidad con que se repita el acto. No es lo mismo un acto de periodicidad anual que otro de periodicidad mensual. Asimismo, es muy difícil establecer un parámetro único con la llamada conciencia de obligatoriedad, que es el elemento subjetivo de la costumbre. Al ser un elemento difuso, cada juez tendrá su apreciación de acuerdo al contexto del caso. En suma, cuando no hay normas que regulen los modos de producción de otras normas, como la costumbre, será el juez el encargado de valorar su validez.

Finalmente, debe quedar claro que las normas jurídicas son válidas o pertenecen al ordenamiento jurídico estatal siempre que hayan cumplido con los requisitos que les imponen las normas de producción jurídica. Ya hemos dicho que la ley y la costumbre son las principales fuentes del derecho, aunque no las únicas, como veremos cuando analicemos el sistema de fuentes en el ordenamiento peruano.

Como quiera que el ordenamiento jurídico estatal es unitario, tendrán que existir principios organizativos que establezcan la preferencia de una norma sobre otra. Estos principios organizativos del ordenamiento son la jerarquía y la competencia.

2. ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE FUENTES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO: JERARQUÍA Y COMPETENCIA

2.1. Jerarquía

Si a pesar de la diversidad de fuentes es posible seguir hablando de un ordenamiento jurídico estatal unitario es porque las normas que ellas producen guardan respeto al principio de jerarquía. Ello, precisamente, lo convierte en un sistema jurídico. Nuestra Constitución, en su artículo 51, señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las de inferior jerarquía y así sucesivamente [...]».

De tal modo, al decir que la Constitución es superior en jerarquía que la ley, se está afirmando que la segunda no puede contravenir lo dispuesto en la primera, a riesgo de ser calificada como inválida (no adquiere su carácter de jurídica). Igualmente, un decreto supremo no puede trasgredir ni desnaturalizar una ley, ya que la primera tiene rango superior. No importa el contenido ni el beneficio o perjuicio que se derive de la norma, únicamente habrá que hacer un análisis formal.

Las normas de superior jerarquía tienen fuerza activa derogatoria respecto de las de inferior jerarquía, porque su prevalencia deroga cualquier norma inferior ante cualquier contradicción; mientras que las normas de superior jerarquía también gozan de fuerza pasiva o de resistencia, dado que se encuentran blindadas frente a cualquier contradicción que contenga la inferior.

La jerarquía implica un orden formal de carácter vertical de las fuentes que, a nuestro modo de ver, trasunta también una visión política de los órganos con poder normativo. Es decir, la Constitución, al estratificar las normas, dota de mayor poder a unos órganos estatales que a otros, lo que se fundamenta en la necesidad de mantener la unidad del sistema.

2.2. Competencia

Junto al principio de jerarquía juega el de competencia. Este último consiste en una distribución de materias entre las diversas fuentes, con lo que se evita la contradicción entre dos normas. Por ejemplo, el artículo 106 de la Constitución peruana señala que: «mediante leyes orgánicas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución...». De este modo, las leyes orgánicas regulan una materia específica que no podrá ser objeto de regulación por ninguna otra norma. Si otra norma, por ejemplo una ley ordinaria, regula los aspectos reservados a la ley orgánica, entonces sería inválida por contravenir el principio de competencia del artículo 106.

El mismo criterio de competencias se utiliza en los artículos 192 y 195 de la Constitución, en la medida en que los gobiernos regionales

y los gobiernos locales tienen delimitadas sus competencias. Estos ámbitos de competencia no pueden ser invadidos por normas que provengan de otros niveles de gobierno, a riesgo de que tales normas sean calificadas como inválidas.

La competencia, al igual que la jerarquía, también funciona como un requisito de validez de cada norma jurídica.

3. LA GENERALIDAD Y ABSTRACCIÓN DE LAS NORMAS COMO REQUISITO DE VALIDEZ

El principio de igualdad, que constituye base del Estado constitucional de derecho, se reafirma en el principio de generalidad y abstracción de las normas jurídicas. Las normas jurídicas se enuncian y se aplican a todas las personas que se encuentren en el mismo supuesto de hecho. Nadie puede ser excluido del mandato de una norma jurídica, salvo que la naturaleza de las cosas así lo aconseje.

Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2.2 Constitución) y, además, «no pueden expedirse leyes especiales por la diferencia de las personas» (artículo 103 Constitución). Estos dos mandatos constitucionales atribuyen a las normas jurídicas las cualidades de generalidad y abstracción.

Una norma es general cuando se aplica a sujetos indeterminados. Se aplica a todos los que cumplen la condición de la norma, sin excepciones. Los tipos penales son típicos casos de ello, «El que mata a otro» o «el que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho». No se refieren a nadie en específico, sino a «el que», que puede ser cualquiera. Eso sí, no siempre la norma general debe aplicarse a «todos los miembros del Estado» sino simplemente su redacción no debe concretarse a sujetos específicos.

De otra parte, una norma es abstracta cuando regula de manera general una acción. La redacción de la norma solo describe un supuesto de hecho teórico o abstracto, que luego deberá contrastarse con el cumplimiento

de la acción en hechos concretos. Cuando describo una acción, el supuesto de hecho abstracto se puede aplicar a quien realice la acción normada y el hecho debe encajar en su redacción. En nuestro ejemplo, «El que mata a otro», debe configurarse la acción de matar para que se aplique la norma sancionadora.

4. PREGUNTAS

1. Definir el concepto «fuente del derecho».
2. Describir en qué consiste y cómo se usa el principio de jerarquía.
3. Describir en qué consiste y cómo se usa el principio de competencia.

CAPÍTULO 4

FUENTES DEL DERECHO PERUANO

En páginas anteriores se ha señalado que las fuentes de derecho aluden a los «modos de producción» de cada norma jurídica. Es decir, las fuentes de derecho son las que respetan un órgano legitimado y el procedimiento de producción regulado y permiten crear, modificar o extinguir normas jurídicas. En esta lógica, este capítulo lo que pretende es ahondar en los pasos formales necesarios para crear una norma jurídica válida en nuestro ordenamiento jurídico estatal.

Así, vamos a estudiar cada una de las disposiciones normativas peruanas —Constitución, leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, decretos supremos, ordenanzas regionales, ordenanzas municipales, decretos regionales, decretos de alcaldía, convenios colectivos, costumbres, etcétera— a partir de dos preguntas: 1) ¿cuál es el órgano estatal o sujeto particular que está legitimado para emitir dicha disposición normativa? y 2) ¿cuál es el procedimiento o los pasos a seguir para crear dicha disposición normativa?

Para fines de orden, vamos a agrupar las principales disposiciones normativas peruanas en cuatro grupos: legislación, tratados internacionales, jurisprudencia y autonomía privada.

1. LEGISLACIÓN PERUANA

1.1. Estructura legislativa y órganos legitimados para crear normas jurídicas

En el Perú existen tres niveles o planos de gobierno político: central, regional y local. No obstante, en coherencia con la definición de gobierno unitario y descentralizado, cada uno de estos tres planos de gobierno es autónomo en los asuntos de su competencia. No están subordinados entre sí, sino que se complementan de acuerdo a sus competencias específicas.

De esta división política también se deriva una estructura legislativa compleja en el ordenamiento estatal peruano. Esta complejidad obliga al ordenamiento a jerarquizar en varios niveles las distintas normas que se producen al interior de cada uno de estos niveles o planos de gobierno.

1.1.1. El plano del gobierno central

El gobierno central se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. En este plano central existen los siguientes niveles legislativos:

- La Constitución Política del Estado Peruano, emitida por el poder constituyente y las leyes de reforma constitucional creadas por el Poder Legislativo o Congreso (artículo 206 de la Constitución).
- Leyes del Congreso (artículo 102 Constitución), decretos legislativos (artículo 104 de la Constitución) y decretos de urgencia (artículo 118.19 de la Constitución). Estos dos últimos son dictados excepcionalmente por el Poder Ejecutivo o Consejo de Ministros por autorización expresa de los dos artículos constitucionales citados inmediatamente antes y las normas así producidas tienen fuerza de ley.
- Decretos supremos, que son emitidos por el Poder Ejecutivo con refrendo ministerial (artículo 118.8 de la Constitución), y resoluciones de carácter general.

Estos tres niveles están jerarquizados de manera tal que la Constitución prima sobre las leyes y las normas de rango de ley, y a su vez estas priman sobre los decretos supremos y las resoluciones de carácter general.

1.1.2. El plano del gobierno regional

El órgano legislativo del gobierno regional es su consejo regional, y su órgano ejecutivo la presidencia regional.

En el plano regional existen los siguientes niveles legislativos:

- Ordenanzas regionales, emitidas por el consejo regional (artículo 200.4 de la Constitución y artículo 38 de la Ley Orgánica de Regiones).
- Decretos regionales, normas que desarrollan o reglamentan las ordenanzas regionales y que son emitidas por el presidente regional.

Estos dos niveles están jerarquizados. Prima la ordenanza regional sobre el decreto regional. Según el artículo 200 inciso 4 las ordenanzas regionales tienen rango de ley. No obstante, nunca podrán entrar en conflicto con una ley del Congreso, dado que sus competencias están diferenciadas. Si, por alguna razón, se diera un conflicto entre una ley del Congreso y una ordenanza regional, será el Tribunal Constitucional el órgano encargado de solucionar los «conflictos de competencia» según el artículo 202 inciso 3 de la Constitución. El decreto regional tiene el mismo rango jerárquico que el decreto supremo.

1.1.3. El plano del gobierno local

El gobierno local tiene su órgano legislativo en el concejo municipal y su órgano ejecutivo en el alcalde.

En el plano local existen dos niveles legislativos:

- Ordenanzas municipales, que son emitidas por el concejo municipal, conformado por los regidores y el alcalde (artículo 200.4 Constitución y 40 de la Ley Orgánica de Municipalidades).

- Decretos de alcaldía, que son emitidos por el alcalde con el objeto de reglamentar las ordenanzas.

Prima la ordenanza municipal sobre el decreto de alcaldía. Las ordenanzas municipales gozan de rango jerárquico de ley y el decreto de alcaldía tiene rango de decreto supremo.

1.2. Plano legislativo del gobierno central

1.2.1. La Constitución

La Constitución o norma fundamental es el instrumento jurídico y social que convierte a una colectividad desorganizada en una colectividad jurídicamente institucionalizada. Organiza y consolida las pautas que debe seguir el ordenamiento jurídico estatal. La totalidad de los ciudadanos peruanos fijan un orden (en torno a fines) y se auto organizan mediante la creación de la Constitución. Por eso, ella es la decisión política fundamental de todos los peruanos y sienta las bases para la construcción y funcionamiento del ordenamiento jurídico del Estado Peruano.

La Constitución contiene dos partes: en primer lugar, la parte dogmática, en la cual se reconocen los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos y se ofrecen las garantías respectivas para su protección; en segundo lugar, la parte orgánica, en la cual se impone la estructura del Estado, básicamente, poderes estatales y organismos autónomos constitucionales.

La Constitución procede del llamado poder constituyente, el cual es el poder máximo dentro de un Estado. Y es aquel que otorga vida a los poderes constituidos, tales como el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. El poder constituyente, que representa al pueblo soberano, crea la Constitución sin límite temporal ni límite material alguno. No hay restricciones al poder soberano.

La Constitución solo puede ser emitida por una asamblea constituyente elegida para ese fin. Esta es la única que representa al poder constituyente o pueblo soberano. Por ello, el poder constituyente es el único que puede autoimponerse las pautas para la creación de una Constitución.

Según el artículo 32 de la Constitución, la reforma de la misma puede ser parcial o total. El texto constitucional no aclara en qué se diferencia una reforma total de una parcial, razón por la cual el Tribunal Constitucional (TC) se ha visto en la necesidad de interpretar esta distinción¹. Para el TC una reforma total implica la variación del núcleo duro (o Constitución histórica) de la carta, aunque no se modifiquen todos los artículos. El núcleo duro está constituido por todas las disposiciones que han subsistido a los reiterados cambios constitucionales que se han producido en el Perú. Por ejemplo, cambiar el régimen político de república a una monarquía sí sería una reforma total. En cambio una reforma parcial es un cambio que no altera la llamada Constitución histórica del Perú. Por supuesto, la definición de qué es núcleo duro de la Constitución y qué no lo es, será un tema de interpretación. En términos generales, el Tribunal Constitucional lo ha descrito como los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social que establece la Constitución (fundamento 123 de la sentencia citada en la nota 9).

Si solo el poder constituyente puede emitir o reformar totalmente la Constitución, llegamos a la conclusión de que el Congreso de la República, como poder constituido que es, no puede hacer reformas totales. El Congreso, al subordinarse a la Constitución, no podría «desplazar» en este cometido al poder constituyente o pueblo soberano. Por ende, solo puede realizar reformas parciales. Eso sí, como quiera que la reforma total no está prohibida por nuestra Constitución, el Congreso podría preparar un documento de reforma total y someterlo a referéndum, aunque no podría realizar esta reforma total de manera unilateral.

El artículo 206 de la Constitución señala el procedimiento que ha de seguir una reforma parcial, para la cual el Congreso, sin necesidad de referéndum, puede aprobar una reforma constitucional. Para ello debe aprobar una ley de reforma constitucional en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos

¹ Ver el considerando 122 de la sentencia 014-2002-AI/TC, del 21 de enero de 2002, emitida por el Tribunal Constitucional.

tercios del número legal de congresistas, es decir, 87 votos. No obstante, se requiere referéndum de forma obligatoria —así sea una reforma parcial— cuando el Congreso aprueba un proyecto de reforma con un mínimo de 66 votos en la primera votación.

El artículo 32 de la Constitución impone a toda reforma, sea parcial o total, un requisito: el respeto irrestricto a los derechos fundamentales. Por ende, está prohibida una reforma que suprima o disminuya los derechos de la persona recogidos en la Constitución.

Finalmente, aunque no sea en estricto un tema relacionado con las fuentes del derecho, es importante anotar que la preservación de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico estatal abre paso a diversos mecanismos de control de la constitucionalidad. Para que opere el control de la constitucionalidad se presume que una norma jurídica —siempre de menor rango que la Constitución— es incompatible o se contradice con la Constitución. Por un lado, se encuentra el control concentrado, en el cual se crean procedimientos *ad hoc* para derogar la norma jurídica que entra en conflicto lógico con la Constitución. Por otro, se encuentra el control difuso, en el que un juez en cualquier procedimiento judicial puede inaplicar para el caso concreto la norma jurídica incompatible con la Constitución. Ejemplo típico del control concentrado es la acción de inconstitucionalidad que deroga la ley inconstitucional; y ejemplo del control difuso será el que un juez laboral decida otorgar vacaciones, en atención al artículo 25 de la Constitución, a los trabajadores de un régimen legal especial a los que se les prohíbe expresamente gozar de vacaciones. En este último caso, el juez no deroga la ley inconstitucional, solo la inaplica para el caso concreto.

1.2.2. *La ley*

La ley es la norma que representa la voluntad general del pueblo peruano. Se expresa, representativamente, a través de actos normativos del Congreso de la República. Puede regular cualquier materia y solo se encuentra subordinada a la Constitución. Esta relación de subordinación

es flexible, puesto que en lo no regulado por la Constitución el Congreso tiene amplia libertad para regular y para decidir el sentido de la regulación.

Tras el concepto de ley se esconden una multitud de productos normativos, tales como ley ordinaria, ley orgánica, ley de presupuesto, ley de reforma constitucional, etcétera. Todos estos productos normativos son generales y abstractos.

El procedimiento legislativo, que veremos a continuación, se regula en su contenido mínimo en los artículos 107, 108 y 109 de la Constitución.

- El procedimiento legislativo nace con la presentación de un proyecto de ley. No todos tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes. Pueden presentar proyecto de ley al Congreso, el presidente de la República y los congresistas en cualquier materia. En materias que les son propias: el presidente del Poder Judicial, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y los colegios profesionales. También los ciudadanos, respaldados con firmas válidas equivalentes al 0,3% de la población electoral nacional (ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos).
- El proyecto de ley, una vez admitido en mesa de partes del Congreso, pasa a la comisión temática. Por ejemplo, un proyecto de ley que regula la seguridad frente a incendios en instalaciones hospitalarias pasará a la comisión de salud. La comisión del Congreso hace un análisis sobre la viabilidad social, política y económica del proyecto, así como un análisis jurídico en lo que toca al respeto de la Constitución. Finalmente, la comisión emite un dictamen. Si es aprobatorio, el proyecto sigue el procedimiento. En cambio, si es desaprobatario, simplemente se archiva.
- Una vez que el Consejo Directivo del Congreso ubica el proyecto de ley en la agenda, este será debatido en el Pleno. El quórum para la instalación del Pleno es la mitad más uno del número hábil del Congreso.

- Instalado el Pleno y debatido en su seno el proyecto, se procede a la votación respectiva. Aquí, existen diferencias entre las distintas leyes. Por ejemplo, para aprobar una ley ordinaria se necesita mayoría simple de los asistentes; para una ley orgánica se requiere mayoría absoluta del número legal (66 congresistas) o para una ley de reforma constitucional hay que atender las mayorías a que se refiere el artículo 206 de la Constitución: por lo menos 66 votos de los congresistas y referéndum; o dos votaciones de por lo menos 87 votos en dos legislaturas ordinarias sucesivas, en cuyo caso no se requiere referéndum.
- Una vez aprobado el proyecto de ley en el Pleno y firmada la autógrafa de la ley, este último documento es remitido al presidente de la República para su promulgación. Pueden presentarse tres supuestos. Primero, el presidente la promulga dentro de los quince días útiles que tiene para promulgar la norma. Segundo, el presidente no la promulga ni tampoco la devuelve dentro de los quince días, razón por la cual la puede promulgar directamente el presidente del Congreso. Tercero, el presidente no la promulga y la devuelve con observaciones, que el Congreso debe levantar obligatoriamente mediante un proceso de reconsideración para cuya aprobación se necesitan 66 votos. De no reconsiderar las observaciones del presidente, la ley aprobada por el Congreso se archiva, esto es, se considera no aprobada y no existe para el derecho.
- Con la promulgación del presidente de la República, o acaso del presidente del Congreso, se publica la ley en el diario oficial *El Peruano*.
- La ley entra en vigencia a las 00 horas del día siguiente de su publicación, a menos que la propia ley postergue su entrada en vigencia (*vacatio legis*).

Salvo este límite formal que tiene el Congreso, sus actos legislativos son ilimitados. No existen ni límites temporales ni materiales a las leyes

que produce. Obviamente, una ley ordinaria, una ley orgánica o una ley de presupuesto se diferencian en atención a las distintas competencias que la Constitución les atribuye. Por ejemplo, la ley de presupuesto es la única que regula este tema o la ley orgánica es la única que puede regular temas referidos a estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución.

Finalmente, la ley del Congreso solo se deroga por otra ley (artículo 103 de la Constitución). No obstante, a ello cabe agregar que otra norma de rango de ley también la puede derogar, siempre que regulen válidamente las mismas materias, tengan el mismo ámbito de aplicación y sean emitidas por el mismo Estado. Además, una ley también queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

1.2.3. Decretos legislativos

El Congreso de la República puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecido en la ley autoritativa (artículo 104 de la Constitución). El decreto legislativo tiene el mismo rango jerárquico que una ley del Congreso.

Las motivaciones que tiene el Congreso para delegar facultades legislativas en el Poder Ejecutivo son variadas: aligerar la entrada en vigencia de una norma, la complejidad técnica de la materia que se intenta regular, etcétera.

El decreto legislativo se aprueba en el Consejo de Ministros (artículo 125.2 de la Constitución) y es firmado por el presidente de la República. Adicionalmente, es refrendado por el presidente del Consejo de Ministros. La responsabilidad política de los ministros por la aprobación de un decreto legislativo es solidaria, a no ser que renuncien inmediatamente (artículo 128).

La promulgación, publicación, vigencia y efectos del decreto legislativo se rigen por las mismas normas a que se refiere el procedimiento legislativo.

El decreto legislativo no tiene limitación temporal. Sí tiene limitación material, puesto que existen materias indelegables por parte del Congreso. Estas son las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados, leyes orgánicas, ley de presupuesto y la ley de la cuenta general de la República (artículo 101.4 Constitución).

Una vez publicado, y en un plazo no mayor a tres días, el presidente de la República da cuenta del decreto legislativo al Congreso para que este evalúe si se ha cumplido en cada caso con el procedimiento adecuado y con la ley autoritativa. Si no está de acuerdo, la comisión de Constitución del Congreso emitirá un dictamen para recomendar su derogación o modificación mediante una ley. De todos modos, si el Congreso no ejerce su facultad de fiscalización, queda expedito el camino de impugnación vía una acción de inconstitucionalidad.

1.2.4. Decretos de urgencia

El Poder Ejecutivo en situaciones de urgente y extraordinaria necesidad puede emitir decretos de urgencia que son normas con rango de ley. El rango jerárquico, a diferencia de los decretos legislativos, le viene atribuido de modo directo en el artículo 118.19 de la Constitución.

Dado que se trata de normas excepcionales, su uso está delimitado a la materia económica financiera. A pesar de la amplitud de estos conceptos, debemos restringirlos a lo indispensable. La ley 25397, Ley del control parlamentario sobre los actos normativos del presidente, en su artículo 4 señala que materia económica financiera es 1) reestructurar los gastos programados en la Ley de presupuesto; 2) modificar o suspender tributos en forma temporal; y 3) disponer operaciones de emergencia en materia de endeudamiento interno o externo para proveer recursos financieros al Estado. De estos tres supuestos, la propia Constitución en su artículo 74 ha prohibido expresamente que los decretos de urgencia se refieran a tributación.

Los decretos de urgencia tienen una vigencia limitada. El plazo máximo de vigencia es de seis meses. Por ello, al entrar en vigencia no derogan sino suspenden los efectos de la Ley de presupuesto.

Los decretos de urgencia se fundamentan en la necesidad de normar situaciones extraordinarias (imprevisibles) cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas². Estas circunstancias deben constar obligatoriamente en el mismo decreto de urgencia. Las circunstancias que motivan la emisión de un decreto de urgencia deben ser extraordinarias e imprevisibles, por lo que no encajaría en el supuesto, por ejemplo, el interés de solucionar el problema de la pobreza en el Perú, que es un problema estructural. En cambio, un caso que podría cumplir con los requisitos del decreto de urgencia sería el de lluvias torrenciales en Piura y Tumbes, pues se trata de un fenómeno natural imprevisible y extraordinario. Si el Ejecutivo no actúa de manera rápida se corre el riesgo de que la agricultura y el comercio se vean afectados, además del riesgo que habría para las vidas humanas. De esta forma, es necesario reestructurar los gastos previstos en la Ley de presupuesto para poder enfrentar la crisis desatada por las lluvias torrenciales.

Los decretos de urgencia son aprobados por el Consejo de Ministros (artículo 125.2 de la Constitución) y firmados por el presidente de la República. Son, además, refrendados por el presidente del Consejo de Ministros. Generan la misma responsabilidad solidaria entre los miembros del gabinete, tal como ya se dijo para el caso del decreto legislativo.

El presidente de la República da cuenta al Congreso dentro de las veinticuatro horas siguientes de ser publicado. La comisión de Constitución del Congreso lo evalúa y elabora un dictamen que bien puede recomendar la derogación o modificación del decreto de urgencia. Contra los decretos de urgencia que no han sido derogados por el control parlamentario procede interponer una acción de inconstitucionalidad (artículo 200.4 de la Constitución).

² Sobre esta base se instaura el procedimiento de control sobre los decretos de urgencia al que se refiere el artículo 91 del Reglamento del Congreso de la República.

1.2.5. *Decretos supremos*

El poder del Estado que concentra la mayoría de funciones administrativas es el Poder Ejecutivo, el cual, como su nombre indica, tiene por función ejecutar o concretar lo señalado en las leyes y en la Constitución. El Poder Ejecutivo existe para ejecutar y no para legislar (salvo en casos muy específicos como el decreto legislativo o el decreto de urgencia).

En su labor de ejecución, el Poder Ejecutivo puede emitir actos generales y abstractos —como los decretos supremos— o emitir resoluciones que se aplican a sujetos concretos y determinados, como es el caso de las resoluciones supremas, ministeriales, directorales, jefaturales, etcétera.

Ahora bien, vamos a referirnos en este momento a los decretos supremos. Estos, según el artículo 118.8 de la Constitución, ejecutan los mandatos señalados en las normas con rango de ley sin transgredirlos ni desnaturalizarlos. Ello implica que no puede contradecir la ley ni la Constitución, así como tampoco puede ir más allá de lo señalado por la ley. No hay decretos supremos independientes o que desarrollen directamente la Constitución, porque ella es desarrollada solo por leyes.

Los decretos supremos son rubricados por el presidente de la República y refrendados por el ministro o ministros del sector o sectores a los que pertenece la norma. La firma del ministro o ministros es obligatoria, ya que, de acuerdo al artículo 120 de la Constitución, los actos que firma solo el presidente son nulos. Una vez firmado, se manda a publicar al diario oficial *El Peruano*, razón por la cual al día siguiente de la publicación entra en vigencia.

Cuando los decretos supremos reglamentan, ejecutan o aplican las leyes son normas jurídicas generales y abstractas. No tienen límites temporales pero sí límites materiales, puesto que no pueden exceder el ámbito delimitado previamente por la ley.

Su rango normativo es inferior al rango que ostenta la ley o normas con rango de ley.

1.2.6. Resoluciones de carácter general

En teoría, las resoluciones se emiten para resolver problemas concretos de las personas o de las instituciones. Estas resoluciones se aplican a sujetos determinados y concretos, por lo que no son abstractas y generales. En consecuencia, las resoluciones administrativas no son fuentes de derecho. No obstante ello, en muchos casos los funcionarios utilizan las resoluciones para regular ciertos aspectos de manera general y abstracta.

Las resoluciones pueden ser diversas, si se tiene en cuenta la pluralidad de fórmulas organizativas que asumen las distintas entidades del Estado. Si tomamos como ejemplo al Poder Ejecutivo, encontramos los siguientes tipos de resoluciones:

- Resolución suprema: de acuerdo al artículo 11.4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ley 29158, se trata de una decisión de carácter específico rubricada por el presidente de la República y refrendada por el ministro a cuyo sector corresponda. Rige desde el día en que es expedida, salvo los casos en que requiera de notificación o publicación, en cuya virtud es válida una vez cumplido tal requisito. Solo las que tienen carácter normativo —que son generales y abstractas— se publican en *El Peruano*.
- Resolución ministerial: es la disposición refrendada por uno o más ministros de Estado y no lleva rúbrica del presidente de la República.
- Resoluciones directorales, jefaturales, entre otras.

Solo cuando las resoluciones regulan materias de carácter general y abstracto son consideradas fuentes de derecho. No existen disposiciones legales que regulen la preferencia de una resolución sobre otra. Por esta razón, debemos estar atentos a las competencias por materias que señalen normas de mayor jerarquía o aplicar el principio de jerarquía en función a la jerarquía que tiene el funcionario u órgano que la dicta. Primero, decreto supremo, segundo, resolución suprema, tercero, resolución ministerial, etcétera.

1.3. Plano legislativo del gobierno regional

1.3.1. Ordenanza regional

Según el artículo 11 de la Ley de Bases de la descentralización, «la normatividad expedida por los distintos niveles de gobierno se sujeta al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República». De este modo, las ordenanzas regionales se regulan por el mismo procedimiento de creación de las leyes (artículos 107 a 109 de la Constitución).

En este punto, vamos a ver algunos rasgos característicos de las ordenanzas regionales.

Las ordenanzas regionales son aprobadas por el Consejo Regional. A través de estos actos legislativos se regulan «los asuntos de carácter general, la organización y la administración del gobierno regional y reglamentan materias de su competencia. Una vez aprobadas por el Consejo Regional son remitidas a la Presidencia Regional para su promulgación en un plazo de 10 días naturales» (artículo 38 de la Ley Orgánica de Regiones). El plazo de promulgación se reduce en comparación con el de quince días que tiene el presidente de la República (artículo 108 Constitución). Para la aprobación de ordenanzas regionales cada Consejo Regional dispondrá las mayorías adecuadas en su reglamento.

El mismo Consejo Regional puede aprobar acuerdos de consejo que son actos no normativos, pues se refieren a asuntos regionales concretos, como por ejemplo la aprobación de la creación de una reserva natural en la región. Para la aprobación de los acuerdos de consejo se requiere mayoría simple de sus miembros.

Las ordenanzas regionales son de cumplimiento obligatorio desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano* y en el diario de mayor circulación de la región (artículo 11.2 de la Ley de Bases de la Descentralización y artículo 42 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales).

1.3.2. Decreto regional

El artículo 40 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales señala que los decretos regionales reglamentan las ordenanzas regionales. Los decretos regionales son aprobados y suscritos por el presidente regional, con el acuerdo del directorio de las gerencias regionales.

Los decretos regionales son publicados según lo que disponga el reglamento dictado por el gobierno regional y que debe ser publicado en su portal electrónico.

También en el plano regional existen resoluciones que regulan materias de carácter administrativo. Cuando regulan aspectos generales se tomarán en cuenta como fuentes de derecho. Las resoluciones firmadas por el presidente regional tienen mayor jerarquía que las del gerente general y estas a su vez tienen mayor jerarquía que las que firman los demás gerentes regionales.

1.4. Plano legislativo del gobierno local

1.4.1. Ordenanza municipal

Las ordenanzas municipales son emitidas por el concejo municipal. Asimismo, «en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa. Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos, y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley» (artículo 40 de la Ley Orgánica de Municipalidades). Las mayorías para la aprobación de las ordenanzas municipales se indican en el reglamento interno del Concejo Municipal. El alcalde tiene voto dirimente en caso de empate (no existe por ello, promulgación de la ordenanza). No obstante, el quórum para las sesiones de concejo municipal es de la mitad más uno de sus miembros hábiles.

Para ser vigentes, las ordenanzas municipales en materia tributaria expedidas por municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción. Esto es muy importante, ya que se requiere un procedimiento más largo y engorroso para el caso de ordenanzas municipales distritales de índole tributario.

El concejo municipal también puede emitir acuerdos no normativos (artículo 41 de la Ley Orgánica de Municipalidades), tales como la aprobación de un contrato de concesión para que funcione un grifo en el distrito o la aprobación de un contrato de tercerización de los servicios de parqueo vehicular.

Las ordenanzas municipales son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, solo para el caso de municipalidades distritales y provinciales de Lima y Callao (artículo 44.1 Ley Orgánica de Municipalidades). Para el caso de las municipalidades distintas a las de Lima y Callao, las ordenanzas entran en vigencia desde el día siguiente de su publicación en las publicaciones judiciales de cada jurisdicción o en otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad (artículo 44.2 Ley Orgánica de Municipalidades). Además, las municipalidades de las zonas de pobreza y extrema pobreza están exceptuadas del pago por publicación, pero están obligadas a difundir sus normas en las tablillas de sus locales municipales.

1.4.2. Decreto de alcaldía

El artículo 42 de la Ley Orgánica de Municipalidades señala que los decretos de alcaldía reglamentan las ordenanzas regionales y regulan todos los aspectos que no sean competencia del concejo municipal. Los decretos de alcaldía siguen las mismas formalidades para su publicidad que las ordenanzas municipales. Deben ser publicados en el diario oficial *El Peruano* siempre que se trate de normas emitidas por municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y en el Callao. En las demás municipalidades corresponde hacer la publicación en el diario donde se hacen las publicaciones judiciales.

El alcalde y los demás funcionarios municipales también firman resoluciones administrativas en casos específicos y están dirigidas a sujetos concretos y determinados. El alcalde firma las resoluciones de alcaldía.

2. TRATADOS INTERNACIONALES

Los tratados internacionales pueden tener distintas nomenclaturas: acuerdos, convenios, actos, pactos, protocolos, etcétera. Sin embargo, todos ellos deben cumplir los mismos requisitos: a) son creados por entes dotados con subjetividad internacional (Estados u organismos internacionales, b) originan derechos y obligaciones jurídicas y c) las partes deciden que su marco regulador no es el derecho nacional de uno de ellos, sino el derecho internacional.

Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en el ámbito internacional los Estados deben primeramente adoptar un texto. De manera usual, los Estados concuerdan un texto probable a través de sus ministerios de relaciones exteriores. No obstante, luego de adoptar un texto, los Estados deberán en un momento posterior prestar su consentimiento. El consentimiento puede manifestarse por distintas vías, con lo cual las partes deberían elegir una de ellas. Las partes pueden decidir que el consentimiento se manifieste a la firma del documento del tratado, el canje de instrumentos, la ratificación, la aceptación, la aprobación o adhesión, o cualquier otra forma que se hubiere convenido (artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Cuestión distinta ocurre en el seno de organizaciones internacionales como la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), etcétera. Normalmente, la adopción del texto del probable tratado se hace al interior de la asamblea de organismo y posteriormente cada Estado tiene que mostrar su consentimiento respecto al texto adoptado, para que se convierta en tratado.

Una vez que las partes del tratado muestran su consentimiento, el tratado tendrá efectos en el ámbito internacional. Sin embargo, para que pueda ser incorporado al derecho nacional hace falta cumplir con el artículo 55 de la Constitución³.

En el caso peruano, el tratado internacional formará parte del derecho interno cuando: i) hayan sido celebrados por el Estado Peruano y ii) cuando estén en vigor en el ámbito internacional (artículo 55 de la Constitución).

La primera consecuencia de ello es que el tratado internacional estará vigente para los ciudadanos peruanos en cuanto se cumplan los dos requisitos mencionados. De esta forma, no es necesaria la publicación del tratado en el diario oficial *El Peruano*, sino simplemente el hecho de que esté en vigor en el ámbito internacional y que haya sido celebrado por el Estado Peruano.

¿Cuándo un tratado entra en vigor en el ámbito internacional? Cuando cumple con los requisitos de entrada en vigor que impone el mismo tratado o, si no existe regulación en el tratado sobre este tema, cuando haya constancia del consentimiento de todos los estados u organizaciones internacionales negociadores (artículo 24.2 de la Convención de Viena). La entrada en vigor puede relacionarse a una fecha determinada, a un número fijo de estados que ratifican el tratado (sobre todo tratados multilaterales), a una condición suspensiva, etcétera.

¿Cuándo un tratado ha sido celebrado por el Estado Peruano? Cuando es celebrado por el órgano legitimado según los artículos 56 y 57 de la Constitución. El Congreso de la República aprueba los tratados que versen en las materias de derechos humanos, soberanía, defensa nacional, obligaciones financieras del Estado, los relativos a tributos, los que exigen modificación o derogación de una ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución (artículo 56). La aprobación vía Congreso se hace mediante una resolución legislativa. El presidente de la República aprueba los tratados de todas las demás materias (artículo 57).

³ Artículo 55: «Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional».

La aprobación vía presidente se hace mediante un decreto supremo. el presidente de la República siempre ratifica los tratados.

Los tratados internacionales que afecten disposiciones constitucionales deben ser aprobados por el Congreso mediante el mismo procedimiento de reforma constitucional, antes de ser ratificados por el presidente de la República.

Como quiera que son creados en el ámbito internacional, los tratados solo pueden ser modificados o derogados en el ámbito internacional entre las partes firmantes. Una de las partes del tratado, aunque siga vigente, puede denunciarlo, con lo cual desaparece su responsabilidad internacional de cumplimiento. La denuncia debe cumplir los requisitos que dispone el mismo tratado. Sin embargo, cuando el tratado no prevea la denuncia esta no podrá hacerse a menos que el derecho de denuncia se infiera de la naturaleza del tratado (artículo 56 de la Convención de Viena). El órgano estatal legitimado para aprobar la denuncia es el mismo encargado para aprobar la suscripción del tratado; es decir, o bien el Congreso o bien el presidente.

El rango jerárquico de los tratados internacionales en el ordenamiento peruano es complejo. Por vía indirecta, esto es, por referencia del artículo 200.4 de la Constitución, los tratados tienen rango de ley. Sin embargo, a los tratados de derechos humanos se les reconoce rango constitucional, ya que integran un «bloque de constitucionalidad» con los derechos constitucionales que reconoce nuestra Constitución. Los fundamentos normativos para la consolidación de este bloque son el artículo 3, referido a los derechos constitucionales implícitos, y la cuarta disposición final y transitoria de nuestra Constitución, que se refiere a la interpretación de los derechos constitucionales conforme a los tratados de derechos humanos.

Así, por ejemplo, el artículo 25 de la Constitución reconoce el derecho de todo trabajador a una jornada máxima. El TC en alguna oportunidad ha interpretado este artículo en función de lo que señala el Convenio 1 de la OIT referido a jornada de trabajo (cuarta disposición).

De esta manera, el TC no inventa un contenido al artículo 25 ni recurre a las leyes de inferior jerarquía, sino acude directamente a los tratados internacionales para fijar el contenido de los derechos constitucionales.

El bloque de constitucionalidad se extiende no solo al texto del tratado sino también a la jurisprudencia que sobre él ha nacido desde los órganos de control de la organización internacional que lo produjo (artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

3. LA JURISPRUDENCIA Y SENTENCIAS NORMATIVAS

En nuestro sistema jurídico estatal peruano, una sentencia es un acto no normativo, debido a que la sentencia que pone fin a un proceso judicial se aplica solo a las partes intervinientes en el caso. La sentencia no se aplica a sujetos indeterminados, en la medida en que el demandante o demandado siempre será una persona o bien natural o bien jurídica.

El juez goza de amplia discrecionalidad en la solución del caso y en el dictado de su sentencia, con el único límite de respetar el ordenamiento jurídico. Su independencia solo se ve sometida al respeto a la ley y a la Constitución (artículo 138 Constitución). Cuando, por el contrario, dicta deliberadamente resolución contraria al texto expreso y claro de la ley, cita pruebas inexistentes o hechos falsos o se apoya en leyes ya derogadas podrá ser denunciado por prevaricato (artículo 418 del Código Penal).

A pesar de que las sentencias comunes no son fuentes de derecho, por no ser generales y abstractas, el ordenamiento jurídico nacional reconoce otros tipos de pronunciamientos judiciales. Dedicemos las siguientes líneas a definirlos y a analizar si son o no fuente de derecho:

3.1. La jurisprudencia

Si una sentencia es emitida por las salas especializadas de la Corte Suprema de la República, instancia máxima del Poder Judicial, fijando principios jurisprudenciales, el caso es distinto. Según el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estas sentencias deben ser publicadas

en el diario oficial *El Peruano* a efectos de que tengan obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales. En el caso de que la Corte Suprema no fije expresamente un principio jurisprudencial en una sentencia, habrá que estar atentos al hecho de que el criterio uniforme se haya repetido en más de una sentencia. Conocemos con el nombre de jurisprudencia a esta repetición de sentencias en un mismo sentido, donde se interpreta y crea derecho. Se discute si la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema y publicada en el diario oficial es fuente de derecho. Es verdad que cumple con el requisito de la generalidad y la abstracción, pues se aplicará a casos semejantes en el futuro; sin embargo, se pone en duda su condición de fuente de derecho, ya que adolece de falta de coerción. Como se recuerda, el segundo párrafo del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite a los jueces apartarse de los principios jurisprudenciales siempre que motiven su sentencia en causas objetivas y no subjetivas. De esta manera, no puede existir una norma jurídica que condicione su aplicación a la voluntad del aplicador.

Nosotros nos inclinamos por una postura que admite el carácter de fuente de derecho de la jurisprudencia. Sin embargo, hay que hacer esta admisión con mucha cautela, sobre todo con respecto a la forma que se construye. Por ejemplo, la *ratio decidendi* (razón para decidir) debe ser formulada de manera clara en el texto de la resolución, a efectos de evitar una interpretación antojadiza de la línea jurisprudencial. Esto es muy importante, porque los jueces construyen jurisprudencia a partir de casos concretos, razón por la cual la aplicación del mismo razonamiento a otro caso debe formularse con cuidado. Además, la jurisprudencia debe ser lo suficientemente flexible para poderse adaptar a los cambios de la realidad social. No puede haber conservadurismo en la jurisprudencia.

Las razones que nos llevan a tomar esta postura son dos. La primera es que la jurisprudencia nace de un análisis de casos; es decir, se crean reglas generales y abstractas a partir de un caso concreto. Obviamente, esta metodología tiene el inconveniente de no evaluar todos los casos semejantes, por lo que no debe sorprender que un juez de rango inferior

cuestione en un caso concreto la solución de la pauta jurisprudencial y se aparte de ella. La segunda es que los precedentes jurisprudenciales solo pueden ser derogados o modificados por la Corte Suprema, la que se encarga en última instancia de anular las sentencias de jueces de inferior jerarquía por la vía del recurso de casación. Quizá la libertad que se les reconoce a los jueces para que puedan apartarse de la jurisprudencia sea solo un instrumento de «ventilación» permanente al interior del Poder Judicial, con el fin de que la Corte Suprema pueda contrastar sus decisiones con las de los jueces de inferior jerarquía. Al final de cuentas, como quiera que los procesos judiciales hayan de terminar en la Corte Suprema vía recurso de casación, será ella la única que decidirá o no la aplicación de sus propios precedentes jurisprudenciales.

3.2. Sentencias normativas

A diferencia de la jurisprudencia, las sentencias normativas deben ser cumplidas por todos los jueces de instancias inferiores. No cabe apartarse de la pauta que dicte la sentencia normativa. Solo las puede derogar o modificar el mismo órgano jurisdiccional que las emitió. Los ejemplos son diversos.

En primer lugar, tenemos el llamado precedente judicial del artículo 400 del Código Procesal Civil. En el marco del recurso de casación, el pleno de los magistrados supremos civiles se reúne a efectos de resolver un caso relevante o controvertido. El pleno casatorio adopta una decisión respecto de la interpretación o aplicación de una norma, la cual debe ser publicada en el diario oficial *El Peruano* y solo podrá ser modificada o derogada por otro pronunciamiento del mismo pleno de los magistrados supremos civiles.

En segundo lugar, tenemos el llamado precedente constitucional del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Este artículo reconoce que las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia. Para ello, el mismo Tribunal

deberá precisar la parte de la sentencia que contiene el efecto normativo. En este contexto, solo el TC puede apartarse del precedente, mientras los jueces del Poder Judicial deben cumplir lo señalado en las sentencias de aquel órgano.

3.3. Sentencias de inconstitucionalidad y acción popular

Las sentencias anulatorias de normas (ya sean leyes o reglamentos) son productos normativos. Las sentencias de inconstitucionalidad del TC, que anulan una ley, y las sentencias de acción popular de la Corte Suprema, que anulan reglamentos, tienen fuerza derogatoria. No obstante, cuando estas sentencias dejan sin efecto una ley o un decreto supremo, los jueces no podrán volver a aplicar estas normas anuladas. Ello es excepcional, en la medida en que la simple derogación de leyes sí permite que el juez aplique la norma derogada a los casos que se produjeron durante su vigencia. Asimismo, estas sentencias de legislación negativa tienen efectos generales y abstractos. Su rango es el mismo que tiene la norma que anulan, es decir, rango de ley para la inconstitucionalidad y rango de reglamento para la acción popular.

4. LA AUTONOMÍA PRIVADA

Como ya se señaló, la autonomía privada o los sujetos particulares o privados pueden también crear normas generales y abstractas. Estos productos normativos, claro está, son reconocidos como normas jurídicas del Estado Peruano, en tanto el propio Estado les otorga potestad normativa. Si el Estado no les otorgara esta facultad, no tendrían poder normativo en el ordenamiento jurídico estatal. Hay que recordar que estos sujetos particulares o privados solo pueden emitir normas válidas en las partes dispositivas de las normas estatales.

En esta línea, vamos a revisar los procedimientos de formación de dos normas jurídicas que provienen de la autonomía privada: los convenios colectivos y la costumbre.

4.1. Convenios colectivos

El artículo 28 de la Constitución reconoce a los trabajadores los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Es decir, el derecho de formar sindicatos o afiliarse a los ya existentes (auto organización), el derecho de solucionar conflictos con sus empleadores a través de acuerdos denominados convenios colectivos (autorregulación) y el derecho de defender sus derechos mediante medidas de fuerza (autotutela).

Nos interesa en este punto el derecho que la Constitución reconoce a los trabajadores y empleadores para suscribir convenios colectivos «con fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado» (artículo 28.2 de la Constitución). Por fuerza vinculante, la doctrina ha entendido que la Constitución se refiere a fuerza normativa. En otras palabras, la Constitución configura al convenio colectivo como una fuente de derecho, pues si no le reconociera la fuerza normativa no pasaría de ser un simple contrato. Los ámbitos en los que puede pactarse un convenio entre trabajadores o empleadores, según el artículo 44 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, son tres: la empresa, incluyendo sus ámbitos menores como los establecimientos o las categorías de trabajadores; la rama de actividad, que incide sobre todos los trabajadores de dos o más empresas que pertenecen a un mismo sector productivo, por ejemplo, trabajadores de construcción civil; y el gremio, lo que se aplica a trabajadores de una misma profesión aunque pertenezcan a empresas o sectores distintos, por ejemplo, futbolistas profesionales.

El proceso que culminará en convenio colectivo se conoce como negociación colectiva y se encuentra regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. La negociación colectiva se inicia cuando los trabajadores presentan su pliego de reclamos. La parte empleadora recibirá el pliego y en un plazo no mayor a diez días calendario debe sentarse a negociar. Lo normal es que luego de varias reuniones de trato directo se llegue a un acuerdo o convenio colectivo. De lo contrario, si no hay acuerdo en esta etapa de trato directo, se podrá pasar a un procedimiento de conciliación, que es opcional. Por ello, fracasado el trato directo y con

conciliación o sin ella, los trabajadores pueden someter el diferendo a arbitraje. En caso de que por la vía del arbitraje se solucione el conflicto, se emitirá un laudo arbitral que para todos los efectos tiene el mismo trato que un convenio colectivo. Antes de someter el conflicto al arbitraje, los trabajadores que dieron por finalizado el trato directo pueden recurrir a la huelga como mecanismo de presión, a efectos de que el empleador acepte sus condiciones. Lo que debe quedar claro es que no puede existir simultáneamente una huelga y un procedimiento arbitral sobre el mismo tema (artículo 62 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo).

El convenio colectivo adquiere eficacia normativa una vez suscrito por las partes o dictado por el tribunal arbitral. Para ser fuente de derecho no es necesario que sea notificado ni autorizado por la autoridad administrativa de trabajo. Ello, en la medida en que la propia Constitución reconoce efectos normativos directos a los acuerdos de los sujetos laborales.

Los convenios colectivos tienen cláusulas, como los contratos, y no artículos, como las leyes. El mismo artículo 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo reconoce que algunas de sus cláusulas se interpretan como normas jurídicas y otras se interpretan como contratos. Las primeras son llamadas «normativas», ya que inciden directamente sobre los contratos individuales de trabajo. Tienen efectos sobre sujetos distintos a los que negocian y en los que en su nombre se celebró, es decir sobre la generalidad de trabajadores. Por ejemplo, una cláusula de aumento de remuneraciones u otra de entrega de uniformes a todos los trabajadores. Las segundas son a su vez de dos tipos: obligacionales y delimitadoras. Las obligacionales son aquellas que crean obligaciones solo para las partes del convenio colectivo, como cuando el sindicato de trabajadores pacta con su empleador la entrega de un local sindical o la entrega de licencias sindicales. Las delimitadoras son aquellas cláusulas que regulan el ámbito personal y temporal del convenio colectivo.

El convenio colectivo ocupa uno de los últimos lugares jerárquicos en el ordenamiento jurídico estatal. Es verdad que la Constitución no le asigna un rango determinado; sin embargo, por provenir de la autonomía privada

se entiende que se encuentra subordinado a las normas que emanan de poderes estatales. Creemos que tiene un rango superior a la costumbre en la medida que el convenio colectivo es una norma escrita, que en el contexto de nuestro sistema jurídico ha de tener preferencia sobre una norma no escrita como la costumbre. No obstante, es obvio que ello solo se puede predicar de las cláusulas normativas. Las cláusulas obligacionales se interpretan como contratos, por lo que están fuera del sistema de fuentes.

Ahora bien, la subordinación del convenio colectivo a las normas estatales no significa un sometimiento absoluto a la posible intervención arbitraria del Estado. Descartando situaciones de crisis económicas con efectos inflacionarios desmesurados, creemos que el respeto del Estado a los convenios colectivos debe ser absoluto. En las situaciones de crisis económica, inclusive, se enfrentan dos principios de rango constitucional: de un lado, la calidad de vida de la población y, de otro, la negociación colectiva de los trabajadores. En estos casos no puede aceptarse sin más la intervención estatal sobre los convenios colectivos ya celebrados y en ejecución, sino que es necesario ponderar ambos principios.

Finalmente, cuando un convenio colectivo es inconstitucional o ilegal no tiene vía de impugnación de control concentrado. Ni la acción de inconstitucionalidad ni la acción popular le es aplicable. Solo podrá utilizarse el control difuso mediante la utilización de una acción de amparo que inaplique el convenio para un caso concreto, siempre que exista una afectación de un derecho constitucional.

4.2. Costumbre

La costumbre es una práctica de carácter general reiterada que genera una conciencia de obligatoriedad entre los miembros de una determinada comunidad. Es decir, para su constitución se mezclan elementos de tipo objetivo, como actos sucesivos espontáneos (que tienen cierta antigüedad) y generalizados (que se aplican a sujetos indeterminados), y elementos subjetivos como la creencia de que de ella emanan reglas obligatorias (conciencia de obligatoriedad).

Antigüedad y conciencia de obligatoriedad son requisitos naturalmente vinculados pero distintos, por lo que es preciso diferenciarlos. La antigüedad es la reiteración de la práctica consuetudinaria durante largo tiempo. Y la conciencia de obligatoriedad es una consideración subjetiva sobre la necesidad de adecuar nuestros actos a la costumbre.

Para hablar de una costumbre es preciso que concurren la presencia de los requisitos objetivos y subjetivos. Sin embargo, lo que hace que una costumbre, siendo una norma social, se transforme en una norma jurídica es su trascendencia social. Por ejemplo, estrechar la mano en señal de amistad puede ser una costumbre donde se configuran los elementos objetivos y subjetivos; no obstante, no tiene la suficiente relevancia social como para convertirse en una norma jurídica o en una norma que pueda exigir al ordenamiento jurídico estatal el respaldo de su fuerza.

La práctica reiterada para la configuración de una costumbre denota su carácter de hecho jurídico. Y ello en la medida en que no existe una voluntad deliberada e indubitable de querer formular una regulación, pues se trata de actos espontáneos, tal como ocurre con la voluntad de los poderes normativos estatales. Su carácter de norma se configura en el tiempo por la repetición de una práctica y por la conciencia de obligatoriedad de la misma.

Reconocer a la costumbre su carácter de hecho jurídico nos ayuda a diferenciarla de los actos normativos generados por sujetos o grupos de sujetos privados. Mientras en la costumbre no hay intención de generar una norma, puede suceder que un sujeto decida o un grupo de sujetos acuerde crear una regulación para un supuesto con efectos generales. Este sería el caso si un grupo de vecinos acuerdan el horario para utilizar el único caño del lugar, creando incluso sanciones para los infractores. En cambio, para una costumbre es necesario que la conciencia de obligatoriedad se vaya formando de a pocos con comportamientos espontáneos de los vecinos.

Ahora bien, la costumbre debe ser probada por quien la alega. Y, en este sentido, los jueces solo se limitan a declararla para el caso concreto. Esto puede generar diferentes fallos en torno a una misma práctica reiterada.

Esta inseguridad parte de la imprecisión de algunos elementos como la antigüedad, la generalidad, la conciencia de obligatoriedad y sobre todo la relevancia social. En todos estos aspectos juega un papel central la subjetividad del juez, por lo que no debe llamar la atención que existan fallos judiciales contradictorios en su apreciación.

La costumbre tiene el último nivel en la jerarquía de nuestro sistema de fuentes, debajo del convenio colectivo. Está sometida a la ley como producto de los poderes estatales, ya que según el artículo 103 de la Constitución una ley solo puede ser derogada por otra ley. La costumbre no tiene poder derogatorio respecto de cualquier norma estatal, razón por la cual asume un rango inferior a todas ellas.

Atendiendo a las relaciones entre la costumbre y las demás normas del ordenamiento, se habla de tres tipos de costumbres: *praeter legem*, *secundum legem* y *contra legem*. Veamos cada una de ellas.

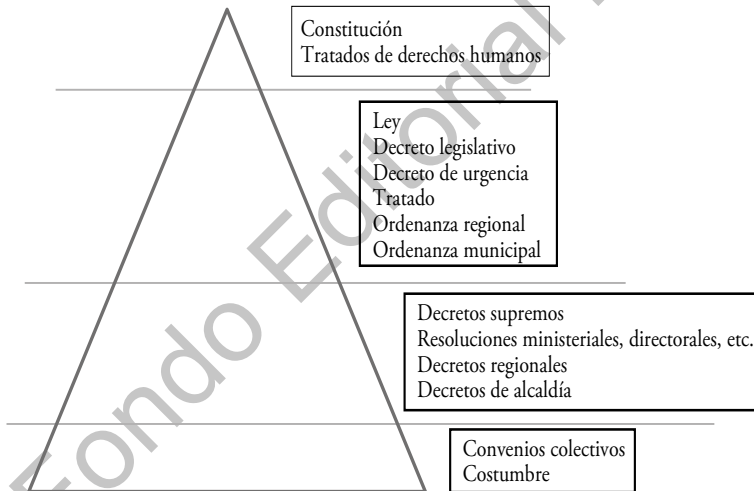
En primer lugar, la costumbre *praeter legem*, o también llamada *extra legem*, es aquella que regula situaciones o materias donde no existe previamente otra norma escrita ni legal ni convencional. Las normas jurídicas guardan silencio y por eso se aplica la costumbre. Su fundamento lo encontramos en el artículo 139.8 de la Constitución. Es decir, la costumbre suple el vacío o deficiencia de la ley.

En segundo lugar, la costumbre *secundum legem* es aquella costumbre que interpreta la aplicación de la norma jurídica. Si la norma jurídica tiene varios sentidos, la costumbre le asigna uno. Sin embargo, si se mira bien, los jueces no estarían completamente subordinados a la costumbre y bien podrían apartarse de ella. Solo las sentencias normativas que llegan a aceptar la interpretación de la norma jurídica conforme a la costumbre pueden obligar a los jueces de menor jerarquía, pero en estos casos es evidente que la interpretación que realiza la costumbre es aceptada no por la fuerza de la costumbre sino por su aceptación en la sentencia normativa.

En tercer lugar, la costumbre *contra legem* es aquella que contradice una norma jurídica previa o posterior. El fundamente clásico para

sustentar la prohibición de este tipo de costumbre es el artículo 103 de la Constitución, cuando señala: «La ley solo puede ser derogada por otra ley». De este modo, lo único que puede derogar a una ley es otra ley y no la costumbre. Sin embargo, aunque es absurdo predicar la costumbre contra ley imperativa, nos parece admisible la costumbre que regula los aspectos dispositivos de una ley. Si la ley permite que la autonomía privada regule en sus marcos dispositivos, ¿por qué prohibir el uso de la costumbre en estos casos? Además, la costumbre nunca podrá derogar una ley, ya que sus orígenes son distintos, por lo que solo podrá inaplicarla para un caso concreto. La inaplicación de una ley por una costumbre no está prohibida por el artículo 103.

Fuentes del ordenamiento jurídico estatal peruano



5. PREGUNTAS

1. Hacer un esquema descriptivo en rasgos generales de las disposiciones normativas peruanas incluyendo la mención de su jerarquía interna.
2. Hacer una descripción de la Constitución que contenga sus elementos esenciales.
3. Definir el concepto de ley.
4. Definir el concepto de decreto legislativo.
5. Definir el concepto de decreto de urgencia.
6. Definir el concepto de decreto supremo.
7. Definir el concepto de ordenanza regional.
8. Definir el concepto de decreto regional.
9. Definir el concepto de ordenanza municipal.
10. Definir el concepto de decreto de alcaldía.
11. Definir el concepto de tratado internacional.
12. Diferenciar los conceptos de jurisprudencia y de sentencia normativa, estableciendo, al mismo tiempo, los vínculos que hay entre ellos.
13. Definir el concepto de convenio colectivo y su función normativa.
14. Definir el concepto de costumbre y su función normativa.
15. ¿Cómo se relaciona la informalidad con las fuentes del derecho?

CAPÍTULO 5

INFORMALIDAD Y FUENTES DEL DERECHO

La informalidad, en lo que atañe a este trabajo de contenido jurídico, es un fenómeno de naturaleza normativa, política y estructural que consiste en que la sociedad acepta —esté o no de acuerdo con ello de manera subjetiva— que grupos significativos de personas o sectores de actividad de la vida social, o ambos, se rijan por normas obligatorias que no son las establecidas formalmente en el derecho a través de sus fuentes y a menudo, inclusive, las contradigan.

Un ejemplo de informalidad es el hecho de que la gente migra del campo hacia la ciudad y tiene que encontrar un lugar donde vivir pero no puede adquirirlo. Entonces invade algún terreno disponible —que no es de la persona necesitada sino de otra— y allí construye su vivienda. Otro ejemplo de informalidad es el de quien necesita trabajar para sobrevivir pero no encuentra trabajo: entonces compra alguna mercadería y pone un puesto de ambulante en la vía pública para ejercer su negocio cuando la vía pública es para todos y no para instalarse particularmente. Otro ejemplo es el de la venta de películas «pirata» que han sido copiadas sin respetar los derechos de autor respectivos, a precio sustantivamente menor al de las originales, sin que nadie reprima tal manera de comerciar (salvo, probablemente, batidas ocasionales que, en lo esencial, no alteran la continuidad del negocio).

La informalidad es un fenómeno complejo y multifacético en la sociedad. Es un fenómeno de naturaleza normativa porque lo que está en juego con la informalidad es que las leyes formales del Estado no se cumplen y, en su sustitución, se aplican otras reglas de conducta humana, distintas y a menudo contradictorias con aquellas, de manera que los dos órdenes normativos coexisten en la sociedad con una cierta separación de espacios, como las zonas de mercadillos, o de áreas de actividad, como la venta de obras culturales reproducidas en forma pirata.

En este punto de lo normativo, tenemos que diferenciar cuidadosamente entre la consideración social de la informalidad y de la ilegalidad. Desde el punto de vista jurídico es evidente que la informalidad es ilegal, desde que actúa con reglas de conducta que no son las formalmente existentes. Sin embargo, hay una diferencia social (con consecuencias jurídicas) entre la ilegalidad y la informalidad.

La ilegalidad es generalmente reprimida y se trata de convertirla en legalidad. Es el caso de los delitos, del incumplimiento de las normas de convivencia, de no pagar las pensiones de alimentos que se deba, etcétera. En estos casos se busca reprimir la conducta ilegal de manera que el fenómeno desaparezca de la sociedad.

La informalidad, por el contrario, es tolerada. Esto no impide que ocasionalmente se hagan alardes de represión. Ellos ocurren, pero el hecho es que la informalidad no se combate de manera drástica y persiste porque, al final de cuentas, es tolerada por las personas y por las autoridades.

Desde luego, en todo esto hay transformaciones a lo largo del tiempo. Por ejemplo, la minería informal del oro fue tolerada en el Perú durante mucho tiempo. Sin embargo, en los últimos años se nota que ha pasado de *informal* a *ilegal* y que ahora existe una política de extinción que, naturalmente, puede ser exitosa o no, lo que constituye tema de naturaleza diferente al que aquí tratamos.

Por lo tanto, el primer rasgo de la informalidad es que constituye un sistema normativo paralelo o contradictorio al formal que coexiste con él, lado a lado, dentro de la sociedad y con tolerancia de esta.

Sin embargo, hay otro elemento importante a considerar: la informalidad es siempre una muestra de debilidad de la organización social y, en especial, del Estado. Ello porque si el Estado cree que las conductas deben regirse por el derecho, no debería tolerar la informalidad y, si considera que las reglas del derecho formal son inadecuadas debe *desregular*, es decir, derogarlas. Si no hace ni lo uno ni lo otro, en el fondo lo que esto quiere decir es que no está dispuesto a desregular, pero no puede formalizar a los informales, lo cual es un fenómeno de debilidad. La informalidad, por lo demás, florece en estados débiles. Aunque existe dentro de estados fuertes, le es más difícil coexistir con la formalidad y, generalmente, es mucho más reducida.

Finalmente, no debemos olvidar que el hecho de aceptar el derecho formal como un conjunto de reglas válidas en la sociedad es también político. El derecho no rige *por sí mismo* si lo miramos desde la perspectiva social global. Rige porque la sociedad acepta que debe ser la normatividad vigente y eso es un fenómeno político, extrajurídico (una «norma hipotética fundamental», la llamó Hans Kelsen en su obra teórica del derecho).

Hemos dicho que la informalidad tiene naturaleza estructural y esto es así porque no es exacto que al lado de una sociedad formal haya una sociedad informal, como un parásito vive al lado de su organismo anfitrión. La informalidad es estructural porque una sociedad debido a que tiene formalidad e informalidad. Si no tuviera ambas o no existiría o sería mucho más violenta de lo que ya pueda ser, porque los informales serían marginados y lucharían por un espacio en la sociedad con los medios que tuvieran a disposición. Una sociedad que solo tolera ser formal pero que tiene dentro de sí a grupos sociales que no pueden satisfacer sus necesidades básicas, es estructuralmente segregacionista y genera una violencia que la hace inviable o tremendamente insegura. Por eso existe la tolerancia: las personas se dan cuenta de que, a pesar de que la informalidad no es adecuada, la alternativa de segregar es peor.

Pero no es solamente la tolerancia la que hace que la informalidad sea estructural. En realidad, en la sociedad no hay un grupo de seres humanos *formales* y un grupo de seres humanos *informales*.

El informal también utiliza los mecanismos formales. Por ejemplo, se atiende en servicios hospitalarios cuando tiene necesidad, o recurre a la policía cuando su seguridad está en peligro. Inversamente, los que se creen siempre formales, normalmente compran algo en un ambulante, suben a un taxi informal o tienen bienes comprados sin cumplir con los derechos de autor en sus casas.

La informalidad es también estructural en este sentido: todos circulamos, alternativamente, por la formalidad o la informalidad, bien porque nos conviene, bien porque no nos queda más remedio. No hay sociedad formal y sociedad informal. Hay una sociedad que estructuralmente es formal e informal a la vez.

Dicho esto, hay que señalar también que la informalidad no es la ausencia de reglas, sino la existencia de reglas distintas a las formales. Por lo tanto, en la informalidad no hay carencia de reglas sino más bien otras reglas, distintas de las formales. ¿Cómo aparecen estas reglas informales? En esto juegan un papel muy importante la costumbre y la declaración de voluntad: son las fuentes a través de las cuales la informalidad es tolerada y coexiste estructuralmente con la formalidad.

La persona vinculada al derecho debe tener siempre presente que una parte importante del derecho *realmente existente* a través de la informalidad proviene de la costumbre (que es la práctica reiterada a lo largo del tiempo y aceptada con carácter de obligatoriedad) y de la declaración de voluntad que normalmente se manifiesta a través de un contrato que no tiene que ser escrito, porque muchísimos contratos son verbales y plenamente exigibles.

Observar estas fuentes permitirá a la persona vinculada al derecho percatarse mejor de la existencia de la informalidad, de la naturaleza de sus reglas, de sus contenidos y de su extensión en la sociedad.

Es importante recordar que la sociedad en que vivimos tiene formalidad e informalidad y que estos son órdenes normativos distintos que conviven en la misma estructura. Desde un punto de vista social amplio, se tiende a convertir a la informalidad en formalidad por razones convincentes que no corresponde tratar aquí. El derecho será una de las vías para convencer a la informalidad de que ser formal tiene ventajas. Es bueno que quienes trabajamos en el derecho seamos conscientes de ello.

1. PREGUNTAS

1. Defina qué es la informalidad en un sentido normativo/jurídico.
2. Diferencie la informalidad de la ilegalidad.
3. Explique de qué manera la debilidad de un Estado puede contribuir a consolidar la informalidad.
4. Explique por qué la informalidad es un fenómeno estructural en nuestro país.
5. ¿Cuál es el reto de los abogados frente a la informalidad?

CAPÍTULO 6 INTERPRETACIÓN

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INTERPRETACIÓN

Al estudiar las normas jurídicas de derecho averiguamos cómo son internamente y aprendemos a manejarlas según sus características y clases principales.

Al estudiar las fuentes del derecho, revisamos las formas válidas de creación de reglas de derecho, de tal manera que podemos determinar cuáles normas son jurídicamente existentes y cuáles no.

A partir de estos dos elementos de la teoría del derecho, contamos con normas jurídicas válidas. Ahora bien, las normas jurídicas pueden ser muy claras o pueden ser a veces muy oscuras.

Esto se debe a multitud de problemas. De entre ellos los principales son los siguientes:

- El primer autor de leyes según la Constitución es el Congreso y, dentro de él, hay diversas posiciones sobre los temas a legislar. Para formar la mayoría que apruebe las leyes, muchas veces se discute arduamente y se negocian redacciones hasta que se alcanzan los votos necesarios. A partir de allí, esa redacción será muchas veces inmodificable porque, al cambiarla, se perdería el número de votos necesario. De esta manera, muchas veces la redacción deficiente

no se debe a la falta de conocimiento de los autores sino al juego de posiciones y al momento *milagroso* en el que se encuentra la cantidad de votos suficiente. Lo propio pasa con las constituciones cuando las aprueba una asamblea o un congreso constituyente (es el caso del Perú con la Constitución vigente). Luego, los abogados tendrán que interpretar la norma.

- Muchas normas de niveles inferiores a la ley son elaboradas por técnicos en las especialidades respectivas (pesca, educación, economía, transportes, etcétera) pero que conocen poco de técnica legislativa y no siempre son asesorados debidamente en este aspecto. Por lo tanto, las normas incorporan conocimientos correctos pero su elaboración jurídica es deficiente.
- El lenguaje mismo en el que se redactan las normas tiene oscuridades, ambigüedades, significados técnicos y comunes, licencias gramaticales y sofisticaciones. Todo ello conduce muchas veces a que no entendamos cabalmente las normas jurídicas que lo contienen.
- La expresión lógica de las ideas muchas veces oscurece su significación en las normas. Por ejemplo, no es lo mismo decir «no se impide» que decir «se permite». En muchas circunstancias estas dos expresiones pueden significar cosas distintas por su diferente forma, a pesar de que parecen tener contenido equivalente.

1.1. La interpretación del texto en relación con la realidad de los hechos

Estas y otras explicaciones hacen que las normas tengan oscuridades de dos tipos: unas en el significado mismo de la regla en cuanto expresión del lenguaje. Otras, en su significación frente a hechos concretos.

Un ejemplo de lo primero, de la oscuridad en la regla misma, es el artículo 1 del Código Civil que dice: «La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la

concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo».

Lo que este artículo parece decir es:

- Que la persona humana es sujeto de derecho desde que nace.
- Que la vida humana comienza con la concepción (y acaba con la muerte).
- Que el concebido es sujeto derecho para lo que le favorezca pero que solo se le atribuirán derechos patrimoniales si nace vivo.

La pregunta inmediata es ¿qué es la persona humana antes de que nazca? ¿Es sujeto de derecho? Parece que no lo es según la primera frase. Pero el concebido («el que está en el útero de su madre») lo define el derecho desde hace más de 2000 años) también es sujeto de derecho, al menos de todo lo que le favorece y que no sea patrimonial (porque lo patrimonial solo se le atribuye si nace vivo). Además: ¿qué significa «la vida humana» en el contexto de este artículo?

Es obvio que el artículo está mal redactado y que hay que hacer una interpretación de lo que se dijo en él para poder aplicarlo debidamente. Esta es una operación intelectual que requiere trabajar con los conceptos, según su aparición, de persona humana, sujeto de derecho, nacimiento, vida humana, concepción y concebido.

Hay tres conceptos relacionados entre sí: vida humana, persona humana y concebido. El concebido es quien vive, como dijimos, en el útero de su madre. Quiere decir que ha sido concebido pero no nacido. Indudablemente es vida humana. El otro concepto que también es vida humana es la persona. ¿Cuándo existe la persona? El derecho dice que cuando nace.

Así, podemos decir que el concebido y la persona humana (especies) son ambos vida humana (género). ¿De cuándo a cuándo va la vida humana? Se tiene que decir que siendo el concebido parte de ella, comienza con la concepción y, siendo la persona parte de ella, acaba con la muerte.

Tanto el concebido como la persona son sujetos de derecho, pero de distinta forma: la persona humana plenamente y el concebido en todo lo que le favorece, salvo en derechos patrimoniales que solo los obtendrá si nace vivo. Si las dos especies del género comparten el ser sujeto de derecho, entonces la vida humana también es sujeto de derecho, pero en dos momentos distintos y con distintas características: de una forma como concebido y de otra como persona.

Entonces, podemos interpretar la redacción mal hecha y tratar de recomponerla con la reinterpretación que hemos hecho. Aquí va un intento:

La vida humana se extiende desde la concepción hasta la muerte. En su transcurso puede ser concebido, entre la concepción y el nacimiento; y persona, entre el nacimiento y la muerte. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece pero sus derechos patrimoniales se le atribuirán a condición de que nazca vivo. La persona humana es sujeto de derecho pleno.

La versión más correcta es esta última. Se la puede comparar con la que existe en el artículo 1 del Código Civil y ver las grandes diferencias entre el texto del artículo 1 y el resultado de interpretación de la norma en sí misma.

Aún así, todavía podemos tener el siguiente problema de interpretación en relación a la realidad: el nacimiento es un proceso complejo que se inicia con el parto y concluye con el corte del cordón umbilical y el comienzo de la respiración de la persona recién nacida, y entre uno y otro extremo del proceso pueden pasar pocos minutos u horas. ¿Nació vivo quien estaba vivo al iniciarse las contracciones pero muerto luego de cortársele el cordón umbilical porque nunca pudo respirar? Los hechos nos retan a resolver el problema en el caso concreto, cuando esto ocurre. Es un problema interpretativo distinto del anterior, que se hacía en relación al significado abstracto de la regla misma, y no en lo que atañe al significado concreto de la regla en relación a los hechos sucesivos del nacimiento.

La interpretación jurídica puede ocurrir, por tanto, en relación al texto mismo en que está escrita la regla, en relación a lo que manda la regla frente a los hechos existentes en la realidad, o en relación con ambas cosas de manera simultánea.

1.2. El ordenamiento jurídico, sus partes y la interpretación

Hemos dicho que el ordenamiento jurídico no es un agregado de normas sino que ellas están organizadas internamente dentro de él. Esto es muy importante para el trabajo de interpretación jurídica porque las normas de derecho comparten contenidos y principios dentro de cada conjunto y subconjunto que existe dentro del derecho. Estudiar el ordenamiento jurídico por conjuntos y subconjuntos ayuda a entenderlo y a aplicar mejor sus normas.

Por ejemplo, las sanciones por el incumplimiento del derecho son distintas en distintos conjuntos del derecho. Si yo excedo el límite de velocidad manejando un automóvil, me pondrán una papeleta que me puede llegar inclusive por correo. No importa si llevaba un herido grave a un hospital o si iba corriendo por pura irresponsabilidad: la sanción es automática producido el hecho.

En cambio, en el derecho penal, cuando se trata de delitos no bastan los hechos aparentemente delictivos para que me sancionen. Si yo mato a otra persona en defensa propia, no habrá sanción porque tengo una causal de justificación a mi actuación.

En materia de sanciones, es distinto el caso del derecho administrativo y del derecho penal. En el primero, el principio de sanción es la responsabilidad objetiva frente al hecho. En el segundo, además del hecho ocurrido, tiene que cumplirse el principio de que haya dolo (intención) y en ciertos casos se puede sancionar inclusive la culpa (no hubo intención de causar el daño pero se debió precaver).

Entonces, si una sanción está en el conjunto jurídico del derecho administrativo, se interpretará como sujeta a responsabilidad objetiva. Si está en el derecho penal se interpretará como sujeta a la responsabilidad

por dolo y, eventualmente si la ley lo exige, por culpa. Son dos sanciones pero el criterio de aplicación es distinto por el lugar del derecho en que las reglas que contienen dichas sanciones se hallan ubicadas.

Al realizar labores de interpretación debemos estar siempre atentos a los conjuntos y subconjuntos del derecho y a identificar los principios que existen en unos y otros para, así, interpretar mejor el derecho.

1.3. La posición subjetiva del intérprete frente a la interpretación jurídica

El trabajo de interpretación jurídica debe ser hecho de la manera más objetiva posible, tomando en cuenta todos los elementos de hecho y todas las normas aplicables, para resolver los conflictos con la mayor justicia posible.

Sin embargo, cada uno de nosotros trae consigo convicciones, puntos de vista y experiencias que lo hacen sesgar su pensamiento. Cuatro son los elementos subjetivos que más presentes se encuentran en la interpretación jurídica.

El primero es el conjunto de técnicas del derecho. Hay personas que privilegian la aplicación de la ley por dura que ella sea. Creen que la interpretación de sus textos debe ser tan fiel como se pueda hacer. Para ellas, el texto de la ley es lo que finalmente hay que entender en la regla y aplicarla.

El segundo son los valores en los que el intérprete jurídico cree con firmeza, sean estos la justicia, la bondad, la conmutatividad, la caridad, la obediencia, etcétera. Según el juego de valores del que partamos para interpretar las normas jurídicas, seguiremos el camino hacia un resultado u otro.

El tercero son las finalidades, la teleología de la interpretación. Hay personas que entienden que la finalidad de aplicar la ley es que las personas obedezcan a las normas establecidas. Otras piensan que se debe interpretar el derecho tributario de manera que se pague menos impuestos, o que se pague más. Otras piensan que lo más importante

en la interpretación de las normas es lograr la mayor eficiencia financiera en el uso de los recursos porque, así, se traerá mayor felicidad a las personas (es el denominado análisis económico del derecho, que desde luego cuenta con un aparato teórico y metodológico que no corresponde estudiar aquí). Las finalidades orientan la interpretación.

El cuarto es la realidad social, en la medida en que el derecho rige a un conjunto de seres humanos que viven dentro de una determinada sociedad. No es lo mismo interpretar las normas en una ciudad grande que en una pequeña, en una comunidad campesina o en el campo abierto. No es lo mismo exigir el cumplimiento de las normas a las personas que gozan de salud que a las que tienen impedimentos. Y así sucesivamente. La realidad social es un elemento indispensable a tomar en consideración para interpretar las normas jurídicas.

Nadie toma en cuenta uno solo de estos elementos de juicio. Más bien los tiene en dosis distintas y los organiza en torno a una posición de interpretación a partir de la cual realiza su trabajo interpretativo.

Dos cosas son importantes para los aspectos prácticos de la interpretación a partir de estas reflexiones:

- La primera, que es bueno que nosotros estudiemos dentro de nosotros mismos nuestra posición, para conocerla, para saber nuestras fortalezas y debilidades, nuestros sesgos, nuestros lados fuertes y débiles. Quien conoce cómo hace las cosas, las puede corregir mejor que quien no conoce tal cosa.
- La segunda, que podremos entender mejor las posiciones de interpretación de quienes argumenten contra nosotros si es que las estudiamos, y tendremos una ventaja de conocimiento en las conversaciones que podamos llegar adelante con ellos.

Hechas estas reflexiones, estudiemos los métodos de interpretación y los procedimientos de interpretación de los principios, que son el corazón del fenómeno interpretativo en el derecho.

2. INTERPRETACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

El significado del contenido de las normas jurídicas, sean reglas o principios, se encuentra cuando se aplican los métodos de interpretación jurídica¹.

2.1. Los métodos de interpretación

Los métodos de interpretación son procedimientos de identificación del contenido de las normas jurídicas, cada uno de los cuales utiliza una variable de interpretación distinta. Se trata de procedimientos acumulados en el derecho a lo largo de los siglos. Su diverso origen en tiempo y lugar hace que sus resultados no sean sistemáticos entre sí. Puede ser que un método de interpretación dé un determinado resultado, al tiempo que otro dé un resultado de interpretación distinto o inclusive contradictorio con el primero.

Esto hace recomendable que el intérprete utilice todos los métodos en cada procedimiento de interpretación para —aplicando todos los que pueda a cada situación— tenga una visión completa de las diferentes interpretaciones posibles y elija la que, a su juicio, aparezca como la más correcta de todas.

La teoría del derecho nombra a los métodos de muy diversas maneras. Aquí nosotros adoptamos una terminología que nos parece la más adecuada pero el lector debe estar avisado de que consultando otras obras puede bien encontrar que los métodos tienen nombres distintos. En todo caso, al identificar la variable que el método utiliza, podrá hacer las correlaciones del caso.

¹ En este libro los métodos de interpretación solo se describen porque habrá uno, dentro de la colección, dedicado específicamente al tema de interpretación jurídica. Describir estos métodos es esencial para diferenciarlos de la integración jurídica que se trata a continuación.

2.1.1. *El método literal*

El método literal interpreta el contenido de la norma usando los significados técnicos o usuales que dé el texto a las palabras que utiliza, así como las reglas gramaticales del idioma respectivo. A veces, determinar si el uso de los términos es el común o el técnico, es difícil de precisar. La tarea de interpretación se convertirá en algo más ardua. En otras palabras, el método literal trabaja con la gramática y el diccionario.

La interpretación siempre comienza por el método literal porque es el que decodifica contenidos a partir del idioma. Aun cuando utilicemos el método literal y creamos que *repetimos* la norma, siempre estamos interpretando. Un ejemplo es el siguiente: si yo digo «hay acción de hábeas corpus contra toda acción u omisión que amenace o viole la libertad individual» parece que todo está textualmente claro pero no es así: lo más probable es que el lector, automáticamente, haya tomado la primera palabra «acción» por «interposición de demanda» y la segunda por «actuación». No nos damos cuenta de que estamos dando significados diferentes a las dos palabras porque en el uso cotidiano la expresión completa del texto significa claramente lo uno primero y lo otro segundo. Pero es evidente que ya hemos hecho una interpretación. El método literal *interpreta*, da sentido al contenido de las normas. Es importante notar esto para evitar cometer errores inadvertidos.

Si bien la interpretación siempre comienza por el método literal, debemos tratar de que no acabe solo con él porque es un método elemental y deja sin solucionar muchos aspectos complicados de la interpretación. Por ejemplo, tomemos la norma del artículo 103 de la Constitución que dice: «La Constitución no ampara el abuso del derecho».

El primer tema de análisis literal es que si interpretamos la palabra ley en su sentido estricto (norma aprobada por el Congreso de acuerdo al trámite constitucional preestablecido), diremos que la Constitución no ampara el abuso pero que las leyes, los decretos, resoluciones y aún sentencias sí lo pueden amparar. Esta sería, obviamente, una pésima

interpretación habida cuenta de que el derecho es un ordenamiento integral y que busca ser coherente.

El segundo tema de análisis es el propio concepto de abuso porque es muy difícil de definir literalmente. De hecho, no hay una definición consistente y generalmente aceptada del abuso del derecho en la doctrina. En lo que respecta a la significación del concepto de abuso, el método literal aporta muy poco.

Por estas razones, el consejo ideal es utilizar todos los métodos de interpretación en cada proceso interpretativo pero, en todo caso, no quedarse nunca en la interpretación puramente literal.

El Tribunal Constitucional ha dicho expresamente que para la interpretación de los derechos fundamentales debe utilizarse el método literal pero que es insuficiente en sí mismo para lograr un buen resultado interpretativo:

1. En materia de derechos fundamentales el operador judicial no puede sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales, ya que, rara vez, la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación².

2.1.2. El método ratio legis, también llamado lógico

La variable de interpretación según la cual este método desentraña el contenido de las normas jurídicas es la *ratio legis* de la norma, su «qué quiere decir». La *ratio legis* es la razón de la norma, aquel fundamento por el que ella existe. Sirve para darle sentido teleológico: si sirve para esto debe ser usada de tal manera para lograr mejor la razón de ser.

Por ejemplo, si se prohíbe la reelección inmediata del presidente de la República, la interpretación literal es que el presidente no puede ser

² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 27 de marzo del 2003 en el Exp_1941_2002_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por don Luis Felipe Almenara Bryson contra el Consejo Nacional de la Magistratura.

reelegido inmediatamente después de concluir su mandato. Pero la *ratio legis* consiste en que el presidente no se quede indefinidamente en el ejercicio del poder porque eso puede hacer peligrar el sistema democrático. En este caso, interpretación literal y *ratio legis* dan resultados distintos pero confluentes entre sí.

La *ratio legis* de la norma es de ella misma: debe buscarse con una mirada transliteral de su texto normativo. La *ratio legis* no es lo que quiso el legislador de la norma. Eso forma parte del método histórico que desarrollaremos más adelante.

La *ratio legis* no puede ser percibida siempre. Si digo: «cualquiera que por sus hechos causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo», la *ratio legis* podrá ser que todo aquel que sufra un daño debe ser indemnizado o que todo aquel que cause un daño debe indemnizar. Estas dos conclusiones no son siempre equivalentes en consecuencias. En este caso, la *ratio legis* no se puede ubicar con precisión y el método de la *ratio legis* no puede brindarnos gran ayuda para interpretar la norma.

2.1.3. El método sistemático por comparación con otras normas

El método sistemático por comparación de normas interpreta una norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas de su mismo conjunto normativo pero que no quedan claramente expresados en ella.

Por ejemplo, el artículo 665 del Código Civil dice: «La acción reivindicatoria (de herencia) procede contra el tercero que, sin buena fe, adquiere los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos [...]».

El caso consiste en un heredero que no ha recibido la herencia que le corresponde. Por el contrario, esta herencia la recibió otro que no era el heredero verdadero sino un «heredero aparente». Este heredero aparente vendió los bienes de la herencia a una tercera persona por título oneroso (es decir, contra un pago o contraprestación diversa). Lo que el artículo 665 dice es que el heredero real puede reivindicar

(es decir, reclamar los bienes de su herencia) al tercero que los adquirió de dicha manera.

Por su naturaleza, la acción reivindicatoria de herencia es una acción real y en tanto tal está sometida a un plazo de prescripción extintiva de diez años³ de acuerdo al inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil. Sin embargo, el artículo 927 del Código Civil establece que la acción reivindicatoria de la propiedad es imprescriptible, es decir, que no se extingue. En la medida en que en el artículo 665 no se dice nada sobre la prescripción de la acción reivindicatoria de herencia y que en cierto sentido ella es una especie de la acción reivindicatoria, entonces se asume que la reivindicatoria de herencia es también imprescriptible aunque el texto del artículo 665 no lo diga expresamente. Así, en efecto, lo sostienen las obras especializadas en la materia.

Poco importa a estos efectos que el Código Civil haya dicho expresamente acerca de cuáles son las acciones imprescriptibles en los otros casos (artículos 276, 373, 410, 664, 927 y 985, entendiendo, como es correcto, que no caducidad e imprescriptibilidad son conceptos equivalentes). Nótese inclusive que en el artículo 664, inmediatamente anterior al 665 que comentamos, se ha considerado expresamente también la imprescriptibilidad.

El método sistemático por comparación de normas toma el artículo bajo interpretación (el 665) y lo compara con el que sirve para interpretarlo (el 927). De este último toma la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria y lo aplica a la reivindicación de herencia.

Este método no puede aplicarse a las normas prohibitivas ni a las que restringen derechos porque ellas deben ser interpretadas de forma restrictiva y no extensivamente.

³ La prescripción extintiva de la acción, según el artículo 1989 del Código Civil, extingue la acción. Es decir que en este caso, transcurridos diez años desde que el heredero aparente transfirió el bien a título oneroso al tercero, este tercero podría impedir que el heredero real le exija judicialmente la devolución de los bienes de la herencia interponiendo en el juicio correspondiente una excepción de prescripción (artículo 1992 del Código Civil).

2.1.4. *El método sistemático por ubicación de la norma*

Este método tiene como variable de interpretación el aplicar para la interpretación de una norma los elementos conceptuales de las otras normas que pertenecen al mismo subconjunto de la norma sujeta a interpretación.

Si tomo, por ejemplo, el literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución del Estado, su texto dice: «Toda persona tiene derecho: [...] 24. A la libertad y seguridad personales. En consecuencia [...] Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

Dentro del sistema jurídico, esta norma se refiere a la persona natural en el ejercicio de sus derechos personales dentro del ámbito de su vida privada. Es allí donde solo obliga lo que la ley manda e impide lo que ella prohíbe. Sin embargo, en otros ámbitos del sistema jurídico la norma no es aplicable. Por ejemplo, el presidente de la República no puede convocar a un referéndum nacional para que el pueblo vote a favor o en contra de una decisión tomada, porque no existe norma jurídica que se lo impida⁴. En el conjunto en el que se ubican las normas jurídicas referentes a qué puede hacer y qué no puede hacer el presidente de la República, el literal a) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución no tiene nada que normar, porque dicho conjunto se rige por otros principios que incluyen el de atribución de competencia. En ese caso (como en el de cualquier otro funcionario), solo le está permitido hacer lo que le ha sido atribuido expresamente como materia de su competencia.

El método sistemático por ubicación de la norma da significado por la aplicación del contexto de las normas dentro de las cuales se halla ubicada la que estamos interpretando. Hay que notar que la *ubicación*

⁴ El general Benavides, durante su mandato en la década de 1930, convocó a un referéndum para hacer ciertas modificaciones normativas en el Estado. La primera ley que aprobó el Congreso elegido en 1945 se pronunció por la invalidez de dicho referéndum porque el presidente carecía de atribuciones para llevarlo a cabo. Este es un precedente legislativo que apoya lo que decimos.

no es necesariamente de cercanía física entre las normas del conjunto. El conjunto es un grupo de normas que tienen que ver unas con otras.

Así, el artículo 12 inciso 24 literal a) de la Constitución que hemos utilizado está en el conjunto de los derechos fundamentales, pero también en el de la libertad individual. Según el caso, podremos interpretarlo con las reglas aplicables a todos los derechos fundamentales, o también con las aplicables a toda la libertad individual.

Este método no es fácilmente utilizable cuando los bordes de los conjuntos normativos no están claros o no están bien identificados, de tal manera que no podemos asimilar cómodamente la norma bajo interpretación a un conjunto o a otro.

2.1.5. El método histórico

La variable según la cual hace interpretación este método es el contenido de los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma de que se trate. Uno de sus fundamentos es que el legislador siempre pretende algo específico al dar la norma y el método histórico entiende que esa pretensión del legislador debe ser tomada en cuenta para entender el mandato respectivo.

La intención del legislador se puede manifestar en obras escritas por él, en los documentos de iniciativa legislativa, en sus intervenciones en comisiones o en el Congreso si fue congresista, y así sucesivamente.

Además de la intención del legislador, el método histórico utiliza la *ocasio legis*, que es aquella situación concreta que fue la causa eficiente de la aprobación de una norma jurídica.

También son importantes los antecedentes legislativos sobre una materia específica: constituciones o códigos precedentes, legislación de otros países que haya tenido influencia entre nosotros históricamente (como por ejemplo la legislación española, de la cual tuvimos varios legados en la época republicana que subsisten entre nosotros).

Para utilizar con seriedad el método histórico hay que hacer una detallada investigación histórica del caso bajo estudio. Con apreciaciones

generales y subjetivas no se puede fundamentar debidamente la interpretación histórica de las normas.

2.1.6. *El método sociológico*

La variable de interpretación que usa el método sociológico son los elementos sociales del más diverso tipo: organización social, estratos socioeconómicos, cultura, costumbres, cosmovisiones, aspectos religiosos, costumbres de vida, y así sucesivamente.

El método sociológico tiene por finalidad adaptar, hasta donde sea posible, la interpretación del derecho a la sociedad a la que rige, en el entendido de que debe haber una armonización entre ambos elementos para que el ordenamiento jurídico funcione debidamente.

Un ejemplo especialmente aplicable a amplios sectores de nuestro país es el siguiente: el matrimonio de prueba existe en muchos lugares de nuestra sierra, es conocido como *servinacuy* y consiste en una antigua y conocida tradición de sociedades campesinas que consiste en hacer una prueba de conformación de familia entre varón capaz de trabajar y mujer púber. Esto suele ocurrir, entonces, entre varones mayores de edad y mujeres de los doce años en adelante. Sin embargo, para el Código Penal una relación sexual de este tipo constituye un delito de violación de menor, aun cuando esta brindara su aceptación, pues se la supone totalmente incapaz de hacerlo por la edad.

El caso nos muestra un claro choque cultural: el Código Penal considera que el *servinacuy* en el que participan menores es una trasgresión grave de la sociedad porque comparte la cultura occidental predominante. En cambio, los sectores sociales prioritariamente campesinos ven en el matrimonio de prueba un instrumento útil a sus condiciones de vida: si la familia no va a poder tener hijos, por ejemplo, estará condenada a una vejez infeliz. El matrimonio de prueba permite anticipar algunos aspectos de esta problemática.

Si aplicáramos el método sociológico a un caso penal, podríamos encontrar falta de culpabilidad en el presunto agresor y evitar la sanción,

pues si realmente está imbuido de su cultura ancestral no considerará estar haciendo nada incorrecto sino, más bien, todo lo contrario.

2.1.7. Conclusión final sobre métodos de interpretación

Dos anotaciones finales son importantes. La primera, ya mencionada antes, es que el intérprete debe tratar de utilizar todos los métodos en cada procedimiento de interpretación. La práctica mostrará que no es siempre posible utilizar todos los métodos pero, mientras más se usen, mejor fundamentada será la interpretación que se haga.

La segunda anotación consiste en lo siguiente: si luego de hacer una revisión interpretativa a través de diversos métodos nos vamos cuenta de que algunos de ellos nos conducen a un resultado interpretativo y otros a uno distinto, debemos tomar muy en serio esta situación y analizarla para tomar, finalmente, una opción de interpretación más consistente, a pesar de las divergencias que los métodos puedan haber presentado en sus resultados. No es ético ni técnicamente correcto el suprimir algunos resultados para optar por los otros.

2.2. Interpretación en el conflicto de principios

Existe un caso particular de interpretación que requiere conceptos y técnicas adicionales a las que hemos repasado antes para dar significado al contenido de otras normas jurídicas a través de la interpretación. Es la materia de este apartado.

2.2.1. Coexistencia de los principios en la realidad de los hechos

Hemos dicho que las normas jurídicas son de dos tipos: reglas y principios. También hemos señalado que los principio pueden ser normas jurídicas que no se refieren a hechos precisos sino que, más bien, expresan mandatos generales de interpretación del derecho; esto es, no sirven para resolver situaciones concretas sino para dar un sentido específico —de los muchos posibles— a la solución de varios y distintos casos jurídicos.

En cambio, las reglas son normas jurídicas que se aplican a casos específicos y determinados.

Los principios no solo existen en el derecho sino en todos los ámbitos del pensamiento humano, y pueden tener diversos propósitos. Algunos explican las ideas; otros orientan sobre cómo hacer las cosas; otros son teleológicos, es decir, van hacia determinados fines, y así sucesivamente.

Para entender mejor cómo funcionan y para ver su relación con las reglas podemos poner el siguiente ejemplo. Supongamos que partimos del Callao y queremos ir hacia Tokio, Japón por mar. Tenemos una finalidad: llegar a Tokio en una cierta fecha. Es un principio finalista, lo que Aristóteles llamaría la *causa final* del viaje.

Lo primero que hay que hacer es trazar la ruta. Luego vendrán una serie de reglas de viaje marítimo como velocidad máxima, zonas prohibidas para el paso, horarios, reglas de comunicación, etcétera. Comenzamos el viaje, pero en medio del océano ocurre que se está formando un huracán. Entonces, un segundo principio, el de la seguridad, nos obliga a tomar decisiones: ¿vamos directo a Tokio corriendo peligro pero llegando prácticamente a tiempo o desviamos el rumbo y llegamos un poco más tarde pero no corremos peligro? Debemos ponderar los dos principios y, probablemente, decidiremos desviar el rumbo. Vendrán entonces nuevas reglas que son las de determinación de las áreas de seguridad, vías alternativas, velocidades de marcha, etcétera. No abandonamos el curso a Tokio pero lo desviamos. Ocurre que dos principios entran en colaboración y modifican la conducta parcialmente, y probablemente nos hacen un poco más largo el viaje.

Ahora bien, supongamos que estalla un conflicto bélico naval en el trayecto que debemos hacer a Tokio. Entonces, el principio del destino final de nuestro viaje colisiona con el principio de seguridad. Hay que elegir entre perseverar en el viaje a Tokio con la posibilidad de perecer, o desviarnos por ejemplo a Sidney, Australia, con la finalidad de sobrevivir. Deberemos ponderar la elección, pero esta vez, a diferencia del caso del huracán, los dos principios (el de la causa final del viaje y el de seguridad)

parecen colisionar entre sí. Hay que elegir uno u otro. Hecha la elección, nuevamente entrarán a operar las reglas prácticas de viaje que nos conduzcan donde decidamos ir.

Un principio preside un amplio campo de la conducta humana. Si solo él debe entrar en operación dentro de los hechos que ocurran, entonces será siempre obedecido y habrá un conjunto de reglas que son consistentes con él y que se aplican para tomar las decisiones concretas.

Cuando en las circunstancias entran en consideración dos principios que no son excluyentes entre sí, porque pueden confluir debido a que tienen un ámbito de encuentro conjunto (es el caso del huracán, en el cual aparecen la necesidad de llegar a Tokio en una fecha pero también la de ganar seguridad frente al meteoro), entonces los dos principios entran en colaboración: se sigue yendo a Tokio pero se modifica la ruta y se retrasa el arribo para lograr la seguridad que se puede perder si se sigue el curso original. Hay un espacio común entre el principio finalista de llegar en una fecha y el de mantener la seguridad, y hay que buscar una transacción entre ambos.

A veces se presenta un conflicto abierto y excluyente entre los principios, como en el caso del conflicto bélico de nuestro ejemplo. Para ello, hay que estudiar los efectos de cada principio y excluir uno de ellos prácticamente en su integridad. En cada caso y sus posibles variantes un conjunto de reglas de navegación entrará en funcionamiento para garantizar las decisiones operativas.

Guardando las diferencias propias de toda analogía, en el derecho los principios funcionan de la misma manera, porque no son sino manifestaciones diferentes del mismo principio de funcionamiento de la mente humana: grandes guías de conducta (los principios) y normas concretas para situaciones concretas (las reglas). Para comprender mejor los principios del derecho, tratemos brevemente sobre ellos a continuación.

2.2.2. Una aproximación a los principios del derecho

Los principios del derecho son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica, técnica o de mandatos genéricos que fundamentan conductas de los ciudadanos y que informan al ordenamiento jurídico con sus directrices. Pueden estar recogidos o no en la legislación, pero el que no lo estén no es óbice para su existencia y funcionamiento.

Los principios pueden ser, en un ámbito, conceptos susceptibles de definición que funcionan como valores superiores de un ordenamiento: la justicia, la equidad, la libertad, la igualdad, la democracia son algunos de los ejemplos. Su contenido es muchas veces discutible, incluso en el caso concreto.

También pueden ser proposiciones, entendidas como enunciados que regulan la estructura y funcionamiento del derecho. Tal es el caso de, por ejemplo, «El primer derecho es mejor derecho», o «La ley especial prima sobre la general» o «Debe seguirse como principio general que el legislador ni se contradice ni se equivoca». Estos principios, a diferencia de los anteriores, no son susceptibles de ser definidos porque no son conceptos. Algunos de ellos tienen contenido axiológico y, otros, contenido esencialmente técnico jurídico.

Finalmente, otros principios son reales pautas de comportamiento dirigidas de manera directa a los ciudadanos: libertad de expresión, derecho al honor, libertad de empresa, etcétera. Su contenido se aclara en el caso concreto.

Siguiendo esta línea de razonamiento, existen cinco niveles en los que podemos encontrar a los principios generales dentro del derecho:

1. El primer nivel es el que corresponde a toda la sociedad y, por ende, también al derecho. Se trata de valores que rigen en general en la historia —como la justicia o la equidad— y otros que rigen en general pero en etapas determinadas —como la igualdad y la libertad, que no rigieron siempre en la historia de la humanidad—.

Digamos que son valores preexistentes al derecho que lo informan en su totalidad.

2. El segundo nivel es el que se aplica a todo el derecho, aunque no sea aplicable a toda la sociedad. Muchos de estos principios son técnicos (no contradicción del legislador; ley especial prima sobre general) y otros de carácter valorativo (primer derecho mejor derecho; riesgo en el sentido de que quien participa en la ganancia participe también del daño). Son principios que regulan la estructura y funcionamiento del derecho.
3. El tercer nivel es el que se refiere a principios que fundamentan conductas o comportamientos de cada individuo en la sociedad. Se conocen como derechos fundamentales de la persona y representan intereses particulares de los individuos. Tal es el caso de la libertad de expresión, derecho a la información, derecho a una muerte digna, libertad de empresa, etcétera. Estos principios de carácter individual son los que entran en contraposición en cada caso concreto y en la mayoría de los casos deben ponderarse.
4. Un cuarto grupo de principios rige en un aspecto específico del derecho y lo caracteriza frente a otros ámbitos jurídicos. Por ejemplo, el principio de lo democrático-representativo, que no es un principio común a todos los sistemas.
5. Un quinto grupo de principios informan aspectos muy particulares de un sistema jurídico determinado. Por ejemplo, la norma de no reelección presidencial inmediata.

Finalmente, los principios pueden estar o no contenidos en las normas legislativas, lo que no afecta su vigencia. Así, el principio de «no hay delito sin ley» está recogido en el texto constitucional. Sin embargo, en nuestro derecho escrito no existe una definición del derecho como el arte de lo justo, equivalente a la que contiene la *Instituta* de Justiniano. Ello no significa, no obstante, que en el Perú este principio general no rija.

Esto quiere decir que los principios generales pueden obtenerse tanto a partir del estudio de la *ratio* de los textos de las normas como a partir de otros medios, principalmente la doctrina. De paso, resalta la importancia de estudiar no solo normas jurídicas sino también la doctrina y la historia del derecho.

2.2.3. La ponderación de los principios en su aplicación combinada

Aquí hablamos de aplicación de principios a situaciones de hecho. No estamos tratando la eventual confrontación de principios en abstracto. En realidad, en el derecho la verdadera confluencia de principios ocurre en la riqueza de matices de la realidad. En efecto, hay ciertos pares de principios jurídicos que entran en conflictos epónimos pero que, tomados en abstracto, son perfectamente complementarios. Por ejemplo:

- Los principios de libertad de expresión y de intimidad. Todos tenemos derecho a expresarnos y todos tenemos derecho a nuestra intimidad. Si yo hablo en la radio sobre la política universitaria nacional tengo derecho a hacerlo y mi vecino tiene derecho a su intimidad aunque yo pueda observarlo a través de su ventana desde la mía. Aquí no hay conflicto de principios en absoluto.

Pero si un día yo cuento en la radio, con nombre y apellido, algo comprometedor de la intimidad de mi vecino, él va a reclamar su intimidad y yo mi libertad de expresión. Habrá que ver los detalles y podemos hacer dos caricaturas: que yo haya visto que lo sobornaban siendo un funcionario público de alto nivel; o que yo vi que consolaba de una triste situación a un pariente, siendo funcionario público de alto nivel. Es fácil notar que la confluencia de principios adquiere matices distintos si se trata de una cosa o de otra.

- Los principios de libertad de empresa y de supervisión de la empresa para garantizar la calidad de vida de la población por el Estado. También estaremos de acuerdo en ambas cosas pero,

si la municipalidad de mi distrito impone por ejemplo la media noche como hora tope para que estén abiertos los lugares de consumo de alcohol, entonces ambos principios entran en conflicto porque las empresas demandarán libertad de cerrar a la hora que deseen y el Estado demandará respeto a una orden que emana de su deber de supervisión de la vida empresarial en favor de la calidad de vida de las personas que él debe supervisar.

Es por tanto evidente que solo cuando ponemos hipótesis de hecho, o casos reales, los principios entran en conflicto. Desde luego, el conflicto puede presentarse entre dos o más de dos principios simultáneamente. En aras de la simplicidad en la exposición, nosotros trabajaremos solo con pares de principios en conflicto.

Para solucionar estos temas, la teoría jurídica europea ha desarrollado un método que se denomina el test de ponderación o, también, el test de proporcionalidad (que es como lo denomina nuestro Tribunal Constitucional, no sin vacilaciones). La práctica de este test ha sido introducida en el Perú, precisamente, por el Tribunal Constitucional pero lo ha utilizado para la resolución de problemas de conflictos normativos constitucionales y no necesariamente para conflictos entre principios. En otras palabras, el Tribunal ha adaptado el concepto teórico del test desarrollado en Europa y lo ha puesto en ejecución para diversos aspectos constitucionales peruanos.

A grandes rasgos, el test de ponderación o de proporcionalidad se desarrolla en cuatro etapas⁵. No debemos olvidar que estamos tratando de colisiones de principios jurídicos ante casos concretos. Por tanto, las soluciones que se encuentren con el test de proporcionalidad no serán

⁵ Nuestro Tribunal Constitucional determinó en la sentencia 0045_2004_PI_TC que el test de proporcionalidad tenía seis etapas sucesivas pero, en la práctica, ha usado las seis, o cuatro o inclusive tres. Aquí trabajaremos solamente sobre las cuatro etapas, que son sucesivas entre sí, y que resultan ser las generalmente aceptadas por todos en la doctrina.

universales, válidas para todos los casos, sino válidas solamente para el caso de que se trate. Hay en el test de ponderación o de proporcionalidad una concepción de relativismo jurídico: la solución sirve para un caso. Otros jueces podrían dar una solución distinta para el mismo caso, o los mismos jueces podrían dar una solución diferente para un caso parecido.

Lo dicho hace ver que en la aplicación del test hay siempre elementos subjetivos, dado que la solución puede variar en el tiempo o en la intervención de diversas personas, pero está construido para hacer un razonamiento lo más objetivo posible. Si bien lo subjetivo es una desventaja frente a la justicia, el procedimiento metodológico colabora a reducir significativamente esa desventaja. De ahí la importancia de conocerlo y aplicarlo.

El test conduce no a descartar un principio y a hacer de aplicación exclusiva el otro, sino que busca conducir a la aplicación más armónica posible de los dos principios porque, en realidad, los principios involucrados son todas normas jurídicas de aplicación obligatoria.

Primera etapa: determinación de un fin legítimo

El punto de partida del test consiste en que el conflicto de principios debe producirse solamente por la existencia de un fin legítimo en la aplicación del principio que afecta al otro o a los otros.

Por tanto, en esta primera etapa se analiza si el hecho que motiva el conflicto tiene una finalidad legítima que lo haga viable en el derecho.

Por ejemplo, si el Estado impone a los fabricantes y comerciantes de cigarrillos el deber de poner un aviso del peligro que representa para la salud el consumo de tabaco, entran en conflicto el principio de supervisión del Estado en defensa de la salud y el principio de libre empresa, como ya habíamos dicho antes. Pero el fin por el cual el Estado con su supervisión afecta la libre empresa tiene una justificación: hoy la ciencia ha determinado con suficiente certeza que fumar es dañino para la salud. Avisarlo es razonable.

Podríamos sin embargo imaginar una situación en la que el fin no sea legítimo. Por ejemplo, el cierre de una exposición pictórica en la que participen cuadros de detenidos por terrorismo. Aquí entran en colisión la libertad de expresión de las personas y la supervisión del Estado sobre la seguridad pública pero, en realidad, es completamente inoficioso para el derecho que se prohíba una exposición de cuadros que no tienen mensaje subversivo. Más bien, es un fin ilegítimo porque se está recortando la libertad de las personas en lo que la ley no prohíbe (nos referimos al artículo 2, inciso 24 literal a) de la Constitución).

Si se determina que hay un fin legítimo, como en el caso de aviso de peligro a la salud de los cigarrillos, el test sigue adelante. Si en cambio se determina que no hay fin legítimo, el test se termina y la razón será que, en realidad, la acción de supervisión del Estado está siendo realizada contra el derecho, es decir, que no hay supervisión sino extralimitación en el ejercicio de las atribuciones de la autoridad pública.

Segunda etapa: idoneidad o adecuación

En esta etapa se analiza si el hecho que ocurre —y a raíz del cual se produce el conflicto de principios— es idóneo para lograr la finalidad legítima que busca.

Si podemos proseguir con el caso del aviso en la cajetilla de cigarrillos, significa que el aviso que se coloque es útil para promover la salud de las personas que compran los cigarrillos. Evidentemente, la medida tiene utilidad para ello, porque cada vez que el fumador tenga la cajetilla en la mano para fumar un cigarrillo, tendrá la oportunidad de leer el aviso y eso puede hacerlo reflexionar sobre la inconveniencia de esa costumbre. Desde luego no tendrá éxito inmediato pero con el transcurso del tiempo es razonable pensar que influya en la conducta y limite o elimine el consumo de tabaco.

En cambio, si la medida fuera que el que vende cigarrillos recibe una multa, probablemente no hay idoneidad porque de lo que se trata es de

que el fumador se dé cuenta del daño a su salud: ese es el fin legítimo del control que se está ejercitando.

De tal manera que la multa al vendedor probablemente no sería idónea pero el aviso en la cajetilla si lo es. En consecuencia, en el caso de la multa cesaría el test y se diría que el Estado no puede imponer la multa.

Tercera etapa: necesidad

En esta etapa se analiza si el hecho que origina el conflicto entre los principios es la opción menos gravosa posible para el principio afectado. Se entiende que si hubiera una menos gravosa entonces termina el test y se declara que el hecho analizado no debe ser permitido.

Hay sectores de la teoría que sostienen que lo que se debe acreditar en esta etapa es que no existe otra medida que cumpliendo de igual forma el fin legítimo evaluado en la primera etapa, sea más benigna que la que está bajo estudio. Nosotros opinamos que este es un reclamo equivocado porque obliga a «probar que no» y eso es imposible de hacer porque habría que lograr descartar todas las otras posibilidades.

Lo que debe exigirse es que el hecho en cuestión no sea más gravoso para el principio perjudicado que otros que puedan ser identificados con una indagación razonablemente seria.

En el caso que tratamos, por ejemplo, podría haber una solución alternativa a prohibir la venta de cigarrillos, pero eso sería mucho más gravoso para la libre empresa que poner la frase de precaución. Hecho así el análisis, la necesidad de poner el aviso pasa el examen de necesidad.

Claro que también podríamos pensar en que, por ejemplo, la empresa que fabrica o la que vende los cigarrillos debería poner un aviso en el periódico una vez al año diciendo lo mismo y que eso sería, indudablemente, menos gravoso. Sin embargo, probablemente no cumpliría su objetivo de precaver al fumador tan bien como el aviso en la cajetilla. Además, hay infinitas posibilidades intermedias.

Como se puede ver, en la apreciación de la necesidad hay que estudiar las cosas con la mayor acuciosidad posible, pero siempre hay un margen

de subjetividad o de fallo en encontrar la alternativa menos gravosa. Por eso, de lo que se trata es de que el examen se haga atendiendo a la razonabilidad y la proporcionalidad del hecho en cuestión pero sin exigir exhaustividad, porque eso es imposible de lograr.

Cuarta etapa: proporcionalidad en sentido estricto

En esta etapa se busca demostrar que existe equilibrio entre los beneficios que produce al principio predominante el hecho que origina el conflicto de principios, de un lado, y la afectación que se hace al principio perjudicado del otro. Aquí es aplicable la *ley de la ponderación* enunciada por Robert Alexy que establece: «Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro».

En el caso concreto que hemos usado como ejemplo, aquí se trata de medir el efecto del aviso del daño del cigarrillo de la siguiente manera: debe producir más ventajas para la protección de la salud del fumador que perjuicio a la libertad de empresa de quienes fabrican y venden cigarrillos.

Es muy fácil advertir que en esta apreciación habrá, necesariamente, un alto grado de subjetividad porque ¿cómo se podrá saber cuánto impacta el aviso del daño del cigarrillo en el fumador y en las empresas de fabricación y comercialización? A menos que se hicieran estudios de mercado y de conducta social de los fumadores, es imposible hacer afirmaciones verosímiles sobre estas materias.

Entonces, es indudable que aquí lo que prevalecerá será el rigor de la argumentación para favorecer a uno u otro principio en la contienda. Si se puede lograr un mayor beneficio en la salud del fumador y un perjuicio menor en la libre empresa de fabricante y comerciante, habrá que lograrlo. Este puede ser un resultado favorable del trabajo de ponderación, pero no necesariamente se podrá hacer en todos los casos.

Un último comentario que vale la pena hacer es el siguiente: la ley de la ponderación hecha por Robert Alexy y tomada por nuestro Tribunal

Constitucional al aplicar el test de proporcionalidad es absolutamente relativa. Recordemos que dice: «Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro».

Esto quiere decir que si se satisface altísimamente el principio preponderante se puede afectar de manera casi similar al principio perjudicado. La relatividad absoluta consiste en que no hay techo para perjudicar al principio afectado. Pero en el derecho, al menos en el peruano, hay techos absolutos.

Un ejemplo real es el siguiente: en su libro *Decision points* (2010, p. 168 y ss.), el presidente Bush, después de los atentados a las torres gemelas y a propuesta de la CIA, autorizó el uso de una técnica de interrogación que consiste en meter la cabeza del interrogado en un depósito de agua para que sufra un ahogamiento y, finalmente, se rinda por el efecto de esa técnica que el propio Bush califica como «dura». Dice que consultó con los abogados a su servicio y que la técnica de interrogación aprobada cumplía con las leyes, incluidas las que prohíben la tortura. Además, el personal especializado le aseguró que no generaba daño de largo plazo a la salud o la vida del interrogado. Finalmente, sostiene que con esta técnica se lograron importantes declaraciones de un dirigente de Al Qaeda que había resistido otros interrogatorios menos duros y que todo ello sirvió fundamentalmente para que los Estados Unidos no sufrieran otro ataque terrorista como el del 11 de setiembre de 2001.

El ahogamiento en agua para extraer declaraciones es una tortura. El eufemismo de que es una técnica dura es solo un recurso retórico. Pero no pretendemos en esta parte enjuiciar las decisiones del presidente Bush sino decir lo siguiente:

- En el entendimiento del señor Bush, él logró un altísimo grado de satisfacción en la búsqueda de seguridad para los Estados Unidos de América con la autorización del ahogamiento como técnica

de interrogatorio, sin producir daño permanente a la salud del interrogado.

- Este argumento encuadra perfectamente dentro de la ley de ponderación de Robert Alexy, aunque es necesario decir que no pretendemos sostener que el autor consideró esa posibilidad, u otra semejante, al establecer su ley. Sin embargo, una vez enunciada y publicada, la ley vive al margen de la voluntad y los sentimientos de su autor.
- En el Perú hay una norma constitucional terminante en el artículo 2 inciso 24 literal h) que dice: «Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes». Por consiguiente, el efecto absolutamente relativo de la ley de ponderación de Robert Alexy no puede ser aplicado plenamente en nuestro medio constitucional: en el Perú —felizmente— sí hay techos al incumplimiento de los principios, como ocurre en este caso⁶.

Cuando menos en el Perú, y probablemente en muchos otros estados también, la ley de ponderación que hemos comentado debe ser tamizada y debe incorporarse en ella el principio de que ciertos grados de afectación de un principio jurídico no son posibles.

Dicho todo esto, consideramos que el test de proporcionalidad, con sus limitaciones expuestas, es un método interesante para trabajar sistemáticamente sobre los conflictos de principios en casos concretos y

⁶ En otros casos, el Tribunal Constitucional ha establecido «núcleos duros» de derechos que no se pueden afectar. También ha utilizado conceptos como «contenido constitucionalmente protegido», «contenido esencial» o «núcleo mínimo e irreductible» del derecho fundamental. Si bien estos conceptos tienen diferencias importantes en la doctrina, también tienen en común el que señalan una parte del derecho de la que su titular no puede ser privado. También en todos estos casos hay «techo al incumplimiento» y, por consiguiente, la ley de ponderación de Alexy no puede aplicarse plenamente sino, solo, hasta un cierto grado.

la solución que debe darse. Al utilizarlo hay que estar atento a sus límites que tiene y que han sido expuestos aquí en sus grandes rasgos.

3. PREGUNTAS

1. Explique la diferencia entre la oscuridad de la regla misma y la oscuridad de su significación frente a hechos concretos.
2. Describa los elementos esenciales del método literal.
3. Describa los elementos esenciales del método de *ratio legis* o método lógico.
4. Describa los elementos esenciales del método sistemático por comparación con otras normas.
5. Describa los elementos esenciales del método sistemático por ubicación de la norma.
6. Describa los elementos esenciales del método histórico.
7. Describa los elementos esenciales del método sociológico.
8. Explique cómo debe resolverse en la interpretación jurídica el problema de conflicto de principios.
9. Resuma los rasgos esenciales del Test de proporcionalidad y describa cada una de sus etapas.

CAPÍTULO 7

LA INTEGRACIÓN JURÍDICA

1. PRESENTACIÓN

Acabamos de ver el tema de interpretación jurídica y podemos apreciar que, para aplicarla, debemos tener una norma jurídica de cualquier tipo entre manos. Si no hay norma jurídica, no hay nada que interpretar.

La integración jurídica es una parte de la teoría del derecho que está elaborada para los casos en los que no hay norma jurídica aplicable pero se debe —o se considera que se debe— producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica contiene técnicas para producir normas aplicables, pero no a través de las fuentes del derecho sino a través de la misma aplicación del derecho.

La integración jurídica está amparada en el artículo 139 inciso 8 de la Constitución, que dice: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

El artículo trata tanto del vacío como de la deficiencia de la ley, por lo que debemos aclarar los problemas terminológicos que aquí se presentan. En el texto constitucional «vacío de la ley» equivale a decir «ausencia de norma» y «deficiencia de la ley» equivale a decir «norma

insuficiente para resolver el problema existente». La terminología teórica que se debería utilizar, como veremos a continuación, es otra.

Cuando nos enfrentamos a estas circunstancias que la Constitución llama vacío o deficiencia de la ley, la primera pregunta que debemos hacernos es si debemos o no proceder a integrar una norma de respuesta. Es bueno recordar que el derecho tiene dos grandes principios para circunstancias como estas:

1. El de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (literal a. del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución), para aquellas situaciones en las que el agente se rige por el principio de la libertad personal y,
2. El de que solo puede hacerse lo que está expresamente atribuido, con ejercicio de la discrecionalidad cuando es aplicable¹, en los casos en que rige el principio de la competencia asignada al ejercer un cargo. Tal el caso de los funcionarios públicos e, inclusive, de muchos funcionarios privados, como los gerentes, por que no actúan bajo el principio de la libertad sino de acuerdo a las funciones que expresamente les asigna la ley, los estatutos de su institución y los organismos directores.

Por tanto, de acuerdo a estas normas no debería haber nunca integración jurídica pues si no hay norma establecida rige, en el ámbito de la vida privada, la regla de la libertad de hacer o no hacer y, en el ámbito de las competencias asignadas a los cargos, la regla de que solo se puede hacer lo específicamente establecido por las normas jurídicas. Al no haber norma, no hay competencia asignada ni posibilidad de actuación.

¹ La discrecionalidad consiste en la posibilidad que tiene un funcionario de evaluar, en cada caso, si ejerce o no su atribución y en qué grado. Existe discrecionalidad, por ejemplo, cuando el Estado evalúa, sobre la base de determinados criterios generales y de política, si otorga o no la nacionalidad peruana a un extranjero que desea naturalizarse. No existe, en cambio, cuando el Estado recibe una solicitud de un extranjero casado con cónyuge nacional para optar nacionalidad. En este caso no hay margen de decisión: se la debe otorgar cumplidos los requisitos que para el caso establece el derecho.

Hay sectores de la doctrina jurídica que sostienen que cuando se presenta esta situación no hay que integrar ninguna respuesta y que se aplican las dos normas que hemos transcrito líneas arriba.

Otros sectores doctrinales, sin embargo, sostienen que aquí intervienen, principalmente, razones de equidad. Hay determinadas circunstancias en las que no dar una respuesta jurídica a una situación determinada aparece como abiertamente injusto. La integración jurídica, por tanto, se ubica en un ámbito esencialmente valorativo: cuando quien aplica el derecho considera que es equitativo elaborar una respuesta por integración, integrará el derecho y, cuando no lo es equitativo, aplicará los dos grandes principios enumerados inmediatamente antes y no integrará el derecho. Se trata de una opción razonada, pero no de una situación que pueda ser claramente delimitada. Como en muchos otros aspectos del derecho, al integrar se tendrá que dar una sólida fundamentación de por qué no se pueden aplicar, en el caso, las normas de la libertad y de la competencia asignada ya descritas.

De manera que la solución final al caso tendrá que ser una decisión fundamentada en cualquiera de los dos sentidos: integrar una solución o no integrarla. No habrá posibilidad de demostrar apodícticamente lo uno o lo otro. Esto nos lleva a lo que la teoría jurídica conoce como «lagunas del derecho» y «vacíos del derecho».

2. LAS LAGUNAS DEL DERECHO

La laguna del derecho puede ser definida como aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable pero que se considera que debería estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que a la consecuencia prevista deba añadirse otra no prevista para el mismo supuesto.

Por el contrario, el vacío del derecho es aquel caso en el que no existe norma jurídica aplicable —o la norma jurídica es insuficientemente aplicable— y, por consiguiente, como resultado de aplicación del derecho se establece que no debe integrarse una nueva norma al caso.

La diferencia entre la existencia de una laguna y un vacío del derecho, no es pues ontológica, no está en la naturaleza de las cosas. Quien aplica el derecho, deliberando sobre la situación y dando razones sólidas, calificará tal situación como una laguna e integrará; o la calificará como un vacío y no integrará. Desde luego, también podrá ocurrir —y a menudo ocurre— que hayan dos personas igualmente versadas en derecho y una decida que tal situación es una laguna y otra, por el contrario, decida que esa situación es un vacío.

Dicho esto, es importante resaltar que hay tres casos en los que, a nuestro juicio, es perfectamente razonable decir que debe haber una laguna que lleve a la integración de una solución. Ellos son:

1. Cuando la situación bajo estudio tiene una racionalidad sustantivamente igual a la de otro caso que sí está normado, aún cuando ambos son fenómenos distintos: teniendo una especificidad diferente, tienen una esencia en común. Tal es el caso, por ejemplo, de la acción reivindicatoria que permite al propietario recuperar el bien de su propiedad, que es imprescriptible. También está la acción reivindicatoria de herencia, que permite que se atribuya la herencia que no se entregó oportunamente —que no es imprescriptible y por lo tanto no se extingue a los diez años de la muerte del *causante*, es decir quien dejó la herencia—. Si bien en un caso se otorgó legislativamente la imprescriptibilidad y en el otro no, en ambos se trata de propiedad de cosas y de derechos. Por ello, si la reivindicatoria debe ser imprescriptible, es lógico que la reivindicatoria de herencia también lo sea. Es la misma razón de existencia de las dos acciones.

2. Cuando el caso, de no recibir respuesta jurídica, generara una consecuencia que pudiera agraviar los principios del derecho. Esto nos lleva al problema de integración mediante la recurrencia a dichos principios. Un caso interesante es el del artículo 3 de la Constitución:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

El artículo se pone en tres casos en los que se extiende la enumeración de los derechos constitucionales. El segundo de ellos es el que se refiere a la existencia constitucional de los derechos análogos a los que ya existen en la Constitución. Es la misma Constitución la que sostiene la validez de la extensión analógica porque se agraviarían los principios del derecho, en especial el de optimización de los derechos constitucionales, si no se reconocieran como válidos los derechos análogos a los que existen en la Constitución. Algunos de los derechos que el Tribunal Constitucional ha reconocido como derechos implícitos o como derechos no escritos tienen indudable carácter analógico con respecto a los que especifica el texto.

3. Cuando el derecho ha producido una norma genérica pero vigente, y por lo tanto exigible en sí misma, que requiere una normatividad reglamentaria aún no promulgada. El Tribunal Constitucional ha establecido que él debe realizar una labor de integración jurídica en ciertos casos como el aquí descrito:

16. [...] La función que el Tribunal Constitucional ostenta en la «constitucionalización» del orden jurídico no se agota, pues, en la declaración de incompatibilidad constitucional de normas legales o infralegales con la Constitución, sino que, ante la ausencia de regulación legal de alguna situación que incide directamente en el ejercicio

de los derechos fundamentales, este Colegiado se encuentra obligado a integrar o complementar el ordenamiento jurídico a fin de cumplir el imperativo constitucional contenido en el artículo 139, inciso 8 de la Constitución de no dejar de impartir justicia en un caso concreto, por vacío o deficiencia de la ley; así como en cumplir su obligación constitucional de impedir la vulneración permanente y sistemática de los derechos fundamentales derivados de la omisión legislativa (deber de protección)².

Establecidos así los conceptos de laguna y vacío del derecho, así como los criterios generales razonables para definir cuándo estamos ante uno u otro, pasemos a ver el papel que la analogía y los principios del derecho tienen, como soluciones, en la integración jurídica.

3. LA ANALOGÍA

La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia³.

² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 4 e abril de 2011 en el Exp_0228_2009_PA_TC sobre proceso de amparo interpuesto por doña Flor de María Ibáñez Salvador contra la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., el Complejo Agroindustrial Cartavio S.A.A., el Fondo de Inversiones Diversificadas S.A. («FODINSA»), el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - La Libertad y el Procurador Público a cargo de la Procuraduría Pública de la Oficina de la Presidencia del Consejo de Ministros.

³ Esta definición corresponde, como veremos luego, al argumento *a pari*. También la analogía funciona aplicando al supuesto de la norma una consecuencia distinta de la prevista, en función a que guarda con esta una determinada proporción. Es lo que se llama el argumento *a fortiori* con sus variedades *ab minoris ad maius* y *ab maioris ad minus*. También los trataremos posteriormente.

3.1. Funcionamiento de la analogía

De manera simplificada y formal, la analogía funciona así:

1. El supuesto de la norma jurídica describe un hecho con características «A, B, C, D» y le asigna lógico-jurídicamente la consecuencia «X».
2. En la realidad se da un caso cuyas características son «A, B, C, E»; por lo tanto este caso real no es considerado exactamente dentro de la norma antedicha.
3. El agente⁴ que aplica el derecho en este caso, analiza las semejanzas y diferencias entre los dos hechos anteriores, el descrito como «A, B, C, D» y el que ocurre como «A, B, C, E» y concluye que lo esencial de ambos es el grupo de características «A, B, C» siendo accesorios y no relevantes los rasgos «D» y «E», (que constituyen la diferencia entre ambos), de lo que aparece su semejanza esencial. Este paso no es lógicamente demostrable. Tiene que ser evaluado en cada caso y debe ser fundamentado con razones válidas. Por lo mismo, siempre es una decisión discutible.

Usemos el caso del error y la ignorancia. Estrictamente hablando, el error es un conocimiento desnaturalizado por dos posibles razones: o se ha conocido parte de la verdad y no toda ella (tanto de los hechos como del derecho); o se ha conocido toda la verdad pero se ha hecho una interpretación equivocada de dichos conocimientos.

4. La ignorancia supone el desconocimiento de los hechos o del derecho. En esto es totalmente distinta de los diversos fenómenos de error, incluido aquel en el que se conocen parcialmente las cosas, porque ignorancia es desconocimiento total en tanto que error (en ese caso), es desconocimiento parcial.

⁴ Llamamos aquí agente a la persona que utiliza el derecho: abogado, juez, fiscal, contratante, etcétera.

5. Sin embargo, la literatura especializada está de acuerdo en asignar a la ignorancia los mismos efectos que al error, es decir, en tratar a la ignorancia como si fuera un simple error.
6. Si recurrimos a la formalización ABCD y ABCE hecha antes, llegaremos a la conclusión de que error e ignorancia son sustantivamente semejantes, solo que en el error hay un conocimiento de las cosas (D), en tanto que en la ignorancia hay desconocimiento total (E). En lo demás son iguales: en los dos hay una equivocación (A), en los dos hay una errada e involuntaria expresión de voluntad que emerge de la equivocación (B) y en los dos hay la idea de anular el acto (C) por parte de quien incurrió en el error o la ignorancia.
7. Desde luego, en la absolucón de casos concretos podremos encontrar personas que opinen que esa ignorancia no es asimilable a todos los detalles del error considerados en el Código, en tanto que otros estimarán que sí lo es. En esto está la discrepancia que siempre aparece en torno a las semejanzas jurídicas. Pero, precisamente, de eso se trata esta compleja parte de nuestro sistema jurídico. Una semejanza esencial siempre será discutible y casi nunca comprobable en el estricto sentido de la palabra.
8. Es así que a partir de la norma jurídica «Si (A, B, C, D), entonces «X», el agente ha integrado (creado) por el procedimiento analógico una nueva norma jurídica que dice «Si (A, B, C, E), entonces «X».
9. El agente no encuentra en el sistema jurídico ninguna limitación ni impedimento para que al hecho «A, B, C, E» siga la consecuencia «X».
10. El agente asigna al hecho «A, B, C, E» la consecuencia «X».

Es importante señalar que la analogía debe ser utilizada restrictivamente, es decir, solo cuando la analogía es sumamente evidente. En caso contrario es mejor no utilizarla para no alterar el derecho tal como ha sido elaborado por las fuentes formales.

3.2. Impedimento o limitación para la analogía

Hay impedimentos reconocidos al uso de la analogía. Los principales son:

- El del inciso 9 del artículo 139 de la Constitución que dice: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos [...]».
- No se puede utilizar la analogía cuando se tiene entre manos normas especiales o normas de excepción. La analogía solo debe aplicarse entre normas generales.
- No puede establecerse normas de sanción vía la analogía. Por ello, no procede en el derecho penal, en abundancia a lo ya establecido expresamente por la Constitución.
- No puede crearse tributos ni concederse exoneraciones ni extenderse las disposiciones tributarias por analogía, a personas o supuestos distintos que los señalados en la ley.
- No procede utilizar la analogía a partir de normas prohibitivas, excepcionales, especiales, o de las que restringen derechos, pues son normas cuya *ratio legis* implica, esencialmente, una aplicación restrictiva y no extensiva.
- La analogía debe utilizarse, en todo caso, dentro de cada conjunto del sistema jurídico y solo por excepción entre conjuntos diversos cuando la naturaleza de los principios de uno y otro conjunto fuera similar en relación al caso de que se trate.

Por ejemplo, se pueden aplicar de manera analógica las normas contractuales dentro del derecho civil o dentro del derecho administrativo, según el caso. Sin embargo, hay que tener muchísimo cuidado al aplicar las normas administrativas a los contratos civiles, o las del derecho civil al contrato administrativo.

3.3. Las formas en las que aparece la analogía

La analogía tiene cuatro manifestaciones clásicas en el derecho: la primera es el argumento *a pari*, cuyo significado es: «Donde hay la misma razón hay el mismo derecho»; la segunda es el *a fortiori*: «Si puede hacer A, con mayor razón puede hacer B»; la tercera es el argumento *ab maioris ad minus* cuyo texto es: «Quien puede lo más puede lo menos»; y, la cuarta es el argumento *ab minoris ad maius*: «Si no puede lo menos tampoco puede lo más».

3.3.1. El argumento *a pari*

Según el argumento *a pari*, «donde hay la misma razón hay el mismo derecho».

Esquemáticamente, este argumento puede referirse así:

- A puede hacer X;
- X es sustantivamente semejante a Y;
- A no está impedido ni limitado de hacer Y;
- Por consiguiente, A puede hacer Y.

Este esquema nos permite ver el resumen del proceso de integración de la norma analógica. En un ejemplo concreto, podríamos traducir los términos anteriores de la siguiente manera:

- El Congreso tiene entre sus atribuciones aprobar el presupuesto (Constitución, artículo 102 inciso 4);
- Aprobar el presupuesto es sustantivamente semejante a modificarlo;
- El Congreso no está impedido ni limitado de modificar el presupuesto;
- Por consiguiente, el Congreso puede modificar el presupuesto.

Es importante notar la forma como actúa el tercer término del encañamiento, porque bien pudiera suceder que una norma jurídica dijese, por ejemplo «Una vez aprobado, el presupuesto no puede ser modificado sino transcurrida la mitad de su ejecución», o algo similar, en cuyo caso la atribución de aprobar no significaría necesariamente la atribución de modificar. Como se ve, en este caso la diferencia entre la norma existente y la creada por integración, es que se ha modificado la consecuencia.

El argumento *a pari* también puede permitir que la misma consecuencia normada sea aplicada a un supuesto distinto pero semejante. Su esquematización sería:

- Si A, entonces X;
- A es sustantivamente semejante a B;
- No está impedido ni limitado que a B deba seguir como consecuencia X
- Por consiguiente, si B entonces X.

El ejemplo para este esquema es el del error y la ignorancia que ya desarrollamos antes. En este ejemplo se modifica el supuesto y no la consecuencia.

3.3.2. El argumento *a fortiori*

El argumento *a fortiori* funciona con base en el criterio «con mayor razón». Su esquematización es:

- A puede hacer X;
- B tiene mayor razón que A para hacer X;
- B no está impedido ni limitado de hacer X;
- Por consiguiente, B puede hacer X.

El ejemplo lo trae nuestra legislación precedente sobre hábeas corpus. Según el Código de Procedimientos Penales (ahora derogado por la Ley de Hábeas Corpus y Amparo 23506 del 7 de diciembre de 1962), establecía que esta acción podía ser interpuesta por el detenido o por sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Por distracción, el legislador olvidó que el cónyuge es pariente y lo excluyó de entre aquellos hábiles para accionar. Nuestra jurisprudencia, acertadamente, estableció que el cónyuge también podía interponer la acción. Aquí se utilizó el argumento *a fortiori* de la siguiente manera:

Los parientes del detenido dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad pueden interponer el hábeas corpus.

El cónyuge del detenido tiene mayor razón que dichos parientes para interponer la acción.

El cónyuge no está impedido ni limitado de interponer dicha acción.

Por consiguiente, el cónyuge puede interponer el hábeas corpus en favor de su cónyuge detenido.

3.3.3. *El argumento ab maioris ad minus*

Según el argumento *ab maioris ad minus*, «quien puede lo más puede lo menos». Esta es una variación del argumento *a fortiori* fundado en la mayor fuerza que tiene, para quien está investido de la atribución de hacer lo mayor, poder hacer lo menor. La formalización esquemática es:

- A puede hacer X;
- X requiere más poder que hacer Y;
- A no está impedido ni limitado de hacer Y;
- Por consiguiente, A puede hacer Y.

El ejemplo concreto sería:

- «A» puede cobrar hasta el 60% de interés cuando presta dinero;
- Prestar con interés requiere más atribuciones que prestar gratuitamente;
- «A» no está impedido de prestar gratuitamente;
- Por consiguiente, «A» puede prestar gratuitamente.

3.3.4. *El argumento ab minoris ad maius*

Según el argumento *ab minoris ad maius*, «si no puede lo menos, con mayor razón no puede lo más». Su esquematización es la siguiente:

- A no puede X;
- Hacer X requiere menor poder que hacer Y;
- A no está autorizado a hacer Y;
- Por consiguiente, A no puede hacer Y.

El ejemplo concreto es:

- El que guarda una cosa por encargo de otro no puede usarla.
- Usar la cosa requiere menor poder que alquilarla a tercero.
- El que guarda una cosa por encargo de otro no está autorizado a alquilarla a tercero.
- Por consiguiente, el que guarda una cosa por encargo de otro no puede alquilarla a tercero.

El argumento *ab minoris ad maius* también es una variante del *a fortiori* porque aquí el argumento sigue siendo «con mayor razón» pero invertido hacia su forma negativa. Se supone que quien no tiene el mínimo poder, tampoco tiene el máximo.

3.4. La analogía y el argumento a contrario

En la teoría del derecho, al lado de la analogía en sus diversas modalidades, existe el *argumento a contrario*, cuyo tenor es el siguiente: «Lo normado por el derecho excluye su extensión hacia la regimentación de otros hechos no expresamente considerados en el supuesto de la norma con la misma consecuencia; o atribuir consecuencias distintas al mismo supuesto».

Es susceptible de dos esquematizaciones. La primera es:

- A puede hacer X.
- A no está autorizado a hacer no-X.
- Por consiguiente, A no puede hacer no-X.

El ejemplo concreto es:

- El editor está autorizado a editar el libro de acuerdo al contrato.
- El editor no está autorizado a hacer otra cosa con el libro que editarlo de acuerdo al contrato.
- Por consiguiente, el editor no puede hacer otra cosa con el libro salvo editarlo.

En este caso el argumento a contrario lleva a la conclusión de que al supuesto de la norma no puede aplicársele consecuencia distinta a la expresamente establecida.

La otra esquematización es:

- A puede hacer X.
- Nadie más está autorizado a hacer X.
- Por consiguiente, no-A no puede hacer X.

El ejemplo es:

- El editor está autorizado a editar el libro.
- Nadie más está autorizado a realizar la edición.
- Por consiguiente, el que no sea el editor, no puede editar el libro.

En esta variante, el argumento a contrario establece que a supuesto distinto no puede aplicársele la consecuencia establecida. En otras palabras, que esta consecuencia solo procede para el supuesto de la norma. Es una variante distinta pero complementaria de la anterior.

El argumento a contrario, llevado al extremo, niega la analogía porque impide con sus dos variantes que la norma jurídica extienda su normatividad a campos distintos de los previstos en ella, al bloquear las dos posibilidades existentes.

3.5. La analogía en el derecho peruano

La analogía no está expresamente autorizada en la Constitución como un procedimiento de solución de lagunas. Sin embargo, no solo es un método ampliamente reconocido en la doctrina para ello sino que, curiosamente, la podemos extraer del inciso 9 del artículo 139 de la Constitución aplicándole el argumento a contrario a la parte que impide aplicar por analogía la ley penal y las normas que restrinjan derechos.

Según esta argumentación, al establecerse esta limitación se la está permitiendo en otros campos.

4. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO Y LA INTEGRACIÓN

Hemos explicado ya las características de los principios del derecho (ver el apartado 3 del capítulo sobre norma jurídica y el 3.2. sobre interpretación). Ahora veremos cómo se trabaja con ellos en la integración jurídica. Las formas son dos: la generación de normas a partir de los principios y la aplicación de la *analogia iuris*.

4.1. Generación de normas a partir del contenido propio de los principios del derecho

Esta forma de operación funciona cuando la laguna del derecho es de tal naturaleza que su ocurrencia no está prevista en ninguna otra norma o grupo normativo del sistema, de manera tal que no podemos recurrir a ninguna clase de interpretación ni analogía. En tal caso solo pueden utilizarse dichos principios para elaborar la resolución normativa.

Un caso relativamente reciente es el de la determinación de la existencia del derecho fundamental a la verdad. Lo dice el Tribunal Constitucional en estos términos:

17. Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no solo

es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no solo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos⁵.

El derecho a la verdad no está expresamente establecido en la Constitución, pero el Tribunal Constitucional le ha dado rango de derecho fundamental constitucional, extrayéndolo de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, por las razones expresadas en la sentencia transcrita. El caso ha ocurrido en el plano máximo de validez de las normas jurídicas: el constitucional.

Finalmente, hay que señalar que en muchas situaciones la ponderación de dos principios también nos puede llevar a crear una norma *ad hoc* para un caso concreto.

4.2. La *analogia iuris*

Los principios generales del derecho también funcionan a través de la *analogia iuris*, que consiste en aplicar analógicamente a una situación que no tiene principios expresamente previstos, los que sí resultan aplicables a una situación similar. Se combinan, así, la analogía y los principios generales. La *analogia iuris* se diferencia de la analogía pura porque esta

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de marzo del 2004 en el Exp_2488_2002_HC_TC sobre acción de hábeas corpus interpuesta por doña María Emilia Villegas Namuche a favor de su hermano, Genaro Villegas Namuche, por la violación de sus derechos a la vida, al debido proceso, a la legítima defensa y a la libertad individual.

recurre a la norma establecida para un caso similar pero distinto, en tanto que la *analogia iuris* recurre a los principios generales aplicables a un caso de dichas características en relación a la laguna que se pretende solucionar.

Un ejemplo clarificador es el de la teoría de la continuidad de los decretos leyes expedidos por gobiernos de facto. Estos decretos, algunos de los cuales todavía están en vigencia, no son reconocidos entre las normas con rango de Ley por la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional les ha dado reconocimiento en una sentencia específica, a través de la teoría de la continuidad, aplicándoles, por *analogia iuris*, los principios que son aplicables a las leyes según la Constitución:

13. En cambio, la teoría de la continuidad utilizada en amplios momentos de nuestra historia y la teoría de la revisión son las que han permitido afrontar el delicado problema de la vigencia de los Decretos Leyes.

Según la teoría de la continuidad, los decretos leyes perviven o mantienen su vigencia —surtiendo todos los efectos legales— no obstante producirse la restauración del Estado de derecho. Estos solo perderán vigencia en caso de que el Congreso posterior a un gobierno de facto dicte leyes que los abroguen, modifiquen o sustituyan, según el caso.

Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica. En el caso de los Decretos Leyes, dicho fin implica resguardar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y la de los bienes jurídicos (vida, propiedad, honor, etc.) que se encuentran amparados por ellos, sin mengua de reconocer que este amparo haya sido establecido de manera no formal.

14. En efecto, durante el interregno del Estado de derecho —como consecuencia de la imposición de un gobierno de facto— surgen inevitablemente relaciones interpersonales reguladas por Decretos Leyes. No aceptar la continuidad de la vigencia sui géneris de estos, sería abrir un largo, oscuro e inestable «paréntesis jurídico» que dejaría en la orfandad al cúmulo de beneficios, facultades, derechos o

prerrogativas nacidos de dicha legislación, así como también quedarían privados de exigencia las cargas públicas, deberes, responsabilidades, penalidades, etc., que el Estado hubiese establecido en su relación con los ciudadanos. Desde ambas perspectivas —la ciudadanía y la organización estatal—, se perpetraría un inmenso perjuicio para la vida coexistencial y la normal marcha del cuerpo político.

15. Así, el desconocimiento a priori y genérico de la totalidad de los Decretos Leyes, luego de restaurarse el Estado de derecho, generaría incertidumbre, caos, desorden, riesgo y amenaza para las relaciones entre los ciudadanos y entre estos y el Estado⁶.

El razonamiento hecho puede resumirse en el cuadro siguiente:

- La ley está sujeta a ciertos principios.
- Los decretos leyes tienen rango de ley aun cuando tienen vicio constitucional esencial.
- Existe un problema de hecho que consiste en que hacer caducar a los decretos leyes traería un grave caos en el derecho, caso no previsto por él.
- Por lo tanto se aplica a los decretos-leyes, vía analogía de principios o *analogia iuris*, los principios generales aplicables a las leyes.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de enero del 2003 en el exp_0010_2002_AI_TC sobre acción de Inconstitucionalidad seguida por ciudadanos con firmas contra los Decretos Leyes Nos. 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas.

5. PREGUNTAS

1. Describa el concepto de laguna del derecho y contrástelo con el concepto de vacío del derecho.
2. Describa los elementos esenciales del concepto de analogía y su forma de utilización en el derecho.
3. Describa los elementos esenciales del argumento *a pari*.
4. Describa los elementos esenciales del argumento *a fortiori*.
5. Describa los elementos esenciales del argumento *ab maioris ad minus*.
6. Describa los elementos esenciales del argumento *ab minoris ad maius*.
7. Describa los elementos esenciales del argumento *a contrario* y ponga ejemplos de sus dos formas de manifestación.
8. Describa de qué manera se integran soluciones jurídicas a partir de los principios.
9. Describa los elementos esenciales de la *analogia iuris*.

CAPÍTULO 8 ANTINOMIAS

Una de las características básicas del ordenamiento jurídico estatal es ser coherente. Esto quiere decir que el ordenamiento no puede tener dos normas jurídicas incompatibles o contradictorias. Sin embargo, como ya hemos señalado, puede producirse una situación de incompatibilidad solo cuando hablamos de reglas, ya que si se tratara de principios llegaríamos al problema de interpretación que hemos denominado ponderación de principios. En conclusión, a las relaciones de incompatibilidad entre dos normas reglas se les denomina antinomias.

La antinomia de reglas es una patología del ordenamiento jurídico estatal que debe solucionarse mediante la desaparición de la contradicción, es decir, debe elegirse una entre todas las normas incompatibles.

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA: LOS TIPOS DE ANTINOMIAS

Dos normas válidas regulan un mismo supuesto de manera incompatible entre sí. Hay que considerar que la incompatibilidad nace, precisamente, de la interpretación en abstracto que se ha hecho de tales normas-reglas. Es más, es evidente que un intérprete podría desaparecer la antinomia si busca una lectura complementaria de las dos reglas en lugar de ver en ellas dos reglas contradictorias.

La definición de antinomia nos lleva a diferenciar dos casos de antinomia. De un lado, la antinomia por divergencia o conflicto y, de otro lado, la antinomia por contradicción o sucesión normativa. Podemos distinguir estos dos tipos de antinomias a partir de dos factores: el tipo de normas y los efectos de su concurrencia.

En primer lugar, atendiendo al tipo de normas incompatibles, se debe distinguir entre el origen y el ámbito de cada una. Por el origen, una regla puede ser internacional —como el caso de los tratados—, estatal —la Constitución, la ley, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, las ordenanzas regionales y municipales, etc.—, profesional —los convenios colectivos— o social —la costumbre—. Por el ámbito, una regla puede ser general o especial, si en la comparación la primera tiene un ámbito de aplicación mayor que la segunda, sea en lo personal, en lo territorial, en las materias, en las condiciones, en los comportamientos, o en cualquier otro ámbito.

De esta manera, si el origen o el ámbito son distintos, se produce una divergencia o conflicto. Por ejemplo, se enfrenta una ley con un convenio colectivo o una ley general con otra ley especial. Por su parte, si el origen y el ámbito son iguales, se produce una contradicción o sucesión normativa. Por ejemplo, una ley general concurre con una ley especial o un convenio colectivo concurre con otro convenio colectivo del mismo ámbito.

En segundo lugar, el otro factor de distinción es el efecto de la concurrencia. Cuando se trata de una divergencia o conflicto la discrepancia entre las normas se soluciona con la inaplicación de una de ellas al caso concreto. Se entiende que ambas normas son válidas y pertenecientes al ordenamiento jurídico, pero como quiera que son de orígenes o ámbitos distintos no se puede eliminar una de ellas, por lo cual las dos mantienen su vigencia a pesar de que solo una de ellas se aplica al caso en discusión. Así, una ley nunca podrá eliminar a un tratado internacional, ya que su origen es distinto. No obstante, cuando se trata de una contradicción o sucesión normativa, la incompatibilidad

es absoluta —en origen y ámbito—, tanto que una de ellas debe ser eliminada con el fin de acabar con la antinomia.

En consecuencia, si el operador del derecho detecta una incompatibilidad entre dos reglas —incompatibilidad que además se presenta como insalvable vía la interpretación—, lo primero que tiene que hacer es calificar la antinomia como «antinomia por divergencia» o «antinomia por contradicción».

2. CRITERIOS DE SOLUCIÓN EN LA ANTINOMIA POR DIVERGENCIA O CONFLICTO

Si se ha detectado una antinomia por divergencia, entonces esta se solucionará aplicando una única norma e inaplicando la otra norma o normas incompatibles. No hay derogación sino solamente inaplicación. Ello permite que aunque la norma inaplicada no se pueda utilizar en el caso concreto, seguirá vigente y podrá ser utilizada en otros casos.

Los criterios de solución planteados por la doctrina son: jerarquía, especialidad y temporalidad.

El criterio de jerarquía señala que las normas de mayor rango en el sistema de fuentes estatal tienen prioridad de aplicación respecto de las normas de menor jerarquía.

El criterio de especialidad señala que la norma especial se prefiere sobre la norma general. Es decir, se apela a la consideración del legislador razonable, pues si el legislador ha creado una ley excepcional (se entiende, por la naturaleza de las cosas) debe mantenerse esta medida.

El criterio de temporalidad señala que la norma nueva se prefiere a la antigua.

Definitivamente, los casos de antinomia por divergencia son múltiples y de muy variada naturaleza. No obstante, hay que señalar que los criterios de solución de antinomias por divergencia no tienen orden jerárquico. Obsérvese que en nuestra Constitución Política se enuncian los criterios (artículos 51 y 103); sin embargo, no hay norma que establezca la preeminencia de alguno de ellos.

En realidad, la omisión de una norma que establezca un orden jerárquico entre los criterios parece consciente, como para que el aplicador valore los criterios y obtenga una solución de conformidad a los fines constitutivos del ordenamiento jurídico estatal. En otras palabras, si el ordenamiento jurídico estableciera un orden jerárquico para utilizar los criterios de solución (imaginemos, primero, jerarquía; luego, especialidad y, finalmente, temporalidad), podríamos llegar a varias conclusiones incompatibles con los valores y principios fundamentales de un ordenamiento.

Por ejemplo, un convenio colectivo sobre remuneraciones en el sector público podría ser inaplicado por un decreto de urgencia, en atención a su mayor jerarquía. El decreto de urgencia tendría rango legal, mientras el convenio colectivo tendría rango terciario, como corresponde a la autonomía privada. No obstante, esta situación estaría desconociendo el derecho de negociación colectiva recogido en el artículo 28 de la Constitución y que también es una base del ordenamiento jurídico estatal peruano. Probablemente, la especialidad del convenio colectivo en el tema laboral sea el criterio que mejor se ajuste a una lectura omnicompreensiva del sistema jurídico peruano.

Otro ejemplo. Un tratado internacional prohíbe la pena de muerte en las legislaciones nacionales y el Perú suscribe el tratado. De pronto, la Constitución impone la pena de muerte. Por jerarquía, corresponde aplicar la Constitución. Sin embargo, una solución como esta es contraria a la lógica de valores y principios que tiene nuestro ordenamiento. Probablemente, el criterio de especialidad vuelva a ser el que más se ajusta a las necesidades del ordenamiento en este caso. Obsérvese que el de temporalidad también inclinaría la balanza hacia la aplicación de la Constitución.

De este modo, debemos asumir que la aplicación de los criterios de solución de antinomias por divergencia debe ser flexible y siempre orientada a derivar respuestas coherentes con los valores y principios del ordenamiento jurídico estatal. La utilización de un criterio en un caso

puede ser inobjetable, pero quizá en otro caso ese mismo criterio puede llevarnos a respuestas irrazonables.

Finalmente, lo dicho tiene una importante excepción. Si las normas incompatibles tienen el mismo origen estatal, al margen de su ámbito especial o general, sí hay que aplicar de entrada el criterio jerárquico. Lo que sucede es que el criterio de jerarquía es también un requisito de validez estricto para las normas estatales, pues primero se ubica la Constitución, luego las normas con rango de ley y, por último, los reglamentos o decretos supremos. No puede haber una incompatibilidad entre ley y Constitución, porque se prefiere esta segunda, ni tampoco puede existir una incompatibilidad entre ley y decreto supremo, ya que este último no puede contradecir a la ley.

La primacía del criterio jerárquico en las normas de origen estatal se explica porque es imposible que exista una contradicción de dos normas de distinto rango, ya que una de ellas por fuerza siempre será inválida y, por ende, no puede haber conflicto entre una norma válida y otra inválida. Simplemente, se aplicaría la válida y no habría antinomia. Si una norma de origen estatal de menor jerarquía contradice a una norma de mayor rango, la de menor rango deberá declararse inválida.

3. CRITERIOS DE SOLUCIÓN EN LA ANTINOMIA POR CONTRADICCIÓN

Como quiera que en la antinomia por contradicción el origen y el ámbito de las dos reglas incompatibles es igual, solo se podrán utilizar dos de los tres criterios que hemos mencionado: jerarquía y temporalidad. Recuérdese que el ámbito siempre será igual y por tanto la contradicción ocurre entre normas especial-especial o general-general.

Es más, en estos casos de antinomia por contradicción deberá utilizarse primero el criterio de jerarquía y luego el de temporalidad. Ello sobre todo cuando existan antinomias por contradicción entre normas-reglas de origen estatal. Como acaba de decirse, la jerarquía es un requisito

de validez estricto entre normas estatales. En las normas de origen estatal es imposible que exista una contradicción de dos normas de distinto rango, ya que una de ellas por fuerza siempre será inválida. Y, dado que no puede haber contradicción entre una norma válida y otra inválida, no existe una antinomia real.

De otro lado, si estamos ante normas de igual origen, sea internacional o de la autonomía privada, lo más probable es que también desaparezca la aplicación del criterio de jerarquía, ya que fuera del origen estatal no hay rangos normativos tan estrictos. Por ejemplo, entre tratados internacionales hay tratados previos y posteriores en la mayoría de los casos y solo en casos excepcionales un tratado puede estar subordinado a otro. Lo mismo sucede en el caso de las normas que provienen de la autonomía privada, donde casi el único criterio de solución que se aplica es el de temporalidad.

4. PREGUNTAS

1. Defina qué es una antinomia.
2. Describa cuáles son los tipos de antinomia.
3. Identifique los criterios de solución de una antinomia.
4. Enumere los criterios de solución de antinomia por divergencia. ¿Algunos de estos criterios prevalecen en la aplicación frente a los demás?
5. Explique por qué en la antinomia por contradicción solo se pueden aplicar dos criterios: jerarquía y temporalidad.

CAPÍTULO 9

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS GENERALES EN EL TIEMPO

El tiempo transcurre y genera consecuencias sobre varios aspectos de la vida. También en el derecho, entre otras razones porque las normas jurídicas inician su vigencia en un momento determinado y ciertamente también terminan dicha vigencia en otro momento determinado, cuando son derogadas o modificadas¹. Sin embargo, en los hechos concretos y por razones que fundamentalmente tienen que ver con la equidad, el tema de aplicación en el tiempo se discute todos los días en el derecho y hay que conocer sus aspectos esenciales.

Existen dos grupos de conceptos indispensables para trabajar el tema de aplicación de la norma jurídica general en el tiempo. El primero tiene que ver con la forma de aplicación según el momento de vigencia de la norma. Para ello, los conceptos a aplicar son retroactividad, aplicación inmediata y ultraactividad. El segundo grupo de conceptos tiene que ver con las consecuencias de la aplicación de las normas jurídicas generales en el tiempo y tiene que ver con las teorías de los derechos adquiridos y de los hechos cumplidos.

¹ Es verdad que, a veces, es difícil determinar si una norma jurídica fue o no derogada, o modificada. En ese caso hay que proceder a la interpretación de la situación pero, definido el caso, se sabe ciertamente si la norma fue o no derogada y cuándo.

1. APLICACIÓN INMEDIATA, APLICACIÓN ULTRAACTIVA Y APLICACIÓN RETROACTIVA DE UNA NORMA GENERAL

En el derecho, las normas jurídicas son constantemente establecidas, modificadas o derogadas por otras. Las normas sucesivas pueden tener mandatos distintos o inclusive contradictorios, y ello puede afectar más o menos gravemente los derechos de las personas.

Por ejemplo, vamos a suponer que el Estado considera que hay muchos abogados y prohíbe a partir de este año el funcionamiento de las facultades del derecho del país por los próximos diez años. Es obvio que a quien quería ingresar a ellas no lo afecta en sus *derechos* sino en sus *expectativas* de estudiar tal carrera (se explica el concepto *expectativas* en el apartado 1.2. de este capítulo). Sí afectará sin embargo a quienes están estudiando y tendrán que cortar sus estudios, aunque estén en el último semestre. Estos alumnos podrán argumentar que ellos ingresaron a estudiar derecho de acuerdo a ley y que, si bien podría ocurrir que no ingresen nuevos postulantes a la carrera, el Estado tiene el deber de dejarlos terminar porque cuando empezaron las leyes decían que podían estudiar y concluir sus estudios.

En este breve ejemplo se muestra claramente el dilema de equidad con los que ya están estudiando —para que concluyan sus estudios— y el conflicto inmediato de normas en el tiempo: las anteriores que les permitieron iniciar sus estudios con la promesa de terminarlos, y las actuales que les prohíben terminar sus estudios y los perjudican por el largo tiempo que habrían estudiado sin lograr, finalmente, concluir.

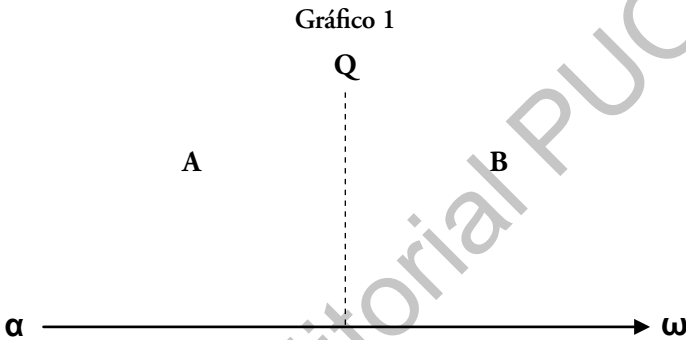
Esto tiene que ver, desde un punto de vista más conceptual, con la urgencia de definir si habrá aplicación retroactiva, inmediata o ultraactiva.

Aplicación inmediata de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigencia y aquel en que es derogada o modificada.

Aplicación ultraactiva de una norma es aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren luego de que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita², es decir, luego de que termina su aplicación inmediata.

Aplicación retroactiva de una norma es aquella que se hace para regir hechos, situaciones o relaciones que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia, es decir, antes de su aplicación inmediata.

El siguiente cuadro grafica este tema:



«A» es la primera norma aplicable a la situación que luego, a partir de «Q» —que es un momento determinado en el tiempo—, es derogada y sustituida por «B», que viene a ser la nueva norma jurídica aplicable. «Q» es, entonces, el «punto de quiebre» entre la antigua y nueva normatividad y puede ser definido como aquel momento en el cual la nueva disposición legal «B» entra en vigencia, modificando o derogando, expresa o tácitamente, a la antigua disposición «A».

El punto «Q» es aquel momento en el que «A» deja de tener vigencia por haber sido derogada, y el inicio de la vigencia de la norma «B». Este punto está claramente definido para cada caso: la vigencia de las normas

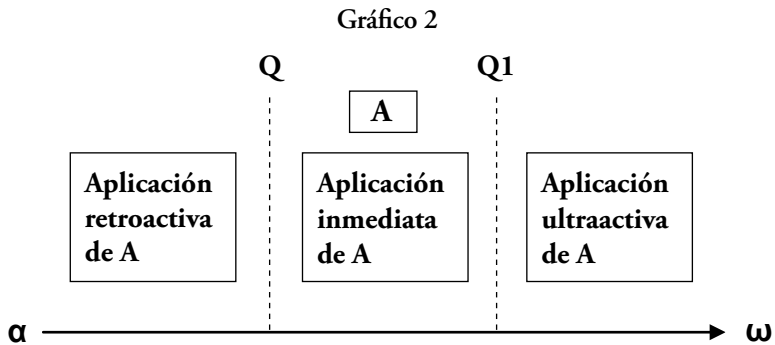
² La derogación tácita y expresa está regulada en el artículo I del Título Preliminar del Nuevo Código Civil.

se inicia al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la propia norma que postergue su vigencia en todo o en parte (Constitución, artículo 109 y ley 29158, ley del Poder Ejecutivo, artículo 11).

Así, cuando se sostiene que la norma «B» rija antes del momento «Q», buscamos que se haga aplicación retroactiva de ella, pues se propone que sea obligatoria desde antes de su vigencia.

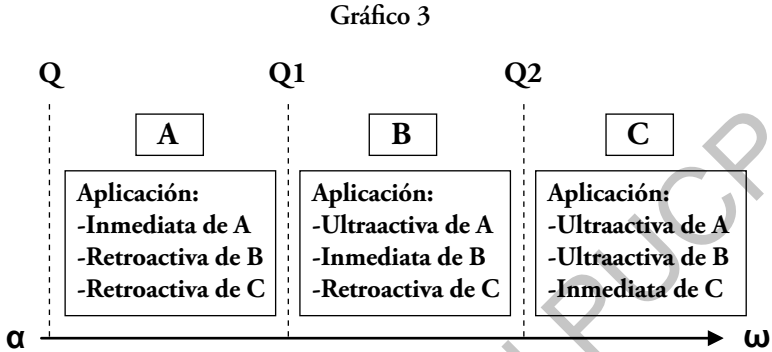
Cuando se sostiene que la norma «A» rija luego del momento «Q», buscamos que se haga aplicación ultraactiva de ella, pues se propone que sea obligatoria después de haber sido formalmente derogada.

Si partimos de dos afirmaciones correctas que son: «Toda norma debe regir a partir de su vigencia» y «dicha vigencia se mantiene hasta que la norma sea derogada o modificada», podremos bien comprender que, en principio, la retroactividad o la ultraactividad no deben existir y, en todo caso, resultan vigencias de por sí excepcionales. El siguiente gráfico precisa estas situaciones:



La Ley A entró en vigencia en el momento «Q» y fue derogada en el momento «Q1». Antes de «Q» es aplicada retroactivamente. Entre «Q» y «Q1» es aplicada inmediatamente. Luego de «Q1» es aplicada ultraactivamente.

Si ahora sintetizamos los dos cuadros antes elaborados, y añadimos una tercera norma «C», podremos ver las diversas etapas y superposiciones posibles:



El gráfico 3 expresa las siguientes situaciones:

1. El punto «Q» determina el inicio de la vigencia de la normatividad sobre el tema mediante la norma «A». Esto significa:

- 1.1. Que antes de «Q» no hay norma aplicable, y por lo tanto, allí la norma «A» sería aplicada retroactivamente.
- 1.2. Que a partir de «Q» entra en vigencia propiamente dicha la norma «A».

2. El punto «Q1» determina el momento en que entra en vigencia la norma «B», derogando a la norma «A». Esto significa:

- 2.1. Que antes de «Q1» la aplicación de la norma «B» sería aplicación retroactiva.
- 2.2. Que a partir de «Q1» entra en vigencia propiamente dicha la norma «B».
- 2.3. Que a partir de «Q1» la norma «A» solo puede ser aplicada ultraactivamente.

3. El punto «Q2» determina el momento en que entra en vigencia la norma «C», derogando a la norma «B». Esto significa:

- 3.1. Que antes de «Q2» la aplicación de la norma «C» es aplicación retroactiva.
- 3.2. Que a partir de «Q2» entra en vigencia propiamente dicha la norma «C».
- 3.3. Que a partir de «Q2» la norma «B» (y también la norma «A») solo pueden ser aplicadas ultraactivamente.

Aún se puede hablar de un cuarto tipo de concepto de aplicación en el tiempo que es la *aplicación diferida*: aquel caso en el que la norma es publicada pero no entra a regir inmediatamente sino en un momento posterior en el tiempo, expresamente indicado en sus disposiciones o en otras de rango superior. Es el caso de los tributos de periodicidad anual que, sin importar cuándo se promulguen y publiquen, entran a regir a partir del primero de enero del año siguiente. Así lo establece la Constitución: «Constitución, artículo 74. [...] Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación [...]».

2. TEORÍAS DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y DE LOS HECHOS CUMPLIDOS

La problemática de la aplicación de las normas generales en el tiempo cobró mucha importancia con las crisis financieras de principios del siglo XX en Europa, luego de la Primera Guerra Mundial. Las deudas impagas exigían soluciones jurídicas (moratorias, cancelaciones, modificación del valor de la moneda en aguda inflación, etcétera). A propósito de ello aparecieron dos teorías que se han consolidado en la búsqueda de soluciones al problema.

Cada una de ellas tiene variantes pero su contenido esencial es el siguiente:

La teoría de los derechos adquiridos

En esencia sostiene que derechos adquiridos son aquellos que forman parte de nuestro haz de derechos concretos como sujetos y que no nos pueden ser retirados, desde el punto de vista del derecho, por ninguna otra persona, institución o poder que no sea una modificación constitucional razonable y proporcional. En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos previstos al momento de su constitución, bien por el acto jurídico que le dio origen, bien por la legislación vigente cuando tal derecho quedó establecido. Es de origen privatista y busca proteger la seguridad de los derechos de las personas. Rechaza la modificación de las circunstancias por las nuevas disposiciones legales³.

Se diferencia entre derechos adquiridos, facultades y expectativas. Las facultades son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo con el derecho y, en tanto tales, no son derechos y no pueden ser adquiridas. Por ejemplo, si yo tengo la facultad de tomar un examen escrito o un examen oral en el curso que dicto, esta facultad puede ser cambiada por los reglamentos universitarios sin que yo pueda alegar que me están recortando derechos adquiridos. De otro lado, las expectativas son previsiones no protegidas jurídicamente de que yo pueda, eventualmente, llegar a tener tal bien o cosa. Por ejemplo, si es posible que me vendan una casa, tengo expectativa de volverme su propietario. Pero mientras no me la vendan, lo que tengo es una expectativa, no un derecho y, consiguientemente, no puedo adquirirlo.

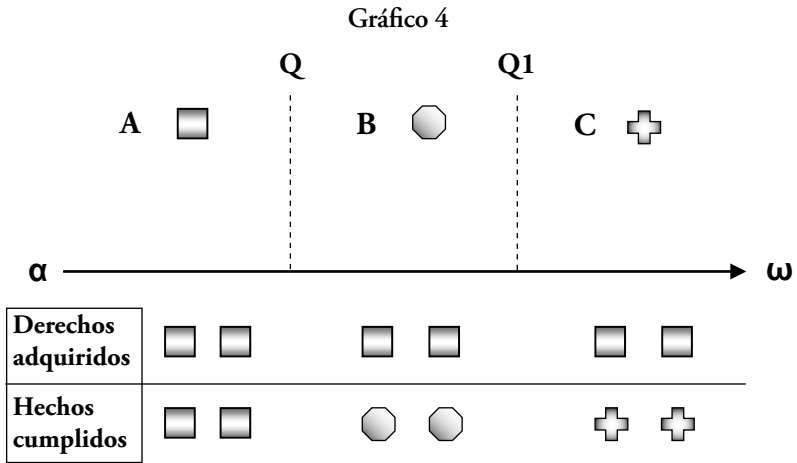
La teoría de los hechos cumplidos

Sostiene que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata. Las nuevas normas regirán a partir de su vigencia, sin importar su diferencia

³ Es importante tomar en cuenta que la sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 1263-2003-AA/TC, que tiene carácter de precedente ha establecido que los derechos adquiridos deben haber sido obtenidos conforme a ley y que el error no genera derecho.

de regulación con las normas previas. Es una teoría que privilegia la transformación del derecho a impulso del legislador (o de los tribunales en el caso de sentencias que crean precedentes vinculantes). Protege la necesidad de innovar la normatividad social a partir de las normas de carácter general.

Estas dos teorías se pueden graficar de la siguiente manera:



En la teoría de los derechos adquiridos la norma A regirá todas las consecuencias de un acto jurídico celebrado bajo su aplicación inmediata y por ello, luego de «Q» y de «Q1» se aplicará ultraactivamente en el caso. Es así que todas las seis consecuencias que ocurren en el tiempo tienen forma de cuadrado.

En la teoría de los hechos cumplidos cada norma rige inmediatamente. Por ello los dos primeros efectos tienen forma de cuadrado, los dos siguientes de octógono y los dos últimos de cruz.

En la teoría de los hechos cumplidos, cada norma rige inmediatamente. Por ello bajo A los hechos tienen forma de cuadrado; bajo B de octógono y bajo C de cruz.

Como puede apreciarse, el efecto real de la teoría de los derechos adquiridos es extender ultraactivamente, más allá del momento de su derogación o modificación, la aplicación de las normas ya derogadas o modificadas. La teoría de los hechos cumplidos pretende aplicar siempre de manera inmediata las normas generales.

Pareciera que ambas teorías son completamente incompatibles entre sí, pero eso no es verdad: en el gráfico se puede ver que, mientras la norma no sea modificada, las dos están de acuerdo en que se aplica a los hechos ocurridos bajo su vigencia. Las diferencias empiezan a ocurrir a partir de la derogación o modificación de las normas jurídicas generales.

3. LAS REGLAS CONSTITUCIONALES APLICABLES

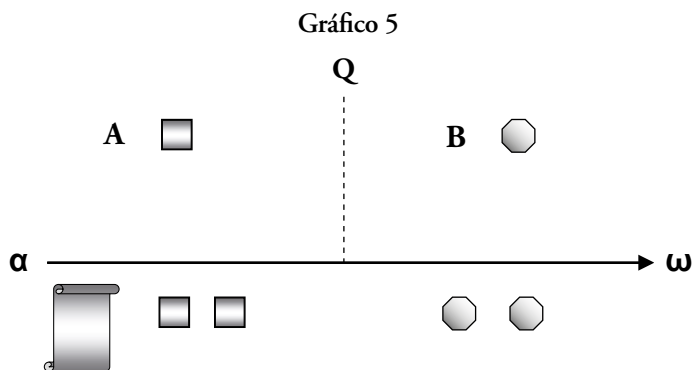
La regla general de aplicación de las normas en el tiempo que rige en el Perú es la de los hechos cumplidos y está contenida en el artículo 103 de la Constitución: «Constitución, artículo 103. [...] La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo [...]».

Una *situación jurídica* es el haz de atribuciones, derechos, deberes, obligaciones y calificaciones jurídicas que recibe una persona al adoptar un *status* determinado frente al derecho. Son situaciones jurídicas la de estudiante, profesor, policía y así sucesivamente. En cada caso, la persona tiene un haz de contenidos jurídicos diferente a los demás.

Por *relación jurídica* entendemos las diversas vinculaciones jurídicas que existen entre dos —o más— situaciones jurídicas interrelacionadas. Así, son relaciones jurídicas las de los cocontratantes, las de marido y mujer, las de padres e hijos, las de cada acreedor y el respectivo deudor, etcétera.

Hay que notar que el artículo 103 de la Constitución manda que la norma general, desde su vigencia, se aplique a las *consecuencias* de estas situaciones y relaciones existentes. La situación o la relación misma no son alteradas por la norma. Solo sus consecuencias.

Esto tiene que ver, nuevamente, con el gráfico que estamos utilizando.



La situación o relación se inicia en un determinado momento (con un *contrato* que tiene forma de papel enrollado) bajo la vigencia de la ley «A», y bajo su misma vigencia se producen dos efectos jurídicos (en forma de cuadrado), para luego entrar en vigencia la ley «B» y producirse bajo esta nueva vigencia otros dos efectos jurídicos (en forma de octágono). La nueva ley («B»), no afecta ni a la relación o situación jurídica anterior, ni a sus dos primeros efectos que siguen regidos por la ley «A». Solo afectará a los efectos tercero y cuarto, que ocurren durante la vigencia de «B».

También manda el artículo 103 de la Constitución que «La ley [...] no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo».

Debemos entender nuevamente en este caso que la norma general, y no solo la ley, es la que no se aplica retroactivamente. Recordemos que la aplicación retroactiva ocurre cuando pretendemos aplicar el mandato de esa norma a un hecho que ocurrió antes de su entrada en vigencia.

La excepción que contempla la Constitución es la que se conoce como *retroactividad penal benigna*. Ello quiere decir que si una norma general de naturaleza penal es dictada en un momento cualquiera y

resulta más beneficiosa para las personas que han cometido delitos o faltas, esa norma se les aplica en lo que las beneficia.

En el mismo sentido legisla el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que manda lo siguiente: «La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú».

Sin embargo, para el caso concreto de los contratos, la propia Constitución ha establecido la teoría de los derechos adquiridos en su artículo 62: «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...]».

Lo que dice este artículo es que ni la ley ni ninguna otra disposición que contenga una norma general puede alterar las reglas establecidas en un contrato. En otras palabras, establece en esta materia la teoría de los derechos adquiridos. Debe por tanto ser una norma entendida como especial para los contratos, frente a la regla general contenida en el artículo 103 de la Constitución y aplicable a las demás circunstancias.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido que el tratamiento de la libertad de contratos en la Constitución vincula indesligablemente a los artículos 2 inciso 14 y 62. Consecuentemente, ningún contrato puede ir contra norma de interés general o de orden público, porque en tal caso infringe el primero de los dos dispositivos. Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que el Congreso puede modificar mediante leyes los contratos existentes, cuando esté de por medio el interés general⁴. El Congreso deberá demostrar la razonabilidad y proporcionalidad de tal modificación.

⁴ Nos referimos especialmente a las sentencias siguientes: exp_0006_2000_AI_TC y Exp_2670_2002_AA_TC.

3. PREGUNTAS

1. Describa y diferencie entre sí los conceptos de aplicación inmediata, aplicación ultraactiva y aplicación retroactiva de una norma general.
2. Describa los elementos esenciales de la teoría de los derechos adquiridos así como los de la teoría de los hechos cumplidos, y determine las diferencias que existen entre ambas teorías al ser aplicadas a los problemas de aplicación temporal de las normas jurídicas.
3. Resuma cuál es el tratamiento que el derecho peruano da a la aplicación de las normas jurídicas generales en el tiempo, y haga notar el diferente rango de las normas aplicables.

CAPÍTULO 10

TEORÍAS SOBRE EL SER DEL DERECHO

A lo largo de la historia, diversas formas de conocimiento del mundo eligieron como su objeto de estudio al derecho. Lo curioso es que cada una de estas formas de conocer el derecho elaboró su propia idea sobre el mismo e inventó su propia metodología de acercamiento. A veces da la impresión de que cada una de estas «formas de conocer el derecho», construye su propio concepto de derecho.

Estas teorías han tratado de responder muchas preguntas que surgen en torno a la pregunta ¿qué es el derecho? Nosotros no vamos a abordar en toda su complejidad las respuestas de estas teorías, sino simplemente centraremos nuestra atención en dos temas: 1) ¿qué fundamenta el derecho?, es decir, ¿por qué se cumple el derecho? y 2) ¿qué conforma el derecho? o ¿qué compone el derecho?

En las respuestas a estas preguntas consideramos que se encuentran las principales diferencias entre dichas teorías. Repasemos el iusnaturalismo, el positivismo y el realismo.

1. IUSNATURALISMO

El iusnaturalismo es una escuela de pensamiento que divide al derecho humano —creado por los hombres— del derecho natural —derecho superior o divino—. El derecho humano creado por los hombres

mediante normas jurídicas que se producen a través de las diversas fuentes reconocidas se distingue y se deriva de un derecho superior o natural que se compone de valores y principios intrínsecamente justos.

El derecho natural, basado en patrones de justicia, obligatoriamente inspira las leyes que crea el derecho humano. Una ley no conforme con el derecho superior o natural no es una ley válida del derecho humano.

El derecho humano, que por lo demás es el derecho que se nos aplica, no estatuye derechos ni obligaciones, pues ellos son previos a toda norma legal. El derecho humano solo declara los derechos que ya existen en un orden superior.

Ahora bien, para los iusnaturalistas, ¿por qué se cumple el derecho de los hombres? La razón es muy simple y es que los hombres lo cumplen ya que está en perfecta sintonía con la justicia. Si la ley no se basa en la justicia, no habría obligación de cumplirla. Todos los hombres tenemos grabado en el corazón qué es justo y qué es injusto, con lo cual solo cumplimos el derecho porque es justo.

De otro lado, ¿qué compone el derecho de los hombres? Las normas jurídicas creadas por la sociedad, pero que cumplen los patrones de justicia del derecho superior o divino. En otras palabras, las leyes que integran el derecho son las leyes justas. Las que no son justas, no son leyes válidas, y por tanto no integran el derecho.

En realidad, cuando las normas de un sistema jurídico hecho por hombres son equivalentes a los valores y principios del derecho superior, solo en ese caso el derecho de los hombres es derecho.

Finalmente, el concepto de justicia ha sido un concepto relativo. No ha sido unívoco. Las corrientes filosóficas que han encajado en los postulados iusnaturalistas han sido diversas dependiendo de las etapas históricas. Algunos, como Santo Tomás, crearon un derecho superior o natural a partir de postulados teológicos, otros como Hugo Grocio lo hicieron a partir de conceptos moralistas desprovistos de visiones religiosas y otros desde visiones racionalistas de la moral, como es el caso de Rousseau o Kant.

La crítica a las teorías iusnaturalistas es que no puede haber un solo derecho superior o natural, ya que no se ha encontrado un concepto unívoco de justicia. Lo que es justo para un comunista que vivió en la Rusia bolchevique de 1917 es muy distinto a lo que piensa un neoyorquino en la década de 1980. De esta forma, ante la frustración de no encontrar un contenido ontológico de la justicia que se aplique a todos los hombres sin importar el grupo social al que pertenecen, tampoco habrá un único derecho natural. Este es precisamente el punto de inicio de una escuela de pensamiento distinta: el positivismo jurídico.

2. POSITIVISMO

El positivismo jurídico nace como rechazo a la existencia de un solo y unívoco derecho proveniente de otro derecho natural. Para el positivista, cada grupo social, respaldado en su fuerza, crea su propio derecho. El grupo social lo que quiere es preservar su unidad y no piensa necesariamente en referentes de justicia abstractos; su finalidad es pragmática.

En suma, si los representantes del grupo social emiten una ley que respeta el procedimiento adecuado señalado por dicho grupo, esta ley será una norma válida del sistema jurídico y producirá derechos y obligaciones. Órgano legitimado y procedimiento adecuado son los dos requisitos para emitir una norma jurídica válida. No es necesaria la justicia para justificar la validez de la norma, como sucedía en el iusnaturalismo.

¿Qué hace que las personas cumplan las normas del derecho? Para un positivista, el fundamento de la obligatoriedad del derecho es el poder legitimado que concentra el grupo social. Como quiera que este grupo social persigue su unidad, el ejercicio del poder coactivo para que se cumplan las normas siempre será legítimo. Otra vez, no necesito respaldar la fuerza del derecho en su justicia, sino en lo que simplemente es bueno para el grupo. Este grupo se autorregula.

¿Qué conforma el derecho? Sin duda, la norma jurídica. No obstante, cada sistema jurídico señala reglas para reconocer qué norma es parte

del sistema y qué norma no lo es. Estas reglas —que son elaboradas por el mismo grupo social— imprimen una etiqueta que distingue a las normas que integran válidamente el sistema jurídico. En otras palabras, el poder legítimo del grupo social decide qué es derecho.

Históricamente, el grupo social más fuerte ha sido el Estado. Por ejemplo, el Estado Peruano —que está conformado por todos los ciudadanos que viven en el territorio peruano— tiene un sistema jurídico propio, y la Constitución establece las reglas para la creación de las distintas normas jurídicas. El Estado Peruano busca la unidad y la inclusión de los ciudadanos peruanos, por lo que sus normas deben cumplirse para lograr este fin. De otro lado, la Constitución señala qué órganos y qué procedimientos crean las normas jurídicas que los peruanos estamos obligados a cumplir.

Para la escuela positivista —entre cuyos principales exponentes tenemos a Kelsen, H.L. Hart o Bobbio—, el derecho está construido sobre la base de normas que diseña el legislador, como representante del grupo social, pero quien hace cumplir las normas es el juez. En las concepciones más tradicionales del positivismo, se niega la potestad al juez de crear derecho, pues simplemente él debe dedicarse a aplicar la norma que crea el legislador.

Es por eso que los principios del positivismo se construyen no con entelequias externas al ordenamiento jurídico, sino que nacen del propio ordenamiento. Las normas jurídicas individuales van configurando principios positivistas.

Finalmente, la crítica al derecho positivista se plantea desde una pregunta clave: ¿El ordenamiento jurídico siempre persigue la unidad del grupo? Si ello fuera así, viviríamos en una sociedad ideal, donde todos los intereses de los ciudadanos serían admitidos. No obstante, difícilmente un grupo social defiende un interés común. ¿Qué pasaría si un subgrupo, dentro del grupo social, toma el poder de creación de normas y traiciona el interés común del grupo social? El poder legítimo que respalda las normas no estaría respaldando el interés común del grupo social sino

el interés del subgrupo. Todo depende, en última instancia, de quién detenta el poder fáctico, pues quien lo haga puede determinar la orientación de la normativa.

En nuestras democracias débiles, la institucionalidad precaria de nuestro sistema jurídico deja entrever poderes muy fuertes al interior de los Estados. Poderes de subgrupos que muchas veces condicionan y desconocen la finalidad de unidad del grupo que deben seguir las normas jurídicas. Esto confecciona muchas veces sistemas jurídicos que están de espaldas a la realidad y que solo funcionan en favor de determinados intereses. La necesidad de dotar de eficacia a un sistema jurídico es la finalidad que persigue el realismo jurídico.

3. REALISMO

Son muchas las escuelas del realismo jurídico, pero todas ellas critican el concepto formalista de derecho que fue elaborado por el positivismo. Los criterios formales de validez de las normas hacen que el derecho se construya de espaldas a la realidad. Por eso, lo que busca el realismo jurídico es resaltar la eficacia que en verdad tiene el derecho.

En esta línea de pensamiento, fundamentalmente desarrollada por Alf Ross, las normas jurídicas provenientes de las fuentes de derecho —ley, decretos legislativos, decretos de urgencia, etcétera—no son más que «directivas» para los jueces y tribunales. Las normas jurídicas que provienen de las llamadas fuentes de derecho no tienen aplicación inmediata, son solo figuras, ya que son simples proclamas y solo asumen realidad cuando son aplicadas por un juez en un caso judicial.

Entonces, resumiendo esta postura que atiende a reconocer el derecho solo en su aplicación, podemos decir que las leyes, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, etc., normas que provienen de las fuentes del derecho desde la doctrina positivista, son mandatos que no se dirigen a los sujetos particulares como nosotros sino directamente a regular el comportamiento del juez. Por ejemplo, el aborto intencional

constituye delito, el verdadero contenido del derecho, en el caso, es una directiva para el juez de acuerdo con la cual este deberá, en determinadas condiciones, imponer una pena al culpable.

Esta nueva concepción del derecho también nos permite responder las dos preguntas planteadas en las escuelas anteriores:

¿Cuál es el fundamento de la obligatoriedad del derecho? Según esta visión, el fundamento del cumplimiento del derecho es la sentencia y no la ley. La ley es simplemente una directiva dirigida al juez, quien en todo caso obliga a un comportamiento determinado mediante su sentencia. El grupo social no encarga su poder de coerción al legislador, como creen los positivistas, sino lo encarga al juez. Obviamente, un juez puede confirmar en su aplicación una ley, interpretarla o rechazarla si en un caso o en varios casos no cumple su objetivo. Y es que el juez, al estar cerca del caso, valora mejor lo que quiere el grupo social.

¿Qué conforma el derecho? Ahora será la jurisprudencia, entendida como la reiteración de soluciones jurídicas a un mismo caso. No así la decisión solitaria y subjetiva de un juez. Se entiende que la jurisprudencia encarna los fines de unidad del grupo social. Por ello, la jurisprudencia puede decidir que una ley no sea parte del derecho, si no decide aplicarla. Del mismo modo, si la ley es adaptada por la interpretación de un caso, el derecho será la ley interpretada y no el texto que emite el Congreso. En una palabra, derecho es lo que deciden los jueces. Las leyes son solo probabilidades de lo que decidirá el juez, mientras la sentencia reconoce el derecho verdadero o derecho vivo.

Desde los realistas, el derecho son normas (sentencias) que determinan en qué condiciones puede hacerse uso del poder coercitivo estatal. Es decir, se trata de normas que legitiman el empleo de la fuerza.

Imaginemos que en la ley laboral una mujer embarazada no pueda ser despedida sin causa durante su embarazo. Sin embargo, para que esta mujer goce de este derecho, la ley dispone que la trabajadora debe comunicar por escrito a su empleador su estado de gestación. En la lógica de las probabilidades que señala esta ley, si la mujer presenta su

comunicación por escrito, entonces estará protegida, pero si no presenta su comunicación no lo estará. Sin embargo, el juez puede ver el caso concreto de una mujer con ocho meses de gestación que no envió su comunicación escrita. Según la ley no correspondería la protección; no obstante, si lo que se quería con la comunicación es que el empleador se entere, es evidente que con los meses que lleva de embarazo el empleador ya tomó conocimiento. De esta forma, es el juez quien amplía los ámbitos de aplicación de la ley y obliga al empleador a no despedir a la trabajadora.

Como se ve, los hechos sociales y el caso en concreto pautean permanentemente la aplicación de las llamadas fuentes de derecho positivista.

La principal crítica a las corrientes realistas es su falta de certeza, pues en muchos casos no se sabrá lo que decidirá el juez. Además, ello supone cargar todo el poder al juez. Del gran y poderoso legislador de la revolución francesa y representante de la voluntad general del pueblo, pasamos a atribuir todo este poder a la judicatura. Esto también puede constituir un peligro, debido a que los sistemas jurídicos actuales no han elaborado un eficaz sistema de equilibrio de poderes que ponga límites a los eventuales excesos judiciales.

4. CONDUCTAS, NORMAS Y VALORES EN EL DERECHO

De lo dicho, debe quedar claro que cada una de estas escuelas de pensamiento tienen matices según los distintos autores que las han abordado. Simplemente hemos tratado de presentar las principales corrientes que han estudiado a lo largo de la historia el ser del derecho.

Lo que resulta claro de lo dicho hasta aquí es que las disciplinas que han estudiado el concepto del derecho no tienen una unidad conceptual. Parten de consideraciones muy disímiles. Para empezar, no se ponen de acuerdo sobre lo que es el derecho como objeto de estudio.

Ahora bien, en la doctrina no han faltado corrientes de pensamiento que han intentado unir en una teoría lo mejor del iusnaturalismo,

del positivismo y del realismo. La teoría tridimensional del derecho, postulada por Miguel Reale, Carlos Cossio y defendida en Perú por el profesor Carlos Fernández Sessarego en varios trabajos, ha resumido a dichos pensamientos como componentes esenciales e inseparables del derecho. No pretendemos sumarnos a esta corriente, sino simplemente queremos presentarla desde una óptica general.

Si para los iusnaturalistas era muy importante perseguir el valor justicia, si para los positivistas un sistema jurídico se construye sobre la base de la norma —al margen de su justicia o no— y si para los realistas es necesario que el derecho sea eficaz —no grandes proclamas sin contenido real—, entonces el derecho es un concepto donde convergen estas tres dimensiones: conductas, norma y valores.

El punto de partida de estas corrientes eclécticas estará en reconocer que el derecho se construye sobre la base de normas. Las fuentes del derecho existen, pero esas normas deben tener como pauta de confección los valores y el ser efectivas para la vida de los ciudadanos. Lo que quiere el grupo social son normas jurídicas que promuevan su unidad y que no se emitan de espaldas a la realidad; que se valoren todos los intereses fácticos en juego y se concilien en bien del grupo. Por otra parte, los valores —y aquí podemos encontrar la impronta iusnaturalista— han tenido una consolidación importante en los sistemas jurídicos contemporáneos cuando se han incorporado a las constituciones una lista importante de derechos fundamentales de las personas.

Ello obliga, finalmente, a que quien tiene que trabajar dentro del derecho asuma una excelente formación jurídica que incluye, necesariamente, complementos de orden filosófico y sociológico.

5. PREGUNTAS

1. Explique, desde el iusnaturalismo, el positivismo y el realismo, por qué debemos cumplir el derecho.
2. Explique, desde el iusnaturalismo, el positivismo y el realismo, qué conforma el derecho.
3. Describa y explique los pilares básicos sobre los que se construye la teoría tridimensional del derecho.

Fondo Editorial PUCP

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilo Regla, Josep (1990). *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel.
- Alexy, Robert (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Lima: Palestra.
- Alexy, Robert (2015). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alzamora Valdez, Mario (1980). *Introducción a la ciencia del derecho*. Lima: Tipografía Sesator.
- Arce Ortiz, Elmer (2004). Informalidad y derecho. *Derecho PUCP*, 57, 139-159.
- Arce Ortiz, Elmer (2013). *Teoría del derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Atienza, Manuel (1986). *Sobre la analogía en el derecho*. Madrid: Civitas.
- Ávila, Humberto (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Betti, Emilio (1975). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Blancas Bustamante, Carlos (1981). El Estado y la Constitución de 1979. *Derecho PUCP*, 35, 3-13.
- Bobbio, Norberto (1997). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Themis.
- Bush, George (2010). *Decision Points*. Nueva York: Crown.

- Carbonell, Miguel & Pedro Grande (2010). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Cárdenas Quiroz, Carlos (1999). *Modificación y derogación de normas legales*. Lima: ARA
- Castro Cid, Benito de (2007). *Manual de teoría del derecho*. Madrid: Universitas.
- De Otto, Ignacio (1999). *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Diez Picazo, Luis (1975). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona: Ariel.
- Diez Picazo, Luis (1990). *La derogación de las leyes*. Madrid: Civitas.
- Espinoza Espinoza, Juan (2011). *Los principios contenidos en el título preliminar del código civil peruano de 1984*. Lima: Grijley.
- García Maynez, Eduardo (1967). *Introducción al estudio del derecho*. Ciudad de México: Porrúa.
- García Maynez, Eduardo (2009). *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*. Ciudad de México: Fontamara.
- García Toma, Víctor Oscar (2014). *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Cuarta edición. Lima: Adrus.
- Guastini, Ricardo (2003). *Estudios sobre interpretación jurídica*. Ciudad de México: Porrúa.
- Kelsen, Hans (1965). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Lifante Vidal, Isabel (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Martínez Zorrilla, David (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.
- Morales Luna, Félix (2004). La reforma constitucional y los derechos adquiridos. *Derecho y Sociedad*, 23, 285-287.

- Neves Mujica, Javier (2003). *Introducción al derecho laboral*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Novak, Fabián & Elizabeth Salmón (2002). *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de derechos humanos*. Lima: Fondo Editorial PUCP; Instituto de Estudios Internacionales.
- Pasquier, Claude Du (1983). *Introducción al derecho*. Lima: Justo Venezuela.
- Pino, Giorgio (2013). *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima: Palestra.
- Prieto Sanchis, Luis (2010). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Reale, Miguel (1978). *Teoría tridimensional del derecho*. Valparaíso: Edeval.
- Rodríguez Chávez, Iván (2002). *Introducción al Derecho*. Lima: Universidad Ricardo Palma.
- Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín (2000). *Principios, fines y derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson.
- Rubio Correa, Marcial (2009). *El sistema jurídico: introducción al derecho*. Décima edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Rubio Correa, Marcial (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Rubio Correa, Marcial (2014). *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Rubio Correa, Marcial (2015). *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Rubio Correa, Marcial & Enrique Bernaldes Ballesteros (1983). *Constitución y sociedad política*. Lima: Mesa Redonda.
- Villar Palasi, José Luis (1975). *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid: Tecnos.

VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

37. *La Sunat y los procedimientos administrativos tributarios.*
Carmen del Pilar Robles Moreno
38. *Introducción al derecho de las telecomunicaciones.* Diego Zegarra Valdivia
39. *La Defensoría del Pueblo en el Perú y en el mundo.* Walter Albán
40. *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales.*
Janeyri Boyer Carrera
41. *Derecho individual del trabajo en el Perú.* Víctor Ferro Delgado

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
julio 2019 Lima - Perú

Fondo Editorial PUCP

El ordenamiento jurídico de un Estado tiene componentes legislativos que empiezan con la Constitución y siguen con las leyes y demás normas jurídicas. Igualmente, existe un marco teórico de comprensión y aplicación de todas esas normas. Este libro recoge todos los conocimientos esenciales que un abogado debe tener para manejar con competencia profesional estos distintos elementos normativos y conceptuales. Está hecho para su aplicación específica en el Perú, pero recoge las distintas versiones actualizadas de la doctrina jurídica vigente sobre la materia.

MARCIAL ANTONIO RUBIO CORREA es doctor en Derecho y profesor principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), donde ejerce la docencia desde 1972 y ha sido jefe del Departamento de Derecho, vicerrector académico y rector.

ELMER GUILLERMO ARCE ORTIZ es profesor del Departamento de Derecho de la PUCP desde el año 1999. Es abogado por la misma casa de estudios y doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, España.



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE
DERECHO**