

EL SISTEMA JURÍDICO

Introducción al Derecho

MARCIAL ANTONIO RUBIO CORREA

EL SISTEMA JURÍDICO

Introducción al Derecho

Decimotercera edición



**FONDO
EDITORIAL
PUCP**

El sistema jurídico

Introducción al Derecho

Marcial Antonio Rubio Correa

© Marcial Antonio Rubio Correa, 1984, 1985, 1987, 1988, 1991, 1993,
1996, 1999, 2007, 2009, 2017, 2020, 2024

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2025

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Cuidado de la edición, diseño y diagramación de interiores:

Fondo Editorial PUCP

Decimotercera edición: julio de 2024

Segunda reimpresión de la decimotercera edición: mayo de 2025

Tiraje: 2000 ejemplares

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

ISBN: 978-612-317-975-5

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156-164, Lima 5, Perú

ÍNDICE

PRIMERA PARTE EL ESTADO

CAPÍTULO 1	
EL ESTADO Y EL DERECHO	19
1. La Antigüedad	20
2. El Medioevo	21
3. Inglaterra	23
4. Francia	25
5. Los Estados Unidos de América	29
6. La historia del Estado y su influencia en el derecho	30
6.1. La legislación	32
6.2. La Constitución	35
CAPÍTULO 2	
ESTADO Y DERECHO EN EL PERÚ	39
1. Concepto de Estado	40
2. El Estado peruano	41
2.1. Lo antecedente a la Constitución de 1993	41
2.2. El Estado peruano en su contenido político	43
2.2.1. <i>Los derechos constitucionales</i>	44
2.2.2. <i>Los principios de organización y de política general del Estado</i>	46
2.2.3. <i>Una evaluación de conjunto</i>	48
2.3. El Estado peruano en su contenido orgánico	49
2.3.1. <i>El Gobierno Central</i>	49
El Poder Legislativo	51
El Poder Ejecutivo	52
El Poder Judicial	54

2.3.2. <i>Gobiernos regionales</i>	56
2.3.3. <i>Gobiernos locales</i>	57
2.3.4. <i>Organismos constitucionales con funciones específicas</i>	59
El Tribunal Constitucional	60
El Ministerio Público	60
La Defensoría del Pueblo	61
El Jurado Nacional de Elecciones	62
La Oficina Nacional de Procesos Electorales	63
El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil	64
La Junta Nacional de Justicia	64
El Banco Central de Reserva del Perú	66
La Contraloría General de la República	67
La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones	67
2.3.5. <i>La administración pública</i>	68
La administración del Poder Ejecutivo	69
La administración de los poderes legislativo y judicial	72
2.3.6. <i>Las empresas del Estado</i>	72

SEGUNDA PARTE

LAS NORMAS JURÍDICAS

CAPÍTULO 3

LA NORMA JURÍDICA	79
1. Concepto de norma jurídica	80
1.1. Definición	80
1.2. Norma jurídica y realidad	81
1.3. Norma jurídica y lenguaje	82
1.3.1. <i>El plano sintáctico</i>	83
1.3.2. <i>El plano semántico</i>	84
1.3.3. <i>El plano pragmático</i>	85
1.4. Norma jurídica y respaldo de la fuerza del Estado	88
1.5. Norma jurídica y artículo legislativo	90
2. Los elementos de la norma jurídica	91
2.1. El supuesto	91
2.1.1. <i>Supuesto y aplicación del derecho</i>	91
2.1.2. <i>Clasificación del supuesto</i>	93
2.1.3. <i>Las normas jurídicas declarativas</i>	94
2.1.4. <i>El encadenamiento de normas</i>	95

2.3. El funcionamiento del Poder Judicial	169
2.3.1. <i>Jurisdicción y competencia</i>	170
2.3.2. <i>El procedimiento civil</i>	170
2.3.3. <i>El procedimiento penal</i>	174
2.4. La atribución resolutive de la Administración Pública	177
2.5. La jurisprudencia como fuente del derecho	179
CAPÍTULO 6	
LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO	185
1. Conceptos y elementos	186
1.1. Los requisitos de la costumbre jurídica	186
1.1.1. <i>Uso generalizado</i>	187
1.1.2. <i>Conciencia de obligatoriedad</i>	188
1.1.3. <i>Antigüedad</i>	189
1.2. El respaldo de la fuerza del Estado	190
1.3. Costumbre fuente y costumbre norma	190
1.3.1. <i>Características de la costumbre como fuente del derecho</i>	192
1.3.1.1. Formación lenta	192
1.3.1.2. Autor no conocido	193
1.3.1.3. Evolución	193
1.3.1.4. Imprecisión	193
1.3.2. <i>Costumbre y derecho en la historia</i>	194
1.3.2.1. La costumbre y su relación con la legislación	195
1.3.2.2. Importancia de la costumbre en el sistema jurídico	197
CAPÍTULO 7	
LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO	201
1. Concepto de doctrina	201
2. La doctrina en la familia romano-germánica	202
CAPÍTULO 8	
LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD COMO FUENTE DEL DERECHO	211
1. Concepto y principales elementos	212
2. Declaración unilateral de voluntad	214
3. Declaración bilateral de voluntad	215
4. La norma emanada de la declaración de voluntad	215
CAPÍTULO 9	
INFORMALIDAD Y FUENTES DEL DERECHO	217

CUARTA PARTE

APLICACIÓN DEL DERECHO

CAPÍTULO 10

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA	227
1. Planteamiento del problema de interpretación	228
2. Interpretación jurídica: ¿ciencia o arte?	231
3. La concepción del derecho como sistema estructural	233
3.1. Norma y grupo normativo	234
3.2. Clase normativa	236
3.3. Conjuntos y subconjuntos	236
4. Los componentes de la interpretación jurídica	241
4.1. Los criterios generales de interpretación	241
4.1.1. <i>El criterio tecnicista</i>	242
4.1.2. <i>El criterio axiológico</i>	243
4.1.3. <i>El criterio teleológico</i>	243
4.1.4. <i>El criterio sociológico</i>	244
4.1.5. <i>La posición axiomática de interpretación</i>	244
4.2. Los métodos de interpretación	245
4.2.1. <i>El método literal</i>	246
4.2.2. <i>El método de la ratio legis</i>	248
4.2.3. <i>El método sistemático por comparación con otras normas</i>	250
4.2.4. <i>El método sistemático por ubicación de la norma</i>	253
4.2.5. <i>El método histórico</i>	256
4.2.6. <i>El método sociológico</i>	258
4.2.7. <i>Los criterios axiológico y teleológico y su relación con los métodos de interpretación</i>	261
4.3. Los apogemas jurídicos	262
4.3.1. <i>Interpretación según el intérprete</i>	265
4.3.2. <i>Interpretación según el resultado</i>	265

CAPÍTULO 11

LA INTEGRACIÓN JURÍDICA	267
1. Presentación	268
2. Las lagunas del derecho	269
3. La analogía	272

3.1. Las consecuencias del uso de la analogía	273
3.1.1. <i>El requisito de la semejanza esencial y la ratio legis</i>	273
3.1.2. <i>Impedimento o limitación para la analogía</i>	275
3.2. Las formas en las que aparece la analogía	278
3.2.1. <i>El argumento a pari</i>	279
3.2.2. <i>El argumento a fortiori</i>	280
3.2.3. <i>El argumento ab maioris ad minus</i>	281
3.2.4. <i>El argumento ab minoris ad maius</i>	282
3.3. La analogía y el argumento <i>a contrario</i>	283
3.4. La analogía en el derecho peruano	285
4. Los principios generales del derecho	286
4.1. Perspectiva histórica de la relación entre los principios generales y el derecho	288
4.2. Qué son los principios generales del derecho	292
4.3. Cómo operan los principios generales de la integración jurídica	294
4.3.1. <i>Generación de normas a partir del contenido propio de los principios generales del derecho</i>	295
4.3.2. <i>La analogía iuris</i>	299

CAPÍTULO 12

LA APLICACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO

1. La aplicación del sistema jurídico en el espacio	304
2. La aplicación del sistema jurídico en el tiempo	309

QUINTA PARTE

LA NATURALEZA DEL DERECHO

CAPÍTULO 13

TEORÍAS SOBRE EL SER DEL DERECHO

1. El jusnaturalismo	320
2. El positivismo	327
3. El historicismo jurídico y las corrientes sociológicas	329
4. Conductas, normas y valores en el derecho	331
5. El derecho como ciencia	332

ANEXO 1

UN MÉTODO PARA EL TRABAJO JURÍDICO

1. Las reglas elementales del método cartesiano	336
2. El método de trabajo jurídico	338

2.1. Los hechos	338
2.2. Los problemas	339
2.3. El análisis	343
2.4. La conclusión	343

ANEXO 2

GUÍA PARA PREPARACIÓN DE EXÁMENES DE TÍTULO DE ABOGADO	345
1. Presentación	345
2. Método de preparación de cada expediente	346
2.1. Identificación de los hechos relevantes	346
2.2. Identificación y ordenamiento de los problemas	347
2.3. Análisis de cada problema	349
2.3.1. <i>Legislación</i>	349
2.3.2. <i>Jurisprudencia</i>	350
2.3.3. <i>Doctrina</i>	350
2.4. Conclusiones sobre cada problema y el caso en su conjunto	351
3. Método de elaboración del resumen a ser presentado al jurado	351
4. Recomendaciones para la preparación y el desarrollo del examen	353
4.1. Inmediatamente antes del examen	353
4.2. Exposición de cada expediente	353
4.3. La ronda de preguntas	354

PRIMERA PARTE
EL ESTADO

Contemporáneamente, una gran parte del derecho se origina en los distintos organismos del Estado. Este es un fenómeno reconocido y, por lo tanto, vale la pena iniciar el estudio del sistema jurídico familiarizándonos con el tema del Estado.

En los dos últimos siglos, la historia ha producido un vertiginoso desarrollo del Estado. En el derecho, esta experiencia ha sido sistematizada teóricamente en lo que se denomina derecho constitucional general o teoría del Estado, disciplina frondosa y de relativa complejidad. En esta primera parte no pretendemos dar una visión general de los desarrollos teóricos sobre el Estado desde el punto de vista jurídico político. Ello ameritaría un libro entero sobre la materia. En los dos capítulos que componen esta parte nos interesa, fundamentalmente, introducir a los aspectos históricos y estructurales del Estado.

El primer capítulo hace el enfoque histórico del desarrollo del Estado, principalmente a través de la experiencia europea y norteamericana, cunas de constitucionalismo contemporáneo. Trazamos su evolución en términos generales y procuramos dar una idea de la vinculación creciente entre Estado y derecho.

El segundo capítulo se inicia con una breve digresión teórica, para describir luego los rasgos estructurales básicos del Estado peruano actual, como queda diseñado en la Constitución de 1993. Allí abordamos los principios generales que conforman al Estado, e informan por tanto a nuestro derecho, y luego describimos sus principales organismos indicando la vinculación que guardan con el sistema jurídico nacional.

En la medida en que este es un manual universitario, pensado y elaborado para seguir el curso de Introducción al Derecho (o materia con nomenclatura semejante), el desarrollo del texto tiende a ser orgánico y entrelazado. Esto quiere decir que, probablemente, muchas de las atingencias que se hacen en esta primera parte, solo sean cabalmente comprendidas por el lector al revisar los capítulos posteriores. En este sentido, se recomienda una lectura y asimilación de los conceptos que aportamos sobre el Estado como requisito para pasar luego al trabajo sobre los capítulos posteriores.

Al mismo tiempo, sin embargo, creemos que al estudiar esos capítulos debe regresarse a los primeros para una nueva revisión y enriquecimiento del conocimiento.

Este procedimiento será especialmente importante al trabajar luego las fuentes formales del derecho, en especial la legislación y la jurisprudencia. Por ello, en los dos capítulos sobre Estado hacemos referencias a ellas cuando las consideramos oportunas, a fin de no duplicar explicaciones.

Lo que en esencia debe obtener el lector en esta parte del libro, es una comprensión global ubicada en los diversos momentos históricos de la evolución del Estado y de la vinculación que dicha evolución tiene con la configuración del sistema jurídico, tanto en el ámbito general, como más específicamente en el caso del Perú.

A pie de página hemos consignado referencias bibliográficas de consulta, en aquellos casos en los que es oportuno ampliar el conocimiento de ciertos hechos o conceptos que son tratados con inevitable generalidad en el texto nuestro. Hay infinita cantidad de obras muy importantes, pero hemos preferido indicar las más sencillas, pedagógicas y disponibles en nuestro medio.

CAPÍTULO 1

EL ESTADO Y EL DERECHO

OBJETIVOS

1. Estar en capacidad de trazar la línea histórica de desarrollo del Estado moderno, identificando sus principales hitos, la contribución de diversos Estados y su diferencia con las formas antiguas de organización del poder.
2. Comprender la interconexión entre el desarrollo del Estado en cada etapa y la progresiva evolución del derecho.
3. Poner énfasis en la comprensión del significado de la época de la revolución liberal y su aporte tanto al Estado moderno como al derecho contemporáneo.
4. Identificar los rasgos principales de la evolución de Estado y derecho a lo largo de los siglos XIX y XX.

Hoy, es imposible hablar del derecho sin asociarlo al Estado y sus diversos órganos. El Congreso emite las leyes; el Presidente de la República emite decretos y visa resoluciones; el Poder Judicial dicta resoluciones de administración de justicia; organismos públicos tales como el Banco Central de Reserva del Perú producen normas sobre varios temas, por ejemplo, el régimen cambiario del sol o las condiciones en que se realizan las operaciones de crédito; las municipalidades emiten ordenanzas que regulan la vida diaria en distritos y provincias, los titulares de los periódicos están llenos de alusiones a los fiscales, ministros, etcétera. En cada uno de esos casos, podemos apreciar que, de diversas maneras, los órganos del Estado están vinculados estrechamente al derecho y que varios de ellos lo producen para todo el territorio y toda la población.

Es más: vivimos inmersos en el Estado y nos parece natural que así suceda (estemos o no de acuerdo con todo lo que hace y, sobre todo, con cómo lo hace). El Estado cobra impuestos, regula el comercio, hace obras públicas, mantiene el orden, emite documentos nacionales de identidad y partidas de nacimiento. En fin, tenemos que ver cotidianamente con él en muchas circunstancias. No siempre fue así: el Estado tal como lo conocemos ahora es producto de los últimos siglos de existencia de la humanidad —desde el siglo XVI en adelante, según la historia de cada país— y en tiempos pretéritos las cosas ocurrían de manera totalmente distinta.

Por razones que vamos a exponer a continuación, la evolución del Estado es de fundamental importancia para comprender cómo y por qué es así el derecho hoy en día. No vamos a hacer una descripción detallada de toda esta historia, sino simplemente vamos a trazar sus rasgos fundamentales. Empezaremos por la gran historia del Estado para arribar a su interconexión actual con el derecho.

1. LA ANTIGÜEDAD

En las grandes culturas antiguas, principalmente en Egipto y Grecia, existieron formas de gobierno muy importantes y poderosas, pero muy distintas a lo que hoy consideramos Estado.

El poder era ejercido por quienes obtenían una combinación de talento personal y acumulación de fuerza social en un momento determinado. El Gobierno se modelaba en función de las características personales del gobernante y, normalmente, cuando este era cambiado, se modificaban buena cantidad de las reglas existentes.

No existía la idea de un gran gobierno que abarcara extensos territorios. Más bien, eran gobiernos de ciudades —las llamadas ciudades-estado—, en las que las autoridades regían el centro poblado y una zona aledaña a él, dejando como tierra de nadie extensos territorios. En el caso griego esto es muy claro y en el del Imperio Romano, los historiadores han dicho que su estructura política, aunque varió muchísimas veces a lo largo de sus diez siglos de existencia (y veinte si contamos al Imperio de Oriente), se trataba más de alianzas o sojuzgamiento de ciudades y pueblos, que de un gran aparato político que cubriera todas las regiones con la totalidad y exclusividad de poderes que hoy pretende cualquier Estado moderno y que hasta hace poco tuvieron las metrópolis coloniales como, por ejemplo, España en relación a los territorios americanos que conquistó.

Varios rasgos históricos demuestran esto. Por ejemplo, por el Evangelio sabemos que a Cristo no lo juzga Pilatos (representante del gobierno romano); lo juzgan las autoridades judías. Esto demuestra que aun cuando Palestina era territorio sometido a

Roma, la metrópoli tenía reglas según las cuales solo se ocupaba de juzgar determinados aspectos de la vida social, dejando otros al libre criterio de cada pueblo. Podríamos multiplicar ejemplos como este, pero basta para probar la gran diferencia que existe entre aquellos tiempos y los de hoy, en los que un órgano del Estado (el Poder Judicial), tiene teóricamente el monopolio de la administración de justicia penal en nombre del Estado en todo su territorio.

El pueblo vivía al margen de la autoridad gubernativa en varios aspectos de su vida. La historia, tal como ha sido hecha y enseñada, nos induce a pensar que el gobierno en aquellos tiempos era omnipresente pero, bien visto, ello ocurre porque la historia es la de los personajes y sus principales instituciones políticas. La historia de la inmensa mayoría de la población nos hablaría de la lejanía y muchas veces de la ignorancia que estas personas tenían de lo que se discutía en las ágoras. Poco de ello les tocaba a los campesinos, como no fuesen las levas para los ejércitos, los tributos y las requisas de alimentos para favorecer las campañas militares o el lujo de las cortes. En lo demás, se acomodaban a sus costumbres, tenían sus propias organizaciones pueblerinas y se regían por ellas. Esto quiere decir que, en aquel entonces, salvo aspectos muy específicos de la vida social, un amplio campo de la regulación de las relaciones sociales estaba regido por lo consuetudinario, es decir, por las costumbres no dictadas por ninguna autoridad, sino creadas en el constante hacer de los pueblos.

Podemos así distinguir entre gobierno y Estado. Gobierno hubo siempre, hasta en las sociedades menos evolucionadas, pero esa capacidad de mando, normalmente basada en la simple fuerza —y por tanto volátil—, no es equivalente al Estado contemporáneo, en el cual, por más defectos y debilidades que existan, hay ciertos órganos, principios y normas que trascienden a cada gobierno y, muchas veces, a cada época.

Evidentemente, hubo excepciones o matices a lo dicho en los párrafos anteriores: Egipto, en la época faraónica, tuvo un gobierno muy cercano a lo que ahora llamamos Estado y Roma desarrolló un asombroso sistema de derecho que aún perdura entre nosotros. Sin embargo, con lo importantes que fueron y son aún actualmente, nada de ello puede ser considerado un Estado en el sentido moderno.

2. EL MEDIOEVO

El siglo V después de Cristo es un hito histórico fundamental para nosotros. En él se consolidan las invasiones bárbaras en Europa y cae el Imperio Romano Occidental. A partir de estos hechos se inicia lo que se ha denominado la Edad Media, concepto que tiene alcance europeo, no universal, porque el resto del Mundo continuó con su propia historia, bastante distinta a la del viejo continente. Sin embargo, hechos

posteriores, como la colonización de América, ligán nuestra historia con la de ellos y solo en esa medida es aceptable en esta recapitulación preferir el medioevo europeo a los rasgos históricos y políticos distintos doquier.

El Medioevo, desde el siglo VI hasta aproximadamente el XIII (según los pueblos), tiene una historia rica en hechos, en modelos políticos y en la gesta de los Estados contemporáneos. Sin embargo, en sí mismo, no cuenta ni con Estados en el sentido actual ni aun, muchas veces, con gobiernos poderosos como los de la Antigüedad. El poder está fraccionado y da paso al feudalismo —que predomina en los lugares más significativos de Europa—, en el cual el sector feudal es dueño de la tierra y máxima autoridad en su territorio. Este puede ser grande o pequeño, pero la autoridad no varía sustantivamente sus características en función de ello. Los reyes (o emperadores, cuando los hay con intermitencias a partir de Carlomagno) no son señores con supremacía y mando. Por el contrario, son a su vez señores que tienen que aliarse y combatir con los otros, según el caso, y logran mantener su trono solo en virtud de un balance favorable de fuerzas y alianzas. Por eso, en el lenguaje común de la historia, al rey medieval se le llama *primo inter paris*, es decir, el más importante de los iguales, pero en ningún caso el superior o, como se dirá a partir de fines del siglo XVI, el soberano.

En todo este período, llamado la alta Edad Media, el derecho es algo sumamente confuso. Cada uno de los varios pueblos que se ubican en Europa asume sus costumbres como reglas de vida e interacción. Los señores imponen ciertas reglas y administran justicia en su calidad de tales, sin otro título ni particularidad. Existen ciertas normas comunes que caracterizan al feudalismo, pero de ningún modo son reglas generalizadas ni válidas para extensos campos de lo normativo. La Iglesia mantiene una importancia grande como guía espiritual y, poco a poco, va desarrollando ciertas reglas comunes sobre diversos aspectos que le son particularmente importantes en el ámbito temporal, como bautismos, matrimonio, familia o bienes, y con el tiempo ello se resume en el derecho canónico, de trascendental importancia para la historia del derecho en esta parte del mundo. Al propio tiempo, quedan algunos resabios ya deteriorados del derecho romano, cuyas normas se aplican a los latinos que permanecen en los territorios conquistados por los pueblos bárbaros, según el principio de aplicación personal del derecho¹.

¹ Una característica del Derecho en aquella época era la aplicación personal y no territorial de sus normas. Hoy en día cada Estado tiene su territorio y, en principio salvo excepciones, sus normas se aplican dentro de él (principio de territorialidad). Antiguamente, a cada persona se le aplicaba el Derecho de su origen, no importando dónde estuviera ni quién lo gobernara (principio de personalidad). Por eso, a los latinos se les aplicaba el Derecho Romano en el Medioevo.

Todo esto conforma una materia jurídica confusa, superpuesta, fraccionada; en definitiva, algo muy lejano a lo que hoy podemos considerar nuestro derecho y aun a lo que un ateniense o un romano podrían haber considerado el suyo antiguamente.

No obstante, casi imperceptiblemente, a lo largo de la alta Edad Media, se produce en Europa una progresiva diferenciación entre los pueblos, cada uno de los cuales va asentando su propia cultura. Germinan, de esta manera, las nacionalidades ibéricas, los franceses, ingleses, escoceses, alemanes, italianos, húngaros, etcétera, todo lo cual dirige a Europa hacia la conformación de las identidades nacionales. Al final de la Edad Media se podrá hablar ya de sus particularidades y de las diferencias entre sí en materia cultural, idiomática, consuetudinaria y económica y se crearán las condiciones para formar las naciones sobre las cuales se posará el Estado Nación contemporáneo.

Cada pueblo, a la par que su cultura, fue desarrollando sus propias formas de organización política. Muchas fueron importantes pero, mirando hacia atrás, tres resultan trascendentales para la formación de nuestros Estados: Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de Norteamérica.

3. INGLATERRA

Luego de que varios pueblos llegaron y se apoderaron de diversos lugares de la isla de Gran Bretaña (entre los que se encuentran los celtas, romanos, sajones y escandinavos), en el siglo XI finalmente fue conquistada por los normandos. Era este un pueblo aguerrido, descendiente de los vikingos, y a la vez muy organizado. En la alta Edad Media obtuvo un pedazo de tierra continental (Normandía, hoy parte de Francia), donde estableció un importante y poderoso señorío. Diversos problemas llevaron a que Guillermo el Conquistador, gobernante de Normandía, se apoderara de Gran Bretaña en el siglo XI y, poco a poco, se convirtiera ello en la Inglaterra que hoy conocemos.

Un proceso histórico cuyas razones no compete explicar aquí, hizo que Inglaterra fuese pronto una nación relativamente integrada, con un gobierno central fuerte, y con tres particularidades trascendentales para la historia del Estado moderno:

1. Por circunstancias políticas, los reyes de Inglaterra solían firmar *pactos de gobierno* con sus súbditos. El más antiguo del que se tiene noticia es uno firmado por Ethelred II al iniciarse el siglo XI, que fue seguido por varios otros, de los cuales el más conocido es la *Carta Magna* (1215). Estos pactos suponían que el Rey, para asumir el trono, aceptaba ciertas reglas de gobierno que no podían ser puestas de lado en la tarea de gobierno. Tempranamente, así, en Inglaterra se

asumió que la ley estaba sobre el Rey. Posteriormente, ello tendrá importancia fundamental en la configuración del Estado y el derecho contemporáneos, pero ya desde la Carta Magna se introdujo el principio de protección judicial de la libertad personal que, con el tiempo, se concretaría en lo que hoy es el *habeas corpus*.

2. De otro lado, se desarrollaron las asambleas representativas de los territorios —inicialmente conformadas por notables— a las que se fueron incorporando progresivamente representantes del pueblo. La partida de nacimiento del Parlamento inglés se ubica, oficialmente, en el último cuarto del siglo XIII y, desde allí, va asumiendo progresivamente su forma y funciones contemporáneas. La historia del Parlamento británico no fue sencilla y tuvo que luchar reiteradamente contra los monarcas, en especial cuando, a partir del siglo XVI, se consolidó el absolutismo en Inglaterra. Todo el siglo XVII fue plagado de luchas, victorias y contrastes hasta la gran revolución de 1688 contra los Estuardo, que terminó con la victoria del Parlamento, la caída de Jacobo II y la instauración de una *monarquía constitucional* con Guillermo de Orange a la cabeza. A inicios del siglo XVIII, el Parlamento inglés tenía considerables poderes políticos en materia de aprobación de leyes y de tomar cuenta a los ministros por sus decisiones políticas mediante la censura. Todavía habría de recorrerse largo trecho hasta la configuración actual del sistema inglés pero, en sustancia, del siglo XIII al siglo XVII Inglaterra construyó, en agitada historia, la concepción actual del parlamento (u órgano legislativo), con la potestad de dictar las leyes y de ejercitar el control político sobre el Poder Ejecutivo, todo ello en representación del pueblo².
3. Finalmente, el desarrollo del sistema constitucional inglés fue llevando también hacia la conformación de un Poder Ejecutivo compuesto por un jefe de Estado (el monarca inglés) y un gabinete ministerial que asumió las atribuciones y responsabilidades del gobierno.

De esta forma, allanó el tránsito de la monarquía absoluta a los regímenes crecientemente democráticos, manteniendo al monarca cada vez con menos poderes y sin responsabilidad política (no puede ser censurado ni sustituido por razones políticas), como encarnación de todo el pueblo y el Estado (su organización política máxima). Al propio tiempo, se fue operando una transferencia de los poderes políticos,

² El Reino Unido llegó al sistema democrático aceptado contemporáneamente (con voto universal y elección periódica de los miembros de la Casa de los Comunes y su gobierno) recién en el transcurso del siglo XX. No puede decirse que en los siglos anteriores fuese verdaderamente democrático según los criterios de hoy, pero realizó el tránsito paulatina y sostenidamente.

y por ende de las responsabilidades consiguientes a un grupo de ministros encabezados por el Primer Ministro, que sí podían estar sujetos a la censura política y, por lo tanto, también podían ser nominados democráticamente.

Bajo diversas modalidades, hoy los jefes de Estado son irresponsables políticamente (es el caso del Presidente de la República en el Perú, que no puede ser destituido por razones políticas), dando estabilidad al gobierno y al sistema en su conjunto, al tiempo que se permite el cambio y censura de ministros para lograr transformaciones en la línea política de gobierno dentro del mismo sistema, cuando menos desde el punto de vista teórico.

En resumen, Inglaterra aportó al Estado contemporáneo el principio de protección y defensa de las libertades; la noción de Parlamento u órgano Legislativo; la organización del Poder Ejecutivo con un jefe de Estado sin responsabilidad política y con un gabinete ministerial que sí la tiene; y, por ende, un sistema monárquico constitucional en los hechos y las costumbres, iluminando con ello la ruta del desarrollo del Estado en otros lugares.

4. FRANCIA

Otro gran tributario al Estado contemporáneo de Europa es Francia. Con contradicciones e historia distintas a las inglesas, el reino francés siguió el camino de la monarquía absoluta sin participación del pueblo durante la salida del medioevo y, en especial, a partir del siglo XVII, cuando Luis XIV (el Rey Sol) instituyó un gobierno centralizado, casi personal y absoluto en su ámbito.

En ese contexto, Francia también desarrolló un espíritu nacional y por lo tanto pudo hacer muy considerables aportes a la construcción del Estado moderno.

En el siglo XVIII, que es conocido como el Iluminismo francés, se gestó el desarrollo de las ideas liberales y democráticas que conducen la Revolución Francesa. Esta se materializa a partir de 1789, cambiando todos los parámetros políticos hasta entonces vigentes en la humanidad. Se trata de una inmensa revolución en todos los terrenos, con consecuencias muy concretas en la teoría y práctica del Estado contemporáneo. Sus fundamentos, como ya viene dicho, están ubicados en los decenios previos al año revolucionario de 1789.

Hacia mediados del siglo XVIII, con una década de diferencia, dos grandes pensadores franceses sientan las bases teórico políticas de este desarrollo posterior: Montesquieu con *Del Espíritu de las Leyes* y Rousseau con varias obras, entre las que destaca *El Contrato Social*.

Montesquieu es un aristócrata francés que decide elaborar una obra monumental sobre la historia del derecho y sus vinculaciones con la política. De los cientos de páginas de la obra que escribe, hoy muchas son obsoletas pero hay unas pocas (medio centenar y en especial las diez o doce que dedica a la Constitución inglesa), que perduran y sientan las bases de uno de los puntos centrales del Estado: la teoría de la separación de los poderes.

Durante el absolutismo (y Francia en la época de Montesquieu vivía bajo dicho régimen), el Rey detentaba la suma del poder del Estado. Montesquieu escudriña dentro del régimen inglés posterior a la revolución de 1688 y encuentra que dicho poder absoluto debe ser distribuido en tres *poderes*: el legislativo, que debe dictar las leyes; el Ejecutivo, que debe dirigir y administrar; y el Judicial, que debe administrar justicia. En todo esto no hace sino describir con agudeza el régimen inglés que ha visto.

Montesquieu es un monarquista y en sus escritos no se hallan rastros de lo que hoy tenemos por democracia. No obstante, considerar que el poder debía ser distribuido es un aporte para acelerar el pulso de la transferencia sustancial del poder al pueblo, y así ocurrirá con posterioridad a su muerte.

Rousseau publica *El Contrato Social* en la década de 1750 y condensa allí una importante teoría que dará origen a lo que con posterioridad se ha denominado la *democracia radical*. Retoma de pensadores de los siglos inmediatamente anteriores la idea de que los seres humanos viven originalmente *en estado de naturaleza*, sin normas, sin sociedad, en total *libertad natural*. Sin embargo, esos seres humanos en algún momento deciden pasar al *estado de sociedad* y para tal efecto realizan el *contrato social*. Evidentemente, Rousseau no comete la ingenuidad que muchos le han torpemente criticado, de pensar que este fue un contrato escrito y firmado. En modo alguno; más bien, la idea del contrato social es una manera de expresar que los hombres se pusieron de acuerdo en vivir en sociedad, probablemente haciéndolo.

Según Rousseau, la cláusula básica de dicho contrato es: «Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibe corporativamente a cada miembro como parte indivisible del todo»³.

Hoy tal vez este párrafo suene intrascendente, algo así como un lugar común. No fue así en su tiempo. En efecto, considerar a cada uno como parte indivisible del todo equivalía a decir que cada uno tenía una fracción de poder en la sociedad, igual a la de cada uno de los demás; de aquí aparece la necesidad de dar poder a cada uno y no solo

³ ROUSSEAU, Juan Jacobo (1966). *El Contrato Social*, libro I, capítulo VI. Madrid, Taurus.

a los pocos que lo tenían en el antiguo régimen en el cual él vivía⁴; por lo tanto, lleva hacia una concepción democratista que, necesariamente, va a tener que expresarse en el voto universal.

Someterse a la voluntad general no hace sino desarrollar el concepto que la decisión mayoritaria de los componentes del todo es lo que finalmente obliga. Se consolida así la idea de que el pueblo hace la ley y, por lo tanto, que es el soberano.

Finalmente, la suma de cada uno hace el todo, que no es sino el pueblo mismo, dueño de sus decisiones y de su destino. Esta es la piedra inicial de construcción posterior del concepto de Nación (cosa que veremos a continuación). Montesquieu y Rousseau son distintos entre sí y ninguno de los dos llega a escribir una premonición de lo que serán la Revolución Francesa y sus secuelas al final del siglo. Sin embargo, son leídos por todos los grandes revolucionarios y, en verdad, por todos los sectores ilustrados de su tiempo. Sus ideas pasan a fundamentar, enriquecidas, lo que ocurre posteriormente.

La Revolución Francesa es un complejo encadenamiento de hechos cuya descripción y explicación desde el punto de vista del Estado, siquiera en sus grandes detalles, escapa a las posibilidades de este capítulo⁵. Sin embargo, destacaremos lo esencial y ello está contenido en buena parte, en los aportes de otro gran pensador y político francés: Manuel José, Conde de Sieyès.

Personaje discutido, en especial en la segunda etapa de su vida pública, a partir del ascenso de Napoleón Bonaparte, fue sin embargo el gran constructor de las ideas que hicieron posible la Revolución Francesa en sus etapas iniciales. Su obra clásica no es un gran tratado sino un folleto político, pero que ha pasado a la historia de los grandes aportes al pensamiento del Estado: *¿Qué es el Tercer Estado?*

Como Inglaterra en los orígenes de su Parlamento, Francia había tenido también una Asamblea que representaba a los estamentos sociales del Antiguo Régimen. Los estamentos eran tres y tenían, por consiguiente, tres asambleas o estados correspondientes: el del alto clero, el de la nobleza y el de los demás, llamado *Tercer Estado*.

Estas tres asambleas sesionaban por separado y votaban a razón de un voto por cada una. Es fácil suponer que la aristocracia (alto clero más nobleza) siempre ganaba al pueblo llano en las votaciones críticas. Debido a la tradición absolutista francesa,

⁴ Llamamos Antiguo Régimen al conformado por el monarca absoluto y la aristocracia (nobleza y alto clero) como detentadores de los privilegios y del poder. El Antiguo Régimen contrasta, así, con el Estado Liberal, que emerge a partir de la Revolución Francesa y que desarrollamos a continuación.

⁵ Para una descripción del período revolucionario francés puede consultarse RUBIO C., Marcial (1979). «Los orígenes del Estado Burgués, 1789-1848», en *Burguesía y Estado Liberal*, Lima, DESCO.

durante casi ciento setenta años los Estados Generales no funcionaron. Una crítica situación financiera y la debilidad de su gobierno, llevaron a Luis XVI a convocarlos de nuevo en 1788 y la burguesía aprovechó de esta decisión para realizar su revolución, a partir de la Asamblea del Tercer Estado que ella dominaba.

En *¿Qué es el Tercer Estado?*, Sieyes hace un magistral análisis político de la Francia de su tiempo y concluye que ella es equivalente al Tercer Estado, pues este se halla constituido por la abrumadora mayoría de los franceses, quienes con su trabajo sostienen la vida del país. Añade que los otros dos estamentos no aportan nada significativo y concluye, por lo tanto, argumentando dos cosas: que el pueblo llano lo es todo en Francia y constituye lo esencial de la nación francesa, y que la Asamblea del Tercer Estado es la representación de dicha nación. Propone (y así sucede rápidamente), que la asamblea del Tercer Estado se convierta en la Asamblea Nacional de Francia y que tome en sus manos el poder político.

Se han sentado, de esta manera, las bases teóricas y operativas de la Revolución Francesa, indispensables para complementar los aportes previos de Montesquieu y Rousseau.

En efecto: la Asamblea Nacional representaba al pueblo y ejercitaba el poder soberano en su nombre, superando el problema de la gran asamblea popular, que era necesario convocar, según Rousseau, para recoger la voluntad general. Esto no podía hacerse en un país de millones de habitantes como la Francia de ese entonces, más aún si Rousseau había establecido que el poder del pueblo era indelegable. La idea de nación que desarrolló Sieyes permitía asumir que el *pueblo* no era simplemente un agregado de personas sino que constituía un cuerpo organizado que podía ser representado. La Asamblea Nacional era esa representación, debidamente elegida por la nación, y ella sí podía reunirse a discutir, votar y emitir las leyes plasmando la voluntad general.

Se daba partida de nacimiento a la idea de la democracia representativa, cuya versión evolucionada llega hoy hasta nosotros y es uno de los rasgos fundamentales del concepto del Estado contemporáneo.

Pero, a la vez, esta concepción hilvanaba con el aporte de Montesquieu, pues se daba una formalización clara a la estructura y funciones del órgano legislativo en un país distinto a Inglaterra en tradición e historia, con lo que ya no era necesario imitar (cosa por demás imposible) el modelo inglés.

La Asamblea Nacional de Francia se constituyó en junio de 1789 con el episodio de la Sala del Juego de Pelota de Versalles, y el 6 de agosto del mismo año aprobaba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, texto breve pero trascendental en el que se resumían bajo forma legislativa los grandes principios

liberales de la libertad, igualdad, seguridad, resistencia a la opresión y propiedad. Se daba el paso inicial contundente⁶ para la instauración de otro rasgo característico del Estado y del derecho contemporáneos: una declaración de derechos que ningún organismo del Estado, por mandato legal, podía violentar.

Frente a las declaraciones de derechos humanos que se han establecido en el mundo a partir de 1948, la Declaración francesa es abiertamente insuficiente y ya fue en su tiempo criticada por los sectores radicales de la Revolución. Sin embargo, su texto inspiró lo esencial de las declaraciones de derechos de todas las grandes constituciones del siglo XIX y es antecedente directo de los derechos humanos tal como hoy los entendemos.

Es así como Francia aporta al Estado contemporáneo el desarrollo teórico y práctico de la separación de poderes (aunque la recibe de Inglaterra a través de Montesquieu), la institucionalización de los derechos vía textos legislativos y constitucionales y los conceptos de nación y de representación que evolucionan hacia nuestra actual concepción de democracia representativa.

5. LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La independencia norteamericana de Inglaterra también trajo secuelas importantes para el Estado actual. En 1787 se reunieron representantes de trece Estados entonces independientes y promulgaron la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, la misma que rige en la actualidad —aunque con numerosas enmiendas— y que hizo dos aportes fundamentales: el de la estructura del Estado Federal (compuesto por otros Estados en su base) y una forma de interrelacionar los poderes del Estado distinta a la europea, que se ha dado en llamar el régimen presidencial.

En aquel entonces, los Estados Unidos de Norteamérica devinieron en la primera potencia mundial no monárquica. Se impusieron la tarea de construirse con forma republicana y, en este empeño, instituyeron la figura del Presidente de los Estados Unidos, la cual, con el tiempo, fue incorporada en los demás regímenes republicanos del mundo, influyendo muy específicamente en la historia constitucional peruana.

No en su texto constitucional, sino en el devenir de su historia, los Estados Unidos desarrollaron, a través de su Corte Suprema, el principio de que el Poder Judicial podía revisar la constitucionalidad de las leyes emitidas por el Poder Legislativo o, en el caso norteamericano, el Congreso. El asunto se originó en un célebre caso conocido como

⁶ En realidad, antes que la declaración francesa, está la del Estado de Virginia en Norteamérica. No obstante, si bien es anterior en existencia, resulta de menor riqueza conceptual e histórica frente a ella.

Marbury vs. Madison, en el que una decisión de la Corte Suprema consideró que no podía aplicarse una ley que contravenía la Constitución federal.

Según el pensamiento europeo, el órgano legislativo tenía un poder indiscutible por ser representante de la nación. La idea del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes fue así, originalmente, una concepción aventurada que, sin embargo, se fue abriendo paso poco a poco (aun cuando en la actualidad no sea una idea admitida por todos los Estados) y tuvo particular relevancia entre nosotros. Ya nuestro Código Civil de 1936 estableció el instituto de control en el artículo XXII de su título preliminar y ha sido claramente sancionado luego en las Constituciones de 1979 y 1993.

De esta manera, puede decirse que los Estados Unidos de Norteamérica aportaron al Estado contemporáneo el federalismo, el presidencialismo y el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes.

6. LA HISTORIA DEL ESTADO Y SU INFLUENCIA EN EL DERECHO

Hemos hecho una extensa aunque general y elemental digresión sobre la evolución del Estado desde la baja Edad Media hasta fines del siglo XVII en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos de Norteamérica, para comprender mejor qué pasa entre Estado y derecho durante este período.

El conjunto de aportes a la conformación del Estado hasta el principio del siglo XIX puede resumirse de la siguiente manera:

1. Después de haber sido considerada negativa durante siglos, la democracia empieza a ganar el lugar preponderante que hoy tiene como principio rector de la organización política. A su concepción contribuyen especialmente las obras de Rousseau y Sieyès a través de la Revolución Francesa, desembocando hacia la concepción de la democracia representativa.
2. Se reconoce que ciertos principios como la libertad y la igualdad ante la ley deben ser garantizados a las personas. Aparecen las declaraciones de estos derechos y se desarrollan a través de las Constituciones.
3. El Poder del Estado debe distribuirse entre diversos órganos llamados legislativo, ejecutivo y judicial que asumen distintas características en cada lugar pero que, en conjunto, van siendo constituidos en la forma predominante de organización del Estado.
4. Los Estados, fundamentalmente en Europa, se organizan sobre las naciones, que son pueblos que asumen dentro de sí mismos una integración cultural

y económica creciente, dando lugar a los llamados Estados nación contemporáneos⁷.

Estos son los rasgos jurídico políticos centrales de lo que se ha venido en llamar el Estado Liberal. Evidentemente, este tipo de Estado no aparece al mismo tiempo en todos los lugares. Los precursores son los tres que hemos reseñado (Inglaterra, Francia y los Estados Unidos) y aun dentro de ellos cada uno de los diversos rasgos se van perfilando progresivamente en el tiempo. A manera de ejemplo, el concepto de lo democrático representativo se plasma como idea en la Revolución Francesa, pero recién en el siglo XX podemos decir que se generalizan la idea del voto universal, del recambio periódico de los gobernantes y otros elementos similares de la comprensión contemporánea de la institución. Lo propio ocurre con los Estados nación, que quedan diseñados prácticamente a partir de las dos grandes guerras mundiales y, aún luego de los grandes tratados que las siguen, muchas veces Estados y naciones no coinciden plenamente.

Sin embargo, a principios del siglo XIX, la concepción liberal produjo sensibles transformaciones en la estructura política de los Estados en relación al antiguo régimen, el que, con diversas modalidades, admitió el gobierno de los pueblos por reyes y aristócratas que tenían el poder desde muy antiguo, merced a su control de la riqueza y a teorías legitimadoras de su soberanía, tales como la del *mandato divino* o del *pacto de soberanía*⁸. Plantear el cambio de la soberanía de manos de estos gobernantes a las de los representantes elegidos por el pueblo era un gran trastocamiento de la concepción del mismo poder, porque ahora el titular del poder sería el pueblo y no el gobernante.

El derecho, por otro lado, había sufrido pocas transformaciones en este proceso y seguía siendo la amalgama de costumbres, normas legisladas, derecho canónico, resoluciones de tribunales y teorías del derecho romano que ya hemos reseñado antes. En conjunto, este derecho tenía fuertes resabios de los principios que regían el Antiguo Régimen y era, en mucho, incompatible con los nuevos principios de libertad, igualdad ante la ley y democracia que se abrían camino al paso de la revolución liberal.

⁷ El aporte norteamericano del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, como hemos dicho, aparece con posterioridad, ya entrado el siglo XIX.

⁸ La teoría del mandato divino sostenía que los monarcas eran tales por encargo divino. En consecuencia, solo debían rendir cuenta de sus actos ante Dios. La del pacto de soberanía establecía que el pueblo encargaba el gobierno al monarca a cambio que éste le otorgara seguridades. Ambas justificaron el absolutismo por diferentes caminos.

Un derecho confuso que no tenía normas compatibles con los nuevos principios revolucionarios, y gobiernos que requerían consolidar su poder en virtud de las nuevas reglas jurídico políticas de organización del Estado, fueron dos situaciones que confluyeron hacia una solución única para ambas: los nuevos gobiernos de los Estados debían dictar las normas fundamentales del derecho y hacerlas obedecer, no ya por su antigüedad, ni por su aceptación consuetudinaria, sino porque emanaban del poder del Estado. De esta manera, el derecho se sistematizaba y el Estado controlaba el poder con sus mandatos.

Dos tipos de instrumentos legales aparecieron en base a este propósito; las Constituciones, que establecían los derechos de las personas y la organización del Estado, y la legislación, entre la que se cuentan los grandes códigos legislativos, destacando entre estos el Código francés de 1804, que es a su vez parte de una codificación más extensa hecha por Napoleón Bonaparte. Ocupémonos brevemente de la legislación para pasar luego a las constituciones.

6.1. La legislación

Napoleón Bonaparte toma el poder en Francia justo al terminar el siglo XVIII y entre sus muchas obras de gobierno retoma los esfuerzos que ciertos juristas habían hecho en años anteriores por sistematizar el derecho francés. Así, en 1804 promulga el Código Civil francés o Código de Napoleón que, con varias modificaciones, es el que rige aún hoy en Francia.

El Código Civil francés no solo tiene el mérito de ser la primera gran obra sistemática de codificación del derecho civil de una nación, sino además el de incorporar creativamente en su texto los grandes principios liberales. El derecho de las personas, de la familia, de sucesiones, de contratación y la misma propiedad privada adquieren connotaciones distintas a las que habían tenido previamente, y simbolizan en el texto francés lo que la burguesía revolucionaria de entonces había anhelado como modelo de estructura social y por lo cual había hecho la Revolución. El derecho, los valores revolucionarios y sus principales concepciones estaban todos reunidos en el Código y, por tanto, este pasó a ser la síntesis del derecho civil. Es famosa la frase que decía: «Yo no conozco el derecho civil, yo conozco el Código de Napoleón».

Junto a este Código, Napoleón publicó otros más que en conjunto fueron su gran obra jurídica y un aporte decisivo a la incorporación de la Revolución Francesa en el derecho. El Código de Napoleón fue impuesto durante su imperio a todos los territorios europeos ganados, produciendo grandes transformaciones en lo que a supresión de privilegios aristocráticos y diferencia de las personas frente a la ley se refiere. Es más,

generó de inmediato la imitación en otros lugares. Los diversos Estados fueron dando sus propios códigos (el Perú en 1852), y la misma Alemania debatió durante varios años sobre la codificación de su derecho, que concluyó con el desarrollo de la Escuela Histórica que produjo el Código Civil alemán de 1896 (puesto en vigencia en 1900).

Los Estados, entonces, se fueron haciendo al uso de legislar y mandar cumplir el derecho, reforzando así su autoridad. El derecho, de estar formado con la amalgama que antes hemos mencionado, empezó a ser producido por los órganos del Estado. Durante todo el siglo XIX esta tarea era hecha privilegiadamente por el órgano legislativo (llamado parlamento, congreso, asamblea, dieta, cortes, etcétera, según cada país pero con identidad de concepto), en la medida que era nominado mediante el sistema de democracia representativa: el órgano legislativo era así el representante más cabal de la nación. Frente a él, el Poder Ejecutivo aparecía como un ejecutor de las tareas de gobierno y administración, sometido siempre a la ley. Esto resulta explicable por dos razones: primera, que el Estado, aunque se había desarrollado considerablemente en relación a los siglos anteriores, era aún incipiente y, según la teoría predominante, más que promotor e interventor en la vida social y económica, debía ser el garante de que la libre iniciativa se desarrollara por las personas en igualdad de condiciones (es lo que se llama *Estado Policía* en la conceptualización moderna). Por ello, no asumió aún la variada gama de funciones, regulaciones e iniciativas que tiene actualmente, siendo en consecuencia mucho más reducido que hoy. La segunda razón de que el Poder Ejecutivo no tuviera un rol mayor es que durante el siglo XIX la mayoría de los Estados europeos tenía una organización monárquica en la que el Rey no tenía un origen democrático y, por la resistencia existente frente al Antiguo Régimen, se recortaba intencionalmente su poder de decisión política.

Apareció entonces la preeminencia del órgano legislativo en materia de producción de normas jurídicas y, con el transcurso de los años, ocurrió que el derecho empezó a ser identificado con la ley producida por el Estado. En consecuencia, el derecho pasó a ser el conjunto de normas aprobadas por el Estado mediante sus órganos o poderes.

El Estado Policía, que es esta particular concepción del Estado Liberal, imperó hasta entrado el siglo XX. La Primera Guerra Mundial, y a su turno para América Latina la Revolución Mexicana, removieron los cimientos del Estado, produciendo una acelerada transformación de muchas monarquías en repúblicas e introduciendo la concepción de que el Estado no debía ser solamente un garante de la libertad e igualdad de juego de las personas en la sociedad, sino que debía promover el bienestar con medidas reformistas (por ejemplo la Reforma Agraria mexicana), y asumiendo el rol de promotor en la prestación de servicios (principalmente el Estado alemán emergente de la Primera Guerra Mundial).

Sin embargo, a partir de la Gran Depresión de 1929 y sus secuelas posteriores, se desarrolló y asentó la idea del Estado reformador y promotor de servicios. A partir de allí, el Poder Ejecutivo empezó a crecer considerablemente: la obra pública, la seguridad social, los beneficios a los más desposeídos, entre otros, hicieron necesario ampliar la capacidad de operación y ejecución del Estado mediante dependencias administrativas, instituciones y empresas públicas. Se llegó así a lo que se llama Estado social de derecho. Poco a poco, todo este inmenso aparato administrativo de ejecución necesitó dictar normas generales para organizar sus actividades y, entonces, de un lado el Poder Ejecutivo fue dictando cantidad creciente de reglamentos, decretos y resoluciones y, de otro, el órgano legislativo empezó a ser sobrepasado, porque su estructura compleja y numerosa era incapaz de producir todas las normas necesarias y urgentes bajo la forma de leyes.

Así ocurrió que el Poder Ejecutivo empezó a producir derecho masivamente. Primero, asumió el rol de dictar reglamentos, decretos y resoluciones en observancia y sin transgredir las leyes del Legislativo. Con posterioridad se vio en muchos casos la necesidad de que el mismo Poder Ejecutivo pudiera dictar normas con rango de ley por la mayor efectividad que tenía en esta materia y, por tanto, apareció la institución de la legislación delegada, según la cual el órgano legislativo puede delegar el dictado de normas con rango de ley en el Poder Ejecutivo.

A partir de la década de 1980, una corriente de pensamiento llamada *neoliberalismo* ha cuestionado al Estado de servicios, fundamentalmente porque lo considera costoso e ineficiente. En base a esta nueva concepción, se ha privatizado muchos de los servicios que antes eran públicos. Sin embargo, aún con esta transformación reciente, el Poder Ejecutivo es siempre grande y realiza muchas acciones que no tenía a su cargo hace un siglo.

Así llegamos a la concepción actual del Estado y del derecho (que en el Perú se consolida durante la segunda mitad del siglo XX): un Poder Legislativo que tiene la atribución de dictar las leyes y que retiene su antigua atribución de controlar políticamente al Poder Ejecutivo mediante la investigación de sus actos y la eventual arma de la censura ministerial; un Poder Ejecutivo grande, con buena parte de la administración pública bajo su mando y con creciente capacidad de dictar normas jurídicas mediante reglamentos, decretos y resoluciones cuando no mediante la legislación delegada; y un Poder Judicial que tiene también desde antiguo la atribución de resolver los conflictos en nombre del Estado mediante resoluciones judiciales, las más conocidas de las cuales son las sentencias. A lo largo de esta evolución histórica del Estado, se ha llegado también a que el derecho sea principalmente producido a través de la actuación de estos órganos estatales y, por tanto, que la legislación producida por el ejecutivo y

el legislativo, y las resoluciones emitidas por el judicial, sean las fuentes principales aunque no las únicas⁹.

Doquier, el Estado ha seguido una evolución gruesamente similar al patrón general que hemos descrito, con mayores o menores énfasis según sus condiciones (país desarrollado o subdesarrollado) y según las ideologías predominantes.

6.2. La Constitución

El paso del Antiguo Régimen hacia el Estado Liberal, y la posterior evolución interna de este fue formalizándose poco a poco en las constituciones.

Originalmente, Constitución viene de constituir el Estado. Es, así, el instrumento legislativo merced al cual se organiza el nuevo tipo de Estado, señalándose en sus artículos los principales cambios que ocurren en relación a la situación previa, en materia de derechos de las personas y de la estructura, conformación y funciones de los órganos del Estado.

En un principio, la Constitución fue la manera de organizar al Estado, pero con la formalización creciente del derecho, aparece la necesidad de dar a la Constitución el rango de norma jurídica suprema. La idea es correcta desde que en la Constitución se establece quiénes producen el derecho, en base a qué principios y con cuáles formalidades. El Tribunal Constitucional peruano ha mencionado este tránsito de la Constitución desde norma política a norma también jurídica, en la siguiente sentencia:

3. El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto[...] ¹⁰.

⁹ Posteriormente desarrollaremos las fuentes del Derecho y allí nos referiremos extensamente a todo esto desde la perspectiva del Derecho peruano. Veremos entonces la importancia de la legislación, el rol de la jurisprudencia y también los términos en que se mantienen las costumbres y otras fuentes de producción de normas jurídicas.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 08 de noviembre del 2005 en el Exp_5854_2005_PA_TC sobre proceso de amparo interpuesto por don Pedro Andrés Lizana Puelles contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

A lo largo del siglo XIX, el derecho pasa a ser presidido por la Constitución Política del Estado y, producto de dicha concepción es que los Estados Unidos de Norteamérica desarrollan el principio del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, tal como hemos visto oportunamente.

Evidentemente, este principio no era claramente compatible en sus orígenes con aquel otro según el cual el órgano legislativo representaba a la nación y por tanto actuaba en nombre de ella con pleno poder. Esto produjo el decantamiento progresivo de otro concepto también instalado sólidamente en la teoría del Estado actual: el de *poder constituyente*.

El *poder constituyente* es tributario actual de la vieja teoría del contrato social, según la cual las personas hacen un pacto para pasar a vivir en sociedad desde su estado de naturaleza anterior, estableciendo las normas a las cuales se atenderá en lo sucesivo su interacción dentro del todo social. Una vez establecidas, estas normas regulan todos sus actos. Son, por así decirlo, las reglas de juego que no deben ser incumplidas por nadie.

El poder constituyente reside en el pueblo, el cual, dentro de la concepción democrática, es el soberano dentro del Estado, y se ejercita con formalidades especiales. Su resultado es la Constitución, cuerpo normativo que en adelante solo puede ser modificado, en principio, por una decisión colectiva y especial de todas las personas que componen la sociedad¹¹.

Se hace entonces una distinción que, si bien discutible en términos absolutos en la teoría, es clara para expresar lo que buscamos en esta parte: *poder constituyente* y *poderes constituidos*.

El poder constituyente es máximo, se ejercita por el pueblo para organizar el Estado y produce la Constitución. Los poderes constituidos están sometidos al poder constituyente y se ejercitan en observancia de las reglas constitucionales que los fundamentan. Estos poderes constituidos son también conocidos como *funciones del Estado* y son la *legislativa*, la *ejecutiva* y la *jurisdiccional*. En su ejercicio, los órganos del Estado deben ser obedientes a la Constitución. El Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la importancia de esta distinción conceptual:

61. De las características atribuidas al Poder Constituyente, queda claro que aquél, en cuanto poder creador, es único en su género, y que de él derivan a través de la

¹¹ Es de notar que la mayoría de los Estados tienen hoy Constituciones escritas producidas mediante diversos mecanismos (Asambleas Constituyentes, plebiscitos, etcétera), donde esto se aplica estrictamente. En otros, muy pocos, no hay Constituciones escritas y por lo tanto se admiten excepciones. Es el caso del Reino Unido, donde la Constitución se modifica por simples leyes del Parlamento.

Constitución, los llamados poderes constituidos o creados, es decir, los órganos ejecutivo, legislativo, judicial y los demás de naturaleza constitucional. Los poderes constituidos, por consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución [...]¹².

Es así, entonces, que la Constitución se vuelve el cuerpo normativo supremo del Estado contemporáneo y su imperatividad se debe aplicar sobre todo y todos, en todas las circunstancias.

Síntesis

El Estado tuvo y tiene un proceso de evolución y desarrollo continuo. Se inicia en épocas distintas en los diferentes lugares, pasando de la atomización del poder feudal hacia una centralización de poder en el monarca. Su fase más evolucionada en esta etapa es la monarquía absoluta de los siglos XVI al XVIII.

La evolución del sistema político inglés, a partir del siglo XIII, va llevando progresivamente hacia un Estado con poderes separados y al reconocimiento de libertades fundamentales protegidas por el propio Estado.

Estas ideas son transmitidas a Francia, donde durante el siglo XVIII se desarrolla el cuerpo de ideas liberales que instrumentará luego la Revolución Francesa. En este proceso evolucionarán rápidamente el concepto de la separación de poderes, la democracia representativa y la idea de nación. La Revolución Francesa marca el inicio de la constitucionalización de los derechos y de estas formas evolucionadas de estructuración del Estado. Posteriormente, los Estados Unidos de Norteamérica, en adición al presidencialismo y la estructura federal, aportarán el principio del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, en sometimiento a la supremacía de la Constitución dentro del derecho de cada Estado.

En esta etapa, el derecho sufre dos importantes modificaciones en relación a su estructura durante el antiguo régimen: en primer lugar, se entroniza en él la Constitución como texto normativo supremo del sistema y, en segundo, el derecho deja de ser una amalgama confusa de normas de diversos orígenes para pasar a ser, preponderante pero no exclusivamente como veremos, el conjunto de textos emitidos por el órgano legislativo del Estado. Además sigue, dentro de su propia vía, el rol de producción de resoluciones de administración de justicia por el Poder Judicial.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero del 2002 en el Exp_0014_2002_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley N.º 27600.

Situaciones posteriores del Estado llevan a que el Poder Ejecutivo se desarrolle sustantivamente y asuma cada vez más funciones; entre ellas la de dictar muchas normas jurídicas bajo la forma de reglamentos, decretos y resoluciones. En las décadas pasadas se ha visto evolucionar las cosas incluso hacia la delegación de atribuciones legislativas por el órgano legislativo en el ejecutivo, con lo que la gravitación de este último para la producción del derecho es fundamental.

En los dos últimos siglos, por tanto, derecho y Estado han sufrido una creciente identificación, al punto de que hoy prácticamente existe el monopolio de creación del derecho por el Estado.

Materia del siguiente capítulo es referirnos al Estado peruano actual y a las grandes líneas de su evolución precedente. Así podremos comprender mejor nuestro sistema jurídico particular.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

COTLER, Julio (1978). *Clases, Estado y nación en el Perú*. Lima, Instituto de Estudios Peruanos.

GARCÍA PELAYO, Manuel (1977). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza.

HOBBSAWM, Eric (1971). *Las revoluciones burguesas*. Madrid, Guadarrama.

ROUSSEAU, Juan Jacobo (1966). *El Contrato Social*, libro I, capítulo VI. Madrid, Taurus.

RUBIO CORREA, Marcial (1979). «Los orígenes del Estado Burgués, 1789-1848», en *Burguesía y Estado Liberal*. Lima, DESCO.

RUBIO CORREA, Marcial (2003). *La constitucionalización de los derechos en el Perú del siglo XIX*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO CORREA, Marcial (2006). «Liberalismo y derechos individuales». En VARIOS AUTORES, *Miradas que construyen. Perspectivas multidisciplinares sobre los derechos humanos*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

TOUCHARD, Jean (1964). *Historia de las ideas políticas*. Madrid, Tecnos.

CAPÍTULO 2

ESTADO Y DERECHO EN EL PERÚ

OBJETIVOS

1. Darse una idea global y sintética de cómo está tratado el Estado peruano en nuestra Constitución.
2. Identificar los contenidos políticos esenciales de nuestro Estado.
3. Distinguir con claridad los cinco niveles en los que el Estado está estructurado desde el punto de vista orgánico, aprehendiendo los rasgos particulares de cada nivel.
4. Comprender el significado de las potestades legislativa, ejecutiva y jurisdiccional para el derecho, y la manera en que son asumidas por los distintos órganos del Estado.
5. Comprender el rol de la administración pública en un doble sentido: en cuanto su relación con los distintos órganos del Gobierno Central, los gobiernos regionales y locales, y en cuanto su función específica en el derecho.
6. Diferenciar las funciones específicas de cada organismo constitucional en relación a los demás y el rol que le cabe cumplir en el derecho.
7. Poder ubicar, en términos generales, en qué parte de la Constitución se hallan las normas referentes a cada uno de los aspectos políticos y orgánicos del Estado peruano.

A su manera, el Perú también ha seguido un proceso evolutivo en la conformación de su Estado y lo continuará en el futuro. Diversos hitos marcan los grandes períodos de la evolución del Perú y nos referiremos a ellos en términos generales, desde la perspectiva jurídico-política, para luego hacer una descripción de su forma actual. Podremos entonces apreciar de qué manera nuestro Estado se vincula a la historia general que hemos bosquejado en el capítulo anterior. Antes de proceder a ello, sin embargo, es preciso referirnos brevemente a algunos aspectos conceptuales.

1. CONCEPTO DE ESTADO

La historia que hemos recorrido en las páginas anteriores no es otra que la construcción progresiva de una organización que maneje el poder en su máximo grado de expresión social. Eso es precisamente el Estado: la forma superior y más poderosa de organizar el poder dentro de la sociedad.

El poder puede definirse como la capacidad que tiene una persona (o un grupo) de lograr que las conductas de los demás sean realizadas de acuerdo a los términos que ellos fijan. Así planteado, el poder consiste en una fuerza capaz de imponerse a los demás y, en principio, en este designio no encuentra más obstáculos que los que le presente otro poder, equivalente o superior.

Sin embargo, esta forma de ejercicio absoluto del poder es perniciosa a la sociedad porque, en términos usuales, equivale a implantar la ley del más fuerte. Durante la inmensa mayoría de su historia las sociedades humanas sufrieron esta situación.

Como hemos visto en el capítulo anterior, durante los dos últimos siglos la humanidad ha librado una ardua batalla para superar esta concepción del poder y llegar a otra según la cual el Estado se organiza de acuerdo a una Constitución y leyes complementarias, en las que se establecen los principios y derechos que regulan el uso de tal poder y los organismos que lo detentan.

Desde el punto de vista constitucional, entonces, el Estado tiene cuando menos dos dimensiones: una que llamaremos *política*, que se ocupa de los derechos constitucionales y los grandes principios que lo rigen y una que llamaremos *orgánica*, que se ocupa de los organismos que componen el Estado, su conformación y atribuciones.

Cuando estas dos dimensiones han sido establecidas en los textos normativos, y se cumplen en la realidad, estamos ante un Estado de derecho, es decir, un Estado en el que el poder es ejercido no como poderío material, sino en observancia de ciertas reglas preestablecidas. A continuación, trataremos por separado ambas dimensiones para el Estado peruano actual, con una breve consideración previa sobre su evolución desde la Independencia.

2. EL ESTADO PERUANO

Dada nuestra historia y configuración política, es preciso hacer una aclaración inicial: el estudio del Estado peruano supone una marcada diferencia entre los hechos políticos y la normatividad constitucional que teóricamente les es aplicable. Si bien los primeros debían adecuarse a la segunda, es notorio que no ha ocurrido así. En este sentido, la aproximación propia de la ciencia política es sustantiva para entender nuestras características estatales pero, en esta parte, vamos a centrarnos en los aspectos constitucionales declarados en nuestra Constitución. Podría parecer que hacerlo así es un ejercicio discutible, por la discrepancia entre hechos y normas pero, de un lado, es necesario conocer cómo debiera ser nuestro sistema político y, de otro, conociéndolo podremos contribuir a solucionar sus problemas y a lograr que hechos y normas sean crecientemente compatibles.

2.1. Lo antecedente a la Constitución de 1993

El Perú nace como Estado independiente en 1821 y aprueba su primera Constitución en 1823. Se conforma sobre un pueblo plural en raza y cultura que, si bien le otorga una riqueza inusual, también le fija ciertos límites como producto de diferencias y desintegración. Al nacer, el Perú no era una nación en el sentido clásico del término porque, de un lado, no estaba consolidado internamente y, de otro, tenía rasgos comunes con otros Estados latinoamericanos nacidos en la misma época.

Hemos visto cómo en la Europa de los siglos pasados, esta forma de organización del poder que llamamos el Estado moderno, fue desarrollándose sobre naciones constituidas como producto de la creación colectiva de cada pueblo (aun cuando existen también significativas excepciones a esta afirmación). En cierto sentido, este Estado fue fruto madurado de las naciones. De allí que se le haya llamado «Estado-Nación».

Durante los últimos decenios de nuestra vida colonial, las elites criollas latinoamericanas, y entre ellas la peruana, bebieron del liberalismo que florecía en Europa continental y asumieron sus postulados, lo que contribuyó, entre otros factores, a la independencia de nuestro subcontinente. Naturalmente, el liberalismo criollo no era semejante al europeo (ni al norteamericano) si lo evaluamos en relación a su contexto social: en el Perú no había conciencia extendida de su necesidad y virtudes y globalmente, como pueblo, no podemos decir que hubiera calado en la conciencia nacional porque la nación no estaba propiamente constituida.

No obstante, tenemos que reconocer que los grupos de poder nacional de entonces, a su medida y con los límites impuestos por la estructura social y política, colaboraron

a configurar el Estado peruano. En sí mismo, ese hecho debe ser resaltado como inicio de la peruanidad, aun con la conciencia de sus límites, en algunos casos considerables.

Uno de estos grandes límites, que atañe a la materia que desarrollamos aquí, es el de la copia del modelo de Estado europeo y norteamericano, sin ejercer una crítica creativa para adaptarlos a nuestras sociedades. Fue así como las Constituciones de los siglos XIX y XX mantuvieron en general un enorme divorcio con la realidad: se declararon derechos que nunca se cumplieron (y que en muchos casos eran imposibles de cumplir) y se pretendió establecer una estructura política en base a la teoría de división de los poderes que no era aplicable a nuestra realidad. Se establecieron mecanismos de democracia representativa inapropiados para la realidad nacional, y todo ello nos llevó a un sistema político que, en los textos legales, era completamente distinto al que operaba en la realidad.

Ni el caudillismo que va hasta poco antes de la guerra del Pacífico, ni la República Aristocrática que dura hasta 1930, ni el Estado oligárquico que sigue hasta 1970, son excepciones a esta regla. Solo en contados períodos se intentaron soluciones distintas. La regla general fue la del divorcio entre hechos y normas.

En el curso de nuestro período republicano, sin embargo, dos tendencias deben ser resaltadas por la importancia que revisten:

1. La primera es el esfuerzo sostenido de construir una nación a partir del Estado. Parece cierto decir que mientras en muchas latitudes la nación construye al Estado como su emanación en el Perú (así como en varios otros países), es el Estado el que hace emanar de sí un acrisolamiento progresivo de la nación, proceso aún no concluido y que tiene que hacer con la compleja tarea de identificar lo común y respetar lo que hay de diverso entre nosotros. En este sentido, no debemos perder de vista que si bien somos peruanos, también en un sentido más amplio somos latinoamericanos. Hemos vivido una tensión permanente entre nuestro ser peruano y nuestro ser latinoamericano que es creativa y que presenta perspectivas futuras alentadoras en un mundo crecientemente integrado.
2. La segunda es una progresiva consolidación del aparato del Estado. La obra de Ramón Castilla fue decisiva en el siglo pasado y, luego de vaivenes, ha sido desarrollada posteriormente por otros cuyas ideas políticas y actuación gubernativa están abiertas a discusión, pero cuyos resabios han sido importantes en el largo plazo. El aparato del Estado está en permanente discusión. Sobre él se tejen las más diversas posiciones. Pero, más allá de las discrepancias, se piensa que el Estado debe ser moderno, eficiente y que, cuando menos, debe cubrir

determinadas actividades de control, fiscalización y servicio a las que no puede renunciar.

El Perú no está hecho y acabado ni como nación ni como Estado. Probablemente ningún otro país lo está y, más bien, el avance de la historia mundial plantea siempre retos más allá de las posibilidades. También es cierto que los aspectos ideológicos globales del mundo superan los de sus fracciones: los derechos humanos y su vigencia, la necesidad del desarrollo, de la paz, etcétera, son imperativos urgentes en la agenda universal que no reciben tratamiento adecuado ni equitativo.

En este contexto, describir al Estado peruano a partir de su texto constitucional, plantea serios límites en el cotejo con la realidad interna y la que nos circunda. Sin embargo, el estudioso del derecho debe informarse de todo ello y, en su tarea cotidiana, tiene un rol importante de contribución a que muchos aspectos positivos del derecho vigente en las normas, mas no en los hechos, se hagan realidad para continuar en este esfuerzo ascendente del largo plazo, por encima de las coyunturas y caídas. Con estas apreciaciones, pasemos a desarrollar los aspectos políticos y orgánicos centrales del Estado peruano actual, según la Constitución Política¹³.

2.2. El Estado peruano en su contenido político

El Estado tiene dos grandes grupos de principios normativamente establecidos que resultan fundamentales desde el punto de vista de su contenido político: los derechos constitucionales o derechos humanos, que la Constitución garantiza a las personas, y las reglas generales de su estructuración y actuación.

Son temas distintos, pero vinculados en la medida en que ambos están orientados a regular los límites y posibilidades del ejercicio del poder estatal dentro de la sociedad. El contenido de estos principios no necesariamente se plasma en la vida cotidiana (lo que toca evaluar a la ciencia política) pero, desde el punto de vista jurídico, los principios son vigentes y exigibles, en algunos casos mediante procedimientos concretos de defensa y, en otros, como aspiraciones nacionales que deben ser llevadas a cabo mediante la decisión política. La distancia que muchas veces existe entre normas y hechos puede hacer aparecer a los principios como utópicos. Sin embargo, todo

¹³ El Estado es la organización máxima del poder dentro de la sociedad y por ello éste, el poder, es uno de sus elementos esenciales. Los otros dos son su pueblo y su territorio. No vamos a referirnos a ellos en este capítulo pues no atañen directamente al tema de la relación entre Estado y Derecho que venimos estudiando, pero vale bien la pena que el lector se informe sobre ellos en términos generales, pues forman parte esencial del concepto político del Estado. Las normas constitucionales sobre quiénes conforman el pueblo peruano, es decir, sobre quiénes tienen nuestra ciudadanía, están contenidas en los artículos 52 y 53 para la nacionalidad peruana, y en el artículo 30 para determinar quiénes son ciudadanos peruanos.

texto normativo constitucional (y los derechos y principios lo son), obliga y debe ser cumplido en la medida de las posibilidades. Para el Perú actual, como veremos a continuación, su plena vigencia exigirá tiempo, pero exige también emplear todos nuestros esfuerzos por hacerlos realidad.

2.2.1. Los derechos constitucionales

Después de un largo período en el que se consideró que no todos los seres humanos tenían derechos inherentes a su naturaleza humana, el liberalismo del siglo XVIII desarrolló la posición contraria y así llegaron al derecho las primeras declaraciones, que se inician en el Estado de Filadelfia, para continuar con la clásica Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789.

Esta delineó el camino a las declaraciones constitucionales de derechos por casi ciento treinta años. Vistos hoy en día, los derechos entonces estatuidos aparecen insuficientes y propios de una época claramente individualista ya superada. Sin embargo, establecer la libertad desagregada en varios tipos, como la libertad física, de pensamiento, de reunión, de inviolabilidad del domicilio, o el principio de la igualdad ante la ley con una serie de precisiones —principalmente en materia penal— fue profundamente transformador en relación a la arbitrariedad del poder ejercitado en el antiguo régimen.

En adelante, el ciudadano tendría derechos intocables, al menos desde el punto de vista normativo, y el número de ellos iría creciendo con el tiempo. La Constitución mexicana de 1917, emergente de la revolución, y la alemana de Weimar de 1919, diseñada por una importante representación socialdemócrata, abrieron paso a lo que entonces se llamó *derechos sociales* (derechos laborales, seguridad social, garantía de protección estatal a los desamparados e incapacitados, etcétera). Ya nuestra Constitución de 1933 hablaba de ellos.

La Segunda Guerra Mundial y sus horrores llevaron a los Estados emergentes a la necesidad de proclamar algo más avanzado aún: que la humanidad tenía unos derechos que le eran propios por su calidad de tal. Aparecieron los derechos humanos con la Declaración de las Naciones Unidas de 1948, que siguió pronto a la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de Estados Americanos y, desde entonces, decenas de declaraciones que han ido enriqueciendo la defensa y protección de los derechos humanos en el derecho internacional y en los derechos nacionales.

En esta ruta se inscribe el reconocimiento jurídico peruano de los derechos constitucionales, tanto en sus textos legislativos como en la Constitución.

Por otro lado, el régimen constitucional peruano establece un sistema amplio de defensa de los derechos a través de las garantías constitucionales contenidas en el artículo 200 del texto de la Carta.

La existencia de estos derechos plantea ciertas condiciones positivas para el desenvolvimiento de la vida social y política. En síntesis ellas son dos:

1. Del lado de las personas, la existencia de los derechos trae correlativamente el deber de respetarlos en los demás, de manera que se pueda acceder cada vez a formas superiores de vida civilizada y solidaria dentro del todo social. En un mundo acusado de progresiva pérdida (cuando no inversión) de valores, el derecho a la paz y a la tranquilidad que establece nuestra Constitución, es una revalorización de lo propiamente humano en nuestras relaciones con los demás.
2. Del lado de los órganos estatales, su autoridad y la de quienes ejercen funciones en ellos, queda limitada por los derechos establecidos porque, al estar constitucionalmente garantizados, ninguna autoridad puede jurídicamente vulnerarlos y, muy por el contrario, debe protegerlos y promoverlos¹⁴.

Los derechos humanos son hoy un elemento esencial de lo democrático y, por tanto, 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, con lo que el concepto de democracia se ha enriquecido, y se ha fortalecido el de Estado de derecho.

Se llega así a una doble situación: de un lado, la sociedad individualista debe ser superada para alcanzar una sociedad solidaria en beneficio de las personas que la componen. El Tribunal Constitucional ha reconocido el valor constitucional de la solidaridad:

La solidaridad implica la creación de un nexo ético y común que vincula a quienes integran una sociedad política. Expresa una orientación normativa dirigida a la exaltación de los sentimientos que impulsan a los hombres a prestarse ayuda mutua, haciéndoles sentir que la sociedad no es algo externo, sino consustancial.

El principio de solidaridad promueve el cumplimiento de un conjunto de deberes, a saber:

¹⁴ Se hacen ciertas excepciones por razón de necesidad social. Así, existe el régimen de excepción en el que se permite constitucionalmente la suspensión de las garantías referentes a los derechos constitucionales en casos graves.

- a) El deber de todos los integrantes de una colectividad de aportar con su actividad a la consecución del fin común. Ello tiene que ver con la necesidad de verificar una pluralidad de conductas (cargos públicos, deberes ciudadanos, etc.) a favor del grupo social.
- b) El deber del núcleo dirigencial de la colectividad política de redistribuir adecuadamente los beneficios aportados por sus integrantes; ello sin mengua de la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para alcanzar los fines sociales¹⁵.

De otro lado, el Estado, sus órganos y funcionarios se someten a la vigencia de esos derechos para hacerlos cada vez más reales y conformar una sociedad crecientemente democrática. El Tribunal Constitucional ha dicho que los derechos constitucionales son un derecho de cada persona y un deber para cada autoridad del Estado:

5. [...] Ello significa que los derechos fundamentales no solo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada¹⁶.

La praxis de los derechos humanos lleva, de esta manera, a la obligación de todos y cada uno de elevar las condiciones de vida social y de hacerla más acorde a los grandes principios, respaldados por el imperio del derecho.

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

Fuera de los derechos constitucionales, el Estado peruano tiene otros principios que se refieren a la organización política, pues rigen su estructuración orgánica, y a la praxis general de su política, pues informan sus decisiones y la actuación general de sus gobernantes.

Estos principios son los siguientes:

1. El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana (Constitución, artículo 43).

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 5 de octubre del 2004 en el Exp_2016_2004_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por José Luis Correa Condori contra el Estado peruano representado por el Ministerio de Salud.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 13 de marzo del 2003 en el exp_0976_2001_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por Eusebio Llanos Huasco interpone acción de amparo contra Telefónica del Perú S.A.

2. El gobierno del Perú es unitario, representativo y descentralizado y se organiza según el principio de la separación de poderes (Constitución, 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 (Constitución, 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 (Constitución, 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 (Constitución, artículo 59). Todo ello ocurre en el contexto de una economía social de mercado (Constitución, artículo 58) con pluralismo económico (Constitución, artículo 60) y con libre competencia (Constitución, artículo 61).

No corresponde aquí hacer una explicación detallada de cada uno de los asuntos involucrados en estas normas, cosa propia del derecho constitucional, pero sí nos interesa rescatar algunos puntos fundamentales:

1. El Perú es república y no monarquía. En algún momento de los debates constituyentes de 1823 se discutió la alternativa pero ya nuestra primera Constitución eligió la forma republicana y ella ha pasado a ser un rasgo invariable de nuestro Estado.
2. El Perú es una república democrática, es decir, inspirada en el principio de que es el pueblo el que decide los destinos del país y elige periódicamente a los gobernantes. Correlativamente, el Gobierno debe gobernar en beneficio del pueblo, cumpliendo las promesas electorales merced a las que fue elegido.
3. El carácter de república social que tiene el Estado peruano ratifica lo ya dicho en párrafos anteriores: debe superarse la concepción individualista en beneficio de otra superior, que es la sociedad fraterna y solidaria.
4. El Perú es una república independiente y soberana, es decir, no acepta la injerencia de potencias extranjeras en sus decisiones internas y externas. La independencia y soberanía, al principio, tuvieron tinte esencialmente político

pero, con la evolución del mundo actual, también han adquirido connotaciones económicas, sociales y culturales. El mandato constitucional debe extenderse por tanto a todos estos ámbitos.

5. El Perú fundamenta su organización social general en el trabajo como fuente de riqueza. Este principio está respaldado en muchas otras normas del sistema jurídico peruano.
6. Finalmente, el gobierno es unitario, esto es, que el llamado gobierno central (ver más adelante) tiene mando y poder de decisión sobre muchos asuntos en todo el territorio, a diferencia de los sistemas federales, en los que dicho poder está compartido por órganos de gobierno distintos; es representativo porque los gobernantes deben ser elegidos por el pueblo y actúan en su representación, lo que tiene que ver con los elementos democráticos vistos anteriormente; y es descentralizado porque se considera que las distintas regiones del país, dentro del gobierno unitario, deben tener una participación importante en la toma de decisiones sobre qué y cómo hacer en sus respectivos territorios y en beneficio de su población.

En otras normas también hay un principio general de consolidación peruana. Se manifiesta, por ejemplo, en la obligación del Estado de preservar las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país y de promover la integración nacional. También en el reconocimiento de ciertos derechos como el de expresarse en su idioma nativo a quienes tienen uno distinto al español y, en general, en la importancia que se da a la educación plural e integradora de nuestro ser nacional.

Finalmente, en este somero recuento destacan los deberes primordiales del Estado, entre los que 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.

2.2.3. Una evaluación de conjunto

Es significativo el desarrollo que en el nivel declarativo tiene nuestro régimen constitucional sobre el contenido político del Estado. Al mismo tiempo, una visión desapasionada de nuestra realidad puede demostrar hasta qué punto existe efectivamente una discrepancia entre lo declarado y los hechos verificables.

Sin embargo, desde el punto de vista del Estado y del derecho, es importante subrayar que esta brecha tiene que ser superada y que los contenidos normativos van en el sentido correcto. Hacer que todo lo significativo de nuestro derecho en este tema

se convierta en realidad es tarea imperativa. En cualquier caso, lo fundamental para quien trabaja en el derecho consiste en saber que el nuestro contiene un conjunto de principios sumamente favorables para la tarea de construcción del estado, la Nación y la sociedad.

2.3. El Estado peruano en su contenido orgánico

Hemos dicho que una parte esencial de la conceptualización del Estado es su elemento orgánico, entendiendo por tal el conjunto de organismos que lo configuran y que ejercen sus funciones.

Los aspectos orgánicos de los Estados variaron sustantivamente durante el siglo XX. Hasta la década de los setenta el aparato estatal creció y se diversificó considerablemente, pero posteriormente se ha producido un fenómeno de redimensionamiento y reducción de su tamaño y funciones. Este proceso continúa y, al final, tiene que ver con la definición que de él tengamos.

En cualquier caso, para conocer al Estado peruano actual debemos reconocer los siguientes componentes: gobierno central, gobiernos regionales, gobiernos locales, distintos órganos constitucionales con funciones específicas, la administración pública y las empresas del Estado.

Cada uno de estos componentes tiene funciones diferentes y ejerce influencias distintas dentro del derecho. Para comprender cómo es nuestro sistema jurídico y cuáles son las jerarquías existentes entre sus diversas normas, resulta de primera importancia saber, cuando menos en términos generales, en qué consisten estos componentes y cuáles son sus relaciones. Daremos aquí una visión sintética y elemental del Estado. Un panorama más completo de todos los temas teóricos y normativos de esta problemática corresponde a los estudios de derecho constitucional general o teoría del Estado¹⁷ y a la extensa legislación existente.

2.3.1. El Gobierno Central

Los inicios del Estado liberal están marcados por la teoría de la separación de poderes esbozada por Montesquieu en base a la experiencia inglesa, enriquecida luego por la Constitución federal norteamericana y por la Revolución Francesa. En aquella época, los aspectos orgánicos del Estado eran más simples y reducidos que hoy. El Estado se

¹⁷ Para una visión más amplia de los aspectos teóricos puede consultarse BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, César LANDA ARROYO y Marcial RUBIO CORREA (1992), *Derecho Constitucional General*. Materiales de Enseñanza. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

limitaba a los tres poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) y a un aparato burocrático muy pequeño.

Con posterioridad, el Estado fue asumiendo cada vez más funciones y estas fueron haciéndose más complicadas, produciéndose un vertiginoso crecimiento del aparato estatal, al tiempo que se desarrollaron niveles diversos dentro de su organización. Allí fue que se estableció una necesaria diferenciación y, entonces, los tres poderes clásicos pasaron a ser gobierno central —como órganos políticos y administrativos de nivel nacional—, por contraste con los órganos de gobierno local (por ejemplo los municipios) y regional.

Antes de pasar a la descripción de esta parte del Estado debemos hacer precisiones entre los términos *poderes* y *funciones* del Estado.

Desde el punto de vista funcional, los poderes son tres: la potestad o función legislativa, que es la de emitir las leyes del Estado; la potestad o función ejecutiva, que es la de conducir la política y la administración del Estado; y la potestad o función jurisdiccional, que es la de resolver, *diciendo derecho*, los conflictos que requieren solución jurídica.

Desde el punto de vista orgánico, los poderes también son tres: el órgano legislativo, el órgano ejecutivo y el órgano judicial.

Originalmente, la teoría de la separación de poderes supuso que a cada órgano debía corresponder la potestad respectiva, pero la evolución de estas instituciones llevó a que cada órgano realice preponderantemente una de ellas pero también asuma, eventualmente, algo de las otras dos.

Así, el órgano legislativo dicta leyes (potestad legislativa), pero también ve asuntos administrativos propios de la potestad ejecutiva (por ejemplo, todo lo referente a su organización interna y a los funcionarios que trabajan en él) y eventualmente asume funciones jurisdiccionales en ciertos Estados. Lo propio ocurre con el órgano judicial y, sobre todo el órgano ejecutivo, ha asumido en los últimos decenios tanto funciones inherentes a la potestad legislativa como a la jurisdiccional.

De esta manera, podemos decir que cada órgano realiza preferentemente su función respectiva, pero que no la realiza en exclusividad desde que todos, actualmente, comparten en menor grado las otras dos funciones de acuerdo a cada caso. Esto es importante porque, según veremos a lo largo de este capítulo y de todo el libro, el derecho peruano es un todo complejo de normas jurídicas que se originan en los diversos órganos y que cumplen funciones especiales, de acuerdo a una jerarquización interna que está regulada por dos variables: el órgano que produce la norma y la función según la cual la produce.

Un ejemplo nos permitirá aclarar esto: en principio, la primera norma en importancia después de la Constitución es la ley (producida por el Congreso, que es el nombre que tiene entre nosotros el órgano legislativo); y, en un nivel inferior a la ley, tenemos el decreto supremo, que es producido por el órgano ejecutivo en ejercicio de sus funciones propias.

Esto quiere decir que, para ser válida, la ley no debe contradecir a la Constitución; y que un decreto supremo, para ser válido, no debe contradecir ni a la Constitución ni a las leyes. Sin embargo, según la Constitución, a veces el Congreso puede delegar la potestad legislativa al órgano ejecutivo, en cuyo caso este produce decretos legislativos que, aunque dados por el órgano ejecutivo (por lo que en principio se ubicarían en el tercer rango), en realidad pertenecen al segundo (al de la Ley), porque el ejecutivo actúa en ejercicio de la potestad legislativa y no en ejercicio de la potestad ejecutiva (en base a la que dicta decretos supremos)¹⁸.

Por ello, al tratar materias jurídicas de relación entre el Estado y el derecho, debemos diferenciar con cuidado cuándo estamos utilizando la palabra *poderes* en sentido orgánico, y cuándo en sentido funcional. Para diferenciarlos, cuando nos refiramos al aspecto funcional hablaremos de la *potestad, función o atribución* legislativa, ejecutiva o jurisdiccional; y, cuando nos refiramos al aspecto orgánico, hablaremos de órgano o *poder* legislativo, ejecutivo o judicial. La aclaración vale porque en otras obras referidas a este tema, el lector podrá encontrar un uso terminológico distinto o indiferenciado y, a nuestro juicio, es indispensable hacer la distinción.

El Poder Legislativo

En el Perú el Poder Legislativo es el Congreso de la República. Hasta las próximas elecciones generales a realizarse en 2026, es un órgano unicameral, es decir, conformado por una sola cámara. A partir de dichas elecciones, será bicameral, conformado por un Senado y una Cámara de Diputados, según se ha establecido en el artículo 90 de la Constitución, modificado por la Ley 31988, publicada el 20 de marzo de 2024. Por ello, en la medida en que las normas de esta ley de modificación constitucional rigen a partir de las elecciones de 2026, trataremos al Congreso según las normas anteriores a ella, aún vigentes.

En el Perú el Poder Legislativo es el Congreso de la República. Desde la Constitución de 1993 es un órgano unicameral, es decir, conformado por una sola cámara.

¹⁸ El tratamiento desarrollado de toda esta problemática se hace en la parte de este libro dedicada al estudio de las fuentes del Derecho. A ella nos remitimos para la explicación más completa.

Anteriormente tenía dos: el Senado y la Cámara de Diputados, que compartían la función legislativa pero, al mismo tiempo, contaban con otras diferenciadas.

Las funciones esenciales de todo Poder Legislativo son dos: dictar las leyes o normas de rango inmediatamente inferior a la Constitución, y ejercitar el control político del Poder Ejecutivo a través de varios mecanismos establecidos constitucionalmente¹⁹. Ambas son atribuciones del Congreso de la República. Adicionalmente, la Constitución le encarga otras.

Eventualmente, el Congreso puede aprobar una ley delegando 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.

Adicionalmente, compete al Congreso de la República modificar la Constitución según el procedimiento que en ella se establece.

El Poder Ejecutivo

El Poder Ejecutivo es el órgano del Estado encargado de dirigir y ejecutar la marcha política del país. En los últimos decenios ha tenido un desarrollo muy importante, que le ha dado mayor influencia política y ha depositado en él una creciente cantidad de atribuciones, entre ellas, el manejo de la potestad legislativa y en menor caso de la jurisdiccional, sometidas a determinados requisitos y modalidades que iremos estudiando en capítulos posteriores. En nuestro sistema político, el Poder Ejecutivo es el órgano más dinámico de la política nacional, aun cuando esto no quiere decir en modo alguno que sea equivalente al *primer poder* del Estado. Simplemente, lo que queremos resaltar es que el ejecutivo se ha convertido en el motor esencial del gobierno (en el Perú y también en el resto del mundo).

Entre nosotros, el Poder Ejecutivo está compuesto por dos niveles internos, que son el Presidente de la República y el Consejo de Ministros.

¹⁹ La función de control es ejercida por el Congreso, principalmente, a través de los siguientes medios: los congresistas tienen inmunidad e inviolabilidad para ejercer su función (artículo 93); los congresistas pueden pedir información relevante bajo responsabilidad de quien debe darla (artículo 96); el Congreso establece comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público con gran poder de investigación (artículos 2 inciso 5 y 97); acusa a los altos magistrados de la República (artículos 99 y 100); inhabilita en el ejercicio de la función pública (artículo 100); vela por el respeto de la constitución y las leyes y dispone para hacer efectivas las responsabilidades (artículo 102 inciso 2); da confianza al gabinete ministerial cuando éste se instala (artículo 130); invita al gabinete o a los ministros individualmente para informar (artículo 129); interpela al gabinete o a los ministros (artículo 131); censura al gabinete o a los ministros (artículo 132); se reúne de pleno derecho cuando se declara el estado de sitio y aprueba su eventual prórroga (artículo 137 inciso 2).

El Presidente de la República es la cabeza del Poder Ejecutivo, lo dirige y conduce. Las atribuciones de dicho poder, en conjunto, son asignadas al Presidente. Sin embargo, heredando la irresponsabilidad política del jefe de Estado que es característica a los últimos siglos de desarrollo del derecho constitucional, el Presidente no puede ejecutar ningún acto de gobierno por sí y ante sí: para que sus actos sean válidos necesita la firma de un ministro cuando menos. Esto permite, de un lado, que los ministros actúen como responsables políticos de los actos del Poder Ejecutivo, pudiendo ser eventualmente censurados por el Congreso, cuando no encausados penalmente y, al mismo tiempo, crea un control al interior del mismo Poder Ejecutivo porque, ante la perspectiva de la responsabilidad, se supone que el ministro revisará la legalidad de los actos presidenciales antes de refrendarlos, impidiendo —al menos desde el punto de vista teórico— que se pueda degenerar hacia formas autocráticas de gobierno presidencial.

El Consejo de Ministros es un organismo integral compuesto por el Presidente de la República (que 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 que tiene 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, sin cuyo requisito (y 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 quórum 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 desarrollaremos más extensamente al tratar lo referente a la jurisprudencia como fuente del derecho.

Podemos decir, así, que el rol que el Poder Ejecutivo juega en la configuración de nuestro sistema jurídico es verdaderamente trascendental.

El Poder Judicial

El Poder Judicial es el órgano del Estado encargado de administrar justicia en el país²⁰. Ejercita la función jurisdiccional del Estado, la cual consiste en decir derecho, es decir, decir qué dice en concreto el derecho en los casos sometidos a su resolución. Hace esto mediante resoluciones judiciales, las más conocidas de las cuales son las sentencias.

El Poder Judicial está estructurado con 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. Estas cortes superiores también se organizan en salas;
3. Los juzgados especializados y mixtos, en las provincias respectivas. Estos juzgados pueden tener diversas especialidades: civil, penal, de trabajo, familia, y otras;
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, en cuanto 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

²⁰ Es importante señalar que, sin embargo, no es el único órgano del Estado que administra justicia. También lo hacen, como veremos luego, el Tribunal Constitucional, los tribunales militares, en ciertas materias especializadas el Jurado Nacional de Elecciones y la Junta Nacional de Justicia. Asimismo, la Constitución reconoce los tribunales arbitrales en su artículo 139 inciso 1.

juzgada y, una vez que han llegado a tal situación, deben ser ejecutadas y cumplidas sin demora ni modificaciones. 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, constitucionalmente hablando, 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 Junta Nacional de Justicia 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 también resuelvan los tribunales arbitrales (ver el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 139 y el artículo 173 de la Constitución).

Finalmente, está el derecho de gracia, que consiste en la amnistía que puede dar el Congreso (olvido del delito), así como en el indulto (perdón de la pena) y la conmutación de penas que pueda otorgar el Poder Ejecutivo (ver el artículo 102 inciso 6 y el artículo 118 inciso 21, ambos de la Constitución). Todas estas figuras modifican las sentencias penales en beneficio de los reos y, como vemos, están constitucionalmente reconocidas.

Según el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (decreto legislativo 767 del 29 de noviembre de 1991), las salas especializadas de la Corte Suprema ordenan la publicación de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales, que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales. Esto significa que la jurisprudencia así hecha pública constituye precedente obligatorio para todos los fallos futuros. (Es posible contradecirlas, pero con determinados requisitos que trabajaremos más detalladamente en el capítulo sobre jurisprudencia como fuente del derecho).

El aporte que el Poder Judicial hace al derecho es muy importante porque al administrar justicia aplica las normas jurídicas (que en su redacción solo contienen formulaciones abstractas) a los casos concretos que, por su propia naturaleza, están llenos de matices y particularidades. De esta manera, el Poder Judicial recrea constantemente el derecho, enriqueciéndolo en base a su criterio de juzgador, cosa que se formula a través de la jurisprudencia como fuente de derecho, tema al que nos referiremos extensamente en una parte posterior de este libro.

2.3.2. *Gobiernos regionales*

La Constitución de 1993 fue modificada mediante la ley 27680 del 6 de marzo del 2002. Con ella se inició el proceso de descentralización del país que condujo a que, desde el año 2003, haya gobiernos regionales en todo el Perú (menos en la Provincia de Lima), elegidos democráticamente.

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

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.

Para ello se las dota de gobiernos democráticos. Lo manda el artículo 191 de la Constitución, que dice:

Artículo 191. Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.

La estructura orgánica básica de estos gobiernos la conforman el Consejo Regional, como órgano normativo y fiscalizador, el Gobernador Regional, como órgano ejecutivo, y el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que les señala la ley. El Consejo Regional tendrá un mínimo de siete (7) miembros y un máximo de veinticinco (25), debiendo haber un mínimo de uno (1) por provincia y el resto, de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral.

El Gobernador Regional es elegido conjuntamente con un Vicegobernador Regional, por sufragio directo por un período de cuatro (4) años. El mandato de dichas autoridades es revocable, conforme a ley. No hay reelección inmediata. Transcurrido otro período, como mínimo, los ex Gobernadores Regionales o ex Vicegobernadores Regionales pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones. Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual período. El mandato de dichas autoridades es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, Congresista o Alcalde; los Gobernadores y Vicegobernadores Regionales deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva.

La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades campesinas y nativas, y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales.

Los Gobernadores Regionales están obligados a concurrir al Congreso de la República cuando éste lo requiera de acuerdo a ley y al Reglamento del Congreso de la República, y bajo responsabilidad.

Como puede apreciarse, cada gobierno regional tiene un gobernador y un Consejo Regional que son, respectivamente su órgano ejecutivo y legislativo.

Los Consejos Regionales dictan ordenanzas regionales y los gobernadores de región dictan decretos regionales. Estos dispositivos legales se integran al sistema jurídico nacional como normas generales aplicables dentro del territorio de la respectiva región. Deben ser conformes con la legislación nacional.

El artículo 192 de la Constitución señala que «Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo».

Su responsabilidad fundamental, por tanto, es el progreso de su población y el desarrollo de la respectiva región.

En la actualidad existen gobiernos regionales en todos los departamentos del Perú menos en la provincia de Lima. El departamento de Lima tiene un gobierno regional para todas las provincias que no son las de Lima Metropolitana. En esta, el gobierno existente es la Municipalidad de Lima Metropolitana, es decir, la municipalidad provincial de la Capital de la República.

2.3.3. Gobiernos locales

Los gobiernos locales son las municipalidades provinciales y distritales, conocidas desde muy antiguo en el Perú. Han tenido existencia casi ininterrumpida desde la Colonia y están conformados por los alcaldes y regidores (o concejales). Así lo establece el artículo 194 de la Constitución que dice:

Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley.

La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. No hay reelección inmediata para los alcaldes. Transcurrido otro período, como mínimo, pueden volver a postular, sujetos a las mismas condiciones. Su mandato es revocable, conforme a ley. El mandato de alcaldes y regidores es irrenunciable, con excepción de los casos previstos en la Constitución.

Para postular a Presidente de la República, Vicepresidente, Congresista, Gobernador o Vicegobernador del Gobierno Regional; los Alcaldes deben renunciar al cargo seis (6) meses antes de la elección respectiva.

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

Las competencias de los concejos municipales son variadas y están referidas cuando menos a la planificación del desarrollo físico de sus territorios y la prestación de servicios públicos esenciales. 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 concejos municipales deben dictar normas jurídicas, que tienen validez en su ámbito territorial y que están sometidas jerárquicamente a las disposiciones legislativas nacionales. De estas disposiciones jurídicas municipales dos tienen especial importancia:

1. Las *ordenanzas municipales*, que son normas jurídicas que la Constitución trata con 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. También están sometidos a las disposiciones nacionales y a las ordenanzas de su Concejo. 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. 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 a sus atribuciones. A través de esta labor resolutoria, contribuyen de manera significativa a la generación de la jurisprudencia administrativa que veremos posteriormente.

2.3.4. *Organismos constitucionales con funciones específicas*

Originariamente, el Estado moderno contaba con los organismos que hemos enumerado hasta aquí, haciendo además una marcada diferencia de rango entre el Gobierno Central y las autoridades locales. Sin embargo, el desarrollo estatal y las variadas funciones que ha ido asumiendo, han significado la necesidad de ampliar y diversificar el número de sus órganos. Es así que, en la Constitución de 1993, figuran hasta diez organismos de rango constitucional con funciones específicas en las que tienen autonomía formal de los órganos de gobierno central. Esta autonomía equivale a decir que sus directivos o jefes, según los casos, toman decisiones en sus ámbitos de competencia sin someterse a órdenes superiores de ningún tipo. En realidad, con su aparición ya no podemos decir en sentido estricto que la teoría de la separación de poderes distribuya las potestades del poder del Estado solamente entre el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, sino que se ha diversificado más su asignación, otorgando parcelas más reducidas pero igualmente importantes de poder a estos organismos con funciones específicas, las que han sido desgajadas del poder monopolizado antes por los tres órganos clásicos.

Estos organismos son: 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, la Junta Nacional de Justicia, 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. Siguiendo la metodología de exposición que hemos llevado adelante hasta aquí, nos referiremos a cada uno de ellos resaltando su organización, sus funciones y su contribución al sistema jurídico.

El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es, según el artículo 201, el órgano de control de la Constitución. Este mismo artículo señala los rasgos generales de su composición:

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.

Para ser miembro del Tribunal Constitucional, se exigen los mismos requisitos que para ser vocal de la Corte Suprema. Los miembros del Tribunal Constitucional gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas. Les alcanzan las mismas incompatibilidades. No hay reelección inmediata.

Los miembros del Tribunal Constitucional son elegidos por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. No pueden ser elegidos magistrados del Tribunal Constitucional los jueces o fiscales que no han dejado el cargo con un año de anticipación.

Las funciones del Tribunal se hallan en el artículo 202 de la Constitución:

Corresponde al Tribunal Constitucional:

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, conforme a ley.

La *acción de inconstitucionalidad* (ver el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución) tiene por finalidad invalidar las normas de rango de ley que sean contrarias a la Constitución por el fondo o por la forma. Solo el Tribunal Constitucional puede resolver en esta materia.

También en el inciso 2 del artículo se le da la atribución de decir derecho definitivamente en los casos de las acciones allí indicadas.

Finalmente, en el inciso tercero se le atribuye resolver los conflictos de competencias constitucionales entre los diversos órganos del Estado, lo que es un mecanismo importante para regular el ejercicio del poder dentro del Estado.

El Ministerio Público

El Ministerio Público es un organismo de rango constitucional cuya función es garantizar la legalidad de la vida en la sociedad.

Constitucionalmente es conducido por el Fiscal de la Nación. Sus funciones se hallan establecidas en el artículo 159 de la Constitución:

Corresponde al Ministerio Público:

1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.
2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.
3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.
4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.
5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.
6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.
7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.

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 se establece según ley, ilustrando el criterio de los Tribunales antes que emitan sus resoluciones.

El Ministerio Público, por tanto, no produce normas legislativas de ningún tipo. Sin embargo, colabora en la administración de justicia y a la más plena vigencia del orden jurídico, pudiendo hacerlo tanto por denuncia de parte como de oficio, es decir, sin necesidad de denuncia pública o privada.

La Defensoría del Pueblo

Es un órgano creado en la Constitución de 1993 que tiene por finalidad la protección de los ciudadanos, tanto en lo que respecta al cumplimiento de los derechos humanos como en la mejor atención de la administración pública. La Defensoría no emite resoluciones mandatorias, pero investiga, informa al Congreso y a la opinión pública sobre los problemas, e invita a dar solución a los mismos.

Sus funciones principales se hallan establecidas en el artículo 162 de la Constitución:

Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

El Defensor del Pueblo presenta informe al Congreso una vez al año, y cada vez que éste lo solicita. Tiene iniciativa en la formación de las leyes. Puede proponer las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones [...].

La Defensoría es conducida por el Defensor del Pueblo, quien es elegido por el Congreso con el voto de los dos tercios del número legal de congresistas.

El Jurado Nacional de Elecciones

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:

La máxima autoridad del Jurado Nacional de Elecciones es un Pleno compuesto por cinco miembros:

1. Uno elegido en votación secreta por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido. El representante de la Corte Suprema preside el Jurado nacional de Elecciones.
2. Uno elegido en votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos, entre los Fiscales Supremos jubilados o en actividad. En este segundo caso, se concede licencia al elegido.
3. Uno elegido en votación secreta por el Colegio de Abogados de Lima, entre sus miembros.
4. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades públicas, entre sus ex decanos.
5. Uno elegido en votación secreta por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades privadas, entre sus ex decanos.

Sus funciones están en el artículo 178 de la Constitución y son las siguientes:

Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales.
2. Mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas.
3. Velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral.
4. Administrar justicia en materia electoral.
5. Proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de los otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes.
6. Las demás que la ley señala.

En materia electoral, el Jurado Nacional de Elecciones tiene iniciativa en la formación de las leyes.

Presenta al Poder Ejecutivo el proyecto de Presupuesto del Sistema Electoral que incluye por separado las partidas propuestas por cada entidad del sistema. Lo sustenta en esa instancia y ante el Congreso.

El Jurado, según el artículo 181 de la Constitución, resuelve en materias de votación como instancia final y definitiva y sus sentencias no son revisables. Por eso decimos que, en estos asuntos, el Jurado ejerce jurisdicción y ese es su aporte al derecho.

Junto a la Oficina Nacional de Procesos Electorales y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, conforma el Sistema Electoral, previsto en la Constitución.

La Oficina Nacional de Procesos Electorales

Es un órgano constitucional nuevo, 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, que dice lo siguiente:

El Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales es nombrado por el la Junta Nacional de Justicia por un período renovable de cuatro años. Puede ser removido por el propio Consejo por falta grave. Está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

Le corresponde organizar todos los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular, incluido su presupuesto, así como la elaboración y el diseño de la cédula de sufragio. Le corresponde asimismo la entrega de actas y demás material necesario para los escrutinios y la difusión de sus resultados. Brinda información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio. Ejerce las demás funciones que la ley le señala.

Como organizadora de los comicios, dicta normas generales para su realización. Estas normas van a ser de carácter legislativo y están indicadas en el artículo 186 de la Constitución que dice:

La Oficina Nacional de Procesos Electorales dicta las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios. Estas disposiciones son de cumplimiento obligatorio para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

Junto al Jurado Nacional de Elecciones y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, forma el Sistema Electoral establecido en la Constitución.

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

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.

La norma jurídica que le es aplicable es el artículo 183 de la Constitución, que dice:

El Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es nombrado por la Junta Nacional de Justicia por un período renovable de cuatro años. Puede ser removido por dicho Consejo por falta grave. Está afecto a las mismas incompatibilidades previstas para los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones.

El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil. Emite las constancias correspondientes. Prepara y mantiene actualizado el padrón electoral. Proporciona al Jurado Nacional de Elecciones y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan su identidad.

Ejerce las demás funciones que la ley señala.

Junto con el Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales, conforma el Sistema Electoral establecido en la Constitución.

La Junta Nacional de Justicia

La Junta Nacional de Justicia, establecida en la Constitución de 1993 por la ley 30904 promulgada el 9 de enero de 2019 y publicada al día siguiente, 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.

Su composición ha sido establecida en el artículo 155 de la Constitución de la siguiente manera:

La Junta Nacional de Justicia está conformada por siete miembros titulares seleccionados mediante concurso público de méritos, por un período de cinco años. Está prohibida la reelección. Los suplentes son convocados por estricto orden de mérito obtenido en el concurso.

El concurso público de méritos está a cargo de una Comisión Especial, conformada por:

- 1) El Defensor del Pueblo, quien la preside;
- 2) El Presidente del Poder Judicial;
- 3) El Fiscal de la Nación;
- 4) El Presidente del Tribunal Constitucional;
- 5) El Contralor General de la República;
- 6) Un rector elegido en votación por los rectores de las universidades públicas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad; y,
- 7) Un rector elegido en votación por los rectores de las universidades privadas licenciadas con más de cincuenta años de antigüedad.

La Comisión Especial debe instalarse, a convocatoria del Defensor del Pueblo, seis meses antes del vencimiento del mandato de los miembros de la Junta Nacional de Justicia y cesa con la juramentación de los miembros elegidos.

La selección de los miembros es realizada a través de un procedimiento de acuerdo a ley, para lo cual, la Comisión Especial cuenta con el apoyo de una Secretaría Técnica Especializada. El procedimiento brinda las garantías de probidad, imparcialidad, publicidad y transparencia.

Sus funciones se hallan establecidas en el artículo 154 de la Constitución:

Son funciones de la Junta Nacional de Justicia:

1. Nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles. Dichos nombramientos requieren el voto público y motivado conforme de los dos tercios del número legal de sus miembros.
2. Ratificar, con voto público y motivado, a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años; y ejecutar conjuntamente con la Academia de la Magistratura la evaluación parcial de desempeño de los jueces y fiscales de todos los niveles cada tres años seis meses. Los no ratificados o destituidos no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público.

3. Aplicar la sanción de destitución a los jueces de la Corte Suprema y fiscales supremos; y, de oficio o a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. En el caso de los jueces supremos y fiscales supremos también será posible la aplicación de amonestación o suspensión de hasta ciento veinte (120) días calendario, aplicando criterios de razonabilidad y proporcionalidad. La resolución final debe ser motivada y con previa audiencia del interesado. Tiene naturaleza de inimpugnable.
4. Registrar, custodiar, mantener actualizado y publicar el Registro de Sanciones Disciplinarias de Jueces y Fiscales.
5. Extender a los jueces y fiscales el título oficial que los acredita.
6. Presentar un informe anual al Pleno del Congreso.

Las resoluciones de la Junta Nacional de Justicia referentes 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.

El Banco Central de Reserva del Perú

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 Banco es autónomo de los demás órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones y está gobernado por un directorio nombrado por los poderes del Estado.

Dice al respecto el artículo 86 de la Constitución:

El Banco es gobernado por un Directorio de siete miembros. El Poder Ejecutivo designa a cuatro, entre ellos al Presidente. El Congreso ratifica a éste y elige a los tres restantes, con la mayoría absoluta del número legal de sus miembros.

Todos los directores del Banco son nombrados por el período constitucional que corresponde al Presidente de la República. No representan a entidad ni interés particular algunos. El Congreso puede removerlos por falta grave. En caso de remoción, los nuevos directores completan el correspondiente período constitucional.

Para el ejercicio de sus competencias el Banco realiza diversos actos, destacando la emisión de normas generales llamadas circulares. Estas regulan el tipo de cambio de la moneda nacional con 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. No puede ser removido de su cargo sino por haber cometido falta grave. De esta manera, el Contralor tiene estabilidad en su cargo, puede actuar con criterio de conciencia y alejado de presiones políticas.

La norma constitucional aplicable es el artículo 82, que dice:

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

La Contraloría General de la República tiene, así, 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 debiendo, en este caso, 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 Administradoras de Fondos de

Pensiones (AFP)²¹ 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.

Síntesis

La variedad y diversidad de competencias de todos estos organismos constitucionales con funciones especiales es compleja y problematiza la comprensión general de la estructura del Estado. Sin embargo, una descripción general como la que hemos hecho nos permite ver que prácticamente todos ellos contribuyen a la producción del derecho peruano en dos aspectos:

1. La aprobación de normas generales bajo forma de resoluciones.
2. La conducción de procedimientos administrativos que producen jurisprudencia en este campo.

Esta revisión nos será útil, principalmente, para abordar luego el estudio de las fuentes formales del derecho peruano, especialmente la legislación y la jurisprudencia.

Por último, cabe agregar que cada organismo tiene una ley orgánica que regula su estructura y funcionamiento con detalle. No corresponde analizarlas en una descripción general como la que hacemos aquí.

2.3.5. La administración pública

Los órganos del Gobierno Central, así como los gobiernos regionales, concejos municipales y varios organismos constitucionales con funciones específicas, tienen por debajo de sus jefes u organismos internos rectores, un conjunto más o menos amplio de funcionarios, organizados en distintas reparticiones, que son los que ejecutan, supervisan y evalúan las acciones propias del Estado, constituyendo la administración pública.

De todas las reparticiones de la administración pública, la más importante en cantidad y variedad de funciones es la que depende del Poder Ejecutivo. Le siguen los funcionarios

²¹ Como puede verse 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.

municipales. Si bien la administración pública nace para cumplir funciones ejecutivas, por el desarrollo del Estado ha ido adoptando otras dos que resultan importantes como la producción de normas generales vía reglamentos, decretos y resoluciones y la resolución de problemas derivados del ejercicio de sus actividades a través de lo que se denomina procedimientos administrativos.

Hemos visto que el Poder Ejecutivo puede dictar reglamentos, decretos y resoluciones sin transgredir ni desnaturalizar las leyes. En la vida moderna del Estado, estas atribuciones son normalmente desconcentradas por el Presidente en los ministros y por estos en funcionarios subordinados a ellos. Dicha situación produce el efecto de tener diversos cuerpos normativos no aprobados ni por el Congreso, ni por la máxima instancia del Poder Ejecutivo (Presidente y ministros) sino por funcionarios de inferior rango que, así, adquieren importantes funciones de creación normativa.

De otro lado, al cumplir sus funciones ejecutivas, la administración pública se ve obligada a resolver diversos problemas que se van presentando en el transcurso de los hechos, lo que da lugar a los procedimientos administrativos. Así, por ejemplo, si alguien solicita una licencia de construcción a una Municipalidad, o una pensión de jubilación al Estado, o un documento de identidad y se encuentra con que se le objeta su derecho a tales servicios por aspectos formales o de fondo, puede iniciar una reclamación contra la decisión del funcionario que deniega u observa, y dicho trámite será llevado a cabo según normas especiales o según la norma general del procedimiento administrativo²². La administración pública está contribuyendo con vigor creciente a la conformación del derecho peruano. Vale la pena, por ello, dar una somera revisión a sus rasgos fundamentales.

La administración del Poder Ejecutivo

Este ámbito de la administración pública está conformado por tres elementos básicos: los sectores, los sistemas y las instituciones públicas.

Los sectores y los ministerios

Los sectores son la suma de las personas, instituciones y recursos de todo tipo, públicos y privados, que realizan las actividades sociales en el país. Cada sector tiene un ministerio a la cabeza pudiendo haber más de un sector en cada ministerio según las disposiciones establecidas en la Ley del Poder Ejecutivo (ley 29158 promulgada el 19 de diciembre de 2007 y publicada al día siguiente). La clasificación y distinción

²² Sobre el procedimiento administrativo hacemos una explicación más detallada en la parte pertinente, ubicada en el tratamiento de la jurisprudencia como fuente del Derecho.

de los sectores entre sí es relativamente arbitraria. Así, por ejemplo, hoy puede parecer importante hablar de un solo sector en materia de Transportes y Comunicaciones, pero mañana puede ser importante subdividirlo, o integrarlo con un tercer campo.

La misma ley 29158 establece en su artículo 22 que los ministerios «son organismos del Poder Ejecutivo que comprenden uno o varios sectores, considerando su homogeneidad y finalidad». Y añade: «Los Ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas».

Les corresponde dictar las normas sectoriales de alcance nacional en los asuntos de su competencia y prestar, a través de los organismos públicos descentralizados que se reservan expresamente al nivel central del Gobierno, bienes y servicios sectoriales así como supervisar y evaluar la ejecución de las políticas sectoriales. Tienen a su cargo la supervisión y control de las instituciones públicas descentralizadas que conforman el Sector correspondiente. Asimismo, ejecutan las acciones e inversiones en los casos que les son reservados.

A la cabeza de cada ministerio existe un Ministro de Estado que se encarga de la dirección y la gestión de los servicios públicos en los asuntos de su ministerio.

El ministro reúne así dos calidades simultáneamente: es un político, en tanto cabeza del ministerio e integrante del Consejo de Ministros, y es la cabeza administrativa de su sector.

En el derecho esta situación se refleja claramente porque, a veces, el ministro produce normas generales bajo la forma de resoluciones ministeriales, resoluciones supremas o decretos supremos, firmando al lado del Presidente y haciéndose responsable político por estas normas. Otras veces podemos ver, y sucede con frecuencia, que el ministro es instancia de resolución dentro del procedimiento administrativo.

Debajo del ministro, en cada ministerio, hay uno o más viceministros que colaboran estrechamente con el titular en el ejercicio de sus atribuciones. Luego vienen en gradación jerárquica los directores generales, directores, etcétera.

La estructura de la administración pública del Poder Ejecutivo es muy compleja y cada Ministerio tiene características propias según su respectiva ley orgánica. No se puede dar una descripción uniforme para todos ellos.

Baste con saber que un procedimiento administrativo puede iniciarse en cualquier nivel de la organización administrativa y que de allí sube uno o dos escalones hasta agotar la vía procesal. (Esta es la norma general establecida en la legislación. Una versión más detallada se da en el capítulo referente a la jurisprudencia como fuente del derecho).

Al mismo tiempo, nuestra legislación contiene normas generales que pueden ser producidas por los directores generales mediante resoluciones directorales²³.

Los sistemas

Un sistema es la suma organizada de normas, órganos y procesos destinados a proveer a la administración pública de los insumos necesarios para cumplir eficientemente sus fines institucionales. En esta medida, y como ocurre con los sectores, no es un organismo sino un concepto en el que se comprende a varios elementos, entre los que se cuentan distintos organismos públicos.

Tenemos actualmente varios sistemas en la administración pública del Gobierno Central. Entre ellos: el Sistema Nacional de Cuentas, el Sistema Nacional de Personal, el Sistema Nacional de Defensa Nacional, el Sistema Nacional de Defensa Civil, el Sistema de Inteligencia Nacional. Cada uno de ellos tiene un órgano central y ramificaciones dentro de los diversos organismos públicos con los cuales trabaja, o en distintos lugares del territorio, según cada caso.

Los organismos centrales de los sistemas producen normas generales que regulan diversos aspectos específicos del trabajo y modo de operación de la administración pública y también de la población; muchas veces realizan procedimientos administrativos, sobre los que ya hemos comentado antes.

Las instituciones públicas

Las instituciones públicas son organismos especializados en el cumplimiento de determinadas funciones que les son asignadas por sus leyes de creación y que están vinculadas, según cada caso, a los organismos rectores de los distintos sectores (ministerios) o a la Presidencia del Consejo de Ministros.

En el Perú hay varias de estas instituciones, llamadas a menudo *organismos públicos descentralizados* (OPD). De la larga lista podemos referirnos al Instituto Nacional de Administración Pública, Instituto Nacional de Fomento Municipal, Instituto Nacional de Estadística, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, Instituto Peruano de Energía Nuclear, etcétera.

Una de estas instituciones es particularmente conocida: la SUNAT, creada por Ley y no por la Constitución.

²³ En realidad, según la Ley del Poder Ejecutivo, las resoluciones no deberían contener normas de carácter general, sino que se debieran limitar a resolver asuntos particulares dentro de los procedimientos administrativos. Sin embargo, como veremos al hablar de la legislación como fuente del Derecho, esa limitación no se cumple en el Perú.

Varias de las instituciones públicas cumplen las dos funciones que hemos señalado en vinculación con el derecho: producción de normas generales y conducción de procedimientos administrativos.

La administración municipal

Cada Concejo Municipal, según sus dimensiones y recursos, cuenta con una administración encargada de realizar las funciones propias de dichos gobiernos locales, y que hemos reseñado oportunamente.

El jefe de la Administración Municipal es el respectivo Alcalde. La Administración Municipal no aprueba normas generales (atribución que en este caso detentan el Concejo y el alcalde, según vimos), pero sí realiza numerosos procedimientos administrativos vinculados a los servicios, acciones y controles que competen a cada municipalidad; la jurisprudencia administrativa de las municipalidades es cuantiosa e importante en muchos aspectos de la vida social y, por ende, del derecho.

La administración de los poderes legislativo y judicial

Estos dos poderes también cuentan con sendas administraciones para el cumplimiento de sus fines, que dependen respectivamente de la Mesa Directiva del Congreso y de la Corte Suprema de la República. Por la naturaleza de sus funciones, dichas administraciones carecen de relevancia para la producción jurídica, pues no tienen funciones importantes ni en la creación de normas, ni en la implementación de procedimientos administrativos frente a la ciudadanía en general.

2.3.6. Las empresas del Estado

Por último, están las empresas del Estado, que tienen por finalidad ocupar aquellos ámbitos del quehacer productivo o de servicios que el Estado decide reservar para sí.

Las empresas públicas tuvieron un significativo crecimiento hasta los años ochenta. Entonces se las criticó por ser ineficientes y deficitarias, lo que en algunos casos era cierto y en otros no. En cualquier caso, el proceso de privatización de empresas públicas se ha desatado a lo largo y ancho del mundo en los últimos años. Lo propio ha ocurrido en el Perú a partir de los años noventa.

Hasta hace un tiempo, algunas empresas públicas podían tener atribuciones propias de la administración pública. Hoy, no influyen en el derecho.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (1996). «El Poder Ejecutivo presidencial». En *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, Lima.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, César LANDA ARROYO y Marcial RUBIO CORREA (1992). *Derecho Constitucional General*. Materiales de Enseñanza. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, César LANDA ARROYO y Marcial RUBIO CORREA (1992). *Derecho Constitucional General*. Materiales de Enseñanza. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO CORREA, Marcial (2006). «Liberalismo y derechos individuales». En VARIOS AUTORES, *Miradas que construyen. Perspectivas multidisciplinarias sobre los derechos humanos*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUBIO CORREA, Marcial (2006). *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SEGUNDA PARTE
LAS NORMAS JURÍDICAS

Luego de la relación entre Estado y derecho, en esta segunda parte vamos a trabajar sobre uno de los elementos fundamentales con que se construye el sistema jurídico.

En esencia, dichos elementos son dos: las normas jurídicas y los principios generales del derecho. Por razones metodológicas, no vamos a desarrollar aquí este segundo tema. Preferimos dejarlo para la parte correspondiente a la integración jurídica, luego de haber estudiado otros aspectos —como los de fuentes e interpretación— en los que ya se toma contacto con ellos y resulta más fácil comprender qué son y cómo funcionan.

En materia de norma jurídica dos cosas son importantes: la primera, definirla y trabajar sus elementos con detalle; la segunda, estudiar cómo se origina válidamente para el derecho y alcanza vigencia.

El capítulo referente al estudio intrínseco de la norma jurídica tiene por finalidad familiarizar al lector con sus principales elementos teóricos, a fin de que pueda utilizarla en adelante con conocimiento de su estructura y funcionamiento.

La norma dice algo y, eventualmente, puede querer decir algunas otras cosas. El primer peldaño del trabajo jurídico consiste precisamente en averiguar qué dice la norma. A partir de allí pueden elaborarse válidamente para la teoría jurídica, multitud de variaciones en base a los elementos de la teoría de interpretación y la de integración jurídicas. Pero estas solo deben ser aplicadas luego de haberse estudiado intrínsecamente cada norma con la que uno trabaja.

Existen muchas aproximaciones y definiciones de la norma jurídica respetables y atendibles. Sin embargo, de todas ellas elegimos una que llamaremos lógico jurídica. Esta aproximación trata a la norma como una proposición implicativa y mandatoria, destinada a regular las conductas dentro de la sociedad al margen de consideraciones éticas, políticas, etcétera. No es la única aproximación posible ni pretendemos que sea autosuficiente. De ninguna manera. Sin embargo, en la medida en que esta obra pretende introducir al lector dentro del derecho, preferimos iniciar su estudio con este

acercamiento neutral. Así podremos primero manejar con fluidez técnica a la norma para, luego, problematizar el carácter frío que tiene lo lógico jurídico e introducir otras consideraciones éticas y sociales más enriquecedoras. Nos contamos entre quienes piensan que los valores y la vinculación derecho realidad son perspectivas esenciales para lo jurídico, pero desarrollaremos estos puntos más adelante.

Lo importante es que, al terminar el estudio del capítulo referente a la norma jurídica, el lector quede capacitado para hacer exitosamente la disección de cualquier artículo de ley y cualquier norma jurídica, comprendiendo al mismo tiempo los alcances de este tipo de trabajo y su importancia como paso previo a los desarrollos sucesivos.

Por razones prácticas vamos a desarrollar los temas suponiendo que las normas jurídicas son escritas. La inmensa mayoría, en efecto, tienen tal característica, aunque algunas no, como por ejemplo las consuetudinarias. Sin embargo, al lector no le será difícil adaptar los conceptos a ellas.

CAPÍTULO 3

LA NORMA JURÍDICA

OBJETIVOS

1. Comprender la estructura lógica interna de la norma jurídica e identificar los caracteres generales de sus tres componentes: supuestos, consecuencias y nexos.
2. Capacitarse para identificar la diferencia entre norma jurídica y artículo legislativo.
3. Asimilar la costumbre de procesar el contenido lingüístico de toda norma jurídica dentro de la fórmula S → C.
4. Entender la diferencia y relación que existe entre el concepto de consecuencia jurídica y el de sanción.
5. Identificar los distintos tipos de sanciones que prevé el derecho.
6. Capacitarse en la identificación de las implicaciones extensivas, intensivas y recíprocas.
7. Conocer el significado y valor normativo de las normas declarativas.
8. Captar la importancia del respaldo estatal al cumplimiento de las normas jurídicas, como requisito esencial, y percibir las distintas modalidades que asume.

En una apretada síntesis, con la simplificación y carácter elemental que necesariamente conlleva, podemos decir que el derecho es el sistema de regulación de las conductas sociales más completo que ha desarrollado el ser humano; que está integrado por dos tipos de elementos —que son las normas jurídicas y los principios generales— y que se va organizando internamente en grupos, subconjuntos y conjuntos normativos, de manera tal que unos van siendo subsumidos en otros hasta llegar a completar todo el universo jurídico.

Progresivamente iremos desarrollando en este libro los diversos aspectos que nos permitirán comprender cómo se estructura y cómo funciona el sistema. El tema que ocupa este capítulo, sin embargo, es el de la norma jurídica, que constituye una de sus células básicas.

1. CONCEPTO DE NORMA JURÍDICA

1.1. Definición

Existen varias posibles definiciones de la norma jurídica, según las variables que se decida utilizar. Para introducirnos a su estudio, preferimos una de carácter lógico jurídico y, en este sentido, diremos que la norma jurídica es un mandato de que a cierto supuesto debe seguir lógico jurídicamente una consecuencia, estando tal mandato respaldado por la fuerza del Estado para el caso de su eventual incumplimiento.

La norma jurídica asume así la forma de una proposición implicativa cuya esquematización sería la siguiente:

$$S \rightarrow C$$

(Si S, entonces C)

En esta definición, la norma tiene tres elementos que conforman su estructura interna: el supuesto (S) que es aquella hipótesis que, de ocurrir, desencadena la consecuencia; la consecuencia (C) que es el efecto atribuido por el derecho a la verificación del supuesto en la realidad; y, el nexó lógico jurídico ($\rightarrow$), que es el elemento lógico vinculante entre el supuesto y la consecuencia.

Adicionalmente, esta definición de norma jurídica supone que el Estado compromete su fuerza detrás de cada una de ellas, a fin de garantizar que, en caso de incumplimiento, sus organismos y recursos la harán cumplir. Este elemento permite diferenciar al derecho de otros sistemas normativos coexistentes con él en las sociedades.

1.2. Norma jurídica y realidad

La definición dada en el párrafo anterior es de carácter lógico y, por lo tanto, hace abstracción de la realidad. Sin embargo, el derecho en su conjunto y cada norma jurídica en particular tienen como finalidad principal regular las conductas sociales, esto es, regir efectivamente en medio de la sociedad. La relación óptima entre la norma y la realidad consiste en que esta se adapte universalmente a aquella, pero es una pretensión utópica: de un lado, no todos los supuestos que contienen las normas jurídicas ocurren en la realidad (por lo que no todas las consecuencias jurídicas previstas se desencadenan necesariamente); y, de otro, verificado un supuesto en la realidad, no necesariamente se cumple su consecuencia.

García Maynez²⁴, grafica estas vinculaciones entre norma y realidad y, en base a su concepción, planteamos la siguiente esquematización:

$$S \rightarrow / \rightarrow vS \rightarrow C \rightarrow / \rightarrow vC$$

La primera relación $S \rightarrow / \rightarrow vS$ es una relación contingente, no necesaria, en el sentido de que es verosímil que el supuesto no ocurra nunca.

La segunda relación es $vS \rightarrow C$ donde vS es la verificación del supuesto en la realidad y C la consecuencia prevista por la norma. Esta relación no es contingente sino necesaria lógico jurídicamente, en el sentido que, para el derecho, ocurrido el supuesto en la realidad, se desencadena la necesidad de la consecuencia prevista.

La tercera relación es $C \rightarrow / \rightarrow vC$, donde C es la consecuencia normativa y vC es la verificación u ocurrencia de la consecuencia en la realidad. Esta es nuevamente una relación contingente porque, aun cuando se hayan dado en verdad las dos relaciones anteriores, puede ser que la consecuencia nunca ocurra. Así, por ejemplo, el artículo 106 del Código Penal establece que el que mata a otro será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de veinte años. Puede ocurrir (y sucede a menudo), que efectivamente se cometa un homicidio, se desencadene por lo tanto la necesidad lógico jurídica de la consecuencia, pero el criminal no vaya nunca a la cárcel porque no es habido, porque se fuga, etcétera.

Esta breve explicación sirve, entonces, para esquematizar el hecho de que la norma declarada tiene vigencia y debe ser cumplida, pero existen dos posibilidades de que ello no ocurra así y son las dos relaciones contingentes reales, de verificación de su supuesto y verificación de su consecuencia.

²⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1967). *Introducción al estudio del Derecho*. México, Editorial Porrúa, p. 176.

Con posterioridad, en este capítulo, vamos a tratar la significación del hecho (no poco frecuente), de que una norma no se aplique a las conductas, o que estas vayan abiertamente contra la norma establecida. También trataremos, en el capítulo referente a la naturaleza del derecho y en la parte que se ocupa de la costumbre como fuente formal, la importancia que las conductas sociales e individuales tienen dentro del sistema jurídico. Aquí, no obstante, interesa resaltar que el hecho de que una norma jurídica prescriba una consecuencia jurídica para un supuesto, no necesariamente significa ni que dicha norma entre en funcionamiento (por la no verificación del supuesto), ni que verificado el supuesto lo sea también la consecuencia. En otras palabras, ocurre con más o menos frecuencia, según los casos, que normas vigentes no sean aplicadas en la realidad por las contingencias mencionadas.

Podemos, así, establecer una diferencia entre una norma vigente y una que realmente rige. La vigencia es un atributo teórico de la norma jurídica según el cual, de haber sido debidamente producida de acuerdo a derecho²⁵, debe ser aplicada y obedecida en la vida social. La norma, por otra parte, rige cuando la apreciación de carácter sociológico indica que tanto el supuesto como la consecuencia jurídica previstas, ocurren efectivamente en la realidad. La vigencia es un concepto, regir es un hecho.

1.3. Norma jurídica y lenguaje

A diferencia de algunas otras ramas del saber, el derecho no utiliza un lenguaje propio o simbolizado. Por el contrario, toma el lenguaje común y es elaborado mediante él. Adicionalmente, se supone que al regular las conductas de las personas en su vida social, el derecho aspira a ser conocido, entendido y aplicado por los seres humanos aun al margen de su conocimiento del sistema jurídico. Por ello, en el derecho se plantea un problema particular que comparte con pocas disciplinas teóricas humanas: mientras la mayoría de las ciencias y de los conocimientos especializados son desarrollados comunicados y practicados por especialistas, el derecho lo es, dialécticamente, por especialistas y legos a la vez.

Las normas jurídicas (pensemos por ejemplo en las leyes), son producidas por los gobernantes (en nuestro caso los miembros del Congreso de la República) que para ser elegidos tales no tienen por qué conocer de derecho. Son comunicadas a través de una publicación oficial (en nuestro caso el diario El Peruano) y deben ser obedecidas por todos. Al propio tiempo, sin embargo, suele suceder que el Congreso se haga

²⁵ La norma es producida de acuerdo a Derecho, cuando cumple con los requisitos que establecen la teoría y la praxis de las fuentes formales del Derecho, que tratamos en los siguientes capítulos. Al final de este capítulo, por otra parte, hacemos una distinción entre *norma vigente* y *norma válida*.

asesorar por entendidos en leyes, y también que estos especialistas discutan las leyes y sus significados y asesoren a las personas en la manera de hacer las cosas.

Se supone, por tanto, que el derecho es una disciplina cuyo conocimiento es compartido por especialistas y legos, lo cual, como es fácil suponer, engendra diversos problemas de comprensión y comunicación. Esta temática envuelve diversos aspectos que iremos tratando sucesivamente, pero uno es de especial importancia: el del lenguaje.

Enrique Pedro Haba²⁶ señala que hay tres planos del análisis del lenguaje: sintáctico, que son las reglas de organización de la expresión lingüística (la gramática); semántico, que es el significado de los vocablos (la etimología o, caricaturescamente «el diccionario»); y, pragmático, que es la síntesis de ambos (o la manera de entenderlo corrientemente en la sociedad).

1.3.1. El plano sintáctico

El plano sintáctico supone el manejo de todos los conocimientos de la gramática en la cual se desarrolla un derecho determinado, en el caso peruano la gramática española. El derecho no ha creado (ni previsiblemente lo hará en el futuro), una gramática propia, como sí lo han hecho otras disciplinas: la matemática, la lógica o la cibernética. En este sentido, el conjunto del sistema jurídico y más específicamente la norma jurídica, suponen un adecuado conocimiento de la gramática tanto en el lego como en el especialista.

Esto tiene consecuencias prácticas muy importantes para el análisis de la norma jurídica, que podemos explicar con algunos ejemplos.

Hemos dicho que la norma jurídica es un supuesto al que debe seguir lógico jurídicamente una consecuencia. La expresión más adecuada de esta fórmula en el lenguaje corriente de una ley puede graficarse en el siguiente texto:

Código Civil, artículo 41. «A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre».

Podemos desagregar esta norma de la siguiente manera:

Supuesto: «A la persona que no tiene residencia habitual» (o, más formalmente: «Si una persona no tiene residencia habitual»).

²⁶ HABA, Enrique Pedro (1979). «Apuntes sobre el lenguaje jurídico: de la lengua común a la letra de las leyes». En *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José de Costa Rica, N° 37, p. 18.

Consecuencia: «Se le encuentra domiciliada en el lugar donde se encuentre» (podemos decir más estrictamente: «entonces se la encuentra domiciliada en el lugar donde se encuentre»).

Pero la presentación gramatical de una norma jurídica no es siempre tan claramente adaptable a la fórmula $S \Rightarrow C$. Tomemos por ejemplo el primer párrafo del artículo 187 de la Constitución, que dice: «En las elecciones pluripersonales hay representación proporcional, conforme al sistema que establece la ley».

Esta norma puede ser desagregada también en supuesto y consecuencia, pero «adaptando» su estructura gramatical. Así:

Supuesto: «En caso de haber elecciones pluripersonales».

Consecuencia: «Hay representación proporcional conforme al sistema que establece la ley».

Pero la redacción puede estar también invertida como en el siguiente caso:

Código Civil, artículo 39. «El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar».

Supuesto: «Si alguien traslada su residencia habitual a otro lugar».

Consecuencia: «Entonces realiza un cambio de su domicilio».

Todo esto, a lo que podríamos añadir aún otros casos, llama a la necesidad de que en el manejo de la norma jurídica, la persona vinculada por especialidad al derecho desarrolle un proceso mental de formalización para que, a partir de una redacción determinada, pueda extraer el contenido exacto de la norma jurídica, diferenciada en sus dos aspectos: supuesto y consecuencia.

1.3.2 El plano semántico

También tiene importancia el plano semántico en lo referente a la norma jurídica porque, mientras en materia de gramática el derecho depende del lenguaje en el que está desarrollado, en el semántico a veces comparte el significado común de las palabras y otras veces les asigna uno propio. Inclusive, la misma palabra es utilizada unas veces en sentido común y otras en un sentido jurídico distinto.

El inciso 5 del artículo 200 de la Constitución está lleno de términos de significación jurídica particular que, dentro del lenguaje común son prácticamente incomprensibles:

Artículo 200. Son garantías constitucionales:

[...] 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

Es muy probable que solo algunos años de estudio del derecho, o al menos una explicación comprensiva y detallada de algo así como una docena de los términos transcritos, sea el único medio de comprender cabalmente lo que aquí se está diciendo.

De otro lado, hemos dicho que hay casos en los que una palabra se utiliza indistintamente en su sentido usual y en sentido técnico. Un excelente ejemplo es el primer párrafo del artículo 295 de la Constitución de 1979, ahora derogada, que decía: «La acción u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de hábeas corpus».

En el primer caso, el término *acción* está utilizado en su sentido usual, es decir, como acto o suceso efectivo atribuible a alguien (por contraste con la omisión señalada a continuación); en la parte final, la misma palabra adquiere un significado jurídico que consiste en el derecho de poner en funcionamiento la maquinaria judicial del Estado para que se resuelva una petición de defensa (en este caso el hábeas corpus) que yo le formulo, o que alguien interpone en nombre y beneficio mío.

Solo el estudio y el desarrollo progresivo de nuestros conocimientos jurídicos puede llevarnos a conocer los significados jurídicos y usuales de los términos y también a saber diferenciar con exactitud cuándo se usan en uno u otro sentido.

Lo rescatable, en todo caso, es que el significado de las palabras contenidas en las normas jurídicas requiere de un «diccionario» particular que discrimine los sentidos usuales y técnico jurídicos según cada caso²⁷.

1.3.3 *El plano pragmático*

En teoría, la suma de gramática y semántica debiera darnos la significación de los contenidos de la norma jurídica, pero hay algunas otras variables intervinientes que hacen más complejo el problema y que determinan, en muchos casos, que la comprensión efectiva de lo prescrito por una norma jurídica adquiera particularidades por sobre los elementos gramaticales y semánticos. En esto consiste el plano pragmático.

²⁷ En la parte referente a interpretación jurídica se verá que el problema de determinar el significado de una norma puede requerir mucho más que gramática y semántica. De otro lado, hay que recordar que la semántica suele otorgar diversos significados a una misma palabra, lo que es importante en consecuencia para el derecho. También trataremos esto en la parte de interpretación jurídica.

Muchas son las variables que pueden intervenir, pero nos interesa destacar las siguientes tres:

1. Suele ocurrir con frecuencia que, en la aplicación del derecho, se llegue a especificaciones determinadas por las autoridades competentes para ello, que no aparecen naturalmente del texto mismo de las normas. Por ejemplo, tenemos la interpretación que ha hecho la mayoría del Congreso de la República en referencia a la acusación de altos magistrados de la República al texto que a continuación señalamos y que pertenece al artículo 99 de la Constitución²⁸:

Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros la Junta Nacional de Justicia; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución *y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en estas* [el énfasis es nuestro].

La parte resaltada del texto puede sugerir dos posibles significados:

- a. Que procede la acusación por todo delito que los funcionarios mencionados cometan en el período en que ejercen tales magistraturas, aun cuando la denuncia sea presentada una vez concluido dicho período; o
- b. Que la acusación procede por todo delito que cometan en ejercicio de las atribuciones propias en su función, pero no fuera de tal ejercicio y, naturalmente, siempre dentro del período de la magistratura.

La diferencia es importante: en el caso «a», la acusación debe proceder tanto por los delitos que cometa en ejercicio de sus funciones públicas, como por los que cometa en su vida privada, en tanto que en el caso «b», los delitos de la vida privada no estarían sometidos a dicho trámite.

Bien visto el asunto, las dos versiones son razonables, pero nuestro Congreso ha determinado que la correcta es la «b». En consecuencia, al menos mientras esta interpretación no se cambie de manera formal, el significado del artículo 99 de la Constitución es el elegido por la mayoría y no el otro, también posible de entenderse de acuerdo al lenguaje.

2. Otro caso de comprensión particular es el siguiente: la vida social evoluciona constantemente en tanto que las normas jurídicas tienden a permanecer

²⁸ En realidad, el Congreso hizo esta interpretación cuando estaba vigente la Constitución de 1979, pero es igualmente aplicable al texto del artículo 99 de la Constitución de 1993.

inmodificadas. En este sentido, puede ocurrir que en momentos distintos la sociedad tenga comprensión distinta del mismo texto normativo. Por ejemplo, tenemos el artículo 173 del Código Penal que reprime con cadena perpetua al que viola sexualmente a un menor de catorce años.

La concepción prevaleciente del significado de este tipo delictivo durante varios decenios, fue que el agresor debía ser necesariamente varón. En los últimos años, sin embargo, se ha admitido también que la agresión pueda ser ejercitada por una mujer contra un varón menor de edad. El texto normativo no ha variado, pero la comprensión que de él se tiene sí.

3. Un tercer elemento importante en el Perú es el de la pluralidad cultural que por cosmovisiones, costumbres, idiomas y en definitiva culturas distintas, lleva a que el significado de determinadas situaciones y actos sea distinto para diferentes personas. Tomemos el mismo ejemplo del artículo 173 antes citado: en términos de la sociedad occidental, la pertinencia de esta norma es clara y entendible, pero no necesariamente ocurre lo mismo en nuestra sociedad andina, en la que existe la costumbre del *servinakuy*, según la cual es perfectamente posible (y aun deseable) la cohabitación de un varón mayor de edad con una mujer menor de catorce años.

Se da así la situación de que el derecho nacional (que es vigente en todo nuestro territorio) condena penalmente una costumbre que existe desde tiempos inmemoriales y que, en dicho contexto social, es perfectamente válida, porque es uno de los formalismos importantes de constitución de la familia.

Naturalmente, el problema que presentamos tiene dimensiones que exceden largamente a lo propio del lenguaje, pero también lo comprende y es un elemento que el especialista en derecho en el Perú no puede soslayar, bajo la grave responsabilidad de crear situaciones profundamente injustas en nuestra sociedad. En cualquier caso, es una situación en que lo pragmático diverge claramente de lo gramatical y lo semántico²⁹.

Sobre la base de toda esta problemática, es útil rescatar una clasificación de las normas jurídicas que establece tres tipos: norma prescripción, norma comunicación y norma sentido³⁰:

²⁹ Hay que señalar que en la actual codificación penal existe el artículo 15 que se refiere al error de comprensión el acto delictuoso culturalmente condicionado. Su aplicación, sin embargo, no tiene la uniformidad deseable y eso, también, es un condicionamiento cultural de parte de quien interpreta la ley.

³⁰ ALCHOURRON, Carlos y Eugenio BULYGIN (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Valencia, Universidad de Carabobo, p. 25.

1. La *norma prescripción* se identifica con el mandato emanado de la autoridad competente para dictar la norma jurídica. Es el contenido del mandato que dicha autoridad emite, según ella lo entiende. No implica, siquiera, que el destinatario de la norma (el que debe cumplirla), se haya enterado de su contenido o aun de su existencia.
2. La *norma comunicación* es el contenido de la norma que comparten, en la transferencia de su conocimiento, *tanto* la autoridad que la emite como el destinatario que la recibe. Se supone que en esta transferencia, la idea de la norma que se forma el destinatario es la misma que la de la norma prescripción pero, hemos visto, ello no necesariamente sucede y puede deberse a muchos factores, entre ellos, que el autor de la norma se hubiera expresado mal, o que no la hubiera comunicado con el alcance suficiente como para que el destinatario la entendiera o aun la conociera (muchas veces ocurre que ignoramos la norma jurídica aplicable a nuestras conductas concretas, lo que, sin embargo, no nos exime de su cumplimiento), o puede suceder también que el destinatario hubiera entendido equivocadamente una comunicación correcta de la norma prescripción.
3. La *norma sentido* es el contenido de la norma jurídica que asumen tanto autor como destinatarios y que no necesariamente corresponde al contenido que de acuerdo al lenguaje puede deducirse. Ya hemos puesto ejemplos de ello al hablar del nivel pragmático.

Si bien para la teoría clásica del derecho estas consideraciones son inusuales porque el sistema jurídico supone la correcta comunicación de la normatividad y por tanto su cumplimiento puntual, la realidad supera constantemente estas asunciones y el especialista en derecho tiene que tomarlas como parte fenoménicamente indiscutible del quehacer jurídico.

1.4. Norma jurídica y respaldo de la fuerza del Estado

Hemos dicho, al inicio de este capítulo, que un rasgo esencial de la norma jurídica (y en verdad del sistema jurídico en su conjunto), es el del respaldo de la fuerza del Estado, entendiendo por ello que el Estado garantiza el cumplimiento de las normas jurídicas, en caso necesario, mediante el uso de las instituciones públicas y de la propia fuerza de su aparato.

Este rasgo diferencia a la norma jurídica de otras distintas. Por ejemplo, las normas morales tienen un respaldo confesional, social o incluso individual, pero a menos que

dichas normas morales sean también jurídicas (y pueden serlo en la medida en que el derecho recoge ciertas reglas de moralidad), el Estado no se ocupa de hacerlas cumplir.

También ocurre con las normas de uso social (como el tipo de vestimenta, las reglas de buena educación, etcétera) que tampoco son exigidas obligatoriamente por el Estado, salvo cuando son recogidas por el derecho, como en el caso de las reglas morales.

Este respaldo estatal adquiere diversos grados, pero siempre existe. Ponemos tres características, que pueden ayudar a la comprensión del punto:

1. El grado más fuerte es aquel en el que los organismos públicos, por sí mismos, imponen el cumplimiento del derecho, caso en el cual se dice que lo hacen de oficio: un homicidio es investigado automáticamente por los tribunales y el delincuente es internado a cumplir su condena. Puede ocurrir, inclusive, que los familiares de la víctima no deseen tal castigo, pero igual ocurre.
2. Otro intermedio es aquel en el que el interesado solicita al Estado que intervenga en su favor. Es el caso, por ejemplo, de quien tiene derecho a cobrar algo a otra persona que no quiere pagarle: puede entablar juicio ante los tribunales y, de declararse fundada su demanda, podrá recurrir inclusive a las fuerzas policiales para que lo ayuden a realizar el cobro mediante procedimientos preestablecidos. Aquí el Estado no actúa de oficio sino a pedido de parte. Ello quiere decir que la fuerza del Estado está a disposición de las personas para lograr el cumplimiento del derecho, pero que estas pueden o no recurrir a ella según sus deseos.
3. El grado más débil es el de las llamadas obligaciones naturales y que podemos definir como aquellos derechos que el sistema jurídico reconoce a las personas, pero para cuya exigencia no existe un mecanismo legal específico y dinámico. Por ejemplo, el Código Civil establece que las deudas por servicios personales no laborales pueden cobrarse mediante acción ante los Tribunales dentro de los tres años siguientes a la fecha en que debieron ser pagadas (artículo 2001, inciso 3 del Código Civil). Luego, prescribe la acción de cobro, esto es, ya no tengo más derecho a pedir ayuda del Poder Judicial en este empeño.

Ocurrida la prescripción de la acción de cobro yo, acreedor, quedo a merced del deudor, que si quiere me paga y si no quiere no lo hace. Parecería entonces que ya no tengo propiamente un derecho, pero no es así: si por ejemplo me debían mil soles y devengo luego en deudor de la misma persona por tres mil, tengo el derecho de pagarle solo dos mil y resarcirme, mediante compensación, lo que él me debía y que ya no puedo cobrarle judicialmente. Eventualmente, de probarse la situación, el Estado amparará esta operación y quedará «pagado» en mi derecho mediante este procedimiento sui generis.

De tal manera que, aun en este caso, el Estado siempre otorga un amparo (aunque pasivo) al cumplimiento de la norma según la cual yo tenía un derecho por cobrar.

La teoría del derecho ha desarrollado dos conceptos para calificar el rol que cumple la fuerza del Estado en apoyo de la vigencia de las normas jurídicas, sea cual fuere el caso. Estos conceptos son: coacción y coerción³¹.

La *coacción* es el empleo activo de la fuerza del Estado en defensa del cumplimiento del derecho. Tal es el caso, por ejemplo, de un deudor moroso al que el juez le embarga sus bienes y los remata para pagarle a su acreedor. El Estado hace uso positivo de su fuerza para que el derecho sea cumplido. La coacción es un hecho objetivo.

La *coerción*, en tanto, es la presión subjetiva que la virtualidad de la fuerza del Estado cumple en las personas, de manera que estas adecúan sus conductas al derecho, sin necesidad de ser coaccionadas. Tal es el caso del deudor que desearía no pagar pero que, para no verse en problemas judiciales y de un eventual remate de sus bienes, prefiere hacer honor a su deuda y pagar a su acreedor. Aquí, el Estado no hace uso positivo de su fuerza, pero la posibilidad de que ella sea ejercitada conduce a la persona a cumplir con el derecho. La coerción es, entonces, una representación subjetiva que obliga a obrar de acuerdo al sistema jurídico por temor a la coacción.

1.5. Norma jurídica y artículo legislativo

Hemos definido la norma como un supuesto al que sigue lógico jurídicamente una consecuencia. Por lo tanto, la norma jurídica es una proposición implicativa única y completa. Ocurre a menudo que la norma jurídica es tomada como equivalente de un artículo legislativo. Sin embargo, esto es errado pues en un mismo artículo puede haber una o más normas jurídicas.

Si tomamos por ejemplo el artículo 61 del Código Civil, veremos que establece: «La muerte pone fin a la persona». Aquí hay solo una norma jurídica cuyo supuesto es el hecho de la muerte y cuya consecuencia es el fin de la persona.

En cambio, si tomamos como ejemplo el texto del artículo 31 del Código Civil, veremos que en él hay contenida más de una norma: «La persona perjudicada por un cambio o adición de nombre puede impugnarlo judicialmente».

Las normas jurídicas contenidas en este artículo que tienen la misma consecuencia —se pueden impugnar judicialmente—, son dos:

³¹ ALZAMORA VALDEZ, Mario (1980). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Lima, Tipografía Sesator. Parte IV; Capítulo VI; pp. 152154.

1. La primera tiene como supuesto que haya una persona perjudicada por un cambio de nombre que se haya hecho otra.
2. La segunda, tiene como supuesto que haya una persona perjudicada por una adición de nombre que se haya hecho otra.

Hay que tomar en cuenta que cada una de estas dos normas es total y válida en sí misma y que, por lo tanto, puede aplicarse con independencia de la otra. En efecto, basta de un lado el cambio de nombre y del otro la adición, para que se pueda proceder a impugnar ante los jueces. Retomamos el problema en una perspectiva distinta si hablamos de dos supuestos simples y complejos en el siguiente parágrafo, pero aquí es importante señalar que el sujeto que trabaja con el derecho debe ejercitarse en individualizar las normas jurídicas, tomando en cuenta esta diferencia entre norma jurídica como mandato, y artículo legislativo como forma de redacción y expresión de una o más normas jurídicas.

2. LOS ELEMENTOS DE LA NORMA JURÍDICA

Hemos dicho que los elementos de la norma definida desde el punto de vista lógico jurídico son tres: supuesto, consecuencia y nexos. A continuación los desarrollamos separadamente.

2.1. El supuesto

El supuesto es la hipótesis que formula el autor de la norma jurídica para que, de verificarse u ocurrir en la realidad, se desencadene lógicamente la necesidad de la consecuencia.

2.1.1. *Supuesto y aplicación del derecho*

En un sistema jurídico predominantemente escrito, como es el peruano, el supuesto de la norma suele ser una descripción simplificada y abstracta, y por lo tanto con menos matices descriptivos que los que pueden encontrarse al verificarse luego en la realidad. Así la indagación de la relación $S \Rightarrow vS$ no es tan fácil como a primera vista pudiera parecer. Son relativamente numerosas las situaciones en las que el agente aplicador del derecho³² se encuentra ante el problema de definir si el supuesto se ha

³² Entendemos por agente aplicador del derecho al que lo utiliza en la vida cotidiana como regulador de conducta, sea un juez, fiscal, abogado, persona privada, funcionario, etcétera.

verificado o no, porque bien faltan algunos rasgos o bien sobran otros en el fenómeno ocurrido en la realidad, todo lo cual lleva a duda.

Un ejemplo aclarará lo que queremos decir: supongamos que dos personas se traban en un pugilato en un lugar solitario y que una logra derribar a la otra de un fuerte golpe de puño en la cabeza; la víctima cae al piso y queda inconsciente. El agresor decide retirarse y ocultar el hecho, descubriéndose días después muerto al agraviado en el lugar en el que quedó tendido.

Entre las varias figuras delictivas que aquí podrían haberse cometido destacan tres que son:

1. Homicidio, o sea, causar la muerte intencionalmente a la víctima (Código Penal, artículo 106).
2. Lesiones, es decir, tener la intención de golpearlo, pero en ningún modo de causarle la muerte (Código Penal, artículos 121 y 122).
3. Lesiones seguidas de muerte, que se configura cuando la intención del agresor es simplemente golpearlo pero pudiendo prever que con ese golpe podría causarle la muerte (Código Penal, artículos 121 y 122, en sus respectivos párrafos finales).

En realidad, es bastante difícil distinguir, en base a lo que sabemos del caso, cuál de los tres delitos se ha cometido, pues hay diversos argumentos que pueden apoyar cualquiera de las tres hipótesis. En sí misma, cada norma parece clara al definir su respectivo supuesto, pero al aplicarlas a la realidad no podemos aseverar a ciencia cierta cuál de los tres supuestos fue el que se cumplió, pues la particular configuración de los elementos de hecho es más diversificada que el contenido abstracto de cada norma jurídica. Como podrá claramente deducirse, las penas a aplicar al agresor serán distintas.

En buena medida, una situación de este tipo debe ser resuelta recurriendo a la interpretación jurídica (que desarrollaremos posteriormente), pero el trabajo de interpretación supondrá siempre como paso previo la identificación de las posibles normas jurídicas aplicables y, en ello, el primer paso será identificar todas las posibles relaciones $S \Rightarrow vS$. Esto quiere decir que esta primera etapa no soluciona todos los problemas jurídicos, ni mucho menos, pero que es esencial para luego desarrollar el trabajo jurídico complementario.

La importancia de ello, en nuestro ejemplo, puede demostrarse así: supongamos que el agente aplicador del derecho encuentra el artículo 106 del Código Penal y, luego de un arduo proceso interpretativo, llega a la conclusión de que no se cometió homicidio. Si no desarrolla a la vez el proceso de verificación del supuesto en los otros dos casos,

podría concluir por la inocencia del agresor o, eventualmente, se vería en la situación de tener que forzar las figuras legales para castigarlo.

En resumen, la primera etapa del procedimiento de aplicación del derecho a un caso determinado consiste en la verificación de la ocurrencia del supuesto en la realidad. Esto requiere de un doble trabajo: de un lado, identificar el supuesto de la norma; de otro, proceder a la verificación de dicho supuesto en la realidad. Recién después de estas operaciones estará el agente en posibilidad de desarrollar otras etapas como, por ejemplo, la interpretación jurídica.

2.1.2. Clasificación del supuesto

Existen varias clasificaciones posibles de los supuestos, de las cuales desarrollaremos las dos que nos parecen más importantes: según la cantidad de sus elementos componentes y según la calidad de los mismos.

Según la cantidad de elementos componentes, los supuestos pueden ser simples y complejos.

Supuesto simple es aquel que contiene un solo elemento constitutivo. Es el caso de una de las normas del artículo 20 del Código Civil: «Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre». En este caso, la condición de hijo matrimonial es una conceptualización única, que no admite en su formulación abstracta más que un solo elemento.

En cambio, si tomamos como ejemplo el artículo 1969 del Código Civil en su primera parte, veremos que dice: «Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo». Aquí hay dos normas cuyos supuestos tienen dos elementos cada uno:

— Un hecho atribuible al agresor, por dolo, y un daño a la víctima.

— Un hecho atribuible al agresor, por culpa, y un daño a la víctima.

En los dos casos, el daño a la víctima se suma al dolo o culpa como un elemento esencial del supuesto. Esto significa, por ejemplo, que no basta, para que proceda la consecuencia de indemnizar, que el agresor haya realizado el acto que conducía al daño, sino que hay que probar a la vez la existencia de este último. A la inversa, puede ocurrir un daño que no sea atribuible ni al dolo ni a la culpa de alguien, en cuyo caso tampoco será posible aplicar este artículo.

Conviene, en cada norma jurídica, establecer con claridad todos los elementos del supuesto para ver su carácter simple o complejo, antes de proceder a la verificación de

la ocurrencia del supuesto en la realidad, pues en caso contrario podríamos omitir uno o más elementos y, por tanto, aplicar el derecho erradamente.

Esto es tanto más importante si pensamos que en un mismo artículo legislativo pueden haber varias normas jurídicas, las que a su vez pueden contener supuestos simples y complejos, lo que hace necesario un trabajo previo de disección de los contenidos normativos antes de proceder a aplicarlos. Las consecuencias de un error en esta etapa pueden ser definitivas para una aplicación equivocada.

Desde el punto de vista de la calidad de su contenido, los supuestos jurídicos pueden admitir varias posibilidades. Entre ellas destacan:

Hechos, que son sucesos puros y simples de la propia realidad. Tales los casos de «matar intencionalmente a otro»; «nacer», «trabajar», etcétera.

Conceptos jurídicos, que son elementos teóricos definidos por el derecho, bien en su teoría, bien en la propia legislación. Tal es el caso del artículo 25 de la Constitución que dice: «La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. [...]». La expresión jornada ordinaria de trabajo es un concepto jurídico. También puede verse la parte inicial del artículo 70 de la Constitución que dice: «El derecho de propiedad es inviolable. [...]». La propiedad es también un concepto típicamente jurídico.

Instituciones jurídicas, entendidas como organismos creados y regimentados dentro del sistema jurídico. Por ejemplo, el artículo 20 de la Constitución, que dice: «Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público [...]».

En definitiva, desde el punto de vista de la calidad de su contenido, los supuestos jurídicos pueden abarcar una amplia gama de consideraciones de hecho y de derecho.

2.1.3. Las normas jurídicas declarativas

Existen determinadas normas jurídicas que tienen la particularidad excepcional de carecer de un supuesto explícito y, por lo tanto, no se adecúan a la fórmula general que hemos dado $S \rightarrow C$. Un ejemplo es el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución, que dice: «El Estado es uno e indivisible». Allí no existe supuesto propiamente dicho, como no fuera «El Estado».

Estas normas son dictadas como afirmaciones válidas por sí mismas, más que como hipótesis de que a tal supuesto debe seguir tal consecuencia.

El que las normas carezcan de supuesto no implica, sin embargo, que no sean obligatorias. Todo lo contrario, mantienen su vigencia y obligatoriedad y, en muchos

casos, constituyen verdaderos principios generales del derecho, tema que desarrollaremos posteriormente.

2.1.4. El encadenamiento de normas

Suele ocurrir en el derecho que las normas se encadenen entre sí, de manera tal que el contenido de una de ellas pasa a ser luego el supuesto (o la consecuencia) de una segunda, la que no se entiende sin aquella.

Tal es, por ejemplo, el caso del segundo párrafo del artículo 204 de la Constitución, que establece: «No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal (Constitucional) que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal». El supuesto de esta norma (parte final de su texto), solo se comprende cabalmente cuando revisamos otras dos normas:

La primera es el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución que dice:

Son garantías constitucionales:

[...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo[...].

La segunda es el inciso 1 del artículo 202 de la Constitución:

Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad [...].

La combinación de las tres normas muestra que hay una acción de inconstitucionalidad, que la conoce (y resuelve) el Tribunal Constitucional, y que la sentencia que emita no tiene carácter retroactivo.

Este es un fenómeno frecuente en el derecho, que debe ser tomado en cuenta para comprender muchos de los significados de los supuestos normativos.

2.2. La consecuencia

La consecuencia es el efecto que el autor de la norma jurídica atribuye, lógico jurídicamente, a la verificación del supuesto en la realidad.

Como vimos oportunamente, la consecuencia tiene necesidad lógico jurídica dentro de la siguiente relación: $vS \rightarrow C$, pero hay que distinguir con cuidado el desencadenamiento de esta necesidad de su ocurrencia en la realidad pues, como

también vimos, la relación $C \Rightarrow vC$ no es necesaria sino contingente. En este sentido, el proceso de aplicación del derecho no plantea problemas en lo referente a esta parte del trabajo, aun cuando sí es interesante trabajar con algún detalle las clases de consecuencias.

Clases de consecuencias

La consecuencia es atribuida por la norma al supuesto y puede revestir diversas modalidades. Las principales son:

1. *Establecimiento de un derecho*, que consiste en atribuir una facultad o beneficio a alguien. Así tenemos buena parte de las normas jurídicas contenidas en la primera parte de la Constitución del Estado, en especial su artículo 2, que contienen una larga lista de derechos constitucionales o derechos humanos en favor de la persona. Una revisión de ellos es conveniente en sí misma y para ilustrar este punto.
2. *Establecimiento de una obligación*, que consiste en mandar que alguien dé, haga o no haga algo en favor de otra persona. Tal es el caso del artículo 1969 del Código Civil, que manda que, cualquiera que cause un daño a otro, sea por dolo o culpa, debe indemnizarlo.

La relación obligacional en el derecho implica por definición dos polos: un deudor, que debe la obligación al acreedor, y un acreedor que adquiere el derecho a que se cumpla la obligación por el deudor. En esta medida, el establecimiento de una obligación en la consecuencia de una norma crea automáticamente un derecho en el acreedor. Sin embargo, no siempre el establecimiento de un derecho crea una obligación correlativa identificable por sí misma. Por ejemplo, el otorgar a alguien el derecho de propiedad sobre una cosa no genera obligación específica en los demás sino, en todo caso, un deber general de respetar dicho derecho.

3. *Establecimiento de un deber*, entendiendo por tal una responsabilidad a cumplir obligatoriamente. El deber es, así, una responsabilidad genérica (aunque obligatoria), que no se confunde con la obligación, que es un mandato de dar, hacer o no hacer algo específico. Deber y obligación son especies diferentes del género que podemos denominar «responsabilidad obligatoria».

Tal es el caso de los deberes establecidos en nuestra Constitución en su artículo 38, que dice: «Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación».

4. *Creación de instituciones*, como por ejemplo la creación de una empresa pública, de un Ministerio o de organismos similares.
5. *Creación de una situación jurídica*, entendiéndolo por tal «El conjunto de derechos y deberes —determinados o eventuales—, que el derecho atribuye a una persona colocada en ciertas condiciones»³³. Tales son los casos del Presidente de la República, que tiene determinados requisitos para llegar a serlo y determinadas atribuciones y obligaciones que ejercitar en su magistratura, todo lo cual está normado entre los artículos 110 y 118 de la Constitución, o de la situación de marido que se adquiere mediante la realización del matrimonio civil, de acuerdo a los términos del Código respectivo.
6. *Creación de una relación jurídica*, entendiéndolo por tal la vinculación, por mandato normativo, de dos elementos entre sí, bien se trate de personas, de personas y de cosas o de cosas.

Así, marido y mujer quedan relacionados con una serie de derechos y obligaciones a partir del matrimonio civil; el propietario establece una relación particular con la cosa materia de la propiedad a través del derecho correspondiente; las cosas accesorias se relacionan de una manera particular a las cosas principales de las que forman parte, lo que determina situaciones particulares y, muchas veces, excepcionales (por ejemplo, las maquinarias de una fábrica que en principio son bienes muebles, pero adquieren la condición ficticia de «inmuebles por destino» mientras están aplicadas a la producción dentro de la planta. Esto conducirá, entre otras consecuencias, a que dicha maquinaria pueda formar parte de los bienes materia de una hipoteca, institución aplicable solo a los inmuebles).

Muchas veces, la teoría se refiere solo a las relaciones que se crean entre personas, pero es evidente de lo mostrado hasta aquí que también hay relaciones entre personas y cosas y de las cosas entre sí, por lo que las incluimos en esta explicación para una mejor comprensión general del punto.

7. *Suspensión, modificación o derogación de normas existentes*, mediante los procedimientos *ad hoc* para ello, establecidos en diversas disposiciones constitucionales y legales. Esto es evidente desde que una norma jurídica creada mediante un determinado instrumento legislativo (Constitución, ley, decreto, resolución, etcétera), no puede ser alterada sino por otro instrumento de igual o superior jerarquía según los casos (estudiaremos este punto posteriormente y con detalle al tratar el tema de las fuentes del derecho).

³³ DU PASQUIER, Claude (1983). *Introducción al Derecho*. Lima, Ediciones y Distribuciones Justo Valenzuela V., Parte II, capítulo V, p. 71.

8. *Establecimiento de sanciones*, entendiendo por tales las consecuencias del incumplimiento de los mandatos jurídicos.

Alzamora Valdez se refiere a las clases de normas cuya consecuencia es de carácter sancionador:

En función de las sanciones, las normas pueden ser *perfectas*, *plus quam perfectae*, *minus quam perfectae* o *imperfectae*.

Las normas son perfectas cuando la consecuencia jurídica que deriva de su infracción es la nulidad del acto violatorio realizado. Las normas son *plus quam perfectae* cuando la sanción que señalan es de castigo e indemnización, o alguna de ellas, y privan de efectos al acto transgresor. Las *minus quam perfectae* no enervan los resultados del acto que las incumple pero señalan otro tipo de sanciones. Las normas imperfectas están desprovistas de ellas³⁴.

Es *perfecta* la norma del artículo 120 de la Constitución: «Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial».

Es *plus quam perfectae* la norma³⁵ contenida en el artículo 28 del Código Civil que dice: «Nadie puede usar nombre que no le corresponde. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene acción para hacerla cesar y obtener la indemnización que corresponda». Hay dos elementos en la consecuencia de este artículo: la persona perjudicada puede pedir que cese el perjuicio y, además, la indemnización que pueda corresponder.

La norma *minus quam perfectae* está ejemplificada por la necesidad de las cosas en el artículo 106 del Código Penal que establece pena privativa de la libertad para quien mata a otro. No puede aquí resarcirse las cosas a su estado anterior, pero hay una sanción al hecho punible.

La norma *imperfecta* sería, por ejemplo, el artículo 1943 del Código Civil que establece: «El juego y la apuesta no autorizados son aquellos que tienen carácter lucrativo, sin estar prohibidos por la ley, y no otorgan acción para reclamar por su resultado».

³⁴ ALZAMORA VALDEZ, Mario. Ob. cit., Parte IV; capítulo I, pp. 118119.

³⁵ Cabe aclarar, por coherencia expositiva, que la clasificación de Alzamora que transcribimos aquí no resulta totalmente compatible con nuestra definición previa de norma en la medida en que la clase *plus quam perfectae* implicaría la posibilidad de que la norma respectiva tuviera dos consecuencias y no solo una, lo que podría llevar a la existencia de dos normas complementarias, pero no necesariamente a una sola de ellas, como en este ejemplo. Ello tiene que ver con un manejo distinto del concepto de norma, pero no afecta ni la importancia, ni lo esencial que intentamos expresar.

Las cuatro clases señaladas por Alzamora resumen adecuadamente los tipos de sanciones posibles que podemos encontrar desde el punto de vista de su efecto frente al incumplimiento del derecho.

Desde el punto de vista de la naturaleza misma de las sanciones, añadimos otra clasificación que comprende: las sanciones civiles (cumplimiento forzoso de la obligación cuando es posible, y obligación de pagar daños y perjuicios a la víctima); las sanciones administrativas, impuestas por las autoridades del Estado, generalmente la administración pública (multas de tránsito, destitución de funcionarios, privación de servicios por no pago, etcétera), y las sanciones penales, que son la imposición de penas por los delitos y las faltas establecidas en la legislación penal. Cada una de ellas es cualitativamente distinta en su naturaleza y consecuencias, en relación a las otras. Eventualmente, pueden coincidir las tres o dos de ellas en un mismo hecho. Por ejemplo, a consecuencia de un accidente de tránsito en el que se produce una muerte, pueden desencadenarse como consecuencias concurrentes una papeleta de tránsito, una indemnización civil y una condena a pena privativa de la libertad.

En relación al tratamiento que hemos hecho sobre las consecuencias normativas sancionadoras, existe un problema teórico en el derecho, que consiste en determinar si la sanción es un elemento esencial constitutivo de la norma jurídica o si no lo es. Tratamos el asunto en un párrafo posterior dentro de este mismo capítulo, por ser materia distinta a la del desarrollo de las consecuencias como elementos integrantes de la norma jurídica.

2.3. El nexo

El tercer elemento de la norma jurídica es el nexo, al que podemos definir como el elemento vinculante entre supuesto y consecuencia, con un carácter de deber ser que lo ubica en el ámbito de la necesidad lógico-jurídica.

2.3.1. Naturaleza del nexo de la norma jurídica

Deber ser puede tener dos significados que hay que descartar:

- *Deber ser* porque es bueno que así ocurra, lo que introduce una connotación ética. En el tratamiento de la norma jurídica como mandato, sin embargo, no es este el criterio rector del deber-ser jurídico. Una norma puede ser éticamente adecuada, discutible o neutral pero genera un mandato vigente y que debe ser cumplido desde el punto de vista técnico-normativo.

Así, una norma que establece el derecho a la libertad es axiológicamente deseable; la que establece la pena de muerte por traición a la patria en caso de guerra y de terrorismo (Constitución, artículo 140) fue y es discutida y discutible desde el punto de vista ético; y, la que establece que para votar en una mesa de sufragio hay que presentarse con la libreta electoral, no pone ni quita desde esta perspectiva sino, en todo caso, desde otras, como la administrativa, la de orden público, etcétera. Sin embargo, desde el punto de vista de la aplicación del derecho, las tres normas son igualmente exigibles y deben ser cumplidas.

Naturalmente, un problema muy distinto es discurrir en torno a si hay que cumplir la norma éticamente abyecta. Tendremos oportunidad de trabajar sobre ello en partes posteriores de este libro, en las cuales desarrollaremos lo que a nuestro juicio es la necesidad efectiva de que los valores tengan este reclamado lugar en el sistema jurídico pero, desde el punto de vista del análisis de la norma jurídica como mandato, es preciso hacer de lado este criterio y tomar el nexo como algo distinto de un deber-ser de naturaleza ética.

- La otra connotación de deber ser es de carácter inexorable y proviene de ciertas ciencias, especialmente las naturales y matemáticas. Según ellas, dado cierto contexto predeterminado, la norma científica formula una proposición a la que no caben excepciones, incertidumbres o incumplimientos, pues la consecuencia deviene necesariamente y no contingentemente.

Así, la ley de la gravedad establece que la manzana dejada libre en el aire debe caer, siempre y cuando haya un campo gravitatorio a su alrededor. La ley está hecha para esta situación, no para el espacio libre de tal fuerza y, en consecuencia, si se cumplen las condiciones la manzana cae de todas maneras.

En un sistema decimal, sesenta más sesenta son ciento veinte (y en uno sexagesimal como el de la medición del tiempo, sesenta más sesenta minutos son dos horas). Dados los parámetros, la regla en uno u otro caso es inexorable; no puede haber consecuencia distinta.

Sin embargo, en el derecho, la consecuencia carece de esta necesidad: puede ocurrir que el deudor pague o no; que el homicida cumpla su condena o se escape, y así sucesivamente.

Lo que ocurre es que al ser posible en el derecho la tercera relación que oportunamente establecimos ($C \Rightarrow vC$) la contingencia de este nexo elimina su inexorabilidad en la aplicación global. Tampoco, por ende, es aplicable al nexo de la norma jurídica la connotación que venimos trabajando.

Así, descartados estos dos sentidos de la expresión *deber ser*, podemos explicar en qué consiste el carácter de necesidad lógico-jurídica del nexo dentro de la norma jurídica.

El nexo es necesario porque el derecho entiende que la consecuencia debe ocurrir a partir de la verificación del supuesto en la realidad. Es más, para garantizarlo, el derecho cuenta con el apoyo de la fuerza del Estado, de la manera en que oportunamente vimos.

Pero además, así dicho, el deber ser es jurídico, por ser vinculante particularmente en el derecho, y lógico por constituir el vinculante implicativo dentro de la estructura de la norma jurídica. Ambos elementos, sin embargo, están en un plano distinto al de la realidad, un plano abstracto, porque ni aun los dos sumados pueden volver necesaria la relación contingente que hemos graficado como $C \Rightarrow vC$.

En definitiva, el nexo de la norma es necesario lógico-jurídicamente porque es consustancial al derecho que dado el supuesto se dé la consecuencia, al margen de problemas valorativos, pero no necesariamente ocurre así ni depende exclusivamente de la formulación de la norma jurídica que suceda.

2.3.2. *Identidad fenoménica del nexo*

Entendemos por identidad fenoménica del nexo el hecho de que, variando la expresión y apariencia de las normas jurídicas y sus efectos normativos consiguientes, el nexo es siempre igual. En buena cuenta, esto tiene que ver con aspectos formales y de lenguaje.

El nexo es una abstracción lógica que tiene un claro lugar entre el supuesto y la consecuencia si esquematizamos la norma jurídica, pero no figura en la redacción misma del texto normativo. Suele ocurrir, dentro de este aspecto del tratamiento jurídico, que quien estudia la norma trate de identificar cuál es la palabra que contiene el nexo. Generalmente, el nexo es identificado con el verbo central de la oración gramatical que contiene la norma. Esto es un error porque lo que caracteriza al nexo es ser un vínculo lógico jurídico de los otros dos elementos de la norma (supuesto y consecuencia) y no es nada más que eso.

Este equívoco lleva hacia otro mayor aún que consiste en tratar de establecer diferencias en el nexo normativo según se use, en la redacción, el verbo «tener», «poder», «deber», «hacer», «evitar», etcétera. Cada uno de ellos tiene denotaciones y connotaciones distintas, pero en nada varían la naturaleza que hemos atribuido a este tercer elemento de la norma en el párrafo anterior.

Lo que más bien ocurre en estos casos, es que la consecuencia jurídica es distinta en uno y otro porque, a partir de la verificación del supuesto, deviene lógico-jurídicamente

una consecuencia que, en términos generales, puede establecer cuatro circunstancias: mandar, prohibir, permitir y castigar³⁶.

Ejemplo de norma que manda es el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, que dice: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior». Aquí es clara la necesidad lógico-jurídica que se impone al juez de elegir la aplicación de la norma constitucional en el supuesto de coexistir ella con una norma legal ordinaria que le es incompatible.

Ejemplo de norma que prohíbe puede encontrarse en el artículo 2 inciso 24, literal b) de la Constitución, que en su parte final dice: «Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas». Las prohibiciones son expresas y terminantes.

Ejemplo de norma que permite, es el artículo 2 inciso 19 de la Constitución que, en su segundo párrafo dice: «Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete [...]». En este caso, el nexó pareciera adolecer de cierta debilidad, en la medida en que la consecuencia se desencadena solo si el interesado desea poner en funcionamiento la norma y, si no lo desea, entonces nada ocurre. Sin embargo, bien visto el asunto, lo que pasa es algo distinto: el supuesto de la norma consiste en que el interesado desee y pida usar su propio idioma mediante intérprete. Recién en este caso se verifica el supuesto de la norma pero, a partir de allí, el nexó es también necesario y entonces deberá poder utilizar tal idioma. En esencia, entonces, el nexó sigue siendo necesario lógico-jurídicamente y lo característico de la norma permisiva es que la verificación de su supuesto depende de la voluntad del titular del permiso³⁷.

Ejemplo de norma que castiga, vuelve a ser el artículo 106 del Código Penal ya mencionado. También en este caso el nexó funciona como hemos venido viendo pues,

³⁶ Esta clasificación se debe al gran jurista romano Modestino, uno de cuyos textos transcritos en el Digesto de Justiniano dice: «El fin de la ley es mandar, prohibir, permitir, castigar» (Digesto; I, III, 7).

³⁷ Alzamora Valdez dice lo siguiente a propósito de las normas permisivas: «La norma permisiva, no tiene razón de ser porque el permiso no requiere ser expresamente declarado por el Derecho, puesto que es lícito todo lo que no está prohibido» (ob. cit., parte IV, capítulo I, p. 119). No compartimos esta opinión precisamente por lo que venimos diciendo: en un caso como el del artículo 2 inciso 19, la autorización de usar el propio idioma constituye un típico permiso o esfera de libertad para la actividad de un sujeto (loc. cit.), pero el ejercicio de dicho permiso automáticamente engendra una consecuencia que es la del uso del idioma propio. Si no existiera el segundo párrafo del inciso 19 del artículo 2 de la Constitución, no habría la posibilidad de pedir tal uso. El propio Alzamora lo reconoce un par de párrafos después del citado aquí.

ante un homicidio intencional deviene necesariamente, desde el punto de vista lógico-jurídico, la consecuencia de imponer la pena privativa de la libertad consiguiente.

De este somero análisis, que el lector puede aplicar a su vez a distintas normas, podemos concluir que el nexo normativo es efectivamente necesario desde el punto de vista lógico-jurídico, y que a este carácter no lo afectan las particularidades accidentales de expresión del texto normativo. Por tanto, en esencia, el nexo es igual en cualquier norma jurídica que lo tenga (cosa que no siempre ocurre pues, como hemos ya visto, en las normas declarativas no hay supuesto y, en consecuencia, nada que vincular, por lo que tampoco habrá nexo).

Otras clases de normas

Una primera toma como variable el contenido del texto normativo y las divide en normas de organización y normas de conducta. Las normas de organización son aquellas que determinan la creación, composición y atribuciones de los organismos (fundamentalmente del Estado pero también otros varios de naturaleza privada, como las empresas mercantiles, las asociaciones, etcétera), y que sirven para que dichos organismos se constituyan y ejerzan sus competencias de acuerdo a derecho. Ejemplo es el conjuento de disposiciones sobre la Presidencia de la República establecidas entre los artículos 110 y 118 de la Constitución que ya hemos mencionado. Las normas de conducta son aquellas que establecen la forma como se debe regir la conducta de cada uno y que son la inmensa mayoría de las normas jurídicas existentes, al punto que es innecesario poner ejemplos.

Desde el punto de vista de su vocación normativa, las normas pueden clasificarse en imperativas y supletorias. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria. También es innecesario aportar ejemplos en este caso, pues la definición es clara y pueden encontrarse varios entre los ya propuestos. La norma supletoria es aquella que solo se aplica cuando no hay otra que regule el asunto; o la que se aplica a las relaciones privadas cuando las partes no han hecho declaración de voluntad expresa sobre el asunto. Ejemplo es el artículo 1364 del Código Civil que dice: «Los gastos y tributos que origine la celebración de un contrato se dividen por igual entre las partes, salvo disposición legal o pacto distinto».

Es de notar que lo que caracteriza a estas normas es su vocación de no regir, salvo que no haya otra norma aplicable. En efecto, el supuesto solo se verifica ante el silencio de la ley o de los interesados pero, ocurrido esto, el nexo vuelve a operar con necesidad lógico-jurídica deviniendo la consecuencia establecida. Por ello, la variable que distingue entre las normas imperativas y supletorias no es su obligatoriedad o no

obligatoriedad, ni siquiera la fuerza obligatoria³⁸ sino, como hemos dicho, su vocación normativa: la norma quiere disponer sin admitir voluntad contraria, o solo quiere suplir la ausencia de otra norma.

Un tipo especial es lo que Du Pasquier llama *standard*³⁹ y que es una norma cuyo contenido es por naturaleza flexible, adaptable a diversas circunstancias y cuya determinación queda a criterio de la autoridad competente para dictar las normas de que se trate, o para resolver los asuntos vinculados. El Tribunal Constitucional llama a este tipo de norma *concepto jurídico indeterminado* y dice de él:

El concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión [...].

10. La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados.

Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social.

Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto.

En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada⁴⁰.

Caso típico de *standard* es el artículo 70 de la Constitución:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. *Se ejerce en armonía con el bien común* y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa *de seguridad nacional o necesidad pública*, declarada por ley, y previo pago en efectivo de *indemnización justipreciada* que incluya compensación por el *eventual perjuicio* [...] [las cursivas son nuestras].

³⁸ Es la expresión que utiliza Du Pasquier, pero debemos aclarar que podría ser atribuible a la traducción (DU PASQUIER, Claude. Ob. cit., Parte II, capítulo V, p. 64).

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 5 de julio de 2004 en el Exp_0090_2004_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por don Juan Carlos Callegari Herazo contra el Ministerio de Defensa.

La parte en cursivas contiene cuatro *standares* clásicos en el derecho, pues apreciar el significado de su contenido es algo básicamente ligado a la conceptualización ideológica y política del gobernante. Analizando normas de expropiaciones concretas en distintos gobiernos, será frecuente encontrar criterios dispares y aun encontrados sobre el significado de estos términos.

Los estándares pueden adquirir también características técnicas distintas a las del ejemplo anterior. Tal es el caso del artículo 27 del Nuevo Código Procesal Constitucional, que en su penúltimo párrafo establece:

Para el cumplimiento de las sentencias, el juez puede optar, de oficio o a pedido de parte, por otras medidas de ejecución como son la remoción, destrucción de cosas, objetos o edificaciones, paralización de obras, entre otras técnicas de ejecución que el juez considere necesarias, así como también cualquier otra decisión o medida que sea proporcional y razonable para la preservación, restitución y protección de los derechos constitucionales objeto del proceso.

En la primera parte del párrafo se mencionan varias medidas de ejecución de la sentencia dictada y, luego, se dice: «entre otras técnicas de ejecución que el juez considere necesarias». Posteriormente establece que el juez puede adoptar «cualquier otra decisión o medida que sea proporcional y razonable». Las técnicas de ejecución «necesarias» y las decisiones que sean «proporcionales y razonables» son criterios que dependerán de la conciencia del juez y, muchas veces, diversos jueces adoptarán distintas decisiones sobre la base del mismo texto normativo del artículo 27 citado.

Los *standares* no son propiamente normas, sino contenidos de las normas, pero su particularidad es que son determinantes para la significación del texto normativo en su conjunto, y que tienen esta característica de flexibilidad (y por lo tanto de imprecisión), que en general no se admite fácilmente en el derecho.

Hemos dicho que la naturaleza lógica de la norma jurídica es la de ser una proposición implicativa. Tomando como variable la naturaleza de esta implicación, podemos clasificar a la norma jurídica en tres tipos: implicación extensiva, implicación intensiva e implicación recíproca.

La *implicación extensiva* supone los términos esquemáticos siguientes:

Siempre que S, entonces C.

El ejemplo correspondiente es: «Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República» (Constitución, artículo 52). En efecto, de acuerdo al texto normativo, podríamos decir que siempre que se cumpla el supuesto de la norma (nacer en el territorio de la República), se es peruano de nacimiento.

La *implicación intensiva* supone los términos esquemáticos siguientes:

Solo si S, entonces C.

El ejemplo podría ser el artículo 134 de la Constitución que dice: «El Presidente de la República está facultado para disolver el Congreso si este ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros». Sobre la base del texto, podemos decir que «solo cuando el Congreso haya negado su confianza a dos Consejos de Ministros», procederá la facultad presidencial para disolverlo.

La *implicación recíproca* supone los términos esquemáticos siguientes:

Siempre y solo si S, entonces C.

El ejemplo correspondiente es el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución que establece: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes *penales* [...]».

De acuerdo a este texto normativo, podremos decir que se ha consagrado que «siempre y solo cuando haya duda o conflicto en el tiempo de leyes penales» es garantía de la administración de justicia la aplicación de la pena más favorable al procesado.

Puede notarse que en el ejemplo de implicación extensiva, corresponde decir «siempre» pero no «solo», ya que también son peruanos de nacimiento según el propio artículo 52 «[...] los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente conforme a ley».

También cabe notar que en el ejemplo de implicación intensiva corresponde decir «solo» pero no «siempre», pues el Presidente puede disolver al Congreso solo en el caso de censura a dos Consejos de Ministros, pero no debe hacerlo siempre, es decir, que puede ocurrir que censurados tres o cuatro, o cinco Consejos de Ministros, el Presidente decida no disolver el Congreso.

En el ejemplo de implicación recíproca es correcto decir «siempre» porque constituye una garantía de administración de justicia que los tribunales no pueden obviar por mandato expreso de la Constitución, y «solo» porque en esos casos los tribunales tienen que reprimir al procesado exactamente con la norma que le corresponde y, cuando aparece un concurso de leyes penales, con la que establece mayor pena (Código Penal, artículos 48 y 50, según el tipo de concurso de leyes penales de que se trate).

Esta clasificación proviene de la lógica y es muy útil para desarrollar ciertos temas posteriores, en especial el argumento *a contrario* en la parte referente a la integración jurídica. Retomaremos todo esto en su oportunidad.

Finalmente, por su origen, las normas pueden ser clasificadas en *legislativas*, *jurisprudenciales*, *consuetudinarias* (provenientes de costumbres), *doctrinales* y *voluntarias* (provenientes del contrato o la declaración unilateral de voluntad). Nos abstenemos de desarrollar aquí este punto, pues lo veremos extensamente en la próxima parte al tratar el tema de las fuentes del derecho.

Existe una considerable discusión en el derecho sobre si es o no requisito indispensable para la existencia de una norma jurídica el que se prevea una sanción efectiva que, de una u otra forma, haga forzoso su cumplimiento o, al menos, sancione a quien la incumple.

Si la sanción fuera indispensable, la esquematización de una norma jurídica completa debiera ser la siguiente:

$$S \rightarrow C; \text{no } C \rightarrow P$$

En este esquema «S» es supuesto; «C» consecuencia; «no C» incumplimiento de la consecuencia y «P» sanción. Demás está notar que la primera parte constituiría lo que nosotros hemos llamado norma jurídica a lo largo de todo este capítulo.

Kelsen⁴¹ es el principal propugnador contemporáneo de esta posición y en ello no hace sino rendir consecuente tributo a su posición positivista, lo que desde luego resalta la coherencia de su modelo teórico-jurídico. Para él, la norma jurídica cuenta con dos elementos: la norma secundaria, que es la que prescribe la conducta correcta ($S \rightarrow C$) y la norma primaria que es la que establece la sanción ($\text{no } C \rightarrow P$). Como resulta obvio, en esta definición kelseniana la norma jurídica raramente estaría contenida en un solo artículo legislativo y, más bien, por regla general se hallaría completa solo encadenando dos o más artículos. El ejemplo sería: la norma secundaria sobre el derecho a la vida estaría contenida en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución: «Toda persona tiene derecho [...] a la vida»; en tanto que la norma primaria estaría entre otros casos, en nuestro artículo 106 del Código Penal que sanciona al homicidio.

Esta posición se funda en la indispensabilidad del respaldo efectivo y positivo de la fuerza del Estado en favor del cumplimiento de la norma jurídica.

En buena cuenta el tema es asunto de premisas y consiste en ponerse de acuerdo sobre una definición de norma. Nosotros no compartimos la posición de Kelsen, básicamente, porque la fuerza del Estado puede avalar el cumplimiento de la norma jurídica de diversas maneras, no solo estableciendo sanciones: el caso de las obligaciones naturales que vimos en una parte anterior de este capítulo nos parece suficientemente

⁴¹ KELSEN, Hans (1965). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, EUDEBA, capítulo III, pp. 76 y ss.

significativo como para abundar en argumentos. Esto, en ningún caso, quiere decir ni que las sanciones sean innecesarias, ni que sean indeseables. La experiencia jurídica aconseja su conveniencia y, en muchos casos, su indispensabilidad. Pero ello es asunto distinto y, por tanto, mantenemos nuestra posición de considerar que la norma jurídica es, en esencia, un supuesto enlazado lógico-jurídicamente a una consecuencia mediante el nexo.

Validez y cumplimiento de la norma jurídica

Hasta aquí hemos estudiado la norma jurídica en sí misma, como un elemento jurídico dado. Sin embargo, de entre muchos otros temas susceptibles de tratarse, creemos necesario desarrollar estos dos: ¿cuándo es válida una norma? y ¿cuál es el proceso de su cumplimiento?

En principio, la norma válida es solo aquella que sigue determinados cánones de forma y fondo. Los formales son los que prescribe la configuración de las fuentes del derecho dentro de cada sistema jurídico particular (en nuestro caso el peruano). Desarrollamos ampliamente estos aspectos en el capítulo siguiente. Desde el punto de vista de fondo, la norma es válida cuando no resulta incompatible con otras de rango superior. En este sentido, es claro el mandato establecido en los artículos 51 y 138 segundo párrafo de la Constitución:

Artículo 51. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 138. [...] En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

Podemos, a partir de aquí, establecer una diferencia entre norma vigente y norma válida. Norma vigente, como ya hemos dicho, es aquella que ha sido producida de acuerdo a derecho, que ha cumplido con todos los requisitos de trámite necesarios y que por lo tanto, en principio, debe regir y ser obedecida. Norma válida es aquella que en adición a estar vigente, cumple con los requisitos de no incompatibilidad con otras de rango superior tanto en forma como en fondo. En consecuencia, toda norma válida es por definición vigente; pero no necesariamente toda norma vigente es válida y, por tanto, puede ocurrir que no deba ser aplicada en obediencia al mandato de los artículos 51 y 138 de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha dicho al respecto:

Para que una norma jurídica se encuentre vigente, solo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en

el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso [formal y material] de su producción jurídica⁴².

De otro lado, cabe aclarar que una norma es vigente mientras no sea suspendida, modificada o derogada por otra de rango equivalente o superior, o por sentencia de acuerdo a los procedimientos establecidos (ver la acción de inconstitucionalidad de las leyes y la acción popular en el artículo 200 incisos 4 y 5 de la Constitución). No son pocos los casos en los que las conductas sociales ocurren sistemáticamente en inobservancia de las normas jurídicas que les serían aplicables o, incluso, contrariando abiertamente sus mandatos. La existencia secular del crimen es un claro ejemplo, pero existen además las costumbres que hacen de la violación normativa algo usual y son las llamadas costumbres contra la ley. Sin embargo estos fenómenos, por más generalizados que puedan ser, no invalidan la norma. Simplemente, allí ocurre que el respaldo estatal no se aplica y que, por lo tanto, sociológicamente la norma es inobservada, debiendo ocurrir lo contrario. Naturalmente, esta es una respuesta formalista, dada desde el ámbito técnico del derecho, pero válida en el nivel del estudio en el que nos encontramos ahora. Posteriormente, al tratar la costumbre como fuente del derecho, abordaremos el tema más integralmente en referencia a la costumbre contra la ley.

También existe el problema, ya avistado en este capítulo, de la ley válida pero contraria a la ética. Desde el punto de vista técnico, este tipo de normas no pierde validez alguna en tal situación pero, desde el más amplio de la naturaleza del derecho, e inclusive de otros que abarcan la interpretación e integración jurídica, el asunto admite discusión que, muchas veces, es decisiva. Nos ocuparemos de ello en las partes de este libro referentes a dichos temas.

Por último, nos queda referirnos brevemente al cumplimiento de las normas jurídicas. En relación a ello, lo evidente es que la vocación del derecho es ser cumplido por convicción. En tal sentido, cada obligado por una norma jurídica debe, en principio, acatarla voluntariamente. Desde luego vuelve a presentarse en esta parte la consideración ética de la norma, lo que indiscutiblemente influye en esta problemática. Reservando el tema para partes posteriores es evidente que un amplio volumen de las normas es cumplido voluntariamente (los juicios y el ejercicio de la coacción por el Estado afectan solo a una pequeña parte de los millones de conductas que diariamente se realizan en la sociedad en cumplimiento del derecho).

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 10 de diciembre del 2003 en el Exp_0014_2003_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos contra el denominado «documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993» (sic).

Cuando el cumplimiento voluntario no ocurre, debe entrar en funcionamiento el respaldo de la fuerza del Estado mediante procedimientos administrativos y judiciales preestablecidos dentro del sistema jurídico.

La «justicia por mano propia» fue característica del derecho por largo tiempo, pero hoy ha sido superada en favor de otra según la cual el Estado tiene el monopolio del ejercicio de la coacción. Solo contadas excepciones como la defensa propia, el estado de necesidad o la no exigibilidad de otra conducta (artículo 20 del Código Penal, incisos 3 al 5); la no incursión en mora por las obligaciones propias, en el caso del artículo 1335 del Código Civil, y algunas otras similares son autorizadas por el derecho contemporáneo en vista de las particulares circunstancias que constituyen los supuestos de las respectivas normas.

En definitiva, salvo excepciones expresamente consideradas por el derecho, los principios generales son que las normas jurídicas se cumplen voluntariamente y que, en caso contrario, se debe recurrir al auxilio de la fuerza del aparato estatal de acuerdo a los procedimientos establecidos.

Qué dice y qué quiere decir la norma jurídica

Hemos llegado al final del desarrollo del tema de la norma jurídica desde la perspectiva metodológica que anunciamos al introducir esta parte. Queremos concluir tratando el tema de qué dice y qué quiere decir la norma, cosa aparentemente irrelevante pero que, como se verá luego, resulta de suma importancia.

La mayoría de las expresiones simbólicas, especialmente en el lenguaje, denotan y connotan a la vez. Tomamos por denotación la descripción expresa y directa de la norma jurídica y, por connotación, otros significados igualmente existentes y rescatables para el sistema jurídico pero que no son expresamente señalados y que provienen de una apreciación indirecta del contenido o sentido del texto.

Un ejemplo nos ayudará a comprender la diferencia. Si recurrimos nuevamente al artículo 1 del Código Civil veremos que dice: «La vida humana comienza con la concepción». Esta norma denota lo que dice el texto y connota, por ejemplo, que el aborto atenta contra la vida humana y que debe ser sancionado a pesar de que esta sanción no está contenida en el artículo bajo análisis, sino en el Código Penal.

Lo propio puede ocurrir en casos distintos. Por ejemplo, el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución dice:

Corresponde al Presidente de la República:

[...] 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional

y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia [...].

Podría asumirse (connotación) a partir de este texto que el Presidente tiene el poder de dictar decretos de urgencia por sí mismo. Sin embargo no es tan simple, pues de un lado, cada decreto de urgencia deberá ser aprobado por el Consejo de Ministros como requisito de validez (artículo 125 inciso 2 de la Constitución) y de otro, tendrá que llevar la firma del Presidente del Consejo de Ministros (artículo 123 inciso 3 de la propia Carta). Como puede apreciarse, esta situación es, para el caso, consecuencia del fenómeno de encadenamiento de normas ya comentado antes.

Podríamos multiplicar los ejemplos, pero estos dos casos, distintos entre sí, nos permiten arribar a una conclusión muy importante: la norma jurídica dice algo que debe ser tomado como tal en un primer nivel de análisis que es, justamente, el que hemos desarrollado en este capítulo como el nivel lógico-jurídico. Según él, casi toda norma tiene un supuesto y una consecuencia que son punto de partida elemental del trabajo en el derecho. En este nivel es preciso no confundir la denotación del texto con sus aparentes connotaciones porque, en ese caso, puede arribarse a grandes errores.

Es recién a partir del análisis supuesto-nexo-consecuencia, que puede procederse a elaboraciones más complicadas que incorporen el qué quiere decir la norma jurídica, pero ello corresponde a etapas superiores normalmente ligadas al uso de la *ratio legis*, tema que abordamos principalmente en el capítulo dedicado a la interpretación jurídica pero que también tiene que ver con todo lo referido a la integración jurídica, que a su vez trataremos en capítulo posterior.

En todo caso, como punto final, es preciso señalar que el primer paso del trabajo de aplicación de derecho (o de su estudio teórico) en relación a la norma jurídica, consiste en transcribir el texto normativo a la esquematización $S \rightarrow C$ y tomarlo expresamente en su qué dice, sin ningún añadido connotativo que, más bien, puede elaborarse luego a partir de este peldaño inicial.

Correspondería tratar en el siguiente capítulo el tema de los principios generales del derecho que, juntamente con las normas jurídicas, integran la estructura del sistema jurídico. Sin embargo, como hemos anunciado, por razones de exposición preferimos diferirlo al capítulo referente a la integración jurídica, en el que estaremos en condiciones de hacer su apreciación teórica y sistemática. Además, podremos analizar la forma específica en la que interviene en la aplicación del derecho.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALCHOURRON, Carlos y Eugenio BULYGIN (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*. Valencia, Oficina Latinoamericana de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Carabobo.

ALZAMORA Valdez, Mario (1980). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Lima, Tipografía Sesator.

DU PASQUIER, Claude (1983). *Introducción al derecho*. Lima, Justo Valenzuela V.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1955). *Lógica del juicio jurídico*. México, Fondo de Cultura Económica.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1967). *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa.

HABA, Enrique Pedro (1979). «Apuntes sobre el lenguaje jurídico: de la lengua común a la letra de las leyes». En *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José de Costa Rica, N° 37.

IRTI, Natalino (2003). *Introducción al estudio del derecho privado*. Lima, Grijley.

KELSEN, Hans (1965). *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*. Buenos Aires, Eudeba.

KLUG, Ulrico (1961). *Lógica jurídica*. Caracas, Universidad Central. Facultad de Derecho.

TERCERA PARTE
LAS FUENTES DEL DERECHO

Tres grupos de elementos teóricos son indispensables para estudiar las fuentes del derecho. El primero se refiere a las fuentes formales. El segundo está constituido por las peculiaridades que asumen las fuentes del derecho en las diferentes familias del derecho comparado, haciendo especial incidencia en los rasgos que asume nuestro sistema jurídico. El tercero es un conjunto de conocimientos introductorios sobre las funciones del Estado, la teoría de la separación de poderes y sus consecuencias dentro de las fuentes del derecho.

1. LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO

En su expresión más simplificada, fuente formal de derecho es aquel procedimiento a través del cual se producen, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del derecho y, por lo tanto, la característica de ser impuestas legítimamente a las personas mediante los instrumentos de coacción del Estado.

Dadas las peculiaridades de nuestra inestabilidad política, así como las irregularidades que el ejercicio del poder manifiesta entre nosotros, existe una extendida concepción según la cual la voluntad de un gobernante adquiere, por virtud de ser tal, obligatoriedad jurídica. Es así como muchas veces, y especialmente durante la existencia de gobiernos de facto, para las personas es irrelevante que tal o cual mandato sea conocido mediante un decreto ley, una resolución ministerial o el comunicado público que emiten la Presidencia de la República o algún ministerio.

Esta manera de confundir lo que son normas jurídicas con declaraciones de voluntad del gobernante tiene explicaciones sociológicas, políticas e históricas que nos relevamos de comentar. Lo evidente, sin embargo, es que, para muchos, basta que algo esté ordenado por un funcionario del Estado o un gobernante para que automáticamente adquiera obligatoriedad, es decir, pueda ser impuesto coactivamente por el Estado.

Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, esto es sustancialmente diferente y tiene que ver con la distinción que hacen varios autores (especialmente Bodenheimer

y Duverger) entre poder y derecho, o entre sus equivalentes de poderío material y uso legítimo del poder.

Dentro de la sociedad, un gobernante puede imponer conductas a las otras personas que componen el pueblo, bien porque tiene la fuerza para hacerlo, bien porque utiliza los canales jurídicos establecidos y crea, así, normas de derecho que regulen las conductas. Puede darse el caso, y es más frecuente que lo deseable, en los que el gobernante entremezcle ambas situaciones y use indistintamente la fuerza por la fuerza misma, o la fuerza canalizada jurídicamente a través de la utilización legal de la coacción del Estado⁴³.

Cuando el gobernante ejerce la coacción simplemente porque tiene la fuerza para hacerlo, estamos frente al uso elemental del poder, es decir, del simple poderío material. En el segundo caso, cuando la ejerce respaldado por normas legales estamos frente a un ejercicio de poder tutelado jurídicamente y limitado por las normas jurídicas preexistentes, que se orientan a crear condiciones mínimas de ejercicio regular del inmenso poder que da el Estado a quien detenta el gobierno⁴⁴.

⁴³ Debemos dejar sentado que cuando hablamos de «utilización legal de la coacción del Estado», lo hacemos en términos técnico-jurídicos y no políticos o valorativos. Un gobernante hace esta utilización legal cuando ejerce la coacción respaldado por normas jurídicas válidas dentro de nuestro sistema de Derecho y hace utilización ilegal cuando excede las atribuciones de coacción o represión a que tiene acceso en virtud de las normas jurídicas. No obstante, esta distinción encierra otra de naturaleza distinta y que puede resumirse diciendo que las normas jurídicas no son siempre justas, adecuadas o beneficiosas para el pueblo. Es así que, si un gobernante ejerce la coacción respaldado por las normas jurídicas, pero el resultado de esta acción es perjudicial al pueblo, está utilizando legalmente dicha coacción desde un punto de vista técnico, pero desde luego esta acción será reprochable valorativamente. A la inversa, un gobernante que toma una acción beneficiosa para el pueblo, pero que excede el marco de sus atribuciones jurídicas, estará haciendo «uso ilegal» de la coacción del Estado, a pesar de que valorativamente su conducta sea positiva. Con esto queremos decir que el sentido que damos a la palabra legalidad no es valorativo sino técnico. En otras palabras, que lo legal y lo justo pueden no coincidir y de hecho, en muchos aspectos, contienen concepciones políticas, económicas, sociales, etcétera, que pertenecen al grupo político que controla al poder del Estado y que, a partir de allí, se imponen al resto del pueblo. Es así que resulten respaldando intereses que, finalmente, no sean los intereses comunes sino los de minorías. No obstante, desde el punto de vista técnico, serán siempre normas «legítimas» jurídicamente, es decir, serán legales.

⁴⁴ Para cualquiera es obvio que estas afirmaciones deben ser necesariamente matizadas porque puede suceder, por ejemplo, que las normas jurídicas autoricen a un gobernante a ejercer su voluntad ilimitadamente, en cuyo caso estaríamos frente a un gobernante que, jurídica y legalmente, carece de más limitación que su poderío material para imponer la coacción. De esto puede leerse en la buena teoría sobre el Estado de diversas épocas. Bossuet, por ejemplo, sostenía que frente a la violencia del gobernante, el pueblo debía resignarse y elevar oraciones por su conversión pero, con ser un clásico de la literatura política, fue uno de los máximos tratadistas del absolutismo. En épocas más recientes, el totalitarismo defendió posiciones parecidas. Sin embargo, en los últimos dos siglos se ha desarrollado la concepción del Estado de Derecho, es decir, una idea de Estado en la cual los gobernantes y el pueblo tienen normas mínimas de ejercicio del poder, que limitan la arbitrariedad y el uso indiscriminado de la coacción. Normalmente, estas normas están en la Constitución y se ocupan de establecer tanto los derechos del

Para que ocurra esto último resulta de primera importancia definir la forma como han de producirse las normas jurídicas en un Estado. Si estas normas pudiesen ser expresadas de cualquier manera, entonces nos sería imposible distinguir entre la simple expresión de voluntad del gobernante y el mandato jurídico.

Hechas estas distinciones, podemos ahora entender que no toda expresión de voluntad de quienes gobiernan se convierte en mandato jurídicamente obligatorio. Esto solo ocurre con aquellas iniciativas que siguen un procedimiento especial que llamamos fuente formal del derecho.

Las fuentes del derecho son cinco: legislación, jurisprudencia, costumbre, doctrina y declaración de voluntad. Las tratamos en sendos capítulos a continuación de esta introducción general.

2. LA LEGISLACIÓN Y LOS SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS

Modernamente, la legislación ha sido reconocida como la fuente formal más importante del derecho. Ello se debe a que el Estado, tal como lo conocemos ahora, ha desarrollado su hegemonía y ha perfilado claramente sus rasgos jurídicos. Gracias a la teoría de separación de poderes y al desarrollo del concepto de «Estado de derecho» los órganos del Estado, principalmente el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, son los que tienen la atribución de crear legislación tal como la hemos definido en las páginas precedentes.

Sin embargo, no siempre fue la legislación la fuente principal del derecho y, cuantitativamente hablando, tampoco es hoy la fuente principal en todos los sistemas jurídicos que reconoce el derecho comparado.

Resumiendo, podemos distinguir tres grandes familias en lo que se conoce como el derecho comparado: la familia del derecho anglosajón; el conjunto de derechos fundados en creencias religiosas, entre los que resalta el derecho islámico, y la familia de derecho llamada romano-germánica.

La familia anglosajona, que comparten el Reino Unido, prácticamente todos los Estados Unidos de América y los Estados de la Comunidad Británica, entre otros, da

pueblo frente al Estado como las atribuciones y limitaciones de los órganos del Estado para el ejercicio de sus funciones. En este sentido es que, dentro de este trabajo, tomamos la idea de «utilización legal» de la coacción. Dos cosas son sin embargo evidentes: la primera que esta aclaración no desvirtúa la diferencia que pueda existir entre «legalidad» y «justicia» planteada en nota anterior y, la segunda, que un gobierno absolutista o totalitario, no encaja en el esquema que planteamos. Es cierto que ambas distinciones están sujetas a especificaciones y matices en cada caso concreto que presenta la realidad, pero en este trabajo estamos desarrollando conceptos generales y no analizando ocurrencias históricas específicas.

una importancia, inusual en nuestro sistema jurídico, a la jurisprudencia como fuente del derecho, al punto que muchos importantes campos de la vida social están regidos por normas que provienen de dicha fuente formal.

La familia de los derechos fundamentados en creencias religiosas da fuerza jurídica a los textos que tienen carácter de palabra divina revelada. El Corán y sobre todo las tradiciones de su interpretación, gozan de tal calidad en muchos Estados árabes.

La familia romano-germánica, a diferencia de las anteriores, estructura su derecho en base a normas jurídicas de carácter general, aprobadas mediante la fuente formal llamada legislación. Por diversas razones de tipo histórico, nuestro sistema jurídico actual pertenece a esa familia y de allí que concepuemos vulgarmente nuestro derecho como basado en «las leyes». Por pertenecer a esta tradición, nuestro sistema tiene tres características que es preciso resaltar: la primera consiste en que la legislación es la fuente formal más importante tanto en número de normas jurídicas existentes como en la superior jerarquía que ellas ocupan frente a otras fuentes del derecho en todos los campos de la normatividad jurídica. La segunda consiste en que las otras fuentes del derecho tienen cierta importancia, pero están subordinadas a la legislación, marcándose así una clara distinción frente a las otras familias del derecho, incluida la anglosajona, que nos es especialmente cercana por razones culturales. La tercera, que estando la legislación compuesta por normas generales y abstractas, la doctrina adquiere mucha importancia esclareciendo, precisando y concretando contenidos normativos.

3. LOS PODERES Y LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Nuestra formación cultural y educativa, en lo referente al Estado, hace especial énfasis en lo que se llama la «teoría de división de los poderes» por multitud de factores que no es del caso tratar aquí. Rasgo esencial de esta formación es desfigurar la conceptualización de este campo de la problemática estatal, debido a una excesiva simplificación de los conceptos. Esta deficiencia tiene serias consecuencias directas en la posibilidad de comprender cabalmente lo que constituye la legislación como fuente de derecho en la medida en que, mecánicamente, se tiende a asimilarla como función exclusiva y única del Poder Legislativo (Congreso en nuestro caso).

Naturalmente, el desarrollo de la teoría sobre los poderes y las funciones del Estado es un asunto complejo y arduo, que pertenece a la teoría del Estado y al derecho constitucional y no es nuestro objetivo dar una visión completa de ella⁴⁵. Más bien,

⁴⁵ Hemos dado una versión más completa del tema en la primera parte de este libro. A ella nos remitimos y aquí solo haremos breves consideraciones en lo que interesa a la legislación.

nos interesa hacer algunas distinciones que luego redunden en beneficio de un mejor entendimiento de cómo funciona la legislación en el Perú y por qué asume sus diversas características.

Según se ha dicho, en la teoría predominante sobre el Estado en nuestros tiempos, los poderes u órganos del Estado son tres: legislativo, ejecutivo y judicial. Paralelamente, existen tres funciones o potestades que ellos llevan a cabo: la legislativa (aprobar la legislación); ejecutiva (dirigir la marcha política y administrativa del país) y jurisdiccional (resolver conflictos a nombre del Estado. Simplificadamente, podemos decir que consiste en procesar y resolver los juicios).

Vulgarmente se entiende que a cada órgano o poder del Estado corresponde la función o potestad homónima, produciéndose el siguiente cuadro esquemático:

ÓRGANO	FUNCIÓN	ATRIBUCIONES
legislativo	legislativa	aprueba la legislación
ejecutivo	ejecutiva	dirige política y administrativamente el país
judicial	jurisdiccional	administra justicia a nombre del Estado

Técnicamente hablando, los diversos órganos del Estado cumplen a la vez dos o más de las funciones estatales. Trataremos de reordenar las ideas.

- El órgano legislativo, por ejemplo, tiene como función principal la legislativa pero, en adición, tiene otras administrativas (todo lo relativo a su personal interno, por ejemplo), y desde luego funciones de control político frente a los gobernantes. El órgano legislativo tiene funciones administrativas, el ejecutivo y el judicial tienen funciones normativas generales.
- El órgano ejecutivo, en adición a la función ejecutiva, tiene también funciones normativas generales (según el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución de 1993, reglamenta las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y con los mismos límites dicta decretos y resoluciones).
- Igual ocurre con el órgano judicial que, en adición a las funciones jurisdiccionales que realiza, tiene otras de carácter administrativo (manejo de sus propios empleados públicos), o de carácter normativo general (pues dicta diversos reglamentos propios de su función).

En adición a todo ello, y siempre teniendo en cuenta las fuentes de la normatividad del Estado, es preciso saber que existe el poder constituyente, que no es ejercitado sino por el pueblo, directamente o a través de representantes especialmente elegidos para

tal efecto. Llamamos *poder constituyente* al inalienable poder que tiene el pueblo de modelar su Estado, su propia sociedad política, en un acto de fundación que no tiene más límite que su propia voluntad, ejercida directamente (por ejemplo a través de un referéndum como al aprobar la Constitución de 1993), o indirectamente a través de representantes (por ejemplo, a través de la Asamblea Constituyente de 1978)⁴⁶.

El poder constituyente es el poder fundamental dentro del Estado, en cuanto instituye las normas creadoras de todo el sistema jurídico y modeladoras del propio Estado. Estas normas están en la Constitución (que corresponde dar al poder constituyente de manera exclusiva) y estatuyen, entre otros elementos, los derechos de los ciudadanos y las atribuciones y límites del ejercicio de funciones por cada uno de los órganos del Estado.

La teoría del poder constituyente ha llevado a una conocida (y discutida) distinción entre «poder constituyente» y «poderes constituidos». La distinción ha sido seriamente cuestionada en la teoría constitucional por diversas razones que no corresponde analizar en este trabajo, pero es interesante a nuestros efectos porque permite ver la diferencia entre un poder libre de parámetros y las «funciones del Estado», que sí están sometidas a limitaciones constitucionales. El antecedente mejor elaborado que conocemos está en Sieyes, que dice al respecto:

Si queremos una idea justa de la serie de las leyes positivas [...] vemos en primer término las leyes *constitucionales*, que se dividen en dos partes: las unas regulan la organización y las funciones del cuerpo *legislativo*; las otras determinan la organización y las funciones de los diferentes cuerpos *activos*. Estas leyes son llamadas *fundamentales* no en el sentido de que pueden hacerse independientes de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. En cada parte la Constitución no es obra del poder constituido, sino de poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las

⁴⁶ La *representación* de la voluntad del pueblo es uno de los temas más complejos de la democracia que existe en nuestros días. Originariamente, autores como Juan Jacobo Rousseau concibieron que la *voluntad general* no podía ser transferida a representantes, sino que tenía que ser ejercitada directamente por los ciudadanos. Sin embargo, la Revolución Francesa se vio en la necesidad de establecer formas de participación restringida del pueblo en el poder, y así se desarrolló en la Asamblea Constituyente de 1789 el principio de la representación nacional, es decir, el principio de que los representantes elegidos ejercen la voluntad nacional del pueblo en nombre de él. Sieyes, autor de ¿Qué es el Tercer Estado?, fue el genio político que dio forma operativa más clara a este concepto. Con el tiempo, sin embargo, la *democracia representativa* ha recibido numerosas críticas por su tendencia al elitismo, a la cooptación y a la postergación de las aspiraciones populares. Maurice Duverger (1970) sostiene que es una forma de democracia menos cabal que otras. Hasta qué punto en una democracia representativa el poder constituyente es propiamente del pueblo o de elites políticas, es asunto sumamente discutible que debe ser analizado. Sobre poder constituyente puede verse BERNALES, E. y M. RUBIO (1988), *Constitución: fuentes e interpretación*. Lima, Mesa Redonda, Parte I, capítulo I.

condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales. Las primeras, aquellas que establecen la legislatura, están fundadas por la voluntad nacional antes de toda constitución; forman su primer grado. Las segundas deben ser establecidas por una voluntad representativa *especial*.

El poder constituyente puede ser ejercitado de diversas formas. En la elaboración de nuestras últimas Constituciones, se eligió al Congreso Constituyente del período 1931-1933; a la Asamblea Constituyente del período 1978-1979 y al Congreso Constituyente y Democrático que inició sus funciones en diciembre de 1992 cuyo texto final fue, además, aprobado por referéndum.

Hay que decir, finalmente, que en nuestro país el Congreso ejerce el poder constituyente delegado para modificar los artículos de la Constitución —con una serie de requisitos especiales en materia de votos y aprobación que estudiaremos posteriormente— y que están contenidos en el propio artículo 206 de la Constitución.

Por lo tanto, podemos concluir esta parte de introducción teórica diciendo que las normas y sus jerarquías no dependen tanto del órgano del Estado que las aprueba, sino fundamentalmente de la función del Estado en virtud de la cual se dan si las aprueban los poderes constituidos, o del poder constituyente que aprueba las normas del máximo nivel jurídico.

En otras palabras, la estructura de la legislación y las normas en general no dependen exclusivamente de los funcionarios o gobernantes que las aprueban, sino también de las atribuciones normativas generales que ejerce el pueblo (poder constituyente) o que tienen los diversos órganos estatales (poderes constituidos). En este sentido, la legislación no es una función privativa del órgano legislativo, sino que alcanza también a los órganos ejecutivo y judicial, además de emerger de tiempo en tiempo con la participación del poder constituyente en el establecimiento de normas constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- BERNALES, E. y M. RUBIO (1988). *Constitución: fuentes e interpretación*. Lima, Mesa Redonda.
- DUVERGER, Maurice (1970). *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. Barcelona, Ariel.
- SIEYES, Emmanuel Joseph (1973). *¿Qué es el tercer Estado?* Madrid, Aguilar.

CAPÍTULO 4

LA LEGISLACIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO

1. INTRODUCCIÓN

La palabra *legislación* tiene por lo menos dos significados dentro de nuestro derecho. En un sentido puede definírsela como el conjunto de normas jurídicas de carácter general que han sido producidas por el Estado mediante la Constitución, leyes, decretos y resoluciones no judiciales. En este sentido es que por ejemplo, decimos que «dentro de la legislación peruana, el matrimonio civil es la forma de constituir la familia con efectos jurídicos plenos frente al Estado».

En otro sentido, el de fuente formal de derecho, puede definírsela como el conjunto de procedimientos, formalidades escritas y principios jerárquicos mediante los cuales se crean normas jurídicas válidas de carácter general, cuyo contenido es expresión de voluntad de los poderes del Estado. Es en este sentido en que utilizaremos el vocablo en adelante.

Como todas las fuentes, la legislación es un procedimiento de creación de normas jurídicas. Sin embargo, tiene particularidades propias que la distinguen de las otras fuentes formales y que es preciso explicar brevemente dentro de la definición dada.

En primer lugar, la legislación crea normas jurídicas mediante formalidades escritas, lo que la diferencia de la costumbre y, en muchos casos, de la expresión de voluntad (porque, por ejemplo, muchos contratos pueden ser verbales de acuerdo a derecho).

En segundo lugar, la legislación adopta diversas formalidades y procedimientos, no todos los cuales tienen el mismo valor. Los procedimientos legislativos producen normas de diverso plano y nivel, las cuales se hallan jerarquizadas mediante un conjunto

de principios: la Constitución, por ejemplo, prima sobre cualquier otra norma; la ley prima sobre los decretos, y así sucesivamente. No ocurre necesariamente igual con las otras fuentes del derecho por su propia naturaleza.

En tercer lugar, es rasgo característico de la legislación el producir normas jurídicas de carácter general, a diferencia de otras fuentes, como por ejemplo la jurisprudencia y la expresión de voluntad, que suelen producir normas jurídicas restringidas a uno o pocos sujetos.

Finalmente, el contenido de la legislación es producido por expresión de voluntad de los órganos de gobierno del Estado en sus distintos planos (o por la expresión del poder constituyente del pueblo en las diversas formas en que este aparece), lo que la diferencia de la costumbre, la doctrina y la expresión de voluntad de las personas naturales y jurídicas⁴⁷.

2. LA ESTRUCTURA LEGISLATIVA EN EL PERÚ

El sistema legislativo en el Perú⁴⁸ tiene una estructuración compleja, semejante a la de muchos otros «derechos nacionales»⁴⁹. Esta forma de organizar el sistema legislativo jerarquiza en varios niveles las distintas normas con principios de supraordinación que van señalando, en caso de conflicto en el mandato de dos normas, cuál debe primar en el orden jurídico.

⁴⁷ En este sentido, es necesario hacer una precisión: si bien es cierto que ninguna norma jurídica puede ser tal sin que sea reconocida por el Estado de alguna forma, también lo es que el contenido de la norma jurídica no siempre es fijado por un organismo del Estado. Un ejemplo aclarará la situación:

Cualquier texto legislativo de Ley ha sido conocido y aprobado por el Congreso. Distinto es el caso, por ejemplo, de la expresión de voluntad de una persona natural. Así, si dos personas contratan una compraventa de un libro por el valor de X, ese comprador y ese vendedor han creado una norma jurídicamente obligatoria para ambos que consiste en entregar la cosa y pagar el precio. En este caso, la fuente formal es el contrato que se convierte en obligatorio en la medida que «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos» (artículo 1361 del Código Civil). El órgano del Estado que aprobó el Código Civil ha conocido el artículo 1361, pero no podía conocer el contrato de compraventa que, sin embargo, en virtud del Código Civil deviene en obligatorio. En resumen, el Estado debe dar siempre su reconocimiento a las fuentes del Derecho en la medida que no puede haber norma jurídica como tal al margen del Estado, pero el contenido de la norma jurídica no tiene que ser siempre fijado por uno de los Poderes del Estado, tal como hemos visto.

⁴⁸ Con finalidades distintas a las nuestras, otro autor se ha referido anteriormente a este problema en un trabajo *ad hoc*: FURNISH, Dale B. (1972), *La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano*. En *Derecho PUC* N° 30, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 61 y ss.

⁴⁹ Se reconoce generalmente que el tratadista que ha desarrollado más este tema es Kelsen, Hans (1965). *Teoría pura del Derecho*, capítulo IX. Buenos Aires, EUDEBA. Es cierto, sin embargo, que su conceptualización pertenece al positivismo jurídico, del que es uno de los más preclaros expositores y defensores.

Lo primero que debemos tomar en cuenta es que en el Perú existen tres planos gubernativos, en coherencia con la definición de *gobierno unitario, representativo y descentralizado* que trae el artículo 43 de la Constitución, a los que corresponden tres planos legislativos. Ellos son:

1. El plano del gobierno nacional, en el que existe un gobierno unitario de todo el Estado, constituido en esencia, aunque no únicamente, por el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, que son establecidos en la Constitución del Estado. En este plano nacional existen los siguientes niveles legislativos:
2. La Constitución del Estado y las leyes constitucionales, las cuales, con procedimientos especiales de aprobación, interpretan, modifican o derogan las leyes.
 - Las normas con rango de ley, que son las leyes, los decretos legislativos y los decretos de urgencia. A ellos se añaden los decretos leyes dados en los gobiernos de facto. Como una subespecie figuran los tratados.
 - Los decretos y resoluciones que, a su vez, asumen diversas formas: decreto supremo, resolución suprema, resolución ministerial, resolución directoral y varias otras resoluciones que, dentro de la estructura legislativa, tienen un lugar similar a las anteriores.

Estos tres niveles están jerarquizados entre sí de manera tal que la Constitución prima sobre cualquier otro tipo de normas legislativas y el rango de ley prima sobre los decretos y resoluciones. Aun dentro de los decretos y resoluciones, tenemos un sistema de jerarquización que estudiaremos en párrafos posteriores.

Los principios de supraordinación de este plano son el de constitucionalidad, el de legalidad y los de competencia y de jerarquía del órgano que aprueba la norma. Por razones de claridad expositiva, los trataremos dentro de cada nivel.

1. *El plano del gobierno regional*, regulado por los artículos 188 a 193 más el 198 y el 199 de la Constitución, así como por la ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización y por la ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Para llevar a cabo sus tareas de conducción de sus respectivas regiones, estos gobiernos dictan ordenanzas regionales y decretos regionales.
2. *El plano del gobierno local*, constituido por las municipalidades provinciales y distritales (artículo 194 de la Constitución). Los órganos de gobierno son los concejos municipales y los alcaldes.

Según la ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, estas producen las siguientes normas legislativas: ordenanzas municipales y decretos de alcaldía.

Estas normas tienen una gradación interna según el orden sucesivo en que las hemos enunciado.

Lo dicho hasta aquí equivale a señalar que existe un plano legislativo supraordinado que es el nacional; luego lo sigue en orden jerárquico el regional y finalmente, dentro de su propia competencia, el plano municipal. Dentro de cada uno de los planos están los niveles jerárquicos internos. Es decir, que dentro del plano nacional, por ejemplo, los decretos y resoluciones se someten a las leyes y decretos legislativos y estos se someten a su vez a la Constitución. Sin embargo, toda la legislación regional se somete a los diversos niveles internos de la legislación nacional y así, sucesivamente, ocurre con la legislación municipal. Sin embargo, y como se explicará después, los órganos regionales y nacionales no deberán dictar normas en aspectos que la Constitución o las leyes encomienden a los municipios, pues en ese caso dichas normas serían inválidas al desobedecer la asignación de competencias municipales dada y vigente. Trataremos el tema con mayor detenimiento más adelante.

Abordaremos ahora con mayor detalle cada uno de estos planos y sus respectivos niveles.

2.1. El plano legislativo nacional

2.1.1. *La Constitución*

La primera norma positiva dentro de nuestro sistema legislativo es la Constitución del Estado. Debe entenderse como la norma más importante en, por lo menos, tres sentidos:

1. El primero, porque la Constitución contiene normas que no pueden ser contradichas ni desnaturalizadas por ninguna otra norma del sistema legislativo ni por ningún otro pronunciamiento jurídico dentro del Estado. Esto tiene que ver con el principio de constitucionalidad del orden jurídico.
2. El segundo, porque dentro de sus normas, la Constitución establece la forma cómo se organiza el Estado, cuáles son sus órganos principales, cómo están conformados, y cuáles son sus funciones.
3. El tercero, porque en el texto constitucional están contenidos el procedimiento y las atribuciones generales que tienen los órganos del Estado para dictar las leyes y las otras normas del sistema legislativo.

El Tribunal Constitucional ha dicho al respecto:

6. La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución, «Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución [...]». Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional⁵⁰.

Desde el punto de vista de su contenido, la Constitución —en su concepto genérico— ha sufrido importantes variaciones. En un principio, se consideraba que debía tener dos tipos de elementos: por un lado, la descripción de los órganos del Estado y sus funciones y, por otro, las normas básicas de ejercicio del poder, es decir, los derechos del pueblo que los gobernantes no pueden vulnerar y que llamamos derechos constitucionales⁵¹.

Con el transcurso del tiempo, esta concepción liberal e inicial de la Constitución se fue enriqueciendo con otros contenidos, propios también del nuevo rol que fue asumiendo el Estado dentro del contexto social. Es así que, en la actualidad, toda Constitución tiene muchas otras normas en lo relativo a prestaciones sociales del Estado, régimen económico, financiero y fiscal, organización política y gremial del pueblo, etcétera.

Ello se debe a que la evolución de la sociedad ha ido exigiendo que las principales conquistas de los pueblos se inscriban jurídicamente al más alto nivel de la estructura jerárquica del orden jurídico, en la medida en que, al menos formalmente, ello significaría que ninguna otra norma del sistema podrá abrogarlas y que, más bien,

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de julio del 2002 en el exp_1124_2001_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A.

⁵¹ Ver principalmente SIEYES, *¿Qué es el Tercer Estado?* Este clásico folleto, aparecido justo en el momento del estallido de la Revolución Francesa de 1789, plantea esta estructura constitucional desde el punto de vista de su contenido. Es de resaltar que, a su autor, le cupo rol fundamental en la Asamblea Constituyente que dio su primera constitución a Francia, luego de la Revolución.

figurando en la Constitución tendrán un mayor grado de obligatoriedad porque deben ser obedecidas no solo por el pueblo, sino también por quienes ejercen el poder dentro del Estado⁵².

El principio supraordinador que emana de la Constitución, es el principio de constitucionalidad de todo el sistema jurídico y, por supuesto, del sistema legislativo⁵³. Simplificadamente, este principio señala que las normas constitucionales tienen primacía por sobre cualquier otra norma del sistema y que, en caso de que cualquier otra norma se oponga de alguna manera a la norma constitucional, se aplicará la norma constitucional sobre ella. El Tribunal Constitucional ha dicho respecto de él:

Esta disposición estratificada es producto del uso de una pluralidad de principios que, en algunos casos, pueden determinar la ubicación de una norma dentro de una categoría normativa, o su prelación al interior de la misma.

a) Principio de constitucionalidad

Las normas constitucionales poseen supremacía sobre cualesquiera otras del sistema, por lo que cuando estas se les oponen formal o materialmente, se preferirá aplicar las primeras. Como acota Manuel García Pelayo: «Todo deriva de la Constitución y todo ha de legitimarse por su concordancia directa o indirecta con la Constitución»⁵⁴.

El principio de constitucionalidad se cumple de diversas maneras en los distintos sistemas jurídicos existentes en los Estados. En términos generales, podemos distinguir dos formas principales: la de la «no aplicación» o «control difuso», y la de declaración de invalidez de la norma inconstitucional o «control concentrado».

⁵² No es cierto, sin embargo, que los gobernantes apliquen el íntegro de la Constitución. Durante la década de los años noventa, por ejemplo, han existido largos períodos en los que, contra lo que manda la Constitución, el Tribunal Constitucional (y antes el Tribunal de Garantías Constitucionales) no han podido funcionar normalmente por decisión de los propios gobernantes (esencialmente, porque la mayoría del Congreso prefirió no conformar debidamente a dichos Tribunales).

⁵³ En adelante, hablaremos del sistema legislativo cuando nos referimos al conjunto de normas legislativas y de sistema jurídico cuando, en adición a dichas normas, consideramos todos los otros elementos que conforman nuestro derecho: resoluciones judiciales, normas provenientes de otras fuentes, criterios de aplicación e interpretación del derecho, etcétera.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de octubre del 2003 en el Exp_0005_2003_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro Congresistas de la República, representados por el Congresista Jonhy Lescano Ancieta, contra los artículos 1°, 2°, 3°, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley 26285.

Según la primera forma, en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y otra norma legislativa, se preferirá la primera sin declarar inválida —o nula⁵⁵— a la segunda (así lo manda el artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución de 1993).

Según la otra forma, la norma legislativa que resulte con vicio de inconstitucionalidad podrá ser declarada inválida, normalmente, por un Tribunal Constitucional (así queda establecido, para nuestro caso, en el artículo 200 inciso 4 de la Constitución).

Desde el punto de vista de las normas de derecho positivo, la supremacía constitucional se halla textualmente establecida en el artículo 51, que establece: «La Constitución prevalece sobre toda norma legal [...]».

A fin de garantizar esta supremacía, el artículo 200 de la Constitución ha establecido un esquema amplio y diverso de garantías Constitucionales dividido en dos grupos:

1. Las que protegen los derechos constitucionales que no pueden ser vulnerados ni amenazados por ningún acto de autoridad o de particulares. Son el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data.
2. Las que buscan invalidar las normas inferiores que son incompatibles con las superiores. Se trata de la acción de inconstitucionalidad de las leyes y de la acción popular contra normas generales. El derecho procesal prefiere hablar de «acción» como un derecho abstracto y de «pretensiones» como los intereses directos de quien plantea un reclamo ante los tribunales. De acuerdo a ello, el hábeas corpus o el amparo deberían ser denuncia o demanda de pretensiones respectivamente. Sin embargo, nosotros preferimos utilizar la terminología constitucional clásica de acciones.

⁵⁵ Existe una amplia discusión sobre si una norma legislativa inconstitucional deviene en nula, anulable o simplemente inválida dentro del Derecho. Kelsen, por ejemplo, piensa que solo puede ser anulable (KELSEN, Hans. Ob. cit., pp. 156 y ss.). Para el caso peruano, específicamente se dio una discusión entre dos representantes a la Asamblea Constituyente de 1978. Uno de ellos sostenía que las leyes inconstitucionales eran inválidas y el otro que eran posibles de considerar como nulas. En abono de esta última posición va el artículo 120 de la Constitución que dice «Son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial». Como veremos posteriormente, muchos de estos actos de gobierno pueden ser legislativos, con lo que analógicamente podríamos considerar la eventual nulidad de las leyes inconstitucionales, si bien no antes de la Constitución de 1979, sí a partir de ella y, desde luego, también con la de 1993.

Todas estas acciones se hallan en el artículo 200 de la Constitución:

Son garantías constitucionales:

1. La acción de hábeas corpus, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.

2. La acción de amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución con excepción de los señalados en el artículo siguiente.

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

3. La acción de hábeas data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el artículo 2 incisos 5 y 6 de la Constitución.

4. La acción de inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

5. La acción popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

En lo que se refiere a las normas referentes a las modificaciones de la Constitución, ellas se encuentran en el artículo 206 que dice:

Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

El hecho de que la Constitución tenga este rango supremo dentro del sistema legislativo (y del jurídico), se debe a que se le reconoce el carácter de norma fundante de todo

csc sistema y, en verdad, del propio Estado. Dentro de la concepción democrática moderna, este poder de «fundar» el Estado mediante la Constitución es llamado Poder Constituyente y su titular es el pueblo⁵⁶.

Según la teoría democrática, este poder no puede pertenecer a otro que al pueblo, en la medida en que es él quien tiene derecho a fijar su propia organización estatal, sin interferencias de ningún otro poder dominante a nivel de la sociedad política. Se ha discutido extensamente si el Poder Constituyente es omnímodo, es decir, si está libre de límites o si tiene algunos. Autores como Rousseau⁵⁷ y Sieyes⁵⁸ consideraron que no los tenía pero, ya en 1816, Constant⁵⁹ creía que sí en lo referente a la intangibilidad de los principios democráticos, etcétera. Sin embargo, en el Perú se le ha considerado siempre como un poder sin restricciones. El Tribunal Constitucional ha dicho sobre el poder constituyente lo siguiente:

58. En términos generales, suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional. Como expresa Ernst Bockenforde, el Poder Constituyente «es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede»⁶⁰. Esta última (la Constitución), por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona.

59. Cabe precisar que ello no excluye la existencia previa de un Estado. Como expresa Sigifredo Orbegoso, «El poder constituyente es aquél que se instituye y funciona con el objeto de dar una Constitución a un Estado que nace por primera vez (sic) o que ha decidido cambiar de Constitución»^{61/62}.

⁵⁶ Importante al respecto es SÁNCHEZ VÍAMONTE, Carlos (1957). *El poder constituyente*. Buenos Aires, Editorial Bibliografía Argentina.

⁵⁷ ROUSSEAU, Juan Jacobo (1966). *El Contrato Social*. Madrid, Taurus. Libro II, capítulo IV (allí aclara que la voluntad general es absoluta frente al individuo en su calidad de súbdito).

⁵⁸ SIEYES. Ob. cit., cap. V; pp. 78 y ss.

⁵⁹ CONSTANT, Benjamín (1970). *Principios de Política*. Madrid, Aguilar. Capítulo I.

⁶⁰ BOCKENFORDE, E. (1996), «*Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*», en G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO y J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, Einaudi, pp. 234-235.

⁶¹ ORBEGOSO VENEGAS, Sigifredo (2002) *Poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo, Editorial Normas Legales, p. 73.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero del 2002 en el Exp_0014_2002_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la ley 27600.

2.1.2. Las normas con rango de ley

Las normas con rango de ley son el segundo rango dentro de la legislación nacional correspondiente al Gobierno Central, inmediatamente debajo de la Constitución. Ingresan aquí un conjunto variado de disposiciones, encabezadas por las leyes (aprobadas por el Congreso y Promulgada por el Poder Ejecutivo), a las que hay que añadir los decretos legislativos, los decretos de urgencia y, aun, los decretos leyes.

Existe la ley 26889 del 9 de diciembre de 1997 que establece lineamientos para la elaboración, denominación y publicación de las leyes. Comprende a las leyes, resoluciones legislativas, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y decretos de urgencia.

Sobre este aspecto es necesario señalar, en primer lugar, que hay diferencias entre una ley y una norma legislativa con rango de ley. Toda ley tiene rango de ley, eso es una tautología. Sin embargo, en nuestro sistema hay también otras normas legislativas que poseen este rango: los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los decretos-leyes. Es por tanto necesario diferenciar estos tres tipos de normas.

En segundo lugar, la naturaleza de las normas legislativas no depende tanto del órgano que las aprueba sino de la función estatal con la que actúa. Esto quiere decir que para que se dicte una norma con rango de ley, el órgano que la apruebe debe estar en ejercicio de la función legislativa. Como principio general, la función legislativa corresponde al Congreso, según los artículos 90 y 102 inciso 1 de la Constitución de 1993. Sin embargo, a esta afirmación general es preciso hacerle dos aclaraciones:

1. No todas las decisiones que toma el Congreso son automáticamente leyes, porque dicho órgano está también facultado a tomar acuerdos de distinto tipo que constituyen, posteriormente, decisiones obligatorias pero no bajo la forma de ley sino, por ejemplo, de acuerdos que constan en sus actas. De tal manera que, en primer lugar, no todo acuerdo del Congreso es una ley: caso típico sería la censura de un ministro, que deviene obligatoria porque el ministro debe dimitir según la Constitución, pero dicha censura no es aprobada mediante ley.
2. La función legislativa puede ser tomada y ejercitada directamente por el Poder Ejecutivo, ya que el Congreso puede delegarle la función legislativa de acuerdo a ciertas circunstancias contenidas en el artículo 104 de la Constitución y en casos especiales señalados en el inciso 19 del artículo 118.

Esto hace ver que es conveniente desarrollar de manera breve los distintos tipos de normas con rango de ley que existen en nuestro sistema legislativo.

2.1.2.1. La Ley

La Constitución ha mantenido el principio tradicional en el Perú de que la producción de normas con rango de ley corresponde al Congreso. Así se establece en el artículo 102 inciso 1: «[...] Son atribuciones del Congreso: 1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes. [...]».

La aprobación de la ley puede ser delegada a la Comisión Permanente con las limitaciones que establece el inciso 4 del artículo 101. Además, hay que tener en cuenta que el Reglamento del Congreso, aprobado por este, tiene fuerza de ley (artículo 94). En dicho Reglamento existen varias normas sobre la producción de las leyes.

Por su parte, el artículo 51 de la Constitución establece la primacía de la ley sobre todas las normas de inferior categoría (excepto la Constitución, naturalmente).

La iniciativa en la formación de las leyes se halla en el artículo 107 de la Constitución, según el texto establecido por la ley 28390, que dice:

El Presidente de la República y los diputados⁶³ tienen derecho de iniciativa en la formación de leyes.

También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias, los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.

Las normas establecidas en este artículo 107 concuerdan con:

- a) La iniciativa legislativa de la ciudadanía, que se regulará por ley y que está consagrada también en el inciso 17 del artículo 2 y en el artículo 31.
- b) La iniciativa que corresponde al Ministerio Público, según el inciso 7 del artículo 159.
- c) La iniciativa que corresponde al Defensor del Pueblo, según el artículo 162.
- d) La que corresponde al Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, según el artículo 178.

⁶³ Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el artículo 79 de la Constitución establece este límite: «Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto. El Congreso no puede aprobar tributos con fines predeterminados salvo por solicitud del Poder Ejecutivo».

Otras características destacadas del tratamiento constitucional de la Ley son:

1. Según el artículo 105, la ley no puede ser aprobada por el Pleno del Congreso si el proyecto respectivo no fue aprobado previamente por la respectiva comisión dictaminadora, salvo las excepciones que señale el Reglamento del Congreso⁶⁴.
2. La ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo que ella misma postergue aún más su vigencia (artículo 109). En la Constitución de 1979 la ley entraba en vigencia, como regla general, al decimosexto día posterior a la publicación.
3. La retroactividad benigna solo está autorizada en materia penal cuando favorece al reo.
4. Se ha constitucionalizado la norma previamente existente solo en los títulos preliminares de los Códigos Civiles que dice: «La ley se deroga solo por otra ley» (artículo 103).
5. Se ha añadido correctamente, que la ley «[...] También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad».
6. Se ha distinguido con mayor precisión las leyes ordinarias de las leyes orgánicas. Estas últimas han sido definidas en el artículo 106:

Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

Sobre las leyes orgánicas ha dicho el Tribunal Constitucional:

18. [...] En tal sentido, tal como ha precisado este Tribunal en repetidas oportunidades[16], el referido artículo constitucional no establece una supuesta relación de jerarquía entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, sino, simplemente, de competencia material. En efecto, no se genera, *per se*, un problema de inconstitucionalidad cada vez que una ley ordinaria colisiona con una ley orgánica. La eventual inconstitucionalidad sería consecuencia de que la ley ordinaria haya infringido directamente el artículo 106° de la Constitución, al regular una materia

⁶⁴ Esta norma, sin embargo, fue incumplida al aprobarse la ley 26291 del 9 de febrero de 1994, que estableció una regla temporal para resolver conflictos de competencia entre los tribunales civiles y militares, y que estuvo enderezada a transferir a la jurisdicción militar el caso de los desaparecidos en la Universidad La Cantuta.

reservada a ley orgánica, sin haber sido aprobada con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso, mayoría exigida por el artículo 106º constitucional.

19. Asimismo, la inexistencia de una relación jerárquica entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, surge de una interpretación sistemática del artículo 51º de la Norma Fundamental que consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía normativa de la Constitución, y que sitúa a la ley (sin distinción) en el segundo rango del sistema normativo nacional, después de la Constitución; con el artículo 200º 4 de la Constitución que establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas); y con el artículo 102º 1, en cuanto dispone que es atribución del Congreso de la República dictar las leyes.

Por tanto, conforme al sistema de fuentes diseñado por la Constitución en sus artículos 51º, 102º 1, 106º y 200º 4, y en sentido contrario a lo sostenido por los demandantes, la categoría normativa de leyes comprende a las leyes ordinarias y a las leyes orgánicas, las cuales tienen la misma jerarquía jurídica⁶⁵.

Además, sobre ellas se ha establecido que su aprobación no es delegable a la Comisión Permanente (artículo 101 inciso 4) y, por tanto, tampoco son delegables al Poder Ejecutivo para ser dictadas vía decreto legislativo (artículo 104).

7. En la octava disposición final se ha establecido que las leyes que desarrollan los contenidos constitucionales se llamarán leyes de desarrollo constitucional que, sin embargo, tendrán los mismos requisitos que las leyes orgánicas o comunes, según sea el caso.
8. Se ha establecido la posibilidad de que ciertas leyes sean ratificadas por referéndum popular:

Artículo 32. Pueden ser sometidas a referéndum:

[...] 2. La aprobación de normas con rango de ley.

[...] No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

La Constitución no dice si estas leyes ratificadas por referéndum podrán luego ser modificadas por un acuerdo ordinario del Congreso o por otra norma equivalente.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 19 de septiembre de 2006 en el Exp_0003_2006_PI_TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cinco mil ciudadanos contra el artículo 37º de la Ley N.º 28094 – Ley de Partidos Políticos.

Esto hará necesaria una norma expresa para solucionar esta interrogante en la ley de desarrollo constitucional respectiva.

9. Cabe añadir, finalmente, que el artículo 74 de la Constitución ha establecido el principio de reserva legal en materia tributaria. Esta reserva no es sino el mandato de que las normas referentes a los tributos sean aprobadas por ley y no por normas de rango inferior. La Constitución de 1993 ha hecho ciertas diferencias: algunos tributos son aprobados en reserva por la ley pero otros pueden ser aprobados por el Poder Ejecutivo (lo referido a aranceles) o por los municipios. Por consiguiente, en la actual Constitución la reserva legal tributaria no es absoluta sino relativa. El artículo 74 dice, de acuerdo al texto de la ley 28390:

Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los gobiernos regionales y los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de estas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.

2.1.2.2. El decreto legislativo: delegación de atribución legislativa por el Congreso en el Ejecutivo

La legislación delegada consiste en que el Congreso puede autorizar al Poder Ejecutivo a dictar normas con rango de ley. La Constitución de 1993 contempla específicamente a los decretos legislativos (que son la legislación delegada en el Perú) en su artículo 104. Cabe destacar que este sistema es indispensable en los Estados modernos, debido a la dificultad que tiene el órgano legislativo para aprobar con rapidez y oportunidad, normas jurídicas que requiere la volátil situación económica y política que se vive actualmente, no solo en el Perú sino en todo el mundo⁶⁶. El artículo 104 de la Constitución de 1993 dice lo siguiente:

⁶⁶ Para mayor detalle sobre legislación delegada, ver EGUIGUREN PRAELI, Francisco José (1994). «La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993». En VARIOS AUTORES. *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994.

El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

Tres normas adicionales importantes son las siguientes:

1. El artículo 125 inciso 2 establece que el Consejo de Ministros debe aprobar los decretos legislativos.
2. El inciso 3 del artículo 123 indica que los decretos legislativos son refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros.
3. Según el artículo 74, los decretos legislativos pueden contener normas sobre materia tributaria.

Si bien la regla general para el dictado de decretos legislativos es la que se halla en el artículo 104 de la Constitución citado líneas arriba, es bueno recordar que los artículos 80 y 81 de la Constitución, habilitan directamente el dictado de decretos legislativos para ciertos casos en los que el Congreso no haya cumplido los plazos para la aprobación del Presupuesto y de la Cuenta General de la República.

2.1.2.3. Los decretos de urgencia⁶⁷

El inciso 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979 había dado al Presidente de la República la atribución de «administrar la Hacienda Pública; negociar los empréstitos;

⁶⁷ En la Constitución vigente hay dos tipos de decretos de urgencia que dicta el Poder Ejecutivo: los ordinarios cuando el Congreso está en funciones, que se rigen por el artículo 118 inciso 19 de la Constitución y, los extraordinarios, cuando el Congreso ha sido disuelto y antes de que se instale el que se elija para sustituirlo, que se rigen por el artículo 135 de la Constitución. Estos últimos, los extraordinarios, pueden contener normas sobre todos los temas para los que pueden dictarse leyes ordinarias, también llamadas leyes comunes (los calificativos de «ordinario» y «extraordinario» se pueden ver en el fundamento 10 de la sentencia 0003-2020-PI/TC que se cita en este mismo pie de página). El Tribunal Constitucional ha dicho lo siguiente sobre los decretos de urgencia ordinarios y extraordinarios:

«22. Como puede advertirse, ante la disolución del Congreso de la República, el Poder Ejecutivo expide normas con rango de ley a través de los decretos de urgencia. En ese sentido, no se trata del mismo escenario ordinario en el cual se emiten los decretos de urgencia según el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución.

23. Siendo un escenario excepcional, sería irrazonable que las exigencias que debe observar el Poder Ejecutivo al emitir los decretos de urgencia durante dicho interregno sean las mismas que cuando dicha situación no se configura.

y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso». En virtud de la parte final de este inciso, todos los gobiernos constitucionales bajo la Constitución de 1979 dictaron decretos de urgencia a los que de hecho dieron fuerza de ley. Mucha de la legislación más importante del período fue dictada a través de este mecanismo legislativo. Además, como los decretos de urgencia no figuraban en la lista de las normas susceptibles de ser impugnadas por la Acción de Inconstitucionalidad, en la práctica los decretos de urgencia devinieron en normas inatacables.

La Constitución de 1993 ha legislado con mayor detalle y precisión los decretos de urgencia. Las normas fundamentales que contiene respecto de ellos son:

1. Los decretos de urgencia son medidas extraordinarias dictadas por el Poder Ejecutivo con fuerza de ley, en materia económica y financiera (artículo 118 inciso 19).
2. Los decretos de urgencia son aprobados por el Consejo de Ministros (artículo 125 inciso 2), y deben ser refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros (Art. 123 inciso 3).
3. Debe darse cuenta de ellos al Congreso, el que los puede modificar o derogar (Artículo 118 inciso 19).
4. Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria (artículo 74).

El Tribunal Constitucional ha hecho interesantes precisiones sobre los decretos de urgencia en la siguiente sentencia:

60. Asunto distinto, sin embargo, es determinar si las circunstancias fácticas que, aunque ajenas al contenido propio de la norma, sirvieron de justificación a su promulgación, respondían a las exigencias previstas por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91° del Reglamento del Congreso. De dicha interpretación se desprende que el decreto de urgencia debe responder a los siguientes criterios:

24. Por lo tanto, el Poder Ejecutivo tiene habilitada la competencia para legislar a través de decretos de urgencia durante el interregno, lo que a su vez es objeto de control por el Poder Legislativo, de conformidad con el artículo 135 de la Constitución» (Sentencia 32-2021 del Tribunal Constitucional emitida el 07 de enero de 2021 en el Exp_0003_2020_PI_TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Tecnólogos Médicos del Perú contra el Poder Ejecutivo por el Decreto de Urgencia 014-2020, publicada en la web el 01-02-2021).

En este apartado del libro tratamos de los decretos de urgencia regulados por el artículo 118 inciso 19 de la Constitución, no sobre los establecidos en su artículo 135.

a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la «voluntad» de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegiado sustancialmente comparte- que «en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma» (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

b) Necesidad: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.

c) Transitoriedad: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

d) Generalidad: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N.º 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, debe ser el «interés nacional» el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.

e) Conexidad: Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él «cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna [...] con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad» (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada⁶⁸.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de noviembre del 2003 en el Exp_0008_2003_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N.º 140-2001.

2.1.2.4. Los decretos leyes de gobiernos de facto

A pesar de la inconstitucionalidad formal de los gobiernos de facto, dentro de nuestro derecho positivo existen numerosas normas con rango de ley aprobadas por ellos en diversas épocas de nuestra vida republicana.

La inserción de los gobiernos de facto dentro del orden jurídico ha sido y será largamente discutida. Por su naturaleza de problema esencialmente político, es imposible que los juristas y los representantes elegidos por el pueblo en las elecciones adopten una posición desapasionada frente a ellos.

Sin embargo, y dejando cualquier otra consideración de lado, a nivel de las fuentes del derecho, los gobiernos de facto han recibido un tratamiento teórico proveniente, en lo fundamental, de que su periódica aparición y su influencia en el conjunto del orden jurídico, hace necesaria su consideración por más espurios que sean dentro de la conceptualización estrictamente jurídica.

El Tribunal Constitucional ha dicho respecto de ellos:

Los decretos leyes dictados por el autodenominado «Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional» fueron validados por la llamada Ley Constitucional de 9 de enero de 1993.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que los decretos leyes impugnados tienen origen ilegítimo; pero han sido y siguen siendo aplicados. Su expedición se realiza cada vez que se ha quebrado el orden constitucional, esto es, bajo un régimen de facto. Son normas que se introducen con violación del ordenamiento señalado en la Constitución. Es decir, se trata de actos de gobierno que, por su propia naturaleza, son dictados en oposición a las normas constitucionales que disciplinan el ejercicio de la función legislativa.

La doctrina ha desarrollado tres teorías sobre la validez de las normas jurídicas con rango de ley que estos gobiernos aprueban. Es evidente que las tres teorías se refieren a las normas de los gobiernos de facto una vez que ellos han sido sustituidos por gobiernos elegidos en la medida que, mientras permanecen en el ejercicio del poder, sus normas son acatadas. En síntesis estas teorías son:

1. La de la *caducidad*, según la cual, una vez restaurado el orden constitucional, las normas dadas por los gobiernos de facto cesan de tener validez.
2. La de la *revisión*, según la cual, estas normas deben ser revisadas por el Congreso del Gobierno constitucional restaurado el cual, dentro de un plazo, declarará cuáles decretos leyes reciben convalidación y cuáles cesan de tener validez.

3. La de la *continuidad*, según la cual las normas dadas por los gobiernos de facto continúan teniendo validez con la restauración de un gobierno constitucional y que serán, por lo tanto, modificadas o derogadas por el procedimiento legislativo constitucionalmente establecido, manteniendo entre tanto su validez.

El Tribunal Constitucional ha ratificado que estas son las teorías a tener en cuenta para el análisis de la vigencia de los decretos leyes:

El tema del reconocimiento, aplicabilidad y exigibilidad del cumplimiento de los decretos leyes es observado, según la doctrina, en función del «tiempo político» que se vive dentro de una comunidad política. En ese sentido, se plantean dos problemas: la vigencia de los decretos leyes durante la existencia de un gobierno de facto y la vigencia y validez de los decretos leyes al restaurarse el Estado de Derecho. Como es obvio, corresponde detenerse en el análisis del segundo caso.

La doctrina establece que durante el período que sigue a la desaparición de un gobierno de facto, la vigencia de los decretos leyes se procesa de conformidad con la teoría de la caducidad, la teoría de la revisión o la teoría de la continuidad⁶⁹.

De ellas, considera que la teoría de la continuidad —la de más amplia utilización en nuestra historia— y la de la revisión son las aplicables:

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 formal⁷⁰.

⁶⁹ 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 N.os 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas.

⁷⁰ 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 N.os 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas.

Y luego añade:

Por su parte, la teoría de la revisión plantea que una vez restaurado el Estado de Derecho, los decretos leyes deben ser objeto de un examen de vigencia. Para tal efecto, el Congreso de la República se pronuncia por el mantenimiento o no en el sistema jurídico⁷¹.

Al acabar el autodenominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, instaurado a raíz del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, el Congreso dictó la Ley Constitucional promulgada el 6 de enero de 1993, cuyo artículo 2 adhiere a la doctrina de la continuidad:

Los decretos leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional a partir del 05 de abril de 1992 hasta el 30 de diciembre del mismo año, mantienen plena vigencia en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático.

De todo esto queda claro que la teoría de la caducidad no es aceptada en el Perú y que puede aplicarse la teoría de la revisión. Si ella no fuera aplicada, se aplica la de la continuidad.

Síntesis sobre normas con rango de ley

Por todo lo dicho, y sin considerar aún los tratados que veremos a continuación, en el Perú tenemos las siguientes normas con rango de ley: la ley aprobada por el Congreso, los decretos legislativos aprobados por el Poder Ejecutivo en virtud de la legislación delegada y los decretos leyes aprobados por los gobiernos de facto en tanto no sean derogados o modificados.

Indistintamente, todas y cada una de estas normas con rango de ley se rigen entre sí por los siguientes principios:

1. Salvo que su texto establezca un plazo de validez, estas normas continúan teniendo vigencia permanente hasta que otras normas de su mismo nivel las modifiquen o deroguen. Eventualmente, una modificación constitucional podría hacerlas caer en situaciones de inconstitucionalidad, pero en tal caso funcionarán los mecanismos que anteriormente hemos mencionado al respecto.

⁷¹ 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 N.os 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas.

2. La disposición anterior es derogada por la posterior. Es decir, que si dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la última de ellas.
3. La disposición especial prima sobre la general, lo que quiere decir que si dos normas con rango de ley establecen disposiciones contradictorias o alternativas pero una es aplicable a un espectro más general de situaciones y otra a un espectro más restringido primará esta sobre aquella en su campo específico.
4. La Constitución de 1993 en su artículo 109 señala que «La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte». Esta norma es coherente con el artículo 103 segundo párrafo que establece la no retroactividad de la ley salvo el caso de la norma penal cuando es más favorable al reo (sobre retroactividad ver el capítulo 12).

De estos cuatro principios, los dos primeros son consustanciales a todos los mandatos jurídicos. Ambos se encuentran contenidos en nuestro derecho positivo dentro del artículo 103 de la Constitución y I del Título Preliminar del Código Civil, que mandan que la ley se deroga solo por otra ley.

El segundo y el tercero han sido expresamente recogidos en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional:

3. [...] La inconstitucionalidad de una ley, *prima facie*, se genera por la incompatibilidad entre las fuentes legales sometidas a control, y la Constitución, y no porque una de ellas colisione, viole o transgreda a otra de su misma jerarquía. Y es que no se presenta un problema de validez constitucional cada vez que se produce la colisión de dos normas del mismo rango, sino un típico problema de antinomia, resoluble conforme a las técnicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico (v.g. «ley especial deroga ley general», «ley posterior deroga ley anterior», etcétera)⁷².

Desde el punto de vista de la jerarquía, dos principios rigen a estas normas:

1. El de constitucionalidad, ya explicado, las somete subordinadamente a la Constitución.
2. El de legalidad las supraordina a las normas de nivel inferior (reglamentos, decretos y resoluciones nacionales, normas regionales y locales y sentencias judiciales). La legalidad de los reglamentos, decretos y resoluciones nacionales

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 27 de agosto del 2003 en el Exp_0007_2002_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad de Lima Metropolitana contra la Ley N.º 27580.

está específicamente considerada en los artículos 51, 118 inciso 8, 138 y 200 inciso 5 de la Constitución. El Tribunal Constitucional ha dicho sobre el principio de legalidad:

b) Principio de legalidad

Es una regla que exige sujeción a la ley y a aquellas normas de similar jerarquía. En tal virtud, condiciona la validez de las normas de inferior rango.

La supremacía está prevista en el artículo 51° de la Constitución, que dispone que después del texto fundamental, la ley prevalece sobre toda otra norma de inferior jerarquía⁷³.

La legalidad de las normas regionales y locales es analizada posteriormente en este mismo capítulo. La de las sentencias judiciales está contenida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de 1984 que establece: «Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda».

2.1.3. Los tratados

Los tratados son acuerdos del Perú con otros Estados o con organismos internacionales. Pueden ser bilaterales (si solo involucran al Perú y a otro cocontratante) o multilaterales (si involucran a tres o más incluido el Perú entre ellos). Como podrá apreciarse, la forma cómo los tratados se insertan dentro del derecho peruano es muy importante porque ello determina cuáles normas internas pueden modificarlos y cuáles no. Por ejemplo, si los tratados tuvieran condición inferior a la ley, cualquier ley interna podría dejarlos sin efecto. Esto, sin embargo, sería contrario al principio de derecho internacional que hace que los tratados sean obligatorios, salvo que un Estado los denuncie formalmente (que es el procedimiento internacionalmente reconocido para quitar validez a un tratado).

La Constitución de 1993 establece reglas sobre los tratados, que pueden resumirse en lo siguiente:

1. Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República (artículo 57). En otras palabras, si finalmente resultara que el tratado es incompatible con la Constitución,

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 3 de octubre del 2003 en el Exp_0005_2003_AI-TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro Congresistas de la República, representados por el Congresista Jonhy Lescano Ancieta, contra los artículos 1°, 2°, 3°, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.° 26285.

se entendería que la modifica, porque adquiere la fuerza normativa de una reforma constitucional. Es una manera de lograr que la Constitución no impida el cumplimiento de los tratados del país. De acuerdo a esta norma, los tratados de esta naturaleza tendrán indudablemente rango constitucional.

2. El Congreso solo aprobará, antes de su ratificación por el Presidente de la República, los tratados a los que se refiere el artículo 56 de la Constitución, que son aquellos que a derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional y obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren legislar para ser ejecutados.
3. Todo tratado cuya materia no esté reservada a la aprobación del Congreso, será aprobado por el Presidente de la República, dando cuenta al Congreso (artículo 57).
4. Los tratados forman parte del derecho nacional (artículo 55).

En otras palabras, se crean tres tipos de tratados, según la aprobación que reciben: unos aprobados mediante el proceso de reforma de la Constitución, otros por ley del Congreso y otros por aprobación del Poder Ejecutivo.

Esta triple calidad de aprobación de los tratados, sin embargo, no los pone en tres niveles distintos de jerarquía dentro de nuestro sistema jurídico. Según el artículo 76 del Nuevo Código Procesal Constitucional, tanto los tratados que aprueba el Congreso como los que aprueba el Presidente de la República se impugnan vía la acción de inconstitucionalidad de las leyes:

Artículo 76. Procedencia de la demanda de inconstitucionalidad

La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

De esta manera, hay dos rangos entre los tratados: el de constitucionalidad, que son los aprobados por el procedimiento de reforma de la Constitución; y el rango de ley, de los tratados aprobados por el Congreso o por el Presidente de la República.

Esto, además, es consistente con la cuarta disposición final de la Constitución, que dice: «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 ratificadas por el Perú». Esta disposición reconoce rango constitucional a los tratados a los que se refiere, porque de otra manera la Constitución no podría interpretarse de *conformidad con ellos*.

Si entran en conflicto un tratado de rango de ley y una ley, los especialistas en derecho internacional público han hecho notar que en el Perú se debe obedecer el principio del derecho internacional según el cual en caso de conflicto entre un tratado y una ley, debe preferirse la aplicación del tratado. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dice: «Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado».

2.1.4. Los reglamentos, decretos y resoluciones

Esta es la parte más ardua, compleja e inorgánica de nuestro sistema legislativo y son muy pocos los trabajos existentes sobre ella, tal vez porque es sumamente difícil tratarla en su integridad⁷⁴.

Haremos el intento de abordarla, desde la perspectiva de este trabajo, sabiendo que quedarán interrogantes y muchos aspectos por resolver. En gran medida, esto se debe a la propia naturaleza de estas normas legislativas.

El órgano encargado de dictarlas es el ejecutivo en sus diversas instancias, y lo hace sin parámetros formales preestablecidos, con el agravante adicional de que, bajo las mismas formalidades escritas, dicta normas que responden a funciones y prerrogativas sumamente distintas entre sí.

Por esta razón, dividiremos la descripción de estas normas en dos partes: la primera referente a sus formalidades y la segunda a las distintas funciones en base a las cuales se expiden.

Desde el punto de vista formal, esta parte de la legislación se divide en: decreto supremo, resolución suprema, resolución ministerial, resolución directoral, resolución subdirectoral, etcétera, según el funcionario de la administración pública que la adopte.

El *decreto supremo* es la norma de mayor jerarquía que dicta el órgano ejecutivo y lleva la firma del Presidente de la República y de uno o más ministros (incidentalmente, puede llevar la firma de todo el Consejo de Ministros).

⁷⁴ Se pueden consultar sobre el tema: FURNISH, Dale (1972) «La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano» en *Derecho PUC* N° 30, Lima; BUSTAMANTE, Alberto (1979) «El gobierno y la Administración en la Constitución», en *Apuntes* N° 9, Lima. También nuestro trabajo «La Actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico», en *Apuntes* N° 8, Lima.

El decreto supremo, en base a estas formalidades, es una norma dada y aprobada por la más alta instancia del órgano ejecutivo, que es el Presidente de la República (por eso lleva su firma). Ocurre, sin embargo, que se presenta también la firma de al menos un ministro de Estado, lo cual se debe a que, según el artículo 120 de la Constitución de 1993, el Presidente no puede nunca autorizar un acto sin la firma de un ministro bajo sanción de nulidad. De esta forma, el decreto supremo es una norma de rango presidencial que, para fines de la responsabilidad política lleva añadida la firma ministerial.

En nuestro sistema, también el decreto supremo puede ser la forma mediante la cual se aprueban las normas que la Constitución o las leyes encargan al Poder Ejecutivo, es decir, al Presidente y al Consejo de Ministros conjuntamente. Tales, por ejemplo, los casos de declaración de Estado de Emergencia o de Sitio.

Sobre la base de lo señalado, podemos concluir que el decreto supremo es la forma de crear normas jurídicas en las que se expresa la voluntad normativa de:

- El Presidente de la República y el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.
- El Presidente de la República y el voto consultivo del Consejo de Ministros.
- El Presidente de la República (más el ministro que firma a efectos de la responsabilidad política correspondiente).

La *resolución suprema* es una norma dada por uno o más ministros de Estado con la visación aprobatoria del Presidente de la República. Formalmente, aparece por ello con la firma del ministro (o ministros) y la rúbrica del Presidente. Ello quiere decir que el Presidente, formalmente, aprueba la norma dada pero que quien la crea es el o los ministros respectivos y, normalmente, sin la intervención del Consejo de Ministros. En este sentido, la resolución suprema es una norma de menor rango jerárquico que el decreto supremo, si tomamos en cuenta las voluntades (y la naturaleza de la participación de cada una) al elaborarla.

La *resolución ministerial* es una norma aprobada por uno (y eventualmente más de uno) de los ministros de Estado. Formalmente, lleva solo la firma del ministro, con lo que tiene un rango inferior a la resolución suprema y al decreto supremo por la jerarquía de las voluntades que contribuyen a aprobarla.

Por debajo de la resolución ministerial están las resoluciones directorales, subdirectorales, zonales, etcétera, que son aprobadas por los funcionarios correspondientes de las reparticiones de la administración pública en el ejercicio de sus funciones. Hace algunos años (antes de 1970) este tipo de resoluciones eran escasas desde el punto de vista de la legislación que produce normas generales, lo que se debía al poco desarrollo

de la función normativa del Estado en los diversos campos de la vida nacional. Con el crecimiento de esta función, ha aumentado su número y su importancia, hasta hacerlas parte necesaria de considerar en el trabajo con las normas jurídicas existentes en nuestro sistema.

La jerarquización de estas últimas normas desde el punto de vista formal, corresponde a la importancia administrativa del funcionario que las aprueba y que está en relación con los cargos existentes dentro de la administración pública: director superior, director general, etcétera.

Este es el esquema formal general de los decretos y resoluciones que existen actualmente en nuestro sistema legislativo. Sus características distintivas no están normadas sino de manera fragmentaria. Esta normatividad puede encontrarse en el artículo 118 inciso 8 de la Constitución de 1993 y en tres leyes de ministros dadas el 4 de diciembre de 1856, el 13 de mayo de 1861 y el 16 de febrero de 1863, todas vigentes a pesar de caminar hacia el siglo y medio de existencia.

En otro trabajo hemos analizado con detalle estas normas⁷⁵ y sería engorroso repetirlo en este. Basta señalar, de acuerdo con Dale Furnish, que: «Es indudable que entre estas leyes de ministros y el sistema actual de decretos supremos, resoluciones supremas y resoluciones ministeriales no existe sino un remoto vínculo⁷⁶ [...] debiéndose las formalidades concretas que ahora tienen a la costumbre jurídica creada por su uso continuo a través del tiempo: “La costumbre y el uso han creado todo un ropaje a esta estructura”»⁷⁷.

En adición a lo dicho hasta aquí, es necesario señalar que para su validez deben ser hechas públicas en el diario oficial. Según la ley 29158 los decretos supremos rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, salvo disposición expresa, que solo puede señalar fecha posterior de vigencia a esta publicación y salvo, también, los posibles casos constitucionales de retroactividad (artículo 11 inciso 3 de la ley 29158). Las resoluciones rigen desde el día en que son expedidas, salvo los casos en que requieran notificación o publicación, en cuya virtud rigen una vez cumplido tal requisito (artículo 11 inciso 4 de la ley 29158).

Descritas de esta manera, es importante pasar a continuación a ver su contenido, pues es allí donde se produce la principal inorganicidad de esta parte de nuestra legislación.

⁷⁵ RUBIO, Marcial. *La actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico*. Ver especialmente las pp. 82 y 87.

⁷⁶ Furnish, Dale (1972), p. 87.

⁷⁷ Obra citada, p. 75.

Desde antiguo, autores nacionales han prefijado el tipo de contenido de los decretos y resoluciones. Así, Toribio Alayza y Paz Soldán señalaba en 1927:

Se refiere, pues, el decreto, siempre a reglamentar cuestiones, generales, la generalidad es su esencia; tiende a reglamentar una ley, a indicar los modos como debe cumplirse, la manera como ha de hacerse efectiva en la vida práctica [...] El decreto, pues, es siempre general y, por lo regular, se da reglamentando alguna ley, esto es, llenando los detalles de funcionamiento de esta⁷⁸.

Respecto a la resolución, el mismo autor decía:

Esta tiene por objeto resolver un caso concreto y particular. No tiene la generalidad del decreto. Así un nombramiento, lo mismo que una concesión para una industria a un individuo o una empresa, la aceptación de un contrato, etcétera, se hace por medio de una resolución. Se refiere siempre la resolución a casos concretos, a un asunto determinado que se presenta y no tiene la generalidad del decreto que obliga a todos⁷⁹.

El artículo 11 de la ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, ha consagrado normativamente esta distinción dando al decreto carácter general, y a la resolución carácter particular.

No obstante, muchas veces decretos y resoluciones se ocupan indistintamente, en sus respectivos niveles, de asuntos generales y particulares. Esta situación se debe, entre otras razones, a la multitud de funciones que desarrolla el órgano Ejecutivo, ninguna de las cuales tiene una formalidad expresa y diferenciada para convertirse en mandato obligatorio. Alberto Bustamante⁸⁰ ha desarrollado con suma claridad este complejo panorama y, del trabajo que citamos, hemos resumido las ideas que a continuación se plantea.

Las funciones propiamente administrativas que desarrolla el órgano Ejecutivo son:

1. La tarea de su propia organización: crear dependencias en los ministerios, abrir y cerrar oficinas, nombrar funcionarios, establecer sus funciones específicas, etcétera. Algunos rasgos genéricos de ellos están fijados en las leyes orgánicas de las reparticiones y sectores de la administración, pero los asuntos concretos y detallados se fijan por normas del propio órgano ejecutivo en sus distintos niveles (Presidencia de la República, cada ministro de sector, etcétera).

⁷⁸ ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio (1927). *Derecho Administrativo General del Perú*. Lima, Sanmarti, p. 15.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ BUSTAMANTE, Alberto. *Ob. cit.*, pp. 4548.

2. La tarea de reglamentar los procedimientos con que actúan frente a aquellas personas (individuales o jurídicas y eventualmente otras reparticiones públicas). Estos procedimientos no son dados por leyes, ni podrían serlo por sus particularidades, debiendo aprobarse por el propio órgano ejecutivo en sus diversas instancias. Tal es el caso, por ejemplo, del procedimiento de resolución de conflictos en el ámbito laboral por la autoridad de trabajo.
3. La tarea de resolver sobre las peticiones, derechos, obligaciones, etcétera, que le corresponde tratar por competencia. Estos son casos de naturaleza individual que debe resolver la administración pública. Tal es el caso por ejemplo, de definir cuántos años de servicios se debe reconocer a un trabajador del Estado para efectos de su jubilación; o la autorización que debe dar el Ministro de Industria a una empresa para que se instale en determinado lugar del territorio nacional.
4. La tarea de resolver conflictos que a veces toca al órgano Ejecutivo dentro del ordenamiento jurídico nacional, como por ejemplo en ciertos casos laborales.
5. La tarea de imponer sanciones en ejercicio de sus funciones coactivas. Tal por ejemplo, la atribución que tienen las reparticiones públicas de sancionar a los vehículos de transporte público cuando violan disposiciones referentes a cumplimiento de rutas o de las normas de seguridad en lo referente a transporte de pasajeros o de carga.
6. La tarea de contratación de obras públicas, concesiones y similares. Así, el órgano ejecutivo tiene que aprobar los contratos referentes a estas actividades como, por ejemplo, los de explotación petrolera y minera; o de los de construcción de edificios, vías de comunicación, etcétera, que se pagan con fondos del Estado.

En adición a estas funciones propiamente administrativas, se reconoce al órgano Ejecutivo algunas otras atribuciones que son conocidas como actos de gobierno y que son decisiones de validez general que tienen un régimen jurídico especial. Así, caen dentro de este régimen muchas de las atribuciones dadas a la Presidencia de la República por el artículo 118 de la Constitución.

Finalmente, está la atribución del ejecutivo para reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas (artículo 118 inciso 8 de la Constitución de 1993). Se ha discutido extensamente sobre esta atribución en la doctrina pero es evidente que el reglamento tiene una importancia trascendental dentro del ordenamiento jurídico y que, desde el punto de vista del contenido, es una vía fundamental de creación de normas por el Poder Ejecutivo que se ejerce, invariablemente, mediante decretos supremos.

Pues bien, todas estas funciones del órgano ejecutivo son canalizadas normativamente a través de los decretos y resoluciones que hemos descrito en los párrafos anteriores desde el punto de vista de sus formalidades⁸¹. Esto plantea la necesidad de hacer algunas precisiones.

En primer lugar, de estas funciones se desprenden, en algunos casos, normas de carácter general y, en otros, normas de carácter particular.

Normas de carácter general serán las provenientes de los actos de gobierno que afectan a la generalidad (o a una parte importante) de la población. Tal es el caso de la suspensión de garantías. También se crean normas de carácter general para la organización de la administración pública (porque de ello dependerán sus funciones y la manera cómo se relacionen con ellas las personas individuales o jurídicas), para la tarea de reglamentar los procedimientos y, desde luego, en cumplimiento de la función de reglamentar las leyes. En virtud de ello, los decretos y resoluciones de los diversos niveles que contengan este tipo de mandatos deben ser considerados parte de la legislación dentro del sistema jurídico peruano porque responden a la función normativa del órgano ejecutivo del Estado. En adelante los llamaremos disposiciones normativas⁸².

Por el contrario, aquellos decretos y resoluciones que se refieren a problemas de naturaleza esencialmente individual o particular, como la resolución sobre peticiones, derechos y obligaciones de las personas o los que se refieren a resolución administrativa de conflictos y a los asuntos de contratación, son normas administrativas que no ingresan al sistema legislativo nacional por no crear normas generales sino mandatos de naturaleza individual (normalmente además, en cumplimiento de las normas legislativas generales, sean la Constitución, las leyes o normas con rango de ley, o los propios decretos y resoluciones de carácter general). Estos decretos y resoluciones pertenecen a la función ejecutiva del órgano Ejecutivo del Estado y los llamaremos disposiciones resolutivas.

En resumen, concluimos diciendo que no todos los decretos supremos, resoluciones supremas, ministeriales, directorales, etcétera, son parte de la legislación peruana. Solo gozan de tal condición los que constituyen disposiciones normativas. Frente a esto

⁸¹ No debemos olvidar el caso de la legislación delegada que en el pasado se canalizó mediante Decretos Supremos. Hoy se verifica mediante Decretos Legislativos.

⁸² El decreto supremo 018-97-PCM del 18 de abril de 1997 establece, en su artículo 3, la siguiente definición de norma de carácter general: «[...] se entiende por normas de carácter general a aquellas a partir de cuyo texto no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas, o a aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas, y que dada la naturaleza del dispositivo, su contenido debe ser puesto en conocimiento de todas las personas, pues podría demandar de cualquiera de ellas, el cumplimiento de una obligación o un derecho, o generar otra consecuencia jurídica».

hay dos asuntos importantes: el primero, que a veces será algo difícil distinguir unos de otros y, el segundo, que es necesaria una reformulación de este tipo de normas desde el punto de vista formal, a fin de que los decretos y resoluciones actualmente conocidos, no sirvan indistintamente como disposiciones normativas y resolutivas. Líneas generales de esta necesaria racionalización han sido aportadas en diversos trabajos. Además de los ya citados en esta parte pertenecientes a Alberto Bustamante y a nosotros, existen algunos esfuerzos oficiales que nunca se concretaron.

Conociendo ya cuáles son las formalidades, contenidos y características de los decretos y resoluciones dentro de nuestra legislación, pasaremos a reseñar los principios de supraordinación por los que se rigen. Todos ellos están subordinados a la Constitución y las normas con rango de ley por los principios de constitucionalidad y de legalidad. Ello resulta claro de los aspectos teóricos que venimos desarrollando y, particularmente, de las siguientes normas de derecho positivo:

- El inciso 8 del artículo 118 de la Constitución de 1993 que autoriza a la Presidencia de la República a dictar reglamentos, decretos y resoluciones sin transgredir ni desnaturalizar las leyes (y naturalmente, la Constitución).
- Los artículos 138 segundo párrafo y 200 inciso 5 de la Constitución de 1993.

Entre sí, los decretos y resoluciones se supraordinan en virtud de los principios de competencia y jerarquía del órgano que dicta la norma, en ese orden de aplicación. El Tribunal Constitucional dice lo siguiente respecto de ambos principios:

d) Principio de jerarquía funcional en el órgano legislativo

Expresa que a falta de una asignación específica de competencia, prima la norma producida por el funcionario u órgano funcional de rango superior. Se aplica preferentemente al interior de un organismo público⁸³.

Es otra forma de decir lo mismo: primero se analiza la competencia otorgada al órgano y, si ella no existe, se analiza su jerarquía.

El principio de *competencia* señala que el decreto o resolución válido para normar un aspecto determinado de la realidad, es el que emana de la autoridad o funcionario que ha recibido la atribución de resolverlo. Así, si una ley establece que el Ministro de Pesquería es el funcionario que debe señalar los períodos de veda para la captura

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 03 de octubre del 2003 en el Exp_0005_2003_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por sesenta y cuatro Congresistas de la República, representados por el Congresista Jonhy Lescano Ancieta, contra los artículos 1°, 2°, 3°, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la ley 26285.

de determinadas especies marinas, la norma válida para establecer dicha veda será la resolución ministerial correspondiente y no resolución directoral, subdirectoral, ni aun una resolución suprema o un decreto supremo.

Resulta evidente que, al mismo tiempo, no podría darse por el Ministro una resolución ministerial señalando tal período como de veda y por el Presidente de la República y el mismo ministro (o eventualmente el Consejo de Ministros), un decreto supremo señalando otro período porque los criterios del Presidente y del Ministro serían distintos y, en tal caso, o este se somete o será obligado a dimitir. Sin embargo, sí puede ocurrir que con alguna diferencia de tiempo, se produzcan dos mandatos distintos sobre la misma materia, uno con participación del Presidente y otro sin ella, porque la gran cantidad de decretos y resoluciones existentes permiten pensar razonablemente que, en el momento de tomar una decisión política o administrativa determinada, no sea posible rastrear todas las normas anteriores que están en vigencia.

Por lo tanto, y en esa eventualidad, prima la norma del funcionario competente y no aquella en la que participa un funcionario de más alto rango.

Como podrá apreciarse, el principio supraordinador de competencia, no es sino una derivación del principio de legalidad (o dado el caso de constitucionalidad), en la medida que es por obediencia a la norma con rango de ley, o a la Constitución, que debe respetarse las competencias por ellas asignadas. Es por esto que el principio de competencia es más importante que el de la jerarquía del órgano que dicta la norma en materia de decretos y resoluciones.

Según el principio de jerarquía del órgano que dicta la norma, y a falta de una asignación específica de competencia tal como hemos visto, primará desde el punto de vista jurídico, la norma producida por el funcionario u órgano superior sobre la norma producida por el funcionario u órgano inferior. En este sentido, la jerarquía de los derechos y resoluciones será la siguiente según orden de importancia: decreto supremo; resolución suprema; resolución ministerial; resolución viceministerial; resolución directoral general; resolución subdirectoral, etcétera.

Fuera de estos principios, rigen en este aspecto de nuestra legislación otros principios que señalamos oportunamente para las normas con rango de ley:

1. Salvo que la disposición señale lo contrario, su validez es permanente.
2. Una disposición puede ser derogada o modificada por otra de su mismo rango.
3. La disposición posterior del mismo rango, prima sobre la disposición anterior.
4. La disposición especial del mismo rango prima sobre la general, y cualquiera de ellas sobre la disposición particular.

En este último punto, sin embargo, es necesario hacer una precisión: cuando hablamos de disposición general y especial no aludimos a la distinción hecha anteriormente entre disposiciones normativas y resolutivas.

Disposiciones resolutivas son aquellas que resuelven sobre peticiones, derechos, obligaciones, sanciones, contratación y similares; normas que, como hemos visto, no se integran a lo que hemos denominado el sistema legislativo por emanar de la función ejecutiva del órgano Ejecutivo del Estado.

Disposiciones especiales son aquellas disposiciones normativas que, aplicándose a actividades o grupos específicos, tienen carácter de normas generales y, por tanto, ingresaron dentro de la legislación, por ser parte de la función normativa del órgano Ejecutivo del Estado.

Expuestos los principios de supraordinación, podemos entonces hacer un cuadro descriptivo de las diferentes clases en que consisten los decretos y resoluciones:

Tipo de disposición	Ejemplo
Normativas generales	Normas sobre sueldos y salarios para los trabajadores.
Normativas especiales	Normas sobre sueldos y salarios de los trabajadores de construcción civil.
Resolutivas	Resolución de un conflicto entre trabajador y empleador, sea de construcción civil o de cualquier otra rama de la actividad económica.

De estos tres ejemplos, resulta claro que, para el caso de construcción civil, sus disposiciones normativas especiales primarán sobre las disposiciones normativas generales referidas a toda la actividad económica. Igualmente, es claro que las disposiciones resolutivas deberán estar siempre sometidas a sus formal pero no jerárquicamente similares disposiciones normativas.

2.1.5. *Otras resoluciones*

En adición a las resoluciones que hemos visto en el acápite anterior hay otras varias que existen actualmente en nuestro sistema legislativo y que no son originadas en el órgano Ejecutivo del Estado. Los casos existentes son varios. Aquí solo nos referimos a los expresamente contenidos en la Constitución que son los siguientes:

Uno es el del Banco Central de Reserva que dicta resoluciones sobre las materias que caen en su esfera de competencia. La norma es:

Artículo 84. [...] La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica.

Otro es el de la Oficina Nacional de Procesos Electorales que dicta normas para los comicios nacionales, función que ya era reconocida antes al Jurado Nacional de Elecciones, encargado de las mismas tareas antes de la actual Constitución. La norma es:

Artículo 186. La Oficina Nacional de Procesos Electorales dicta las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios. Estas disposiciones son de cumplimiento obligatorio para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

3. EL PLANO LEGISLATIVO REGIONAL

La legislación de regionalización del país establece diversas competencias para los gobiernos regionales que ellos deben ejecutar en su tarea de gobierno. Para tal efecto, estos gobiernos cuentan con muchas atribuciones específicas y, dentro de ellas, se encuentran las de dictar normas jurídicas. Dice el artículo 37 de la ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales:

Ley 27867, artículo 37. Normas y disposiciones regionales

Los gobiernos regionales, a través de sus órganos de gobierno, dictan las normas [...] siguientes:

- a) El Consejo Regional: Ordenanzas Regionales [...].
- b) La Presidencia Regional: decretos regionales [...].

El artículo también permite, en los lugares en que están los puntos suspensivos de nuestra cita, la emisión de acuerdos del Consejo Regional y de resoluciones regionales por la Presidencia. Sin embargo este tipo de disposiciones no forman parte de la legislación por lo que nos ocupamos de ellas aquí.

Sobre las ordenanzas regionales dice el artículo 38 de la misma Ley Orgánica de Gobiernos Regionales:

Ley 27867, artículo 38. Ordenanzas regionales

Las ordenanzas regionales norman 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.

Como puede apreciarse, las ordenanzas regionales son normas generales aplicables en la región y, para su ámbito territorial, adquieren la condición de normas con rango de ley.

Por su parte, los decretos regionales son regulados de la siguiente manera por el artículo 40 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales:

Ley 27867, artículo 40. Decretos regionales

Los decretos regionales establecen normas reglamentarias para la ejecución de las Ordenanzas Regionales, sancionan los procedimientos necesarios para la administración regional y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés ciudadano.

Los decretos regionales son aprobados y suscritos por la Presidencia Regional, con acuerdo del directorio de gerencias regionales.

También los decretos regionales establecen normas de carácter general y por tanto forman parte de la legislación regional. Corresponden a la atribución de dictar normas generales que tiene la Presidencia Regional que es un órgano ejecutivo dentro de las Regiones y, por consiguiente, pertenecen al rango de los decretos y resoluciones (semejante al tercer rango en el ámbito de la legislación nacional) y están sometidos a las Ordenanzas Regionales.

El artículo 43 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales ratifica el rango de ley de las Ordenanzas Regionales y el rango de decretos y resoluciones para los decretos regionales al someterlos, respectivamente, a la acción de inconstitucionalidad de las leyes (contenida en el artículo 200 inciso 4 de la Constitución) y a la acción popular (contenida en el artículo 200 inciso 5 de la Constitución) respectivamente:

Ley 27867, artículo 43. Garantías del ordenamiento regional

Las ordenanzas y decretos regionales pueden impugnarse mediante los mecanismos de acción de inconstitucionalidad y acción popular, respectivamente, en la vía correspondiente.

En general, todas las normas dictadas por los gobiernos regionales, están sometidas a la legislación nacional. Lo dice expresamente la ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, en su artículo 11:

Ley 27783, artículo 11. Ordenamiento jurídico y publicidad de las normas

11.1. La normatividad expedida por los distintos niveles de gobierno, se sujeta al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República.

El artículo 36 de la ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, complementa y aclara a la norma anterior al establecer lo siguiente:

Ley 27867, artículo 36. Generalidades

Las normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro Gobierno Regional ni de los otros niveles de gobierno [...].

Aquí se precisa que las normas dictadas por el Gobierno Regional «se adecúan al ordenamiento jurídico nacional» y por tal no solo debemos entender a la Constitución y las leyes como dice el párrafo 11.1 del artículo 11 de la ley 27783 antes citado, sino también a las demás normas generales emitidas por el Gobierno Nacional, incluidas las disposiciones dictadas por el Poder Ejecutivo y los demás órganos nacionales del Estado con atribución de dictar normas de carácter general. Estas normas, como sabemos, se hayan reguladas en su emisión por el artículo 118 inciso 8 de la Constitución.

Pero, a la propia vez, los órganos del Gobierno Nacional (específicamente el Legislativo y el Ejecutivo), están prohibidos de dictar normas en los aspectos que conciernen a las atribuciones dadas exclusivamente a los gobiernos regionales. Lo dice la misma Ley de Bases de la Descentralización:

Ley 27783, artículo 10. Carácter y efecto de las normas

10.1. La normatividad que aprueben los distintos niveles de gobierno en el marco de sus atribuciones y competencias exclusivas, son de cumplimiento obligatorio en sus respectivas jurisdicciones.

10.2. Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales y locales.

Quedan así claramente establecidos los criterios generales aplicables a la relación de jerarquía existente entre las normas nacionales y regionales que podemos resumir de la siguiente forma:

La legislación regional en general (tanto las ordenanzas regionales como los decretos regionales), debe ser compatible con la Constitución y las leyes de la República. En este caso, hay que aclarar que, en nuestro concepto, cuando se dice «las leyes» no se está aludiendo solamente a las normas rango de ley sino, inclusive, a los reglamentos, decretos y resoluciones de carácter general dictados por el Poder Ejecutivo y los organismos autónomos de nivel nacional, en ejercicio de sus funciones.

El Poder Legislativo y el Ejecutivo están prohibidos de dictar normas generales en relación a las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales. Si lo hacen, sus normas serán inválidas y primarán las que hayan dictado los gobiernos regionales.

Dentro de la legislación regional, las ordenanzas regionales tienen mayor rango que los decretos regionales. Por consiguiente, estos no pueden transgredir ni desnaturalizar a aquellas, en aplicación analógica del artículo 118 inciso 8 de la Constitución (que está dictado para el plano nacional de las normas jurídicas).

4. EL PLANO LEGISLATIVO MUNICIPAL

En el plano legislativo municipal, correspondiente a los gobiernos locales, las normas generales existentes como parte de la legislación del Estado son las ordenanzas y los decretos de alcaldía. Como en el caso de los gobiernos regionales, los órganos municipales también pueden emitir resoluciones y acuerdos, pero ellos no integran la legislación municipal.

Según el artículo 194 de la Constitución, existen concejos municipales provinciales y distritales. Ambos tipos de concejo comparten las atribuciones que les asigna el artículo 195 de la Constitución. La Ley Orgánica de Municipalidades (ley 27972 del 26 de mayo del 2003) es más específica aún en estas funciones y para un estudio más detallado que el que corresponde a este libro, es indispensable consultarla.

Las normas generales que se integran a la legislación del Estado y que pueden dictar los gobiernos locales están señaladas en el artículo 39 de la Ley Orgánica de Municipalidades:

Ley 27972, artículo 39. Normas Municipales

Los concejos municipales ejercen sus funciones de gobierno mediante la aprobación de ordenanzas [...].

El alcalde ejerce las funciones ejecutivas de gobierno señaladas en la presente ley mediante decretos de alcaldía.[...].

En relación a las ordenanzas, dice la Ley Orgánica de Municipalidades:

Ley 27972, artículo 40. Ordenanzas:

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, 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.

Como puede apreciarse, las ordenanzas municipales dictan normas de carácter general y, contra ellas, se interpone la acción de Inconstitucionalidad de las Leyes como expresamente manda el artículo 200 inciso 4 de la Constitución. Esto ha quedado también establecido en el artículo 52 de la Ley Orgánica de Municipalidades:

Ley 27972, artículo 52. Acciones judiciales:

Agotada la vía administrativa proceden las siguientes acciones:

Acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra las ordenanzas municipales que contravengan la Constitución [...].

Sobre los decretos de alcaldía, la Ley Orgánica de Municipalidades manda lo siguiente:

Ley 27972, artículo 42. Decretos de alcaldía

Los decretos de alcaldía 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.

También los decretos de alcaldía contienen normas de carácter general y tienen equivalencia, en su ámbito de gobierno local, a los decretos y resoluciones del tercer rango del plano legislativo nacional. Contra ellos, según la Ley Orgánica de Municipalidades, se interpone la acción popular contenida en el artículo 200 inciso 5 de la Constitución:

Ley 27972, artículo 52. Acciones judiciales

Agotada la vía administrativa proceden las siguientes acciones:

[...] 2. Acción popular ante el Poder Judicial contra los decretos de alcaldía que aprueben normas reglamentarias y/o de aplicación de las ordenanzas o resuelvan cualquier asunto de carácter general en contravención de las normas legales vigentes.

Como ya señalamos que ocurría en el plano regional, también en el caso de los gobiernos locales, las normas que dictan están sometidas a la legislación nacional por mandato del artículo 11 de la Ley de Bases de la Descentralización ya citado anteriormente en la parte referente a la legislación del plano regional. Como dijimos en aquella parte, las normas municipales de carácter general deben ser conforme a la legislación nacional en general y no solo a la Constitución y a las normas con rango de ley. Esto quiere decir que también deben ser conformes a las normas generales de tercer rango dictadas por el Poder Ejecutivo y los demás órganos del Gobierno Nacional con atribución

de dictar normas generales, cuya emisión se haya regulada por el artículo 118 inciso 8 de la Constitución.

También se aplica en el caso de los gobiernos locales, la norma del párrafo 10.2 del artículo 10 de la ley 27783, Ley de Bases de la Descentralización, que establece que «Los Poderes Legislativo y Ejecutivo, no pueden afectar ni restringir las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos regionales y locales».

A su vez, el artículo 38 de la Ley Orgánica de Municipalidades dice al respecto:

Ley 27972, artículo 38.

[...] Las autoridades políticas, administrativas y policiales, ajenas al gobierno local, tienen la obligación de reconocer y respetar la preeminencia de la autoridad municipal en los asuntos de su competencia y en todo acto o ceremonia oficial realizada dentro de su circunscripción. Dichas autoridades no pueden interferir en el cumplimiento de las normas y disposiciones municipales que se expidan con arreglo al presente subcapítulo, bajo responsabilidad.

Por consiguiente, se aplican también en este caso los siguientes criterios generales de jerarquía entre las normas nacionales y de los gobiernos locales:

La legislación de los gobiernos locales (tanto las ordenanzas como los decretos de alcaldía) debe ser compatible con la constitución y las leyes de la república. Cuando se dice «las leyes» se alude a los rangos segundo y tercero de la legislación nacional.

El Poder Legislativo y el Ejecutivo están prohibidos de dictar normas generales en relación a las competencias constitucionales exclusivas de los gobiernos locales. Si lo hacen, sus normas serán inválidas y primarán las que hayan dictado los gobiernos regionales.

Dentro de la legislación de los gobiernos locales, las ordenanzas tienen mayor rango que los decretos de alcaldía. Por consiguiente, estos no pueden transgredir ni desnaturalizar a aquellas, en aplicación analógica del artículo 118 inciso 8 de la Constitución (que está dictado para el plano nacional de las normas jurídicas).

Finalmente, hay que señalar que el gobierno regional y el gobierno local son dos planos distintos de organización del Estado peruano, cada uno con sus competencias asignadas por la Constitución y la Ley. Por consiguiente, las normas generales de uno y otro nivel no están jerarquizadas entre sí sino que cada uno de ellos debe dictar las que respondan a las atribuciones que les han sido asignadas. Ninguno de los dos deberá dictar normas generales invadiendo las competencias del otro porque en ese caso, las normas dictadas carecerán de valor. Si hubiere algún conflicto de competencias entre un Gobierno Regional y un Gobierno Local, el órgano encargado de resolverlo será el Tribunal Constitucional en aplicación del artículo 202 inciso 3 de la Constitución.

PLANOS DE LA LEGISLACIÓN COMO FUENTE DE DERECHO

PLANO NACIONAL

Nivel Jerárquico	Tipo de norma	Principios de supraordinación	Principios internos
Primero	Constitución y leyes constitucionales	Constitucionalidad	
	Tratados referentes a materia constitucional o a derechos humanos		
Segundo	Otros tratados	Legalidad	Vigencia permanente salvo disposición expresa
	Leyes		Posterior prima sobre anterior
	Decretos legislativos		Especial prima sobre general
	Decretos de urgencia		Vigencia desde el día siguiente a su publicación, salvo disposición en contrario
	Decretos leyes		
Tercero	Decreto supremo	Competencia	Vigencia permanente salvo disposición expresa
	Resolución suprema		Posterior del mismo rango prima sobre anterior
	Resolución ministerial	Jerarquía del órgano que dicta la norma	Especial del mismo rango prima sobre general
	Resolución directoral		Modificación o derogación por norma del mismo rango
	Resoluciones especiales		Vigencia desde el día siguiente a la publicación de los decretos supremos
			Vigencia desde el mismo día de su dación para las resoluciones

PLANO REGIONAL

Subordinado al nacional pero con respeto a sus normas específicas

Nivel Jerárquico	Tipo de norma	Principios de supraordinación	Principios internos
Primero	Ordenanzas regionales	Legalidad regional	Vigencia permanente salvo disposición expresa
Segundo	Decretos regionales	Competencia ejecutiva regional	Especial prima sobre general
			Vigencia desde el décimo día siguiente a su publicación, salvo disposición en contrario

PLANO LOCAL (MUNICIPAL)

Subordinado al regional pero con respeto a sus competencias específicas

Nivel Jerárquico	Tipo de norma	Principios de supraordinación	Principios internos
Primero	Ordenanzas municipales	Constitucionalidad	
		Legalidad local	
Segundo	Decretos de alcaldía	Competencia ejecutiva local	Posterior prima sobre anterior
			Especial prima sobre general
			Modificación o derogación por norma del mismo rango
			Vigencia desde el décimo día siguiente al de su publicación

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- ABAD YUPANQUI, Samuel (2006). *Constitución y procesos constitucionales*. Lima, Palestra.
- ALAYZA Y PAZ SOLDÁN, Toribio (1927). *Derecho Administrativo General del Perú*. Lima, Sanmarti.
- BOCKENFORDE, E. (1996), «*Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale*», en G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO y J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, pp. 234-235.
- BUSTAMANTE, Alberto (1979). «El gobierno y la Administración en la Constitución», en *Apuntes N° 9*. Lima.
- CIURLIZZA, Javier (1995). «La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993 retrocesos y conflictos». En VARIOS AUTORES, *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios II*. Lima, Comisión Andina de Juristas.
- CONSTANT, Benjamín (1970). *Principios de Política*. Madrid, Aguilar.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1990). *La nulidad de los decretos supremos. Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DONAYRE PASQUEL, Patricia (2001). *Los decretos legislativos en el Perú*. Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco José (1994). «La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993». En VARIOS AUTORES, *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*. Lima, Comisión Andina de Juristas.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2005). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FURNISH, Dale B. (1972). *La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano*. En *Derecho PUC N° 30*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FURNISH, Dale B. (1990). «La 'Revisión Judicial' de la Constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos». En *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, Temis.
- KELSEN, Hans (1965). *Teoría pura del Derecho*, capítulo IX. Buenos Aires, Eudeba.
- MORALES LUNA, Félix (2018). *La regla de reconocimiento del sistema jurídico peruano. Estudio analítico de las fuentes del derecho peruano*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ORBEGOSO VENEGAS, Sigifrido (2002). *Poder constituyente y otros ensayos*. Trujillo, Normas Legales.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo (1966). *El Contrato Social*, libro II, capítulo IV. Madrid, Taurus (allí aclara que la voluntad general es absoluta frente al individuo en su calidad de súbdito).

RUBIO CORREA, Marcial (1978). «La actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico», en *Apuntes N° 8*, Lima.

RUBIO CORREA, Marcial (2005). «La vigencia y validez de las normas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Themis, Revista de Derecho N° 51*. Lima, Asociación Civil Themis.

RUBIO CORREA, Marcial (2005). «¿Qué es “La Ley” en la Constitución?» En *Academia Peruana de Derecho. Homenaje a Max Aras Schreiber Pezet*. Lima, Gaceta Jurídica.

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos (1957). *El poder constituyente*. Buenos Aires, Bibliografía Argentina.

SIEYES, Emmanuel Joseph (1973). *¿Qué es el tercer Estado?* Madrid, Aguilar.

DOCUMENTOS

Será útil leer la sentencia del Tribunal Constitucional en la que este desarrolló sus ideas sobre las fuentes del derecho. Es la correspondiente al expediente 0047-2004-AI/TC, emitida el 24 de abril de 2006. Se puede consultar en la página del Tribunal Constitucional (www.tc.gob.pe). Dentro de ella, elegir el botón JURISPRUDENCIA y buscar con la expresión: 0047-2004-AI. Normalmente, la sentencia buscada será la penúltima de la lista que aparece.

CAPÍTULO 5

LA JURISPRUDENCIA COMO FUENTE DEL DERECHO

OBJETIVOS

1. Comprender los conceptos lato y estricto de la jurisprudencia judicial.
2. Comprender los conceptos lato y estricto de la jurisprudencia administrativa.
3. Comprender la relación de subordinación (y las excepciones a ella) existente entre la jurisprudencia administrativa y la judicial, mediante la acción contencioso-administrativa.
4. Identificar los rasgos generales del procedimiento judicial en sus principales variantes y su relación con la jurisprudencia.
5. Identificar los rasgos generales del procedimiento administrativo en sus principales variantes y su relación con la jurisprudencia.
6. Precisar la relación de subordinación que tiene la jurisprudencia frente a la legislación, al tiempo que se aprecia la flexibilidad y creatividad de la función jurisdiccional.
7. Comprender el principio de la jurisprudencia como precedente vinculatorio y cuándo se aplica en nuestro derecho.
8. Ubicar los principios aplicables a la administración de justicia en el articulado constitucional.

Para lograr una cabal comprensión del rol que juega la jurisprudencia en el derecho peruano, tenemos que recurrir a tres elementos distintos: uno es la teoría jurídica al respecto, otro son los usos que en relación a la jurisprudencia hay en el medio jurídico peruano y, finalmente, el tercero es una aproximación global a la estructura del Poder Judicial y al rol que cumple la administración pública en la resolución de los conflictos sociales.

1. SENTIDOS Y SIGNIFICADOS DEL VOCABLO «JURISPRUDENCIA»

Jurisprudencia, en sentido lato, son las resoluciones que los magistrados judiciales emiten en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, para solucionar los conflictos a ellos sometidos, que se suscitan entre los individuos o entre estos y la sociedad. En el lenguaje jurídico puede hablarse de «una jurisprudencia», es decir, de una resolución de los tribunales sobre un caso determinado o de «la Jurisprudencia» que sería el conjunto de resoluciones de los tribunales.

Jurisprudencia en sentido estricto se refiere más propiamente a las resoluciones que emite el máximo tribunal, pero no a las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él. Como en el concepto en sentido lato, aquí también puede hablarse de «una jurisprudencia» o de «la Jurisprudencia».

Como puede apreciarse, hasta aquí hemos dicho que la jurisprudencia proviene de los tribunales de justicia. Así se debe entender que ocurre en el sentido clásico del concepto. Sin embargo, en los tiempos actuales, también la administración pública, en especial la que depende del Poder Ejecutivo⁸⁴, se ocupa de resolver muchas situaciones particulares de conflicto emitiendo resoluciones. Esta injerencia de la administración en la solución de conflictos es creciente y se explica por el aumento y complejidad de las funciones que cumple el Estado en la actualidad.

Así entonces, tenemos también la jurisprudencia administrativa, que es aquella que producen diversos órganos de la administración pública para solucionar problemas jurídicos que caen bajo su competencia. La jurisprudencia administrativa se asemeja a la jurisprudencia de los tribunales en que las dos resuelven conflictos; la diferencia entre ambas consiste en que la jurisprudencia administrativa es generada por la administración pública, en tanto que la otra lo es por el Poder Judicial. Por lo demás, a la jurisprudencia administrativa puede aplicarse también lo dicho sobre sentido lato (producida por cualquier órgano administrativo competente), sentido estricto

⁸⁴ Sobre Poderes del Estado ver la primera parte de este libro y también el texto introductorio a esta parte, sobre fuentes del Derecho.

(la producida por el órgano administrativo de mayor jerarquía en el procedimiento de que se trate), así como la distinción entre *una* jurisprudencia administrativa y *la* Jurisprudencia Administrativa.

Hasta este punto del desarrollo, lo que nos interesa es que queden claros los conceptos de jurisprudencia y jurisprudencia administrativa, así como sus variantes en sentido lato y estricto. Como veremos posteriormente, la jurisprudencia administrativa puede ser impugnada ante el Poder Judicial bajo ciertas condiciones y requisitos. Sin embargo, para comprender adecuadamente todo ello, así como la relación entre jurisprudencia y otras fuentes del derecho, tenemos primero que hacer una breve descripción de la estructura y funcionamiento procesal del Poder Judicial y de la administración pública. Así, podremos comprender perfectamente todo lo referente a la jurisprudencia como fuente del derecho.

2. LA ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DEL PODER JUDICIAL⁸⁵

Las líneas generales de estructura y funcionamiento del Poder Judicial están señaladas en la Constitución, que establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

2.1. La potestad jurisdiccional

La administración de justicia o potestad jurisdiccional es una de las tres clásicas potestades del Estado (las otras dos son la legislativa y la ejecutiva). Desde el siglo XVIII, el Estado contemporáneo ha sido organizado de tal manera que tres órganos (el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial), compartan estas potestades para que ninguno pueda hegemonizar el poder tiránicamente.

Así, las leyes que dicta el órgano legislativo no pueden ser derogadas por ningún otro órgano en ejercicio de sus funciones normales (a menos que, excepcionalmente, se trate de la acción de inconstitucionalidad de las leyes, o que el Congreso delegue su potestad legislativa al ejecutivo) y las decisiones de gobierno que adopta el ejecutivo tampoco pueden ser enervadas en ejercicio de funciones normales por órgano distinto (salvo el caso extraordinario en el que el Poder Judicial actúa resolviendo las acciones

⁸⁵ Naturalmente, vamos a dar una visión sintética y simplificada sobre el punto, solo en tanto es necesario para entender el problema de la Jurisprudencia. Las normas sobre estructura del Poder Judicial se encuentran en la Constitución pero también (y detalladamente) en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las leyes procesales son el Código Procesal Civil y el Código Procesal Penal.

de garantía constitucional: hábeas corpus, amparo y acción popular, pero todo esto solo ocurre por la supremacía que tienen la Constitución o, en su caso, la ley). En materia jurisdiccional teniendo en cuenta que la Constitución encarga la potestad jurisdiccional al Poder Judicial, sus decisiones son inmodificables y obligatorias en este terreno.

En buena cuenta, la potestad jurisdiccional puede ser definida como aquella atribución del poder del Estado que le permite resolver válida y definitivamente los conflictos que se presentan en la sociedad.

El hecho de que el Poder Judicial tenga la potestad jurisdiccional no implica, sin embargo, que sea el único órgano del Estado que puede resolver conflictos. De hecho, otros órganos también tienen esa atribución resolutoria (en especial el Poder Ejecutivo), de forma tal que lo que más propiamente quiere decir es que la última decisión en la resolución de conflictos, la tiene el Poder Judicial (salvo, como veremos, en asuntos de justicia militar y de tribunales arbitrales).

Esto significa que las resoluciones que emite el Poder Judicial no pueden ser revisadas por ningún otro organismo y, al mismo tiempo, que las resoluciones que emiten otros organismos con capacidad de resolver conflictos (especialmente el Poder Ejecutivo), son revisadas y resueltas definitivamente por el Poder Judicial (esto último ocurre a través de la Acción Contencioso Administrativa). Solo las resoluciones que emite el Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral escapan a esta regla.

2.2. La estructura del Poder Judicial

El Poder Judicial está estructurado con 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. (Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por decreto supremo 017-93-JUS del 28 de mayo de 1993, artículos 26 inciso 1, y 28 a 35).
2. Las cortes superiores de justicia, en los respectivos distritos judiciales dentro de los cuales tienen competencia. También se organizan en salas (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 26 inciso 2, y 36 a 44).
3. Los juzgados especializados y mixtos, en las provincias respectivas. Estos juzgados pueden ser civiles, penales, laborales, de familia y de otras especialidades (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 26 inciso 3, y 46 a 53).

4. Los juzgados de paz letrados, en la ciudad o población de su sede (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 26 inciso 4).
5. Los juzgados de paz (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 26 inciso 5).

La estructura del Poder Judicial es, así, como una pirámide en cuya cúspide se halla la Corte Suprema de Justicia, su máximo organismo jerárquico con competencia en todo el territorio de la República. Para ejercer jurisdicción, la Corte Suprema está organizada en salas especializadas de cinco vocales cada una según las siguientes materias: Civil, Penal y de Derecho Constitucional y Social (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 30).

En el grado siguiente de hallan las cortes superiores, que encabezan cada distrito judicial, jerárquicamente sometidas a la Corte Suprema. Las cortes superiores pueden contar con salas especializadas o mixtas que señala el Consejo de Gobierno del Poder Judicial, según las necesidades judiciales de cada distrito. Dichas salas pueden ser civiles, penales, laborales y agrarias (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 37, 40, 41, 42 y 43). Según la misma Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 39, las salas de las cortes superiores resuelven en segunda y última instancia, con las excepciones que establece la ley.

Luego están los juzgados especializados y mixtos que pueden ser civiles, penales, laborales, de familia y de otras especialidades. Todos ellos tienen la misma jerarquía y debe existir cuando menos uno (de especialidades, o mixto que reúna varias especialidades en sí mismo) en cada provincia (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 46 y 47).

Finalmente, están los juzgados de paz letrados en los distritos que alcancen volumen demográfico y reúnan los requisitos que establezca el Consejo de Gobierno del Poder Judicial (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 54), y los juzgados de paz en centros poblados que reúnan la población y requisitos que establezca el mismo Consejo (Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 61).

Los distritos judiciales han sido establecidos sobre la base de la demarcación política departamental y provincial del Perú aunque no coinciden exactamente con ellos. Lima ha sido dividida en más de un distrito judicial.

2.3. El funcionamiento del Poder Judicial

El Poder Judicial tiene como función primordial el ejercicio de la potestad jurisdiccional, es decir, la administración de justicia. Para llevar a cabo esta labor, debe cumplir con determinadas garantías y procedimientos establecidos en la legislación.

Estos procedimientos están diseñados para lograr que las partes en litigio tengan la mayor seguridad de poder probar lo que alegan y, así, obtener una solución lo más correcta posible.

Las garantías fundamentales (no las únicas) para una mejor administración de justicia, están contenidas en la Constitución. En realidad, esas garantías son también derechos humanos vinculados al procedimiento judicial.

En adición a estas garantías, están los aspectos propios del procedimiento, es decir, el trámite que siguen los juicios ante el Poder Judicial. Vamos a dividir el tratamiento de este punto en tres partes: jurisdicción y competencia, procedimiento civil y procedimiento penal. En cada caso, solo describiremos los aspectos generales, en la medida que aquí nos interesa desarrollar el tema de la jurisprudencia, pero no hacer un análisis detallado del procedimiento.

2.3.1. Jurisdicción y competencia

La jurisdicción es la atribución que tienen todos los magistrados del Poder Judicial, que han sido nombrados debidamente en sus cargos, de administrar justicia en nombre del Estado. La jurisdicción es, así, la característica distintiva del magistrado judicial: la tiene cada uno de ellos y no la tiene ningún otro funcionario.

La competencia es la atribución que tiene cada magistrado judicial, de ejercitar su jurisdicción en un tipo determinado de casos y no en otros (que son competencia de otros magistrados).

Por ejemplo, el juez civil y el penal tienen ambos jurisdicción pero tienen competencia distinta por razón de la materia: lo civil lo ve el juez civil y lo penal el juez penal.

Entonces, si bien todos los magistrados judiciales tienen jurisdicción, cada uno de ellos tiene competencia distinta según diversas variables (turno, lugar, cuantía de lo demandado, etcétera). Esto determina que, según de qué acción se trate y cuál procedimiento deba seguirse, el mismo juez cumpla funciones distintas en razón de las diversas competencias que le correspondan.

2.3.2. El procedimiento civil

Los detalles del proceso civil son demasiado complejos para abordarlos en este capítulo sobre jurisprudencia. Por ello nos limitaremos a describir muy brevemente las reglas que sigue el patrón procesal general adoptado por el Código Procesal Civil aprobado por decreto legislativo 768 del 29 de febrero de 1992.

1. *Demanda*. El procedimiento se inicia con el ejercicio del derecho de acción, presentando una demanda por escrito (Código Procesal Civil, artículo 424). El derecho de acción se ejercita a través de la presentación de la demanda.

El derecho de acción está definido en el Artículo 2 del Código Procesal Civil:

Por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y en forma directa o a través de representante legal o apoderado, puede recurrir al órgano jurisdiccional pidiendo la solución a un conflicto de intereses intersubjetivo o a una incertidumbre jurídica.

Supongamos que esta demanda se interpone ante un juez especializado en materia civil.

2. *Contestación*. Esta demanda debe ser contestada por el demandado (Código Procesal Civil, artículo 442), dentro de un plazo cuya extensión varía según las distintas vías procedimentales previstas en el Código.
3. *Saneamiento del proceso*. Tramitado el proceso de la manera antedicha, y suponiendo que no hubiera problemas ni accidentes específicos que requieran complicaciones procesales, el juez expedirá resolución declarando la existencia de una relación jurídica procesal válida. (Código Procesal Penal, artículo 465).
4. *Audiencia conciliatoria*. Esta audiencia se realiza luego del saneamiento del proceso y tiene por finalidad principal propiciar la conciliación entre las partes. Si hay conciliación se levanta un acta que equivale a una sentencia con autoridad de cosa juzgada. Si no hay conciliación, se continuará con el proceso de probanza de hechos, para lo cual procederá a enumerar los puntos controvertidos entre las partes y, en especial, los que van a ser materia de prueba. (Código Procesal Penal, artículos 468 a 472). Estos puntos controvertidos son lo que desde Roma se llama la litis, es decir, la diferencia de posición entre las partes sometidas a juicio, que debe ser resuelta por el ejercicio de la potestad jurisdiccional.
5. *Audiencia de pruebas*. La audiencia de pruebas será dirigida personalmente por el juez bajo sanción de nulidad. En ella se realiza la actuación de las pruebas. Terminada la audiencia, la causa queda expedita para ser sentenciada (Código Procesal Penal, especialmente los artículos 202 y 211).
6. *Sentencia de primera instancia*. Según el artículo 121, última parte, del Código Procesal Civil: «Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes [...]».

7. *Apelación*. El recurso de apelación es uno de varios medios impugnatorios existentes. Según el artículo 355 del Código Procesal Civil, «Mediante los medios impugnatorios las partes o terceros legitimados solicitan que se anule, revoque o reforme un acto procesal afectado por vicio o error».

Sobre el recurso de apelación, el artículo 364 del Código Procesal Civil dice: «El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio con el propósito de que sea revocada, reformada o anulada, total o parcialmente».

La apelación habilita la competencia de la segunda instancia en el proceso. Por ejemplo, si este se había iniciado ante un Juez especializado civil, la apelación hará que el proceso suba a conocimiento de la sala civil de la Corte Superior que corresponde al distrito judicial del juez que sentenció.

8. *Sentencia de segunda instancia*. La Sala competente de la Corte Superior sentenciará en segunda y definitiva instancia. Con ello se habrá cumplido con el requisito constitucional de la instancia plural.
9. *Casación*. Según el artículo 384 del Código Procesal Civil, «El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia».

La casación se interpone, según ciertos requisitos establecidos en el Código Procesal Civil, artículos 385 a 389, contra la sentencia de segunda instancia para que la Sala competente de la Corte Suprema de la República revise cualquiera de estas causales (Código Procesal Civil, artículo 386):

- a. La aplicación indebida o la interpretación errónea de una norma de derecho material, así como de la doctrina jurisprudencial.
- b. La inaplicación de una norma de derecho material o de la doctrina jurisprudencial.
- c. La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, o la infracción de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales.

En otras palabras, mediante el recurso de casación se habilita la competencia de la Corte Suprema en el proceso, para que revise su legalidad, pero no para que vuelva a juzgarlo (como sí lo hace la segunda instancia). Esto quiere decir, hablando claro, que si la Corte Suprema encuentra que la legalidad del proceso

es adecuada, no puede invalidar la sentencia de segunda instancia aunque discrepe de ella.

El recurso de casación permitirá que la Corte Suprema sienta precedentes sobre la correcta aplicación e interpretación del derecho cuando ello sea necesario, y también que unifique la jurisprudencia nacional al establecer fallos que luego deban ser tenidos como obligatorios por todos los magistrados y tribunales judiciales de la República.

10. *Sentencia resolviendo la casación.* Con esta sentencia termina el proceso. Ya no puede interponerse ningún otro medio impugnatorio contra ella y pasa en autoridad de *cosa juzgada*.

Según el artículo 123 del Código Procesal Civil, una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada solo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178 y 407 (del Código Procesal Civil).

Según la Constitución del Estado la sentencia en calidad de cosa juzgada no se puede dejar sin efecto, es decir, debe ser cumplida. La propia Constitución establece que es obligación del Presidente de la República cumplir y hacer cumplir las sentencias (inciso 9 del artículo 118 de la Constitución).

No escapará al lector que el proceso puede terminar en cualquiera de los tres niveles del Poder Judicial que ven los procesos judiciales: si no se interpone el recurso de apelación por ninguna de las partes la sentencia válida que pase en calidad de cosa juzgada será la de primera instancia.

Si se interpuso recurso de apelación pero no de casación, o si este no era susceptible de ser interpuesto, el caso queda en calidad de cosa juzgada con la sentencia de la sala respectiva de la corte superior. Un proceso civil siempre queda en calidad de cosa juzgada cuando llega a la Corte Suprema en casación y ella emite su sentencia (aunque, procesalmente, ocurrirá que el caso regresará a la sala de la corte superior

para que ella emita la nueva sentencia según las pautas establecidas por la casación hecha por la Corte Suprema).

Ahora se podrá entender nuestras definiciones genérica y estricta de jurisprudencia al principio de este capítulo: en sentido lato o genérico, jurisprudencia es toda resolución definitiva (que ha pasado en autoridad de cosa juzgada) dentro de un proceso, sea cual fuere la instancia en la que haya quedado. En sentido estricto, son solo los casos resueltos por la Corte Suprema.

2.3.3. El procedimiento penal

Por la naturaleza de los asuntos involucrados en cada uno de ellos, el procedimiento civil y el penal son distintos entre sí aunque comparten ciertos principios comunes. Las reglas de procedimiento penal con las que desarrollamos esta parte se hallan en el Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por decreto legislativo 957, promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado el 29 de julio de 2004. No hacemos una descripción detallada de todo el proceso penal. Tampoco incluimos todos sus detalles. Ellos deberán ser consultados en el Nuevo Código Procesal Penal, que iremos citando en la descripción que sigue.

Según el artículo 16 del Nuevo Código Procesal Penal, la potestad jurisdiccional del Estado en asuntos penales se ejerce por:

1. La Sala Penal de la Corte Suprema;
2. Las salas penales de las cortes superiores;
3. Los juzgados penales, constituidos en órganos colegiados o unipersonales, según la competencia que le asigna la Ley.
4. Los juzgados de la Investigación Preparatoria.
5. Los juzgados de paz letrados, con las excepciones previstas por la Ley para los Juzgados de Paz.

Cada uno de estos órganos jurisdiccionales asumirá diversas funciones en el proceso penal, según de qué tipo de procedimiento se trate, lo que está conectado a los diversos tipos de delitos existentes. No tiene razón hacer aquí una explicación detallada de la competencia de cada instancia. Por ello, nos referiremos al proceso penal en términos genéricos. Los pasos que siguen son los siguientes:

1. Denuncia. Según el artículo 326 del Nuevo Código Procesal Penal:

Cualquier persona tiene facultad de denunciar los hechos delictuosos ante la autoridad respectiva, siempre y cuando el ejercicio de la acción penal para perseguirlos sea público o no. No obstante están obligados a formular denuncia:

1. Quienes están obligados a hacerlo por expreso mandato de la ley. En especial lo están los profesionales de la salud por los delitos que conozcan en el desempeño de su actividad, así como los educadores por los delitos que hubieren tenido lugar en el centro educativo.
2. Los funcionarios que en el ejercicio de sus atribuciones, o por razón del cargo, tengan conocimiento de la realización de algún hecho punible.

El artículo 328 del Nuevo Código Procesal Penal establece que «toda denuncia debe contener la identidad del denunciante, una narración detallada y veraz de los hechos, y —de ser posible— la individualización del presunto responsable».

Por consiguiente, la denuncia puede hacerse por sujetos de derecho privado o por funcionarios. La denuncia se hace ante el Ministerio Público. A él la presentan las personas o la Policía Nacional (a la que normalmente recurren las personas para poner en conocimiento el hecho delictuoso).

2. Investigación preparatoria. Según el artículo 329 del Nuevo Código Procesal Penal, el Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Promueve la investigación de oficio (es decir, por sí mismo) o a petición de quienes denuncien.

Existen diligencias preliminares que tienen por finalidad realizar actos urgentes destinados a determinar si los hechos denunciados han ocurrido, si se considera que pueden ser delito y recoger todos los elementos materiales que prueben la conducta delictiva, así como lograr la individualización de los presuntos culpables. El Fiscal, desde luego, puede también iniciar las diligencias preliminares cuando la posible comisión de un delito le sea comunicada por la Policía. Todos estos elementos están regulados en los artículos 330 y 331 del Nuevo Código Procesal Penal.

La duración de la investigación preliminar será, en principio, de 120 días según el artículo 342 del Nuevo Código Procesal Penal. Sin embargo, según las circunstancias, este plazo puede ser ampliado, como máximo, en sesenta días naturales adicionales. Pueden existir plazos diversos de acuerdo a las dificultades de la investigación.

De todo esto será informado debidamente el juez competente.

3. Acusación. Concluida la etapa previa, el juez decidirá si acusa o no a los presuntos implicados en el delito. Si acusa, lo hará con los requisitos establecidos en el artículo 349 del Nuevo Código Procesal Penal, que son extensos y especializados. En caso de hacerse la acusación, hay diversos trámites

que realizar, al término de los cuales se hace una audiencia preliminar dirigida por el juez de la Investigación Preparatoria (que fue debidamente informado de la misma). Existen diversos requisitos para esta audiencia en el artículo 351 del Nuevo Código Procesal Penal. Cumplidos todos ellos, el juez decidirá si se lleva adelante o no el juicio penal.

4. Enjuiciamiento. La resolución de enjuiciamiento se llama «auto de enjuiciamiento» y es dictada por el juez de la investigación. Sus requisitos están en el artículo 353 del Nuevo Código Procesal Penal. Luego del cumplimiento de diversas actuaciones procesales, el juez dicta el auto de citación a juicio, con el que se llevará a cabo el juzgamiento.

El juicio es la etapa principal del proceso penal, como establece el artículo 356 del Nuevo Código Procesal Penal. La audiencia respectiva se realiza con continuidad y puede ocupar sesiones sucesivas hasta su conclusión. En ella se discuten todos los aspectos penales contenidos en el proceso con participación del juez, las partes interesadas, los acusados y sus respectivos abogados. Al concluir esta etapa hay exposición oral del fiscal, alegatos de los abogados, y destacadamente del abogado defensor del acusado, así como autodefensa del acusado. En este punto se cierra el debate y se procede a la deliberación de los jueces (según los casos, el juzgador puede ser un juez individual o un colectivo de jueces) que darán la sentencia, la que será leída públicamente.

5. Impugnación. La sentencia puede ser impugnada por quien tenga interés en el proceso y por el Ministerio Público (el fiscal denunciante). Todo esto se regula en los artículos 404 a 412 del Nuevo Código Procesal Penal.

El artículo 413 establece cuatro clases de recursos impugnatorios, de los cuales nos referiremos solamente a dos: el de apelación y el de casación.

El recurso de apelación abre la competencia dentro del proceso de la Sala Penal de la Corte Superior que sea competente, la que puede declarar la nulidad de la sentencia apelada o puede revocarla, es decir, quitarle valor en todo o en parte. También puede declarar infundado el recurso de apelación y ratificar la sentencia de primera instancia en todos sus términos. Las reglas contra la sentencia de segunda instancia están en los artículo 425 y 426 del Nuevo Código Procesal Penal.

El recurso de casación se puede interponer contra la sentencia de segunda instancia y, en tal caso, el proceso penal se elevará a la Sala Penal de la Corte Suprema, la que podrá declarar fundada o infundada la casación solicitada. Con la resolución del recurso de casación termina el proceso penal, aunque,

eventualmente, la Corte Suprema puede ordenar la realización de algunos otros actos procesales que considere indispensables.

El recurso de casación y su procesamiento está regulado entre los artículos 427 y 436 del Nuevo Código Procesal Penal

2.4. La atribución resolutive de la Administración Pública

Durante el siglo XX —y ya desde el XIX— el Estado empezó a realizar funciones que antes no ejercitaba. Una parte de estas funciones consiste en resolver los problemas que aparecen en la ejecución de las decisiones. Así, al cobrar impuestos debe atenderse y resolverse las reclamaciones de los contribuyentes; al controlar el ingreso de mercaderías del extranjero se atenderá todo lo relativo a trámites aduaneros y los problemas consiguientes; al otorgar pensiones de cesantía se podrá discutir el tiempo de servicios y otras calidades que determinan el monto de la pensión, y así sucesivamente.

En principio, cada uno de estos asuntos debería ser planteado ante el juez competente del Poder Judicial para que, dándole debido trámite, administre justicia. Sin embargo, la mayoría de dichos problemas consiste en la aplicación de las normas jurídicas que, por lo demás, son bastante complejas y especializadas. Así, enviar la solución de estos problemas al Poder Judicial desde el primer momento, podría impedir su trabajo debido al recargo adicional de tareas que significaría.

Por ello, se permite que la administración pública resuelva la mayoría de los asuntos que caen dentro de su potestad ejecutiva y para los cuales, en consecuencia, tiene competencia de acción y resolución.

Es así que la actividad resolutive de la administración pública ha crecido considerablemente. Esto ha llevado a la necesidad de crear un procedimiento administrativo que permita resolver estos problemas en la vía administrativa, y una serie de actos formales (llamados resoluciones) que contienen actos administrativos particulares. Estos actos administrativos son las decisiones que toma la administración pública en referencia a los derechos de las personas sobre los que dicha administración tiene competencia ejecutiva, esto es, capacidad de ejecutar, dirigir, supervisar, evaluar o sancionar.

La ley 27444 es denominada Ley del Procedimiento Administrativo General. En ella se establecen las características generales de dichos procedimientos, así como los recursos impugnatorios. Para comprender esto es necesario decir que la administración pública está organizada jerárquicamente de tal forma que, por ejemplo en el Poder Ejecutivo, la máxima instancia son los ministros según su respectivo sector. A los ministros siguen

los viceministros, a estos los directores generales y así sucesivamente. Por excepción, el Presidente puede, como instancia máxima, resolver ciertos casos con sus ministros mediante resolución suprema.

Un procedimiento administrativo puede iniciarse en cualquier nivel de la administración pública (según cual sea el organismo competente para resolver en primera instancia) y de allí puede elevarse normalmente hasta un nivel: la primera resolución que se emite en el procedimiento administrativo puede ser impugnada mediante un recurso de apelación. Algunas veces, también, contra la resolución que se emita en segunda instancia cabe interponer un recurso de revisión⁸⁶, que hace competente a una tercera instancia, el superior jerárquico de quien emitió la segunda, con cuya resolución se pone fin a la vía administrativa. A esto se llama agotar la vía administrativa o causar estado.

La vía administrativa queda agotada, entonces, cuando ya se ha interpuesto el último recurso impugnatorio posible y se ha emitido la resolución correspondiente a él. Agotada la vía, el acto administrativo correspondiente causa estado.

Puede ocurrir, sin embargo, que ninguna de las partes interesadas (en el procedimiento administrativo puede haber una sola o varias partes) interponga el o los recursos impugnatorios administrativos a que hubiere lugar. Transcurrido el plazo para la presentación del recurso correspondiente ya no se puede interponer contra la resolución recursos impugnatorios en la vía administrativa. Si no se interpuso recursos impugnatorios y transcurre el plazo correspondiente a su interposición, entonces valdrá como acto administrativo *firme*⁸⁷ aquel que se dictó sin que fuera impugnado. Esto significa que ya no podrá ser impugnado y que debe cumplirse.

Pero hay una cosa muy importante: como hemos dicho desde el principio, la potestad jurisdiccional reside con exclusividad en el Poder Judicial, esto es, que el Poder Judicial es el que siempre debe dar la palabra definitiva sobre el problema que se trata de resolver. ¿Cómo ocurre esto en los casos en que resuelve la administración pública?

⁸⁶ Solo cabe interponer el recurso de revisión cuando la instancia que resolvió la apelación no tiene autoridad nacional.

⁸⁷ Un acto firme es aquel acto administrativo que ya no puede ser modificado y debe ser cumplido. El acto queda firme cuando transcurre el plazo máximo de interposición de la acción contencioso administrativa, que tiene diversas regulaciones según los hechos, contenidas en el artículo 17 de la Ley 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. El acto administrativo firme se diferencia de la cosa juzgada en que mientras el acto firme es administrativo y, por tanto, podía ser impugnado ante el Poder Judicial (pero no lo fue), la cosa juzgada emerge de la potestad jurisdiccional y, por consiguiente, no era impugnante ante autoridad no judicial si se trataba de instancia intermedia, o no es impugnante en absoluto si es la última instancia judicial.

A través de la acción contencioso-administrativa que, según la Constitución, se interpone contra las resoluciones administrativas que causan estado⁸⁸.

Como puede verse, solo las resoluciones judiciales firmes pasan en autoridad de cosa juzgada. Las resoluciones administrativas siempre podrán ser impugnadas mediante la acción contencioso-administrativa luego de agotarse la vía (aunque, desde luego, si no se interponen los recursos impugnatorios administrativos, o no se interpone la acción contencioso-administrativa luego de que el acto cause estado, entonces, dicho acto quedará firme y deberá ser cumplido en sus términos).

En otras palabras, el único acto resolutivo de conflictos inmodificable es la resolución judicial de última instancia, o aquella de instancia intermedia contra la que no se interpuso medio impugnatorio dentro del plazo correspondiente.

Aun cuando las resoluciones administrativas pueden ser impugnadas ante el Poder Judicial, ello ocurre porcentualmente en muy pocos casos y se debe a varios factores. Entre ellos, que la administración pública conoce las disposiciones legales de ciertos campos muy especializados mejor que los jueces, por lo cual sus resoluciones son más exactas y, en cierta forma, van a ser seguidas por los tribunales. También influye que el procedimiento judicial es lento y costoso, por lo que teniendo en cuenta el anterior argumento, generalmente la parte interesada se conforma con la resolución administrativa que pasan a ser actos firmes.

Todos estos actos firmes, cuando agotan la vía administrativa respectiva, se convierten en una especie de jurisprudencia administrativa que, a efectos de este procedimiento, se comporta como la jurisprudencia de los tribunales. Decimos que pasa a ser una «especie» de jurisprudencia porque, en realidad, esta última palabra pertenece propiamente al campo judicial y ha sido tomada en préstamo por el campo administrativo.

2.5. La jurisprudencia como fuente del derecho

Hemos dado una mirada panorámica y harto simplificada a los aspectos estructurales y procesales tanto del Poder Judicial como de la administración pública, con la finalidad de entender lo que es la jurisprudencia en sentido amplio, en sentido estricto, y la definición de jurisprudencia administrativa. Pasemos ahora a ver qué efectos tiene la jurisprudencia como fuente del derecho.

Es preciso señalar, como punto de partida, que la jurisprudencia en sentido genérico (es decir, las resoluciones judiciales que pasan en autoridad de cosa juzgada y los actos

⁸⁸ De la finalización del procedimiento administrativo y consecuente procedencia de la acción contencioso-administrativa, trata en términos generales el artículo 148 de la Constitución.

administrativos firmes) son normas jurídicas obligatorias para las partes sometidas a la jurisdicción del Poder Judicial o a la atribución resolutoria de la administración pública según el caso. De esta manera, de principio, podemos decir que la jurisprudencia es siempre fuente del derecho para las partes y que lo resuelto es de cumplimiento obligado para ellas.

Sin embargo, la jurisprudencia puede tener un rol normativo adicional en el derecho que es el de precedente vinculatorio para casos futuros en el sentido de que, cuando estemos ante circunstancias similares a las anteriores ya resueltas, la resolución posterior debe ajustarse a los términos de lo resuelto anteriormente para dicho caso. Un ejemplo aclarará la situación: si en un caso anterior alguien vestido de negro, en una noche oscura, quitó la vida a otra persona de frente, con un disparo en el corazón y se le puso diez años de pena privativa de la libertad, en un caso actual en el que se repitan las circunstancias de ese homicidio deberá ponerse una pena similar a la anterior (y no, por ejemplo, quince o solo cinco años).

En la familia romano-germánica de derecho, se considera que la utilización de la jurisprudencia como precedente vinculatorio es recomendable en virtud de que permite aplicar el principio de equidad que establece similitud de consecuencias para casos de características similares. En este sentido, el precedente jurisprudencial vinculatorio se convierte en una forma operativa de lograr una mejor aplicación de la justicia.

Sin embargo, hay también objeciones serias y de peso al precedente jurisprudencial obligatorio y que esgrimen diversos argumentos. De entre ellos nos interesa resaltar algunos. El primero es de naturaleza técnica y, en cierto sentido, epistemológica y consiste en que el precedente debe funcionar para casos «similares» mas no «idénticos» porque las circunstancias no se repiten nunca exactamente en dos sucesos de la realidad.

Esto fuerza a que en la jurisprudencia se precise lo más detalladamente posible cuáles son las variables determinantes de la resolución que se toma, de manera que todo lo demás quede como accesorio. Claro que no siempre es fácil resolver la cuestión. Por ejemplo, supongamos que en nuestro caso de homicidio el agresor lleva un traje blanco, o hay luna clara, o agrede con un puñal con el que es eximio especialista, etcétera. Habrá quien diga que el color del traje del homicida importa poco, pero puede ser determinante para conocer la premeditación y la alevosía con que actuó, circunstancias que son agravantes genéricos a efectos de determinar cuantitativamente la pena a imponer.

De otro lado, pudiera parecer que la diferencia entre utilizar una pistola y un arma blanca es importante, pero si el agresor es experto con dicha arma blanca, esta diferencia casi se borra. En definitiva, dos casos iguales no son muy probables y, en consecuencia,

medir cuando un caso es «similar», «muy similar» o «un poco similar» a otro, resulta materia muy discutible.

Esto requiere que el juez fundamente debidamente la sentencia en su parte considerativa, para que luego se pueda conocer qué del caso lo llevó a fallar de esa manera (elemento llamado *ratio decidendi*), y qué fue intrascendente en sus consideraciones (llamado *obiter dictum*).

En otras palabras, que la *ratio decidendi* esté clara y distintamente expuesta en el texto de la resolución es requisito indispensable para que ella pueda operar como precedente vinculatorio. La Corte Suprema debe cumplir un rol promotor en el afán de mejorar nuestra jurisprudencia en este aspecto.

Otra observación que se hace al precedente jurisprudencial vinculatorio consiste en que la evolución de las sociedades, los cambios ideológicos, etcétera, permiten —y a veces exigen— respuestas distintas en casos similares. En este sentido, convertir en rígidos precedentes las resoluciones anteriores constituye una posición ahistórica y conservadora, pues ata la resolución de los conflictos a patrones del pasado.

Finalmente, hay quienes añaden a los dos anteriores argumentos, uno tercero que no descarta ni la mala fe ni la ignorancia en alguna resolución con lo cual, si estuviéramos ante precedentes jurisprudenciales obligatorios, tendríamos en el futuro que repetir y repetir el error en aras de una arbitraria equidad, aun cuando los magistrados podrán encontrar medios de corrección, en la medida que el juzgamiento no es nunca una tarea mecánica y repetitiva.

Los argumentos no son deleznablez fácilmente y, por lo tanto, nuestra conclusión tiene que ser cauta, considerando que hay serias razones a favor y también en contra.

Históricamente, sin embargo, es de notar que los grandes sistemas privados de derecho (cuando menos el romano, el anglosajón, el francés antes del siglo XIX y el alemán antes del siglo XX) se desarrollaron bajo procedimientos formales que de una u otra manera son similares a los procedimientos jurisprudenciales. Y en lo que se refiere a riqueza de matices, adecuación a sus épocas y probidad jurisdiccional, no puede achacárseles errores mayores que a los sistemas que no siguen el principio del precedente vinculatorio. Es más, cuando en la república romana hubo que renovar el derecho clásico apareció el pretor, lo que hizo un cuantioso aporte mediante procedimientos jurisprudenciales, y cuando hubo que reformar el *common-law* inglés, apareció un sistema jurisprudencial paralelo e innovador llamado *equity*. De esta forma, se podría concluir que, históricamente, la jurisprudencia ha sido también un instrumento de innovación y avance en el derecho.

De otro lado, el reciente derecho administrativo ha sido desarrollado a partir del siglo XIX, en mucho, gracias a la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Todo esto hace suponer que las experiencias pasadas no inclinan necesariamente el fiel de la balanza en pro de los argumentos contra el precedente vinculatorio.

Lo que sí es evidente es que el precedente jurisprudencial obligatorio, para existir, debe cumplir algunos requisitos.

En el Perú la jurisprudencia ha funcionado como precedente vinculatorio en el ámbito del Tribunal Constitucional y en varios aspectos del derecho administrativo. El Poder Judicial solo a principios del 2008 ha empezado a establecer precedentes vinculantes en materia jurisprudencial. La Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil dictado por decreto legislativo 768 del 29 de febrero de 1992, han introducido disposiciones que hacen posible la jurisprudencia como precedente vinculatorio. Transcribimos las normas a continuación.

Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 22:

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el diario oficial El Peruano de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse de sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el diario oficial El Peruano, en cuyo caso debe hacer mención del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Código Procesal Civil, artículo 400:

Cuando una de las Salas lo solicite, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunirán los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituye doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio.

Si los Abogados hubieran informado oralmente a la vista de la causa, serán citados para el pleno casatorio.

El pleno casatorio será obligatorio cuando se conozca que otra Sala está interpretando o aplicando una norma en un sentido determinado.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso, se publican obligatoriamente en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

Como puede apreciarse, estos dos textos normativos introducen la jurisprudencia como precedente obligatorio en el Perú, con modalidades de procedimiento que son distintas pero compatibles entre sí.

Pero podemos decir más: aun en los casos en los cuales las resoluciones jurisprudenciales de la Corte Suprema no hayan sido formalmente establecidas como precedente obligatorio, de todas maneras son utilizadas como argumentos de recta razón por los abogados y los jueces, bajo el principio de que es equitativo resolver de manera similar dos casos similares.

El uso de la jurisprudencia como precedente obligatorio es importante porque el juez hace una labor creativa al aplicar el enunciado general de una norma al caso concreto. Es un proceso en el cual se determina lo indeterminado, creando una solución donde antes no la había, en ejercicio de una de las tres grandes potestades reconocidas en el Estado moderno.

Síntesis

Luego de esta explicación, resumimos los conceptos fundamentales que hemos dado sobre la jurisprudencia como fuente de derecho.

Tenemos la jurisprudencia propiamente dicha, que es que proviene del Poder Judicial en ejercicio de la potestad jurisdiccional, y la jurisprudencia administrativa. Ambas pueden ser entendidas en sentido lato y en sentido estricto. En sentido lato son todas las resoluciones judiciales que pasan en autoridad de cosa juzgada y las administrativas que quedan firmes. En sentido estricto, son las resoluciones que emite la última instancia del Poder Judicial, o la que agota la vía administrativa, según el procedimiento de que se trate.

En principio, toda jurisprudencia (en sentido lato) es norma jurídica obligatoria para las partes. Sin embargo, la jurisprudencia puede tomarse también como precedente vinculatorio. En este último caso, normalmente la doctrina exige que sea jurisprudencia en sentido estricto y eso mismo hace nuestra legislación.

En el Perú se toma a la jurisprudencia como precedente vinculatorio en el ámbito del Tribunal Constitucional y en los casos administrativos de tributación.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por decreto legislativo 767, y el Código Procesal Civil establecen que la Corte Suprema está en capacidad de dar valor de precedente obligatorio a sus resoluciones, cumpliendo ciertos requisitos entre los que se cuenta la publicación en el diario *El Peruano*.

Fuera de estos casos, la jurisprudencia se toma como un precedente de recta razón, apoyada en el principio de equidad.

Los fundamentos principales de la jurisprudencia como fuente de fuerza vinculatoria son dos: que contribuye a la equidad y que, en los sistemas romano-germánicos, la tarea del juez contribuye decisivamente, a través de su función creadora, a concretizar la norma abstracta en los casos concretos, desarrollando nuevas soluciones.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA, Javier de (1994). «Institucionalidad jurisdiccional del Poder Judicial». En VARIOS AUTORES, *Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú* (Foro). Lima, P y G Impresiones E.I.R.L.

DE BERNARDIS, Luis Marcelo (1995). *La garantía procesal del debido proceso*. Lima, Cultural Cuzco.

DE TRAZEGNIES G., Fernando (1993). «Pluralismo jurídico posibilidades, necesidades y límites». En VARIOS AUTORES, *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*. Lima, CAAAP-SER.

HURTADO POZO, José (1996). «Derecho penal y derechos culturales». En VARIOS AUTORES, *Derechos Culturales*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo.

INSTITUTO DE ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS DE FRIBURGO (1996). «Anteproyecto de Declaración sobre los Derechos Culturales». En VARIOS AUTORES, *Derechos Culturales*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo.

NOVAK, Fabián y Julissa MANTILLA (1996). *Las garantías del debido proceso*. Materiales de enseñanza. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales.

PÁSARA, Luis (1982). *Jueces, justicia y poder en el Perú*. Lima, Centro de Estudios de Derecho y Sociedad.

REVILLA, Ana Teresa (1994). «Justicia de Paz y Derecho Consuetudinario». En VARIOS AUTORES, *Nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú* (Foro). Lima, P y G Impresiones E.I.R.L.

REVILLA, Ana Teresa y Jorge PRICE M. (1992). *La administración de la justicia informal*. Lima, Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente.

CAPÍTULO 6

LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

OBJETIVOS

1. Comprender la diferencia entre la costumbre general y las costumbres jurídicas.
2. Identificar los requisitos de uso generalizado, conciencia de obligatoriedad y antigüedad en el tiempo, aplicables a la costumbre jurídica según cada caso admitido por la teoría.
3. Reparar en la trascendencia que tienen los caracteres de la costumbre jurídica, para que ella sea fuente del derecho.
4. Precisar la autonomía de la costumbre como fuente en relación a las demás, al tiempo que su subordinación a la legislación y jurisprudencia.
5. Precisar la diferencia conceptual entre costumbre jurídica como fuente del derecho y norma consuetudinaria.
6. Entender las distintas maneras como la costumbre se relaciona con la legislación y el significado normativo de dichas variantes.
7. Conocer los términos generales del aporte de la costumbre al derecho a lo largo de su historia.

1. CONCEPTOS Y ELEMENTOS

Cada uno de nosotros tiene una idea más o menos clara de en qué consiste una costumbre: es una manera de comportarse, de relativa antigüedad, probablemente aprendida a través de la vida cotidiana o de la enseñanza de las normas para interrelacionarnos con los demás, y que se espera, normalmente, que sea cumplida por todos. En este sentido general y social, son costumbres la manera de saludarse, de comportarse en distintos ambientes como un aula, una fiesta, una comida en torno a una mesa, etcétera.

Podemos inclusive distinguir las costumbres propiamente dichas de los usos sociales, constituyendo estos últimos maneras de comportamiento que aun cuando tengan aceptación generalizada, ni son formas antiguas, ni tienen una aceptación con convicción profunda. Es el caso de la moda en el vestir, que varía muy rápidamente, pero que es sistemáticamente seguida por la población, en la medida de sus posibilidades, naturalmente. Así, dentro de la costumbre de vestirse a la manera «occidental» (que nos diferenciaría por ejemplo de muchos pueblos asiáticos), existe aún la variedad de los usos impuestos periódicamente por la moda.

El tema de la costumbre como fuente del derecho, toma prestado este concepto general de costumbre, pero lo enriquece y particulariza al convertirlo en costumbre jurídica. Esto quiere decir que le añade requisitos más estrictos que los de la costumbre general (tomada en sentido social) y lo trata de distinguir de ella. Al mismo tiempo, al determinar que la costumbre produzca normas jurídicas, tiene que dar a su cumplimiento el respaldo de la fuerza del Estado, como vimos en el capítulo 3 de este libro.

Por lo tanto, dos elementos distinguen a la costumbre en general de la costumbre jurídica: sus requisitos y el respaldo de la fuerza del Estado a su cumplimiento como norma jurídica.

1.1. Los requisitos de la costumbre jurídica

La teoría del derecho ha desarrollado progresivamente, y en consecuencia acumulado, un conjunto de requisitos que deben ser cumplidos por una costumbre determinada para que sea considerada costumbre jurídica. El hecho de que los requisitos hayan sido elaborados en lugares y momentos distintos, implica que discriminemos entre ellos y tomemos una aproximación propia que depende de nuestras particulares coordenadas de tiempo y espacio. La lectura de otros libros referentes a este tema permitirá ver al lector que no todos los autores consideran como indispensables los mismos requisitos. En lo que a nosotros atañe, creemos que son tres: uso generalizado, conciencia de obligatoriedad y antigüedad. Pasemos a desarrollarlos.

1.1.1. *Uso generalizado*

Este primer requisito de la costumbre jurídica supone que los sujetos involucrados en las conductas que se rigen por la costumbre jurídica, reiteran constantemente y en conjunto, las pautas de comportamiento que ella dicta (y que en adelante llamaremos *consuetudinarias*)⁸⁹.

En otras palabras, la costumbre solo puede ser jurídica si la generalidad de los sujetos de que se trata la ejercen en su vida real. Es importante notar que generalidad no implica universalidad en el cumplimiento de la costumbre. Basta, así, para que el requisito se verifique, que la mayoría de los sujetos la cumplan en la mayoría de las circunstancias y no es necesario que todos la cumplan siempre. A partir de aquí podemos hacer dos grupos de distinciones en materia de generalización de la costumbre. El primero, en virtud de su alcance territorial y pueden ser costumbres jurídicas generales o locales; el segundo, en virtud de su funcionalidad y pueden ser costumbres jurídicas comunes y especiales.

Costumbre jurídica general es aquella cuyo uso es generalizado en todo el ámbito territorial de un Estado (o cuanto menos en una amplia extensión) y que por lo tanto, puede tomarse como una costumbre nacional. Tal es el caso en el Perú de las formalidades de los decretos supremos que, a pesar de haber sido desarrolladas consuetudinariamente, tienen aplicación para todo el país con fuerza obligatoria.

Se llama *costumbre jurídica local* a aquella cuyo ámbito de vigencia se restringe a una parte del territorio del Estado, no siendo practicada en otros lugares. En el caso de *servinakuy*, o matrimonio de prueba, que rige la conformación de la familia en ámbitos tradicionales de la sociedad serrana, pero que no tiene vigencia en las partes occidentalizadas del país, ni tampoco en otras distintas como la zona selvática. La costumbre local se aplicará entonces, en principio, a los miembros de la sociedad del espacio territorial donde se desarrolla, mientras habiten allí o, si habitan en otros lugares, cuando haya suficientes razones para considerar que, sociológica y culturalmente hablando no han modificado su concepción⁹⁰.

⁸⁹ Norma jurídica consuetudinaria es aquella que ha sido aportada al derecho a través de la fuente costumbre. Se distingue así de la norma legislativa, jurisdiccional, etcétera. Se llama derecho consuetudinario al sistema jurídico o a la parte de él producida mediante la fuente costumbre por contraste con derechos legislativos, jurisprudenciales, etcétera.

⁹⁰ Esto forma parte de un complejo que tiene que ver con los caracteres de la costumbre, especialmente su imprecisión y evolución, que trataremos posteriormente en este capítulo. A dicho desarrollo nos remitimos para mayor abundamiento.

Costumbre jurídica común es aquella que se practica por los sujetos en tanto miembros de la comunidad social, sin tomar en cuenta otras consideraciones particulares como su función social, su profesión, educación, situación jurídica especial, etcétera. Los ejemplos que hemos puesto en los dos párrafos anteriores son ejemplos de costumbres comunes.

Costumbre jurídica especial es la que rige entre grupos humanos que se particularizan por determinadas situaciones o características que los individualizan en relación a los otros sujetos que conviven en la sociedad.

Así, existe la costumbre de que los graduandos universitarios asistan al examen de tesis o de título profesional de abogado vestidos con formalidad. En caso contrario, el jurado puede eventualmente suspender la realización del acto. Sin embargo, nada obsta para que el alumno pueda asistir vestido informalmente a las clases usuales.

De tal manera que *uso generalizado* no equivale a exigir que toda la comunidad nacional, a lo largo de todo el territorio y sin tomar en consideración particularidades, practique la costumbre de que se trata. Como los cuatro tipos que hemos mencionado anteriormente provienen de una clasificación en base a dos variables, podemos combinarlos entre sí y encontrar las siguientes variedades de uso generalizado en materia consuetudinaria:

1. Costumbre general común
2. Costumbre general especial
3. Costumbre local común
4. Costumbre local especial

El requisito del uso generalizado se referirá, en cada caso al ámbito correspondiente y, en este sentido, no puede establecerse en principio grados y jerarquías entre las diversas costumbres porque sean generales, locales, comunes o especiales. Cada una deberá ser calificada como de uso generalizado según el ámbito en el que se pretende su vigencia.

1.1.2. Conciencia de obligatoriedad

Este requisito, a menudo conocido como *opinio iuris* u *opinio iuris necessitatis*, equivale a establecer que los sujetos que la practican tienen que tener conciencia (elemento subjetivo), de que el cumplir con la conducta prescrita por la costumbre es una necesidad jurídica obligatoria dentro de la sociedad en la que habitan.

Así, no existe conciencia de obligatoriedad en el seguimiento de la moda: quien se viste con criterio anticuado (o futurista) pero siempre dentro de determinados cánones

generales del vestir, considera tan válido para el derecho vestirse así, como seguir los dictados de la moda. Los demás, probablemente, se asombrarán de su vestimenta particular, eventualmente la censurarán, pero no considerarán agraviado al derecho.

Sin embargo, entre nosotros existe la costumbre general común de presentarse vestido de determinadas formas ante los demás. Ir a la playa en un breve traje de baño no agravia lo que hoy en día se considera «buenas costumbres», pero asistir así a un lugar público como por ejemplo un teatro, un restaurante o una sala cinematográfica, puede generar una situación relevante para el derecho que concluya, eventualmente, en las oficinas de una comisaría. La conciencia de obligatoriedad del cómo vestir en estas circunstancias (y su vinculación con las buenas costumbres), queda agraviada para el promedio de las personas en tal situación e inclusive, podríamos decir, para la generalidad de las personas de nuestra sociedad.

Es verdad que la conciencia de obligatoriedad que los sujetos tienen de las costumbres, es algo difícil de apreciar con exactitud. Nos remitiremos nuevamente a la parte posterior de este capítulo donde trabajaremos los caracteres de esta fuente, pero es indiscutible que en muchos casos, como el propuesto, podemos identificarla con claridad.

1.1.3. *Antigüedad*

El tercer requisito de la costumbre consiste en que su práctica tenga una reiteración extensa a lo largo del tiempo, dentro del ámbito correspondiente.

No existe norma en nuestro sistema jurídico que permita dar un parámetro de antigüedad a una costumbre para considerar cumplido el requisito, salvo el derecho laboral, en el que se requieren dos años. Queda, en cada caso, a la apreciación del agente aplicador de derecho de que se trate. Obviamente, sin embargo, la tendencia interpretativa de este punto es restrictiva antes que extensiva y es altamente probable que, si un magistrado se encuentra en duda sobre si determinada práctica tiene antigüedad necesaria o no, aun cumpliendo los otros dos requisitos, deba decidir considerarla una simple costumbre social y no jurídica.

Antigüedad y conciencia de obligatoriedad son requisitos naturalmente vinculados pero distintos y es preciso diferenciarlos. La antigüedad, estrictamente hablando, es la reiteración de la práctica consuetudinaria durante un largo lapso. En este sentido es un requisito objetivo. La conciencia de obligatoriedad es una consideración subjetiva sobre la necesidad de adecuar nuestros actos a la costumbre. Hay muchas de ellas que nos aparecen obligatorias por antiguas, pero también hay muchas otras que pierden la *opinio iuris necessitatis* porque, de tan antiguas, pasan a ser consideradas obsoletas. Por ello, la relación entre antigüedad y conciencia de obligatoriedad es relativa, ambivalente y sujeta a evolución en el transcurso del tiempo.

Síntesis

La costumbre requiere la concurrencia simultánea de estos tres requisitos para adquirir su carácter de costumbre jurídica. No basta que uno o dos de ellos se dé, incluso intensamente, para que podamos estar frente a la costumbre como fuente del derecho.

1.2. El respaldo de la fuerza del Estado

El respaldo de la fuerza del Estado para el cumplimiento de la costumbre jurídica no es uno de sus requisitos sino, más bien, una consecuencia de los tres mencionados anteriormente. Lo que hace jurídica a la costumbre no es que el Estado la respalde. Más bien, ello sucede porque es costumbre jurídica.

Existen autores que consideran que la costumbre solo es fuente del derecho cuando la legislación o la jurisprudencia la recogen y hacen obligatorio su cumplimiento. Sin embargo, ello es una petición de principio pues, si el contenido de la costumbre ha sido consignado en un texto legislativo o jurisprudencial —y es por ello que resulta obligatorio—, entonces la fuente no es más la costumbre misma sino, según su caso, la legislación o la jurisprudencia que la han incorporado a sus normas mediante sus respectivos procedimientos.

Correctamente entendido el punto, entonces, una norma proviene de la costumbre como fuente porque a través de su uso generalizado, su conciencia de obligatoriedad y su antigüedad, el contenido normativo de dicha práctica se impone jurídicamente y, en virtud de ello, las diversas instancias del Estado le reconocen fuerza legal y actúan consecuentemente con ello. Es evidente, sin embargo, que el respaldo estatal reforzará el uso generalizado y la *opinio iuris*, y que una eventual falta de respaldo las disminuye. No son pocos los ejemplos en los cuales el rechazo estatal a una costumbre (aun una jurídica) la hace desaparecer. Nada de asombroso, por otra parte, hay en que las cosas sucedan de esta forma.

1.3. Costumbre fuente y costumbre norma

En el tratamiento de la costumbre como fuente del derecho, se incurre normalmente en una ambigüedad terminológica que debemos eliminar: la costumbre tiene dos sentidos distintos para el derecho pues puede ser considerada como fuente o como norma.

La costumbre como fuente del derecho es un procedimiento de creación de normas jurídicas que se caracteriza por provenir de la reiteración de conductas por el pueblo mismo, o por una parte de él, con los requisitos señalados anteriormente. Es lo que

en la legislación podríamos denominar la Constitución, la ley, el decreto supremo, etcétera.

La costumbre como norma jurídica o *norma consuetudinaria* es el contenido normativo que emerge a partir del procedimiento de creación de normas que hemos llamado costumbre como fuente de derecho. Es lo que una norma jurídica significa respecto a la ley dentro de cuyos artículos se halla consignada.

La diferencia es esencial y un ejemplo nos permite graficarla: el que a lo largo del tiempo los sujetos consideren que hacer cola, cuando es necesario, resulta un procedimiento deseable de aprovechamiento de un servicio, lleva a que en general nosotros asumamos que, en principio, debe cumplirse con esa forma particular de conducta social. Aquí, la fuente es la costumbre y la cola deviene en algo jurídicamente exigible en base a su uso generalizado, su conciencia de obligatoriedad y su antigüedad.

En cambio, la norma consuetudinaria como contenido normativo, es susceptible de redacción. Podría ser algo así como: «Si en una situación determinada, la cantidad de sujetos que solicitan un servicio es mayor que la posibilidad de brindarlo simultáneamente a cada uno de ellos, se colocarán en orden sucesivo de llegada para ser atendidos».

Esta es una típica norma jurídica, enmarcable en la fórmula S → C.

Conceptualmente, la diferencia entre costumbre fuente y norma consuetudinaria fue adecuadamente expresada por Savigny⁹¹, el que desarrolló la idea de que existían dos derechos en una sociedad determinada: el derecho vulgar, que el pueblo crea mediante sus costumbres (fuente) y el derecho culto, que es la formalización de dichas costumbres a cargo de los juristas.

Cuando esta formalización se sintetiza en un texto como el que hemos ensayado líneas arriba para la costumbre de la cola, entonces estamos ante el caso de la norma consuetudinaria propiamente dicha.

Luego de las consideraciones anteriores podemos intentar una definición sintética diciendo que la costumbre como fuente del derecho, es un procedimiento de creación de normas jurídicas consuetudinarias, que tiene como requisitos el uso generalizado, su conciencia de obligatoriedad y una cierta antigüedad en su reiteración. La norma jurídica consuetudinaria así producida, recibirá el respaldo de la fuerza del Estado para su cumplimiento.

⁹¹ SAVIGNY, M.F.C., *Sistema del Derecho Romano actual*. Madrid, Centro Editorial de Góngora, sin fechar. Segunda edición. Tomo I, Libro I, capítulo II, apartados XII al XIV, pp. 81-89.

Estos elementos conceptuales de definición, permiten diferenciar a la costumbre jurídica de las costumbres sociales generales (entre las que podemos incluir a los usos sociales).

1.3.1. Características de la costumbre como fuente del derecho

La costumbre jurídica nace de la repetición de conductas elegidas al azar por los sujetos, sin más planificación y discriminación de otras conductas posibles que la aceptación paulatina de esa manera de comportarse y su transmisión posterior a otros sujetos del mismo grupo.

La espontaneidad da a la costumbre, por ello, una adecuación natural de la conducta a la norma, en la medida en que no es impuesta. Savigny la identificó con el espíritu del pueblo, idea de connotaciones negativas a partir del nazismo, pero que para estos efectos presenta consideraciones interesantes.

Es un presupuesto esencial del derecho lograr una regimentación lo más razonable posible de las conductas dentro de la sociedad. En este afán, las costumbres rescatables y que vayan de acuerdo con sus principios generales, son una ayuda de invalorable utilidad para la razonabilidad de los mandatos, pues permiten que el contenido de las normas sea familiar a los sujetos de derecho. Seguir la costumbre con valor jurídico allí donde es viable hacerlo y no contradice el cuerpo normativo general, es empeño saludable porque contribuye al cumplimiento y conocimiento del derecho mismo por las personas, en la medida en que se recogen las cosas que normalmente se piensan.

La desventaja de la espontaneidad es, justamente, que muchas conductas consuetudinarias pueden devenir en obsoletas o negativas, pero permanecen por su propia inercia. Por ello, habrá también circunstancias en las que el derecho, y principalmente la legislación y la jurisprudencia, deberán superar a la costumbre estableciendo normas con contenido distinto del de ella.

1.3.1.1. Formación lenta

Por definición, la costumbre no se estatuye en un momento único y precisable. Al contrario, es más bien una inducción normativa a partir de la evaluación de conductas ejercitadas a lo largo del tiempo por una generalidad de sujetos. Así, tenemos que la norma consuetudinaria se va perfilando más bien que estatuyendo y que, es indiscutible, en la actualidad se van creando nuevas costumbres con el mismo sentido de proceso. El problema de determinar cuándo existe como costumbre jurídica y cuándo una conducta reiterada aún no lo es, resulta trabajo espinoso y por tanto discutible. Por ello, entre otras razones, la prueba de la costumbre no es sencilla y, también por ello, se tiende a utilizarla restrictivamente.

1.3.1.2. Autor no conocido

No existe persona a quien atribuir la creación de la costumbre. Es el grupo social de que se trate, en su conjunto, el que la convierte en norma consuetudinaria. De allí que no pueda invocarse opiniones autorizadas sobre su razón de ser ni sobre sus objetivos o caracteres particulares.

Esta característica también presenta dificultades para el trabajo jurídico en la medida que uno de sus métodos de aplicación e interpretación, en especial con las normas legislativas, es acudir a estas opiniones autorizadas, y a la opinión del legislador⁹² para precisar el sentido normativo.

1.3.1.3. Evolución

La costumbre jurídica evoluciona a lo largo de su existencia y, eventualmente, sufre un proceso de metamorfosis que la va transmutando en períodos relativamente largos.

No puede ser de otro modo, desde que su origen tan particular supone una adaptación muy pragmática a las concepciones sociales de la época en la que aparece y se ejerce.

Es así posible que una costumbre jurídica devenga en obsoleta o, también, que al cambiar las características del grupo social en el que se practica, la costumbre siga existiendo, pero fuera de contexto y por tanto, de forma no deseable para el derecho posterior.

Esta característica limita el uso de la costumbre y obliga a una revisión cuidadosa de sus requisitos, contenido normativo y adecuación a la realidad social, para apreciar cabalmente sus dimensiones normativas en un momento y lugar dados. Abona, por tanto, a la aplicación restrictiva.

1.3.1.4. Imprecisión

Todos estos rasgos tributan hacia el hecho de que sea difícil precisar si una práctica reiterada es costumbre jurídica y, de otro lado, a determinar con exactitud cuál es el contenido normativo exacto de la norma consuetudinaria.

De esta manera, probar que la costumbre existe y que su norma prescribe una consecuencia dada ante la verificación de un supuesto determinado, no es tarea fácil.

Refiriéndose al pasado, en el que como veremos la costumbre jugó un rol protagónico hoy perdido en el derecho, Du Pasquier cuenta lo siguiente:

⁹² Ver el método histórico en el capítulo de interpretación jurídica de este libro en referencia a una explicación del concepto «opinión del legislador».

Aquel que invocaba una costumbre debía probarla. A falta de Costumbres redactadas, esta prueba podía administrarse por todos los procedimientos ordinarios y además, por medio de la encuesta por turba: el tribunal reunía un cierto número de notables y los consultaba. También podía invocarse a una serie de actos anteriores, generalmente escritos, que implicaban la regla en cuestión. Ocurría también que el tribunal se dirigía a la autoridad administrativa del lugar para informarse sobre la existencia de un uso: en París se consultaba el «Palos aux bourgeois»; en Neuchatel, el «Conseil de la Ville»⁹³.

Este problema permanece en la actualidad, y la compulsa de opiniones es hecha por el Juez en cada caso que le toca resolver. Esta situación, sin embargo, arroja una connotación eminentemente subjetiva sobre el mérito de la existencia de la costumbre jurídica y redundará aún más en su carácter de aplicación restrictiva.

En conjunto, estas características demuestran dos cosas:

La primera, que la costumbre jurídica es una fuente distinta a la legislación y la jurisprudencia en el sentido de que su proceso no supone la participación del Estado en la producción de la norma consuetudinaria. La costumbre es, en términos propios, creación jurídica popular o social.

La segunda, que por ello y otras razones, la costumbre no es sencilla ni de manejar, ni de determinar, ni de probar dentro del sistema jurídico, por lo que se debe recurrir a ella limitadamente y procediendo a un cuidadoso estudio de la costumbre que se alega, tanto en su concepción como fuente, como en el texto normativo que supone.

1.3.2. Costumbre y derecho en la historia

En sus versiones más primitivas, el derecho estuvo conformado por costumbres. No muy lejanas en el tiempo, en la historia de los pueblos hubo muchas recopilaciones de costumbres con fuerza jurídica.

En el derecho romano no cabía discusión alguna de que la costumbre tenía fuerza de Ley:

No sin razón se guarda como ley la costumbre inveterada y este es el derecho que se dice constituido por las costumbres (mores). Porque así como las mismas leyes por ninguna otra causa nos obligan, sino porque fueron recibidas por el juicio del pueblo, así también con razón guardarán todos lo que sin estar escrito aprobó el pueblo; porque, ¿qué importa que el pueblo declare su voluntad con el sufragio,

⁹³ DU PASQUIER, Claude (1983). *Introducción al Derecho*. Lima, Justo Valenzuela. Parte I, capítulo IV, p. 31.

o con las mismas cosas y con hechos? Por lo cual también está muy correctamente recibido que las leyes se deroguen no solo por el sufragio del legislador, sino también por el tácito consentimiento de todos por medio del desuso (D.1.3.32.1).

También los europeos antes de la revolución liberal que transformó al Estado, y Alemania durante buena parte del siglo XIX, hicieron un amplio trabajo en este sentido, quedando hoy largos volúmenes en los que constan las costumbres de época.

Antes del Código de Napoleón, la mitad de Francia vivía bajo un sistema jurídico consuetudinario. Como sabemos, Napoleón extendió la vigencia del Código francés a los dominios de su imperio y cuando fue derrotado, la escuela histórica alemana, con el liderazgo de Savigny, rescató la importancia que tenían las costumbres del pueblo alemán para la constitución de su propio sistema jurídico. Durante decenios, la escuela histórica recopiló costumbres en su territorio, al tiempo que reelaboraba al derecho romano que coexistía con ellas, y producto de ese trabajo fue la codificación de dicha nación en 1896.

Podemos apreciar, entonces, cómo hasta hace muy poco la costumbre tuvo un rol encumbrado dentro del derecho. Fueron el desarrollo del Estado moderno que hemos descrito en la primera parte de este libro y la legislación consiguiente los que hicieron pasar a la costumbre a un segundo y subordinado plano del que no sale aún. Somos herederos recientes de esta evolución y por lo tanto nuestro sistema jurídico está preponderantemente compuesto por la normatividad que producen los órganos del Estado en sus diversas competencias. Sin embargo, en los últimos decenios se puede apreciar una revalorización de los aspectos consuetudinarios del derecho, pasada ya la ola del positivismo jurídico como teoría excluyente y hegemónica del derecho.

Veremos en el párrafo final de este capítulo cómo la costumbre cumple un rol efectivo y fundamental dentro de nuestro sistema, aun cuando es necesario decir que tenemos siempre como fuente preponderante a la legislación.

1.3.2.1. La costumbre y su relación con la legislación

Hay tres patrones de relación entre costumbres y legislación. Cada uno de ellos tiene particularidades diferenciales y trae como consecuencia matices distintos en lo que a vigencia y validez de las costumbres jurídicas se refiere.

Un primer tipo es la *costumbre praeter legem* o que llena un vacío de la legislación. Es el caso ya expuesto de la cola para el acceso a un servicio. Ninguna norma de nuestro sistema jurídico, que tiene como fuente a la legislación o la jurisprudencia, ha establecido un texto semejante al que intentamos formalizar en la página anterior. Por lo tanto, la legislación no estatuye qué debe suceder cuando hay más demanda

que capacidad de oferta en un servicio. La costumbre de la cola pasa, así, a llenar este vacío y colocar una norma deseable.

El segundo tipo es la *costumbre secundum legem* o que secunda lo mandado por la legislación, especificándolo y concretizándolo en una norma operativa. Es el caso de las formalidades que contienen en nuestro país el decreto supremo o la resolución suprema. En estos casos, las disposiciones referentes al Poder Ejecutivo y a los ministros de Estado, indican que podrán dictar normas pero no estatuyen su forma concreta. La práctica reiterada de los gobiernos ha llevado inclusive a que el Poder Ejecutivo cuente con formatos especiales en los que se inscriben los textos originales de estos decretos y resoluciones. Por lo tanto, la forma que estas disposiciones asumen tiene base en la legislación pero se precisan por la costumbre, al punto tal que de sus simples formalidades podemos saber si se trata de un decreto o de una resolución. Podemos decir que la costumbre ha hecho operacionalizables este tipo de normas legislativas.

Una modalidad de la *costumbre secundum legem* es aquella en la que el texto expreso de una disposición legislativa recurre a la vigencia de la costumbre. Es el caso del artículo 2 del Código de Comercio que establece:

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común.

Es de destacar, en este texto, que la costumbre comercial está colocada jerárquicamente por encima de la aplicación del derecho común no comercial. A esta modalidad se le conoce también como *costumbre delegada* en tanto que recibe su legitimidad de la legislación.

El tercer tipo es la *costumbre contra legem*, que es aquella en la que la norma consuetudinaria va contra el texto expreso de una disposición legislativa, y así opera en la realidad. Es el caso ya aludido del *servinakuy* frente al delito de violación que establece el Código Penal.

En teoría, son admisibles al sistema jurídico la *costumbre praeter legem* y la *secundum legem*, no así la *contra legem*, que se entiende que no puede derogar a las disposiciones legislativas por mandato expreso de dichas normas⁹⁴.

⁹⁴ Lo establecen, entre otros, el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución y el artículo I del Título preliminar del Código Civil.

Esto es válido en el plano de la creación de normas a las que se reconozca valor jurídico pero, como veremos a continuación, aun la costumbre *contra legem* puede tener influencia en diversos matices de la aplicación del derecho.

1.3.2.2. Importancia de la costumbre en el sistema jurídico

En primer lugar, es preciso decir que la costumbre es una fuente formal efectiva en el derecho dentro de algunos de sus conjuntos o ramas, bien por delegación (como en el caso del derecho comercial ya mencionado, o en el del artículo V del Título Preliminar del Código Civil), bien porque se la reconoce explícitamente como productora de normas (casos del derecho internacional público o del derecho laboral, en el que si el empleador otorga graciosamente un beneficio a sus trabajadores durante dos años, por costumbre dicho beneficio se torna en adelante de cumplimiento obligatorio).

La costumbre jurídica, sin embargo, tiene aplicaciones sutiles en varios otros aspectos dentro del sistema jurídico. Veamos algunos bastante claros.

En primer lugar, hay que notar que la costumbre ha sido incorporada en dos aspectos muy importantes por la Constitución de 1993:

El artículo 139 inciso 8, al tratar de la existencia de vacíos o deficiencias de la ley, dice que el juez no puede dejar de administrar justicia y que, en tales casos «[...] deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario». Esta última norma obliga a integrar las lagunas del derecho con aplicación de las normas de costumbre reconocidas.

El artículo 149 ha dado reconocimiento a las costumbres practicadas en las comunidades campesinas y nativas de la siguiente manera:

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.

También existe reconocimiento importante dentro del ámbito civil de la contratación. El artículo 1362 del Código Civil establece: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes».

¿Cómo se aprecian estos elementos subjetivos de buena fe y común intención? Pues en mucho, en base a las costumbres predominantes en el medio de que se trate. Así, por ejemplo, si alguien alquila una casa habitación para vivir allí exclusivamente con su

familia, la determinación de quiénes constituyen dicha familia y quiénes son extraños, puede variar de acuerdo a un criterio consuetudinario. Entre ciertos medios sociales de nuestra Capital, familia es equivalente a cónyuge, descendientes y ascendientes, pero en la serranía puede fácilmente incluir a diversos parientes lejanos e, inclusive, compadres y ahijados. En este sentido, la misma cláusula contractual «casa habitación para vivir allí exclusivamente con su familia» tendrá significados concretos muy distintos en base a la costumbre de cada lugar y, dado el caso, se podrá o no plantear una acción judicial por incumplimiento contractual de parte del inquilino en la situación en que lleve a vivir con él un grupo de aquellos que tradicionalmente se consideran «familia», pero que no lo son para la concepción occidentalizada.

También la costumbre es importante para la determinación del contenido de las normas *standard* (ver el capítulo de norma jurídica). Conceptos como «buena fe», «mala fe», «debidas precauciones», «actuar de acuerdo a la conducta de un precavido comerciante» o de «un buen padre de familia», están indiscutiblemente ligados a consideraciones consuetudinarias, que harán variar la apreciación según el ámbito de que se trate (aun cuando es preciso decirlo, lo consuetudinario no es el único elemento que contribuye a precisar el contenido de este tipo de normas).

En materia de derecho tributario, elemento fundamental para la aplicación de determinados impuestos como el que grava a la renta, es el conjunto de procedimientos contables a los que los propios especialistas en la materia llaman «procedimientos contables generalmente aceptados» como puede desprenderse invariablemente de cualquier informe de auditoría.

En efecto, las prácticas contables son costumbres. A veces han quedado estatuidas en normas legislativas (como las que provienen de las disposiciones sobre contabilidad de las instituciones públicas a efectos de su ejecución presupuestal), pero en la mayoría de los casos constituyen verdaderas costumbres con un importante valor jurídico. Todos sabemos, por ejemplo, que a los altos ejecutivos, tanto del sector público como del privado, se les suele dar determinados beneficios como automóvil, gastos de representación, tarjetas de crédito pagadas por el empleador y así sucesivamente. En rigor, estos constituyen beneficios económicos que integran sus ingresos, pero contablemente pasan por gastos corrientes de la institución de que se trate y el ejecutivo no paga impuestos por ellos (mientras no sean escandalosamente elevados, por supuesto). En otras palabras, los mecanismos contables permiten la existencia de una costumbre según la cual estas rentas personales no se toman por tales (lo que puede estar bien o mal pero es un problema distinto que no tiene interés ni corresponde abordar a estos efectos).

Es cierto que no puede crearse, ni modificarse, ni suprimirse tributos por costumbres, pero eso es algo tan cierto como distinto a lo que hemos visto: la costumbre sí tiene un rol efectivo al *aplicar* el derecho tributario en su conjunto.

Lo propio ocurre con el derecho penal. No se pueden crear, ni modificar, ni derogar delitos o penas por la costumbre, pero las costumbres jurídicas atribuibles al acusado sí pueden ser determinantes para apreciar su culpabilidad o para graduarle la pena (ver sobre todo los artículos 45 y 46 del Código Penal). De otro lado, es natural que así sea, en la medida en que todos estos aspectos de la aplicación del derecho penal se hacen en base a la apreciación subjetiva («sana crítica» se denomina técnicamente) del juez en torno a los hechos que juzga.

En realidad, y como veremos posteriormente con mayor detalle al hablar de la aplicación del derecho, el sistema jurídico suele operar en base a lo que estadísticamente podría denominarse la *medida conceptual* de los grupos sociales involucrados, en torno a las realidades en las que actúan. Para determinarla contribuyen diversas variables, pero una de ellas es indiscutiblemente la costumbre jurídica. En países pluriculturales como el nuestro, ello debe merecer especial atención y la costumbre jurídica adquiere dimensiones y roles muy importantes.

En definitiva, podemos concluir diciendo que la costumbre sí es una fuente del derecho, aunque sometida a la legislación y a la jurisprudencia con precedente vinculatorio donde existe. Si bien hay que utilizarla con prudencia y criterio restrictivo por sus requisitos y características, es deseable y útil para que el sistema jurídico regule adecuadamente las conductas sociales y para que sea aplicado con mayor beneficio para los sujetos de derecho en general.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALZAMORA VALDEZ, Mario (1980). *Introducción a la ciencia del derecho*. Lima, Tipografía Sesator.

DIEZ PICAZO, Luis (1975). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona, Ariel.

DU PASQUIER, Claude (1983). *Introducción al derecho*. Lima, Justo Valenzuela C.

Una tesis de bachuillerato pionera en este campo fue la de Patricia M. Iturregui Byrne y Jorge L. Price Masallás, «La administración de justicia en Villa el Salvador». Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Programa Académico de Derecho, 1982.

CAPÍTULO 7

LA DOCTRINA COMO FUENTE DEL DERECHO

OBJETIVOS

1. Conocer el modo particular en que la doctrina contribuye al derecho como fuente, a partir de las principales funciones que le cabe cumplir en referencia al sistema normativo como conjunto.
2. Comprender la relación existente entre la doctrina como fuente y los principios generales del derecho.
3. Conocer la importancia de la doctrina en los sistemas pertenecientes a la familia romano-germánica y adquirir el convencimiento de la necesidad de trabajar permanentemente sobre ella.
4. Percibir la importancia que tiene el aporte de la filosofía jurídica a través de la doctrina, a la teorización sobre la naturaleza del sistema jurídico.

1. CONCEPTO DE DOCTRINA

La doctrina es el conjunto de escritos aportados al derecho a lo largo de toda su historia, por autores dedicados a describir, explicar, sistematizar, criticar y aportar soluciones dentro del mundo jurídico.

Si tomamos como punto de partida al derecho romano, que no es el primero pero sí el más importante de la antigüedad, podremos apreciar la trascendencia que para él tuvo la doctrina: la codificación del emperador Justiniano en el siglo VI tiene como

pilar fundamental el Digesto o Pandectas, obra monumental para el derecho hasta la actualidad, y que está constituida por una recopilación y ordenamiento de textos de los grandes juristas romanos. Mucho de lo que es el derecho romano, fue producido mediante opiniones de los autores de entonces, en especial, Papiniano, Ulpiano, Paulo y Modestino.

Como hemos visto en la primera parte de este libro, la alta Edad Media europea fue un período de poca brillantez para el derecho, pero al empezar la constitución del Estado moderno y la superación del feudalismo, el mundo jurídico recibió un nuevo impulso creador. El punto inicial puede colocarse en el siglo XII y, a partir de allí, encontramos varios notables jurisconsultos entre los que destacan Francisco Accursio, Baldo de Ubaldis y, sobre todo, Bartolo de Sassoferrato (siglo XIV), cuyas obras trascendieron prácticamente hasta el siglo XVIII y fueron tomadas como libros fundamentales durante todo ese lapso.

Los autores del Código de Napoleón encontraron fuente poderosa de inspiración en Pothier y la escuela histórica alemana del siglo XIX aportó escritos trascendentales para su posterior codificación en los nombres de Savigny, Ihering, Puchta y Windscheid, entre otros.

Cada uno de estos juristas, a su turno, imprimió sus opiniones y soluciones en el derecho de su tiempo. En aquellas épocas, los escritos de los grandes juristas eran tomados como guías, incluso normativas, en la medida en que la legislación no se había desarrollado como en nuestro medio.

Pero aun con el predominio de las fuentes legislativas, la doctrina ha mantenido su importancia como elemento integrante del derecho en los siglos XIX y XX. Su función ha variado en relación a tiempos pasados pero ello no quiere decir, sin embargo, que haya dejado de tener un rol protagónico. Constantemente, estudiantes, profesionales y juristas deben trabajar, al lado de los textos legislativos, con las grandes obras doctrinales y, en verdad, el sistema jurídico y el derecho en general no son comprensibles ni aplicables sin el concurso de ellas.

Dado que, como viene dicho, el derecho peruano está inscrito dentro de la familia romano-germánica, vale la pena hacer una breve consideración sobre la forma estructural en que la doctrina se ubica dentro de ella.

2. LA DOCTRINA EN LA FAMILIA ROMANO-GERMÁNICA

Los derechos romano germánicos están fundados en la legislación como fuente preponderante. Sin embargo, los textos legislativos tienen la peculiaridad de ser fórmulas normativas generales y abstractas que describen lo esencial de sus supuestos y

consecuencias y, por lo tanto, no involucran todos los posibles matices de la verificación de ellos en la realidad.

De otro lado, las leyes y otras normas legislativas son dadas por los órganos con potestad legislativa sin seguir necesariamente un orden preestablecido. Siempre se trata de armonizar el orden jurídico como un todo dentro del Estado pero a menudo ocurre que, bien por su ocasión bien por sus elementos lingüísticos, bien por la urgencia de dictarlas, las disposiciones legislativas crean confusión y desarmonía en el sistema.

Al propio tiempo, los textos legislativos fundamentales, como la Constitución y las leyes orgánicas, aportan en sus normas varios principios generales de estructuración y funcionamiento del sistema jurídico (por ejemplo los derechos constitucionales, o las garantías de administración de justicia de nuestra Carta), pero muchos otros principios no constan expresamente en la legislación y, sin embargo, son necesarios para la operación del sistema.

Finalmente, los textos legislativos no usan definir los términos que utilizan, al punto que muchas veces su simple lectura es inentendible para quien no ha estudiado derecho⁹⁵.

La doctrina suple todas estas limitaciones, y a veces deficiencias de la legislación. Como hemos dicho en la definición inicial, ella cumple diversas funciones que son:

1. *Describir*, es decir, mostrar ordenadamente lo que en la legislación puede estar diseminado en leyes distintas y otras disposiciones de diversas épocas.

Así, por ejemplo, el tratamiento jurídico de los ministros de Estado tiene sus raíces, entre otras varias normas, en leyes aún vigentes de la época del gobierno de Ramón Castilla; en la Constitución de 1993 y la ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Quien quiera saber cómo se regula a los ministros de Estado en la legislación peruana, tendrá que acudir a una fuente doctrinal descriptiva para informarse de las diversas normas existentes.

2. *Explicar*, es decir, hacer comprensible lo que del texto legislativo parece, en principio, inentendible. Así, por ejemplo, tenemos el inciso 13 del artículo 139 de nuestra Constitución que dice: «[...] La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada».

⁹⁵ Existen textos legislativos que buscan ser entendidos por todos a partir de su lectura. Es el caso del Código napoleónico entre otros. Sin embargo, no lo logran plenamente nunca. Durante el siglo XX, en general, ha prevalecido una técnica legislativa que deja de lado las definiciones en sus textos normativos. Sin embargo, las codificaciones hechas en el Perú a partir del Código Civil de 1984, han reincorporado definiciones dentro de sus normas.

Sin el apoyo de la doctrina jurídica, nunca podríamos entender plenamente qué manda este texto, pues el significado de los términos amnistía, indulto, sobreseimiento definitivo y cosa juzgada solo se comprende a cabalidad luego del estudio de textos doctrinales especializados.

3. *Sistematizar*, es decir, organizar según sus peculiaridades y características el orden jurídico de tal forma que cada norma tenga su lugar, su contexto y su interconexión con otros.

Así, por ejemplo, tenemos que el Presidente de la República puede dictar, con sus ministros, diversos tipos de decretos supremos, de los que nos interesan dos: unos de contenido normativo general (por ejemplo el reglamento de la Ley de trasplantes de órganos) y otros que tienen como contenido a los llamados actos de gobierno (tal el caso de los decretos supremos que mandan suspender las garantías constitucionales según el artículo 137 de la Constitución).

Si nos atenemos al texto del artículo 200 de la Constitución, en la parte referente a acción popular, encontraremos lo siguiente: «Son garantías constitucionales: [...] 5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen [...]».

De acuerdo a este texto, en base a una interpretación literal podríamos concluir que al aprobarse la suspensión de garantías para todos los ciudadanos mediante un decreto supremo firmado por el Presidente de la República y el Ministro del Interior, y al no cumplirse estrictamente la Constitución⁹⁶, cualquiera estaría habilitado para interponer la acción popular contra él.

Sin embargo, no es así. Existe un principio doctrinal clásico y reconocido en el sentido de que los actos de gobierno del Poder Ejecutivo no pueden ser judicialmente impugnados por vía de esta acción y, por lo tanto, el decreto supremo de suspensión de garantías cae en esta situación y goza de ese privilegio, si podemos llamarlo tal.

¿Qué es un acto de gobierno y cuando estamos ante uno de ellos? Pues eso no se resuelve en la legislación sino en la doctrina. El ejemplo es interesante porque, una consideración doctrinal de carácter sistemático como es la distinción entre actos de gobierno y otros (como los actos de administración y los actos legislativos que también realiza el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus

⁹⁶ Ello podría ocurrir, por ejemplo, si en el país no existiera ninguna de las situaciones que el artículo 137 de la Constitución considera como estado de emergencia o estado de sitio y que constituyen los supuestos en base a los cuales procede la consecuencia de suspender las garantías.

atribuciones o potestades), lleva a la conclusión de que la acción popular del artículo 200 inciso 5 de la Constitución no es en realidad aplicable a este caso, aun cuando del texto mismo, en principio, sí debería serlo.

Lo sistemático, en este caso, es la consideración de discriminar unos y otros tipos de actos. Se dirá, así, que en el derecho existen varios subtipos entre los actos que realiza el Poder Ejecutivo, aun cuando ningún texto legislativo considera tal clasificación. El resultado práctico, tampoco discriminado en los textos legislativos, consistirá en que algunos de ellos no están sujetos a la norma del artículo 200 de la Constitución.

4. *Criticar y aportar soluciones*, es decir, mostrar las deficiencias, incoherencias y eventuales contradicciones de las normas legislativas y brindar soluciones posibles a los problemas de este tipo que se produzcan.

La doctrina jurídica es extensa en cuanto a estas funciones. Del innumerable cúmulo de casos, puede ser clarificador el siguiente:

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 [...].

El artículo 204 de la Constitución dice: «[...] No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal».

Sin embargo, por el efecto que tienen las sentencias del Tribunal Constitucional, que es el de dejar sin efecto la ley declarada inconstitucional, deben también aplicarse retroactivamente cuando en materia penal favorezcan al reo.

Fue un olvido de nuestros constituyentes no incorporar la retroactividad penal benigna en el artículo 204. La doctrina señaló que esto debía corregirse y, en efecto, aunque no en la Constitución, hoy sí se dice en las normas con rango de ley aplicables.

Esta breve descripción de las diversas funciones que asume la doctrina de un sistema jurídico romano-germánico frente a la naturaleza de las normas legislativas es suficientemente ilustrativa de la gran trascendencia que tiene la integración y debida comprensión del derecho en su conjunto. Evidentemente, en familias distintas, como por ejemplo la anglosajona, el rol de la doctrina es inferior, por cuanto la riqueza y variedad de matices viene dada ya por la jurisprudencia misma, en los campos en

los que la normatividad procede de ella como fuente. En esos sistemas jurídicos, lo importante no está en leer libros sino en conocer y trabajar las diferencias entre una y otra solución judicial aplicable al caso que tenemos entre manos.

También es verdad que en aquellos sistemas romano-germánicos en los que la jurisprudencia es precedente vinculatorio, o en todo caso, asume con detalle la descripción de la *ratio decidendi*, la administración de justicia realiza muchas veces parte de estas funciones doctrinales. Sin embargo, nunca llega a sustituirla.

En síntesis, podemos decir que las funciones doctrinales de describir, explicar, sistematizar, criticar y aportar soluciones, son parte esencial del sistema jurídico dentro de la familia romano-germánica, y que si bien la jurisprudencia puede eventualmente cumplir este papel, nunca llega a sustituir a la fuente doctrinal.

En el Perú, la deficiencia que normalmente muestra la jurisprudencia en materia de discriminación entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum* (conceptos a los que nos hemos referido en el punto 4 del capítulo 5), hace aún más importante la recurrencia a la doctrina para la debida comprensión y manejo del sistema en su conjunto. En este sentido, y sin perjuicio de la importancia que debemos dar a la doctrina, sería deseable que la Corte Suprema de Justicia tomara las disposiciones necesarias para que nuestra producción jurisprudencial funcionara cada vez mejor en este terreno.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Las consideraciones hechas en el párrafo precedente nos permiten comprender las varias funciones que la doctrina cumple estructural y sistemáticamente en el derecho, especialmente en uno de naturaleza romano-germánica como el peruano. Sin embargo, son necesarias aún algunas precisiones a manera de conclusión.

En primer lugar, la doctrina es un gran ordenador y expositor del sistema jurídico legislado. Su función de describir permite exponer sistemáticamente grupos de normas diseminados en diversas épocas y con diversas ubicaciones jerárquicas dentro del derecho nacional. Su función de explicar llena de contenido y precisa el significado de muchos términos que en el lenguaje común, o tienen etimología distinta o, simplemente, no existe. Su función de sistematización es un perpetuo ordenador de las normas en grupos, conjuntos y subconjuntos, lo que aporta mayor claridad, concordancia y coherencia dentro de todo el sistema. Sus funciones de crítica y solución permiten limar aristas, resaltar deficiencias y cubrir carencias donde el derecho legislado se torna insuficiente y contradictorio. Solo esto ya es muy importante para dar a la doctrina un lugar esencial dentro del trabajo jurídico.

Pero hay aún más. El derecho está compuesto por normas jurídicas y principios, y nos interesa destacar el rol que la doctrina cumple frente a estos últimos. En principio, como ya viene dicho, podemos encontrar varios de ellos dentro de los textos legislativos⁹⁷. Sin embargo, muchos otros no están allí sino recogidos a lo largo del tiempo por las fuentes doctrinales. Sin ir muy lejos, en nuestro estudio de la legislación hemos trabajado sobre la base de principios técnicos del tipo de competencia y jerarquía del órgano en el tercer nivel, o también del tipo de aquel que dice «disposición especial prima sobre disposición general», ninguno de los cuales será encontrado en ningún artículo de nuestra legislación. Vienen desarrollados y expuestos en la doctrina y es a partir de ella que adquieren plena vigencia. Nótese, a la vez, que en estos casos la doctrina asume plenamente su carácter de fuente del derecho, pues ya aquí no se trata de funciones complementarias o subsidiarias como la mayoría que hemos descrito en el párrafo anterior, sino de verdadera producción normativa, cuyos textos pueden ser perfectamente encuadrados en el esquema general S → C.

Posteriormente, al tratar sobre interpretación e integración, veremos cómo la doctrina sigue aportando estos principios allí más profusamente utilizados en la tarea de aplicación del derecho.

Otro punto es fundamental: la fuerza de la doctrina como fuente del derecho depende de la tensión *concordancia-discrepancia* entre los autores, en el sentido de que su fuerza está en razón directa a la concordancia de opiniones y en razón inversa a la discrepancia.

Hay campos doctrinales en los que prácticamente no existen voces discordantes y otros en los que sí. Ello es importante de tener en cuenta porque, normalmente, la referencia a una sola fuente, o a las que se ubican en una misma corriente de pensamiento, resulta insuficiente y puede llevar a la peligrosa omisión de posiciones alternativas que pueden, eventualmente, tener mayor influencia o mejores razones. En el trabajo doctrinal, por tanto, el agente del derecho debe ejercitarse con honestidad intelectual y con la comprehensividad que ella involucra.

De otro lado, la doctrina es también sensible a procesos de evolución y, por tanto, lo prevaleciente dentro de ella en un momento determinado, puede pasar a ser opinión no importante a posteriori. Así, por ejemplo, según todos los autores clásicos de la teoría constitucional de siglos pasados (y que son los verdaderos fundadores de esta rama jurídica), el Poder Ejecutivo no debe legislar. Modernamente, en cambio, la complejidad de la vida política ha hecho necesario reconocer lo inverso y, en un número creciente de casos, incluso establecer constitucionalmente que el ejecutivo

⁹⁷ Ejemplo de principios contenidos en la Constitución son prácticamente todo el inciso 24 del artículo 2 y todo el artículo 139. Cabría añadir muchos más aún.

legislará en ciertas circunstancias⁹⁸. Lo propio puede verse en muchos otros aspectos del sistema jurídico. En consecuencia, el agente de derecho debe tener la perspicacia necesaria para ubicar a cada autor en su contexto: en caso contrario, un deficiente manejo de lo doctrinal puede llevarlo a graves errores conceptuales y de aplicación.

Es evidente, a la vez, que no todas las obras jurídicas tienen el mismo valor intelectual y la misma influencia en las concepciones jurídicas de un sistema de derecho determinado. Siempre hay trabajos doctrinales buenos, regulares y malos. Hay muchos que contienen yerros o apreciaciones abiertamente absurdas. Parte del trabajo de la persona vinculada al derecho es saber discriminar entre unos y otros, apoyándose en los mejores. El trabajo en base a fuentes doctrinales mediocres o insuficientes tiene poca probidad intelectual.

Sin embargo, cabe anotar una digresión: generalmente ocurre que los grandes innovadores son mal considerados al inicio. Muchos, incluso, mueren en el aparente fracaso para, luego, ser reconocidos como hitos de transformación en las concepciones jurídicas. Por su rancio abolengo, el derecho es especialmente proclive a producir actitudes de este tipo entre los especialistas (por lo demás no es el único: casos como los de Galileo o Pasteur, entre miles, son ilustrativos en otras ramas del saber humano). Por lo tanto, rectamente entendido, el trabajo con la doctrina debe reconocer la importancia de lo prevaleciente, pero en modo alguno cerrarse a la innovación valiosa. Como todo, el derecho también debe evolucionar y las concepciones doctrinales son muy fructíferas para ello. Correspondiente debe ser la actitud del estudioso del derecho para estar atento a ellas cuando ocurren.

Hay un último tema relevante: el derecho en su esencia no ha sido aún unívocamente definido y, probablemente, no lo será en el corto futuro. La última parte de este libro pretende introducir a nuestro lector en esta inmensa problemática, propia de la filosofía jurídica. Como veremos allí, definir la naturaleza y contenido del derecho es problema sumamente difícil y lleno de posiciones encontradas, cuando no antitéticas. Esa discusión se da exclusivamente en la doctrina jurídica y tiene suma trascendencia para la concepción, aplicación y operación de cada sistema jurídico, incluido el nuestro. Desarrollar el conocimiento de las fuentes doctrinarias sobre este problema es fundamental para toda persona vinculada al derecho, aun cuando a quienes tienen una aproximación pragmática, suele parecerles irrelevante. No lo es en absoluto y todo buen jurista y abogado sabe que tiene consecuencias muy concretas en el quehacer cotidiano.

⁹⁸ La Constitución de 1979 autorizaba expresamente la delegación de atribuciones legislativas en el Poder Ejecutivo según su artículo 188, como lo hace ahora la Constitución de 1993 en su artículo 104. Sin embargo, a pesar que la de 1933 no tenía norma parecida, en muchos momentos se ejerció tal delegación, dando lugar a enconados debates entre quienes hacían consideraciones doctrinales a favor y en contra. Caso saltante fue la Ley 17044 en 1968.

En síntesis, la doctrina es una fuente del derecho formada por los escritos jurídicos hechos a lo largo de la historia. Cumple funciones complementarias a la legislación, en especial dentro de la familia romano-germánica a la que pertenece nuestro sistema, bien complementando a la legislación mediante funciones de descripción, explicación, sistematización, crítica y aporte de soluciones; bien aportando principios generales del derecho a todos los ámbitos de su estructura. La fuerza de la doctrina está en razón directa a la concordancia de sus diversos autores y en razón inversa a la discordancia. El estudioso del derecho debe utilizarla ponderando lo bueno y lo malo dentro de ella, lo preponderante y lo secundario, sus procesos evolutivos tanto en lo que se refiere a la obsolescencia como a la innovación y sus aportes a la concepción esencial del derecho mismo.

Hay una conclusión, a manera de corolario, que debe quedar explícitamente enunciada en un texto universitario como este: el estudioso del derecho debe adquirir la convicción de que parte esencial de sus conocimientos jurídicos van a provenir de la doctrina. En caso contrario, es seguro que nunca podrá conocer a profundidad, y en consecuencia aplicar correctamente, toda la complejidad del sistema jurídico con el que trabaja cotidianamente.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALZAMORA VALDEZ, Mario (1980). *Introducción a la ciencia del derecho*. Lima, Tipografía Sesator.

DU PASQUIER, Claude (1983). *Introducción al derecho*. Lima, Ediciones Justo Valenzuela V.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1967). *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa.

CAPÍTULO 8

LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD COMO FUENTE DEL DERECHO

OBJETIVOS

1. Comprender el significado efectivo que la declaración de voluntad tiene en el establecimiento de normas jurídicas para las partes declarantes.
2. Informarse del creciente rol que la declaración de voluntad tiene en el establecimiento de normas jurídicas generalizables a través de la negociación colectiva y de la contratación que realiza el Estado.
3. Diferenciar la declaración de voluntad unilateral y la contractual.
4. Comprender el rol subordinado de la declaración de voluntad como fuente, frente a la legislación y la jurisprudencia.

Es este un tema sumamente extenso y complejo. Con detalle, es estudiado en las facultades de Derecho a través, entre otros, de los cursos de Acto Jurídico, Obligaciones, Contratos Civiles (usualmente dos o tres cursos sucesivos), Derecho Administrativo y Contratos Administrativos. Intentar una explicación sumaria de todo ello es fútil en una obra como la que estamos haciendo y, en todo caso, culminaría en un inmenso esquema apenas desarrollado. Por ello, en esta parte vamos a dejar simplemente planteado el tema. En el transcurso de los estudios de derecho, el lector podrá desarrollar ampliamente sus conocimientos sobre la materia.

1. CONCEPTO Y PRINCIPALES ELEMENTOS

Para el derecho, la declaración de voluntad es un acto jurídico a través del cual el sujeto expresa intersubjetivamente algo que está en su pensamiento. Esta declaración de voluntad es fuente del derecho cuando lo expresado intersubjetivamente constituye una norma jurídica obligatoria y no una simple declaración u opinión.

Como acto jurídico, la declaración de voluntad se rige por las normas que le son pertinentes. De las muchas que existen una es central y es la contenida en el artículo 140 del Código Civil que establece:

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley
2. Objeto física y jurídicamente posible
3. Fin lícito
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad

Pueden expresar su voluntad muchos tipos de personas. Las naturales (que somos los seres humanos), adquirimos plena capacidad a partir de los dieciocho años de edad, y somos relativamente incapaces desde los dieciséis (artículos 42 a 46 del Código Civil). Hay casos en los que los menores de dieciséis años pueden realizar determinados actos indicados en las leyes (Código Civil, artículo 43 inciso 1) y ocurre lo mismo con los mayores de catorce años que tengan hijo o hija (Código Civil, artículo 46). También puede expresarse la voluntad de las personas jurídicas (asociaciones, sociedades mercantiles, etcétera), para lo cual tienen que haber cumplido todos los requisitos de constitución y nombramiento de mandatarios que las representen y expresen válidamente.

Para que la declaración de voluntad sea legítima, tiene que tener objeto lícito. Las expresiones de voluntad con contenido ilícito carecen de efecto jurídico positivo y, más bien, son por lo general sancionadas. Una declaración de voluntad que estatuye una norma jurídica pero carece de licitud, hace inválida dicha norma, la que en consecuencia no obliga.

La expresión de voluntad debe ser hecha en observancia de la forma prescrita o no prohibida por la ley. Las personas naturales nos expresamos, en principio, de dos maneras; expresa y tácitamente, ocurriendo lo propio en el caso de las personas jurídicas por intermedio de sus representantes legítimos. La declaración expresa es, por ejemplo, firmar un contrato en el que declaro vender tal casa-habitación; declaración tácita es la que queda supuesta de la voluntad manifiesta del agente, por ejemplo, en el

caso de que alguien tome delante mío un libro y me anuncie que lo devuelve mañana: expreso tácitamente mi voluntad de prestárselo al no impedirlo, aun cuando no diga expresamente «te lo presto». Las normas correspondientes a estas maneras de expresión se hallan consignadas en el artículo 141 del Código Civil.

Esto es aplicable a los actos jurídicos que no requieren formalidad especial. Sin embargo, muchas veces el derecho impone ciertas formas para la validez: es el caso de los testamentos o de ciertos contratos que deben constar por escrito o de las declaraciones de voluntad de los organismos.

Para que la declaración de voluntad tenga relevancia jurídica tiene que ser intersubjetiva, es decir, tiene que comunicarse necesariamente a otro u otros sujetos. Si queda en conocimiento exclusivo del propio agente, carecerá de dicha relevancia y no surtirá efectos para el derecho. Así, por ejemplo, si quien fallece declara verbal y públicamente en sus últimos instantes que ha dejado un testamento escrito en el que hace una repartición determinada de sus bienes, pero el documento testamentario mismo nunca es hallado, entonces no tendrá validez jurídica por más constancia que exista de su última declaración aludida.

No es indispensable, de otro lado, que se llegue inmediatamente a la intersubjetividad, es decir, a la comunicación de la declaración de voluntad. Siguiendo este mismo ejemplo, puede ocurrir que alguien haga su testamento en privado (se llama testamento ológrafo), de acuerdo a las formalidades preestablecidas por la ley, y se lo entregue en sobre cerrado a un notario público con el encargo de que el contenido del sobre (desconocido para el notario), sea entregado a conocimiento público después de su muerte. Producido el fallecimiento, y dado a conocer el testamento por el notario, surtirá plenamente sus efectos jurídicos. Lo propio ocurrirá, aún, en el caso en que dicho testamento haya sido dejado en una caja fuerte privada que luego sea abierta por los deudos al revisar las pertenencias del fallecido (siempre, naturalmente, que cumpla las formalidades legales del caso).

Las consecuencias de una declaración de voluntad no son necesariamente normativas y, por lo tanto, no siempre operan como fuente del derecho, aun cuando tuvieran efectos jurídicos. Por ejemplo, cuando un varón se acerca a los registros de nacimiento, para declarar y firmar que es padre de tal criatura, está realizando una declaración de voluntad trascendental, que va a establecer numerosas consecuencias jurídicas entre él, el niño, su futuro o futura cónyuge, sus descendientes, etcétera. Sin embargo no hay nada de normativo en esta declaración de reconocimiento de paternidad; es, más bien, una declaración con consecuencias jurídicas no normativas. Por lo tanto, solo algunas de las declaraciones de voluntad asumen la calidad de fuente del derecho. Ellas pueden ser de dos tipos: unilaterales y bilaterales. Veámoslas brevemente.

2. DECLARACIÓN UNILATERAL DE VOLUNTAD

Por declaración unilateral de voluntad debemos entender la que, llegando a asumir carácter intersubjetivo, no supone un acuerdo con otra voluntad. Es, para graficarla, como un cabo extendido al aire.

Parece extraño, en efecto, que una declaración de este tipo pueda generar una norma jurídica, pero podemos poner dos situaciones a manera de ejemplo.

Una es el testamento, que por definición es un acto unilateral y de exclusiva liberalidad del testador, que no supone acuerdo previo con los beneficiarios (ni perjudicados), llegándose al punto de que cualquier testamento puede ser modificado, dentro de los cánones legales, al libre albedrío de quien lo estatuye. Este testamento, una vez fallecido el testador, funciona como un verdadero conjunto de normas jurídicas aplicándose plenamente al patrimonio que se constituye en herencia.

Otra es la siguiente: supongamos que pierdo un documento muy importante y solicito a un notario que, en mi nombre, ponga un aviso en el periódico anunciando una importante recompensa a quien lo encuentre y me lo devuelva. Esta es una típica declaración unilateral desde que yo no sé si alguien lo va a encontrar y aun si encontrándolo me lo devolverá. Inclusive, puede ocurrir que en el momento de aparecer el aviso el documento siga realmente perdido y que un «cazador de tesoros» se ponga a buscarlo en afán de cobrar la recompensa.

Sigamos nuestras suposiciones: el buscador de tesoros lo halla y se presenta, a su vez, acompañado de notario, en la dirección establecida en el aviso, documento en mano y listo a cobrar su recompensa. Pues bien, si no le pago podrá recurrir a los tribunales y exigir que cumpla mi promesa. A estos efectos, bastará con que mi notario diga que efectivamente le ordené poner el aviso en cuestión y que el suyo diga que se presentó a devolver el documento sin que yo pagara la recompensa, para que el juez declare fundada su demanda y me obligue a cumplir lo ofrecido.

En ambos casos podrá apreciarse claramente que mi declaración de voluntad ha producido sendas normas perfectamente inscribibles dentro del esquema S → C, y que ambas resultan de aplicación obligatoria con el respaldo de la fuerza estatal si las circunstancias lo hacen necesario. En otras palabras, mi declaración de voluntad ha producido normas jurídicas que deben tener debido cumplimiento dentro del derecho. Por lo demás, la promesa unilateral está legislada en los artículos 1956 y siguientes del Código Civil.

3. DECLARACIÓN BILATERAL DE VOLUNTAD

El otro tipo de declaración es aquella que se produce en condiciones tales que dos o más personas convienen en generar obligaciones a partir del acuerdo de sus voluntades. En este caso, nos hallamos frente a un pacto. Si ese acuerdo de voluntades genera una relación jurídica patrimonial estamos ante un contrato (artículo 1351 del Código Civil).

Que el contrato genera normas jurídicas obligatorias para las partes involucradas en él es clarísimo a partir del texto del artículo 1361 del Código Civil que dice: «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos». Diversas normas establecen mecanismos de coacción al cumplimiento forzoso de las obligaciones emergentes, cuando ello es dable y posible.

La declaración contractual, en principio, afecta exclusivamente a los contratantes, pero ocurren casos en los que, por la naturaleza de las cosas, tienen un efecto mayor. Por ejemplo, el Estado realiza ciertos contratos que por su significación, tienen profunda influencia en toda la sociedad. Tal el caso de los contratos de financiación y refinanciación de la deuda externa, o de los compromisos adoptados con los organismos financieros internacionales, tan frecuentes en los últimos años. En ellos se establecen cláusulas que se convierten en normas generales para toda la población en muchos aspectos de la vida social y económica.

Por tanto, la declaración contractual produce efectivamente normas jurídicas, algunas de alcance individual y otras de dimensiones generales muy importantes.

4. LA NORMA EMANADA DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

Se suele encontrar, en la teoría del derecho, objeciones a considerar a la declaración de voluntad, en sus diversas modalidades descritas, como una auténtica fuente del derecho porque produce, en su inmensa mayoría, obligaciones que son auto-imposiciones de carácter individual más que general.

Dos observaciones pueden hacerse: la primera, que como hemos visto, ello no es necesariamente así desde que la contratación colectiva y la del Estado no producen simples normas individuales; la segunda, que aun cuando la declaración de voluntad produjera fundamentalmente obligaciones individuales, no dejan ellas de ser normas jurídicas obligatorias y exigibles.

En última instancia, todo depende de una definición de partida. Si consideramos que la norma jurídica es un mandato general de que a un determinado supuesto siga

lógico-jurídicamente una consecuencia, entonces podremos estar parcialmente de acuerdo con quienes niegan el carácter de fuente a la declaración de voluntad.

Si en cambio, como hemos señalado en el capítulo 3 de este libro, nuestra definición de norma no supone necesariamente que produzca un mandato «general», entonces la consecuencia es que la declaración de voluntad que produce una proposición $S \rightarrow C$ con obligatoriedad jurídica, sí es fuente del derecho.

Preferimos mantener esta posición porque es coherente con la visión que venimos dando del sistema jurídico en su conjunto y con la forma como se generan las normas en nuestro medio. De esto hablaremos con mayor detalle en el próximo capítulo, a propósito de la informalidad. Por lo tanto, para nosotros, toda declaración de voluntad que produzca una norma $S \rightarrow C$ con fuerza jurídica obligatoria y respaldo de la coacción del Estado será fuente del derecho, constituye un mandato individual o general.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel (1996). *El contrato en general*. Lima, Cultural Cuzco.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2005). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CAPÍTULO 9

INFORMALIDAD Y FUENTES DEL DERECHO

OBJETIVO

De la lectura del noveno capítulo el alumno debe buscar la reflexión sobre el tema de informalidad y fuentes del derecho, con especial revisión de los aspectos de las fuentes que son modificados y adaptados en el uso de la vida cotidiana.

El fenómeno denominado «informalidad» se ha desarrollado considerablemente en el Perú y tiene que ver con el problema de las fuentes del derecho que venimos estudiando, porque significa un relajamiento tolerado por la fuerza de las cosas, del cumplimiento de los principios de jerarquización de normas que hemos desarrollado.

Desde luego, la informalidad supera ampliamente el fenómeno de lo jurídico y es un aspecto estructural de la manera como se organiza nuestra sociedad. Informal se contrapone a formal y parece afirmar que hay un sector formal y otro informal de la sociedad. Esto no es tan cierto: en el Perú todos tenemos un poco de cada aspecto, según las oportunidades y circunstancias en que desarrollamos nuestra vida social: quien compra sin factura, por ejemplo, es informal en este aspecto de la contratación aunque en el resto de su vida sea formal. Los ejemplos pueden multiplicarse.

Definir la informalidad desde el punto de vista jurídico es un problema bastante arduo. En principio podría parecer que el relajamiento de la obligatoriedad de las normas y los principios que las rigen constituye la informalidad, pero una mirada más detenida anuncia que eso no es tan cierto. Por ejemplo, un narcotraficante no es un informal sino un delincuente. Lo propio es quien roba o mata. Por consiguiente, no

todo incumplimiento de la obligatoriedad del derecho es informalidad. Solo parecen serlo los incumplimientos que devienen en estructuralmente tolerables.

Un incumplimiento es *estructural* cuando el conjunto de reglas del sistema social (que es mayor que el conjunto de reglas del sistema jurídico) permite que las normas jurídicamente establecidas sean inobservadas para que la vida social general prosiga adelante. Este es, por ejemplo, el caso del desempleo en el Perú: el sistema formal emplea adecuadamente a alrededor del 30% de la población económicamente activa y deja en condición de desempleo o subempleo al 70% que, de esta manera, está imposibilitado de obtener los ingresos necesarios para sobrevivir en condiciones mínimas de subsistencia. Entonces aparece el trabajo informal como una solución estructural al problema: en el Perú, para que la vida social siga funcionando con relativa normalidad, el trabajo informal es una solución estructural e indispensable. Lo contrario significaría condenar a la miseria a la mayoría de la población.

Un incumplimiento es *tolerable* cuando no afecta los sentimientos de convivencia social fundamentales. Así, en los últimos años, el trabajo informal parece no afectar estos sentimientos sustantivamente y, al contrario, como se ha dicho, parecería una necesidad. Los delitos tales como el homicidio, el robo, etcétera, por oposición, constituyen violaciones intolerables para la convivencia.

Una de las vías del derecho para asumir el problema de la informalidad es la denominada *desregulación*. Este concepto señala que el derecho ha establecido muchas normas en el sistema que deben ser eliminadas porque no son cumplidas y tampoco son necesarias; al revés, resultan inconvenientes porque estorban el normal desarrollo de la sociedad. Y la mejor prueba que se ofrece para ello es que, estructuralmente, la sociedad no las necesita y la informalidad (que le permite funcionar con mejor forma) no las obedece.

La desregulación es una opción que, desde el punto de vista jurídico, supone las habilidades para determinar cuáles son las normas innecesarias y para poder quitar del sistema las que sobran o estorban sin afectar la coherencia del conjunto y sin menoscabar, tampoco, las exigencias mínimas de regulación necesarias. Así vistas las cosas, la desregulación es una posición crítica frente al sistema jurídico que requiere de la persona entendida en derecho no solo conocerlo sino también saber transformarlo. Por consiguiente, el abogado o abogada de estos tiempos no puede conformarse con conocer el sistema existente, sino que tiene también que desarrollar sus habilidades para transformarlo eficientemente.

Pero la desregulación no lo es todo en materia de informalidad y, tal vez, no sea siquiera el aspecto más importante de su vinculación con las fuentes del derecho. Otros asuntos son también interesantes.

La informalidad supone una dimensión nueva para dos de las fuentes estudiadas: la declaración de voluntad y la costumbre.

Mucho de lo que es el fenómeno jurídico de la informalidad transcurre a través de acuerdos de diversos agentes de la vida social. Estos acuerdos son por lo general contratos o pactos que regulan muy distintos asuntos: compraventas, crédito, transferencia de propiedades en lugares formalmente no urbanizados, relaciones laborales al margen de la legislación del trabajo, relaciones de abastecimiento de productos, ubicación en lugares de venta tales como vías públicas, parques, etcétera.

Todo ello constituye un fenómeno de declaración de voluntad que, muchas veces, tiene principios alternativos a los del derecho *formal*. Esto puede significar desde incumplimiento *tolerado* de normas jurídicas vigentes, hasta formas nuevas no conocidas anteriormente en la vida jurídica ni recogidas en los textos normales de trabajo y estudio, pero que verdaderamente operan en la realidad. Una particular sensibilidad de la declaración de voluntad como fenómeno jurídicamente vinculatorio es necesaria para comprender, sistematizar y desarrollar estos aspectos del nuevo derecho existente. La persona vinculada al sistema jurídico de los tiempos actuales tiene que tener la capacidad de comprender estos nuevos fenómenos.

De otro lado, existen multitud de costumbres ya elaboradas y vigentes en el ámbito de la informalidad. Por ejemplo, hay toda una regulación de la ubicación de puestos ambulantes en miles de lugares de las diversas ciudades del país que han funcionado por años. Existen viviendas en pueblos jóvenes que han sido ubicadas, construidas y transferidas de mano a mano por varios 'propietarios' sin la más mínima atención a las reglas del registro de la propiedad y de la regulación de las compraventas de inmuebles, y así sucesivamente. Todo ello constituye un campo nuevo de la regulación social que viene siendo trabajado por pioneros del nuevo derecho y que en el futuro constituirá, indudablemente, parte de lo que hay que conocer como el derecho dentro del Estado peruano.

La costumbre, a la que hemos estudiado como una fuente del derecho importante en el pasado, readquiere importancia en las nuevas condiciones de vida y tendrá que ser sistematizada nuevamente, bien como fuente autónoma, bien como un insumo de la nueva legislación. Ya hay numerosos aspectos en los cuales ha sido elaborada dentro de la legislación vigente pero, todavía, la nueva comprensión de su real rol dentro del derecho y la sociedad peruanos está por hacerse.

Al lado de estas dos fuentes del derecho, la jurisprudencia ha empezado a reconocer en la práctica la importancia de la informalidad en el derecho, aunque de manera tímida, un poco a soslayo. Esto es particularmente importante en materia de desarrollo de

nuevas poblaciones en pueblos jóvenes, y de ubicación de las personas en el trabajo informal, particularmente a partir de los derechos constitucionales relativos al trabajo. Un redimensionamiento de la jurisprudencia en este aspecto es fundamental dentro del derecho peruano, no solo por lo que ya ha ocurrido sino, sobre todo, por las perspectivas de administración de justicia existentes. En esto, la justicia de paz ha tenido un rol importante que recién se empieza a estudiar y debe profundizarse. Un futuro rol de mayor importancia de los jueces de paz en el contexto general de la administración de justicia, probablemente tendrá que ver mucho con las diversas manifestaciones de la informalidad (entre otros aspectos).

Por sobre todo, la informalidad como fenómeno estructural en el Perú, tiene que ver con la concepción que la persona vinculada al derecho tenga de la vinculación entre este y la sociedad en su conjunto. Esto alude claramente a la sociología del derecho: una nueva interpretación del derecho a la luz de la evolución de la sociedad, no para *formalizarla* precisamente, sino para rescatar lo positivo de la formalidad y para avanzar en el diseño de nuevas soluciones jurídicas a la problemática social actual.

El agente de derecho, sea abogado, fiscal, juez o profesor universitario, tiene que entender los nuevos desarrollos de la vida jurídica operante en la sociedad. Tiene que sistematizar todo ello en nuevos principios armónicos. Tiene que dotar a la legislación no precisamente de una adaptación monótona a la realidad, sino de una recreada capacidad de comprender los fenómenos sociales y regularlos con sobriedad y eficacia. Tiene que suministrar a los jueces la comprensión de la función de administrar justicia en el nuevo contexto que no está por diseñar, sino que ya existe y funciona. Finalmente, tiene que aportar a la teoría del derecho nuevos conceptos, nuevas instituciones que le permitan afrontar el reto de la realidad renovadamente, con la finalidad de enfrentar positivamente la vida social de manera creativa.

El reto de la informalidad, para el derecho, es de reutilización de conceptos clásicos y reelaboración de toda la sistemática, que incluye tanto a las normas como a las leyes. Quien sigue linealmente este libro no ha llegado aún al estudio de los principios generales del derecho, que también tienen mucho que ver con el tema de la informalidad. Los capítulos de interpretación e integración jurídica, por ello, deben también ser estudiados desde la perspectiva de la informalidad, abriendo nuevos temas de reflexión y profundización para utilizar lo ya existente en el derecho con la nueva perspectiva de la comprensión y regulación del todo social desde el derecho.

CUARTA PARTE
APLICACIÓN DEL DERECHO

Hasta aquí, hemos trabajado algunos insumos fundamentales para el conocimiento de lo que es el derecho: su relación con el Estado, la norma jurídica como uno de los componentes esenciales, y las fuentes del derecho, que son los procedimientos reconocidos para crear normas válidamente y estatuir principios generales.

Sin embargo, el sistema jurídico se aplica a las conductas sociales. En buena cuenta, para ello existe. Nos toca en esta parte desarrollar los aspectos fundamentales de esta problemática con el objetivo de suministrar los conocimientos principales de la utilización del derecho.

Tres capítulos están dedicados a ello: el de interpretación jurídica, el de integración jurídica y el de aplicación del derecho en el tiempo y el espacio.

En principio, la aplicación del derecho debiera suponer la identificación de las normas y su cumplimiento en la realidad. Sin embargo, el asunto es más complejo. Hasta aquí hemos visto *qué es y qué no es* norma jurídica (fuentes del derecho) y qué dice la norma jurídica misma desde su estructura interna lógico-jurídica.

No obstante, a menudo se presentan diversos problemas encadenados sucesivamente. El primero consiste, como hemos visto, en que la norma puede querer decir algo distinto o complementario a lo que realmente dice. Estudiada en abstracto, o en aplicación a un caso concreto, la norma puede efectivamente presentar problemas de comprensión sobre el sentido de lo que prescribe como conducta a seguir. Este es el campo propio de la teoría de la interpretación jurídica.

Un segundo problema consiste en que, a veces, el conjunto de las normas existentes no aporta solución alguna a una situación social determinada que, se considera, debe merecer una respuesta jurídica. Más exactamente, un suceso de la realidad debería ser normado por el derecho en sus consecuencias, pero no está exactamente previsto en el supuesto de ninguna norma. Nos encontramos ante lo que se denomina una *laguna del derecho* y, en tal situación, el instrumental metodológico de solución es aportado por la teoría de la integración jurídica.

Un tercer problema consiste en que puede ocurrir que un mismo hecho o sus consecuencias reciban dos respuestas jurídicas distintas en virtud de una norma antigua derogada y otra que la sustituye. Es un problema de aplicación de las normas en el tiempo y da origen al tratamiento de la retroactividad y ultraactividad de las normas jurídicas. El asunto no siempre se resuelve fácilmente recurriendo al argumento de cuál disposición derogada no es aplicable (como podrían anunciarlo los principios estudiados en la parte referente a la legislación). Finalmente, puede ocurrir que, en ciertas circunstancias, no se sepa con seguridad cuál norma de dos o más Estados se aplica a una situación *sui generis*. Ello ocurre, digamos, si un alemán y una francesa, que se casan en el Perú y adquieren diversos bienes en distintos países, un día deciden hacer separación de bienes comunes y presentan la respectiva demanda ante nuestros tribunales: ¿el juez aplicará la ley alemana, la francesa, la peruana o la de cada Estado en cuyo territorio estén los bienes materia del caso? Esta problemática es bastante compleja, aun cuando hay principios generales (muchos de ellos legislados), que deben conocerse en una introducción general al sistema jurídico.

Cumpliendo los lineamientos generales que nos hemos impuesto, en los capítulos correspondientes a esta parte trabajaremos diversos temas que, en una exposición de naturaleza teórica y rigurosamente sistemática, encontrarían su lugar en partes distintas. Tal es el caso del derecho como sistema estructural (abordado en el capítulo de interpretación), o del tema de los principios generales del derecho (abordado en el capítulo de integración). Están ubicados allí porque es donde más cercanía tienen con la temática de contexto y, por consiguiente, donde pueden ser mejor asimilados. Eventualmente, al trabajar estos aspectos el lector deberá regresar brevemente a las partes referidas a la norma jurídica y a las fuentes, para recapitular ideas y precisarlas mejor. Este método de trabajo simultáneo en dos partes distintas de este libro es recomendable, como ha sido dicho anteriormente, y es un presupuesto que se ha tomado en cuenta al estructurarlo.

La aplicación del derecho supone un método básico y general común a todas las situaciones previsibles. En teoría, este método debería ser el capítulo inicial de esta parte, pero lo hemos colocado como anexo, al final, porque puede ser útil consultarlo antes en el desarrollo de los estudios. No obstante, consideramos pertinente estudiarlo no más tarde que ahora, antes de iniciar el trabajo del capítulo correspondiente a la interpretación jurídica. No hacerlo puede involucrar insuficiencias en el trabajo con los conceptos y conocimientos que se brindan a continuación, perjudicando el correcto aprendizaje.

Lo ideal es que al concluir esta cuarta parte del libro, el lector pueda ser capaz de solucionar cualquier problema referido a la identificación del mandato debido que

produce el sistema jurídico, y que haya asimilado las normas y principios generales de solución de los problemas de aplicación del derecho en el tiempo y en el espacio. Sobre estos dos últimos puntos, sin embargo, lo dicho aquí deberá ser necesariamente complementado con el estudio de cada rama o subconjunto del derecho directamente y, desde luego, con la formación que provee el derecho internacional privado, disciplina compleja que se estudia en los años finales de la carrera porque supone el manejo de prácticamente todas las ramas fundamentales del sistema y a la que nosotros aludiremos aquí solo de manera elemental.

CAPÍTULO 10

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

OBJETIVOS

1. Comprender cuándo y en qué circunstancias puede quedar claro el qué quiere decir la norma jurídica.
2. Identificar los criterios determinantes de la posición axiomática de interpretación y acostumbrarse a manejarlos ponderadamente en sus propias aplicaciones interpretativas.
3. Conocer y estar en capacidad de aplicar cada uno de los métodos de interpretación desarrollados en el capítulo, diferenciando a unos de otros.
4. Ubicar el rol que cabe a los apogemas jurídicos y familiarizarse con los más importantes.
5. Comprender la relación existente entre el sistema estructural del derecho y los alcances de los procesos interpretativos.
6. Adiestrarse en el conocimiento de la flexibilidad de la interpretación y en sus propios límites de manejo.
7. Diferenciar interpretación jurídica de análisis lógico-interno de la norma y de integración jurídica.
8. Rescatar la honestidad ética e intelectual que cabe al agente del derecho en el uso de los medios de la teoría de interpretación jurídica.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INTERPRETACIÓN

Tenemos varios niveles en la problemática jurídica de un caso determinado. El primero es saber cuáles son las normas existentes (y los conceptos aplicables) al caso bajo estudio. Para dilucidar este primer nivel nos sirve la teoría de las fuentes del derecho.

Una vez que hemos definido las normas aplicables, tenemos un segundo nivel de problemas, que consiste en saber *qué dicen* esas normas jurídicas. A este efecto nos sirve la teoría de la norma jurídica.

Superados los dos niveles anteriores, nos encontramos con un tercero que consiste en averiguar exactamente qué quiere decir la norma. Este nivel debe ser abordado mediante la teoría de interpretación.

La teoría de la interpretación jurídica, de esta manera, es la parte de la teoría general del derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma⁹⁹.

Si decimos: «La Constitución no ampara el abuso del derecho» (artículo 103, último párrafo, de la Carta)¹⁰⁰, el análisis lógico-jurídico interno de la norma nos dirá:

Supuesto: Si existe un abuso del derecho;

Consecuencia: entonces, la Constitución no lo ampara.

El *qué dice* la norma resulta claro del análisis interno, pero el *qué quiere decir* no lo es tanto. En efecto, de la norma analizada puede surgir cuando menos la siguiente pregunta: ¿Qué es el abuso del derecho?

Esta interrogante no puede ser respondida de manera debida ni por las fuentes del derecho, ni por el análisis interno lógico-jurídico. Aun si fuéramos a la doctrina a ver el significado de lo preguntado, lo que encontraríamos serían opiniones más o menos válidas, pero ninguna verdad asentada y sólida. Por lo tanto, el texto de la parte final del artículo 103 de la Constitución, al no expresar claramente qué quiere decir, nos

⁹⁹ En la teoría hay una larga discusión sobre si siempre existe problema de interpretación o si este solo aparece cuando la literalidad de la norma no es suficientemente clara. La discusión es importante desde el punto de vista epistemológico pero, por la finalidad que tiene este trabajo, solo consignamos la existencia de la discusión y optamos en adelante por la concepción de que solo hay problema de interpretación cuando el sentido de la norma no queda claro, bien de su lectura inicial, bien de su posterior cotejo con el caso que se va a regular con ella.

¹⁰⁰ Norma parecida pero de redacción distinta puede encontrarse en la versión actual del artículo II del Título preliminar del Código Civil.

está planteando un problema que es preciso resolver para poder aplicar adecuadamente su sentido normativo.

Adicionalmente a lo señalado, vale la pena decir que el problema de interpretación jurídica puede plantearse de dos maneras distintas. Una de ellas es en el texto mismo de la norma. Tal es el caso del artículo 103 último párrafo de la Constitución sobre el abuso del derecho.

Otra distinta es cuando el contenido y significado abstracto o teórico de la norma es claro, pero aplicado a la realidad resulta oscuro y, por tanto, su *qué quiere decir* debe ser precisado en lo concreto. Vamos a un ejemplo.

El artículo 1 del Código Civil establece: «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».

En sí mismo, este artículo se entiende con claridad. Tomemos dos de sus normas concatenadas entre sí y que son las siguientes:

Primera norma:

Supuesto: Si una persona nace,

Consecuencia: entonces es sujeto de derecho desde tal momento.

Segunda norma:

Supuesto: Si alguien está concebido, hay algo que le favorece y, finalmente (con posterioridad) nace vivo,

Consecuencia: puede recibir derechos patrimoniales que le correspondan por hechos ocurridos antes de su nacimiento.

Ninguna de las dos normas presenta problemas de querer decir porque su contenido, una vez analizado, es suficientemente claro.

Sin embargo puede presentarse un problema. Supongamos que el niño estaba vivo al aparecer la cabeza fuera del cuerpo materno, pero no llega a respirar una vez totalmente separado de la madre. El problema se presenta y puede ser resumido en la siguiente pregunta: ¿Cuándo se considera que una persona nace a fin de determinar si estaba viva en tal momento?

En principio, todos sabemos cuando alguien nace o no. En la abrumadora mayoría de casos esta interrogante es fácilmente solucionada. Sin embargo, si el proceso de nacimiento es analizado cuidadosamente, entonces veremos que existe una continuidad

en la que pueden distinguirse varios hitos claves y, en verdad, en cualquiera de ellos puede considerarse que el nacimiento se ha producido.

Así, el proceso comienza con la dilatación efectiva de la pelvis de la madre, y concluye con la expulsión de la placenta. Todo ello puede ocurrir en minutos o en el transcurso de varias horas. Para algunos, el nacimiento se inicia al producirse la dilatación por lo que, si el niño está vivo en dicho momento, se le consideraría nacido vivo aunque aparezca ya sin respiración fuera del cuerpo de la madre. Para otros el nacimiento se produce finalmente cuando la expulsión de la placenta ha concluido. Para otros en cualquiera de los posibles puntos intermedios y, finalmente, hay una teoría que tuvo importancia y es la llamada *de la viabilidad*, según la cual para nacer vivo no basta haber mostrado alguna reacción fisiológica de vida tal como respirar, sino que es necesario que dichas manifestaciones se prolonguen durante un lapso determinado que, en general, se aceptaba debía ser de por lo menos veinticuatro horas.

De esta manera, una norma que en abstracto es indiscutiblemente clara, puede resultar siéndolo muy poco en un caso concreto en el que los matices fácticos nos hacen dudar de sus alcances o su aplicabilidad al caso concreto¹⁰¹.

De esta forma, podemos concluir esta primera parte de presentación del problema de la interpretación jurídica diciendo que este aparece cuando el *qué quiere decir* la norma jurídica aplicable no queda suficientemente claro a partir de la aplicación de la teoría de las fuentes y del análisis lógico-jurídico interno de la norma. Este problema de interpretación puede surgir del texto mismo (es oscuro en sí) o de su aplicabilidad a un caso concreto (el texto normativo es claro, pero no se puede saber con claridad su significado a partir de los matices fácticos del caso al que se quiere aplicarla).

En cualquier situación, la teoría de interpretación está destinada a desentrañar el *qué quiere decir* la norma jurídica.

¹⁰¹ El problema de una norma clara que se convierte en poco clara al aplicarla a un caso concreto no debe extrañarnos. Lo que ocurre es lo siguiente: el supuesto de la norma es una abstracción que el legislador hace de los elementos esenciales de los hechos sociales concretos a los que quiere aplicar la consecuencia jurídica. De esta forma, los hechos mismos en los que se verifica el supuesto contienen siempre matices propios que, por exceso, por defecto o por mezcla de unos y otros (cosa siempre posible), aparecen necesariamente distintos al relato semántico que contiene el supuesto de la norma. A veces, la diferencia entre el hecho real y la descripción del supuesto no es sustancial sino accidental por lo que el hecho es perfectamente incorporable en el supuesto y, por tanto, se aplica la consecuencia. En otros, los hechos concretos presentan matices con lo esencial del contenido del supuesto (como ocurre con el que recién hemos puesto en referencia al nacimiento) y de allí es que aparece la necesidad de interpretación que, en definitiva, consiste en lo siguiente: lo ocurrido ¿verifica o no en la realidad el supuesto de la norma jurídica?

2. INTERPRETACIÓN JURÍDICA: ¿CIENCIA O ARTE?

La disputa que anuncia el título de este párrafo es muy compleja y excede el marco restringido de la interpretación (aunque la incluye), para abarcar todo el concepto de derecho: en efecto, podemos preguntarnos si el derecho es una ciencia o un arte. Sin embargo, no es esta la pregunta apropiada en este punto, puesto que estamos trabajando sobre la interpretación. Aquí, el asunto puede abordarse de la siguiente manera: la teoría de la interpretación es un conjunto a veces no muy armónico de proposiciones sobre cómo aclarar el sentido de las normas jurídicas. Este se ha ido construyendo por sedimentación de aportes provenientes de diversas escuelas de pensamiento, en diferentes etapas históricas del desarrollo del derecho y, por consiguiente, responde a axiomas e intereses disímiles. En el fondo, nadie ha desarrollado una teoría integral y sistematizada de la interpretación jurídica.

De otro lado, los sistemas jurídicos nacionales no suelen dar reglas imperativas sobre la interpretación del derecho (salvo en el caso de algunos Códigos Civiles). Muchas veces, inclusive, encontraremos que distintas ramas del derecho de un mismo país tienen distintas maneras de enfocar la interpretación de sus normas.

Aún dentro de cada rama del derecho, dos juristas pueden discrepar (y a menudo discrepan) sobre el modo de enfocar genéricamente la interpretación y, más frecuentemente aún, sobre la manera de hacer interpretación en un caso concreto.

Esto ocurre porque la teoría de interpretación no constituye un conjunto de reglas generalmente admitidas, con unidad metodológica y con capacidad de predecir un resultado dadas determinadas condiciones. Es decir, la teoría de la interpretación no constituye, propiamente hablando, una ciencia.

Con las reglas de interpretación jurídica pueden obtenerse distintos resultados, según el punto de partida y la metodología interpretativa que asuma el intérprete. De tal forma que las reglas de interpretación pueden combinarse de diversa manera por cada intérprete, dando en consecuencia posibles distintas repuestas al mismo problema, y todas en esencia válidas de acuerdo a las reglas de la teoría de la interpretación.

Una regla saludable y exigida por la teoría clásica de interpretación, consiste en que el intérprete debe aplicar los distintos métodos al mismo problema y, luego, tomar por interpretación válida la que resulta de aplicar lo más completa y armónicamente posible todos los métodos (o en todo caso todos los aplicables) a la misma situación. Es decir, si todos menos un método dan una misma respuesta, es obvio que esta es la solución interpretativa correcta.

La interpretación jurídica pertenece más al ámbito de las reglas de combinación de colores o del juego de ajedrez: establece requerimientos pero permite flexibilidad y creatividad. Por ello consideramos que la interpretación jurídica es más un arte que una ciencia. Quien estudia interpretación va a conocer procedimientos que pueden aplicarse creativamente y no que dan una sola e inequívoca respuesta.

José Villar Palasi trata esta característica de la interpretación, que consiste en varias posibles respuestas al mismo caso:

De todos modos, la paradoja interpretativa, en cuanto método y en cuanto vinculación a la lógica, subsiste y ha subsistido siempre y es de presumir que permanezca así también mientras el Derecho perdure, pues toda interpretación conlleva cinco características que son en el fondo axioma-postulados, convencionales para una cultura en un ciclo dado.

1. Interpretación como conjunto de métodos

La primera es la apertura, esto es, la interpretación se concibe como un conjunto abierto que contiene un número indefinido de sus instrumentos y subinstrumentos interpretativos.

2. La imposibilidad de jerarquizar los métodos

La segunda es que todas las pretensiones de jerarquizar los instrumentos y subinstrumentos interpretativos han resultado, a lo largo de dos mil años, fallidas, con lo que parece existir una aporía en tal jerarquización [...]

3. La reversibilidad de resultados por el uso de métodos diversos

La tercera característica es la de que todo instrumento interpretativo es reversible en su contrario. La analogía puede convertirse en un argumento de contrario sentido. La interpretación *ex-antecedente* [...] puede ser incompatible y antagónica con la *realidad actual*, sobre todo en leyes antiguas. El sentido literal puede contradecir la *ratio legis*.

4. Carácter argumentativo y dialéctico de la interpretación

La cuarta característica es la del carácter argumentativo y dialéctico de la interpretación.

5. Carácter ideológico de la interpretación: la realidad social del tiempo de aplicación de la ley

Todo ello, además, enmarcado en un sistema de Derecho que responde a una cultura histórica determinada y a una geografía también concreta. Los sistemas jurídicos que han existido en la historia y en cada país y aun los existentes en la actualidad, divergen en el camino, a veces profundamente aunque la finalidad, la meta de esos diferentes caminos sea aparentemente la misma: la justicia. Pero aun esta responde a ideología, reparto de poder, propaganda y la escala de valores vigente en cada país

y en cada momento. De ahí las enormes dificultades del comparativismo jurídico y de la historia jurídica¹⁰².

Estos cinco caracteres de la paradoja interpretativa están claramente expuestos por el autor, aun cuando es probable que para muchos lectores el contenido de algunas frases sea oscuro, en la medida en que aún no hemos dado los conceptos operativos más usuales de la teoría de la interpretación. Sin embargo, a lo largo de las páginas siguientes, estas observaciones iniciales serán de mucha utilidad para la debida comprensión de la problemática.

Finalmente, nos interesa transcribir las razones por las cuales Villar Palasi entiende que ocurre esta paradoja:

Las paradojas del método jurídico de interpretación estriban, fundamentalmente, en el pluralismo de métodos, en el condicionamiento político de los mismos, en la relatividad lógica de los resultados alcanzados y en la relación recíproca que existe entre el método interpretativo y la concepción política y sociológica de los operadores jurídicos. La misma idea de la interpretación, su misión, límites y su naturaleza son problemáticamente dados¹⁰³.

3. LA CONCEPCIÓN DEL DERECHO COMO SISTEMA ESTRUCTURAL

El derecho puede, a veces, dar la impresión de ser un inmenso agregado de normas jurídicas, más o menos ordenadas, jerarquizadas y homogeneizadas. Para un no iniciado en lo jurídico esta suele ser la concepción predominante, pero es totalmente equivocada.

El derecho, hacia fuera, es un gran universo de principios y normas jurídicas que tiene una estructura¹⁰⁴ general y funciona con ciertas reglas de sistema¹⁰⁵ que lo hacen distinto a otros sistemas normativos (costumbres sociales, moral, etcétera); y, hacia dentro, es un universo que se va conformando en conjuntos, subconjuntos

¹⁰² VILLAR PALASI, José Luis (1975). *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid, Tecnos, capítulo I, p. 17.

¹⁰³ *Ibíd.*, capítulo I, p. 11.

¹⁰⁴ La palabra *estructura* tiene gran cantidad de significados e interpretaciones, sobre todo a partir de la moderna ciencia social. Nosotros tomamos su significado lingüístico: «Distribución y orden con que está compuesta una obra de ingenio».

¹⁰⁵ Lo propio que con *estructura* ocurre con *sistema*. Su significado lingüístico puede ser sintetizado diciendo que es un conjunto de cosas ordenadamente relacionadas entre sí de acuerdo a ciertas reglas o principios que contribuyen a determinado objeto.

y grupos, hasta llegar a las unidades normativas más elementales: las normas jurídicas individualmente consideradas.

Como sistema estructural, entonces, el derecho tiene, de un lado, una conformación general y totalizadora que lo define e identifica como tal por oposición a otros sistemas normativos y, de otro, una estructuración interna en partes (tradicionalmente denominadas ramas del derecho) las cuales a su vez tienen sub-partes y, estas, unidades de contenido más pequeñas hasta llegar a las normas individuales. Esta concepción del derecho es alternativa y excluyente de aquella que lo supone como un simple agregado de normas por dos razones: porque reconoce que en adición a las normas jurídicas contiene principios propios en cada nivel (en el del derecho como totalidad, en el de sus conjuntos, subconjuntos, etcétera) y porque lo considera un todo estructural. Por lo tanto, el derecho no puede ser tomado como equivalente a la adición de sus partes.

3.1. Norma y grupo normativo

La parte más elemental del sistema es la norma jurídica individualmente considerada. Esto es evidente por sí mismo y no presenta mayores problemas de comprensión ni identificación en la medida en que sabemos que un mandato llega a ser norma jurídica mediante su producción a través de cualquiera de las fuentes formales del derecho.

Sin embargo, las cosas no están reguladas jurídicamente solo por normas atomizadas. Por lo contrario, dichas normas forman ciertos grupos que permiten explicar el sentido de lo normativo para la mayoría de las circunstancias. Un ejemplo aclarará las cosas. Tomemos el artículo 185 del Código Penal que dice: «El que, para obtener un provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años».

La norma en sí misma es bastante clara: todos entendemos que está definiendo el delito de hurto. Sin embargo, vista con un poco más de profundidad requiere varias precisiones. Veamos las principales:

¿Siempre que alguien realiza dicho acto es penalmente sancionable? De la lectura del artículo 185 parecería que sí pero ello sería un error. Por un lado, el artículo 12 del Código Penal dice: «Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley».

De esta manera, queda claro que no siempre que se realiza el hecho descrito en el texto del artículo 185 hay delito, sino solo cuando se actúa con dolo. No ocurre lo propio cuando solamente se tiene culpa y, menos aún, cuando no hay ni dolo ni culpa.

De otro lado, sin embargo, puede suceder que ni aún existiendo dolo se deba sancionar en el caso de un hurto. El artículo 208 del Código Penal establece:

No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.
3. Los hermanos y cuñados si viviesen juntos.

Por lo tanto, hay restricciones adicionales a la posibilidad de sancionar el hurto. De hecho, cuando dos cuñados son uno el ladrón y el otro la víctima pero viven juntos, no hay sanción penal posible aunque medie intención comprobada.

¿Cuánta pena puede imponerse y con qué criterio? Para saber cuanto tiempo de penitenciaría imponer en un caso concreto dentro del mínimo y máximo, tendremos que recurrir a los artículos 45 y 46 en los que se establece las normas para la regulación de la aplicación judicial de las penas.

Finalmente, podríamos entrar en inmensas disquisiciones sobre cuándo alguien se apodera ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena. Lo más fácil es saber qué es un bien mueble y para ello hay que consultar el Código Civil. Menos sencillo es saber cuándo algo es total o parcialmente ajeno pues hay que trabajar sobre las normas de propiedad, de condominio, de adquisición de estos derechos, etcétera, y, finalmente, es más difícil aún saber cuándo alguien se apodera de algo ilegítimamente, pues una persona puede tener muchos derechos legales sobre una cosa, pero puede no tener el derecho de apoderarse de ella y eso depende de la aplicación (o no aplicabilidad al caso) de un crecido número de normas del derecho civil, comercial, procesal, etcétera.

Como podemos apreciar, el delito de hurto está tipificado en el artículo 185 del Código Penal (norma individual), pero su verdadera regulación jurídica no está determinada solo por dicho artículo, sino por un grupo de ellos que contiene, cuando menos y en cualquier caso, los que hemos mencionado en los párrafos anteriores. Sin el concurso de todos ellos (y según cada caso de varios otros), no podemos dar una respuesta jurídicamente correcta sobre un caso de hurto.

3.2. Clase normativa

El ejemplo del hurto nos sirve, a la vez, para añadir un nuevo concepto de estructuración del derecho: el de *clase normativa*, entendida como un conjunto de grupos normativos que contribuyen a resolver integralmente el caso planteado.

Es evidente que un delito supone en el sujeto capacidad de obrar. Por lo tanto, en ello tendremos que recurrir al conjunto normativo que regula dicha capacidad de ejercicio y que por lo tanto permite suponer la responsabilidad penal de actuar.

A la vez, un caso de hurto siempre conllevará la devolución de la cosa robada y una indemnización en calidad de reparación civil, por lo que el grupo normativo correspondiente a esta reparación se integrará a la clase normativa que resuelve un hurto.

En la investigación y sanción de un hurto participan de maneras diversas el agraviado, la policía, el juez, el ministerio público, etcétera. Todos ellos tienen a su vez sus propios grupos normativos que regulan su actuación en un caso de hurto (y que son distintos a, por ejemplo, un caso de homicidio).

De esa manera, más allá del grupo normativo propio del delito de hurto, tenemos otros grupos normativos referentes a la capacidad de obrar, a la reparación civil, a las normas procesales y atributivas del Estado para investigar y resolver el caso, etcétera. Todos estos grupos conforman, para los efectos del hurto, una clase normativa que lo regula integralmente.

3.3. Conjuntos y subconjuntos

Los grupos normativos pueden a su vez ser insertados en estructuras superiores que se van diferenciando unas de otras dentro del derecho. Uno de estos niveles superiores de estructuración es el que corresponde a las tradicionalmente llamadas ramas del derecho, entendidas como subsistemas estructurales jurídicos que tienen determinadas características propias y distintas de las otras ramas.

El derecho penal, por ejemplo, es una de esas ramas, que tiene características distintas no solo al derecho civil sino, inclusive, a ramas propias del llamado derecho público, tales como el derecho administrativo. En efecto, una sanción impuesta en el derecho civil por conducta ilícita (aplicando las normas del acto ilícito) se guía por criterios, principios y suposiciones particulares que se inclinan cada vez más hacia una posición objetivista frente a la responsabilidad civil, es decir, a sancionar el acto ilícito al margen de que quien lo realice tenga intención o incluso negligencia: si a una empresa que maneja reactores nucleares se le estropea alguno de manera tal que tenga una fuga

de radiación y daño a terceros, es muy probable que por ello se la obligue a resarcir a los damnificados, no importando que a la hora de construir su reactor haya tomado todas las previsiones que la ciencia recomendaba en aquel momento (lo que haría imprevisible para dicha situación que el reactor tuviera una fuga de radiación y, por lo tanto, excluiría dolo o negligencia por quienes están actuando en representación de la empresa).

De otro lado, si una persona estaciona su auto en un lugar prohibido, recibirá automáticamente una multa y, de ser el caso, la autoridad incautará su vehículo en un depósito como castigo a tal infracción. Estas son típicas sanciones del derecho administrativo y, en ellas, la autoridad ni siquiera hace una sumaria investigación para averiguar las razones y otros factores que determinaron a la persona a estacionarse mal. Producido el hecho, simplemente lo sanciona sin otorgar siquiera el derecho a defensa.

En el derecho penal, en cambio, las cosas funcionan de manera totalmente distinta. La sanción solo puede ser impuesta cuando el hecho a sancionar está tipificado como delito de manera previa e inequívoca por una ley y en un procedimiento regular, preestablecido, ante autoridad imparcial y con el más amplio derecho a la defensa. No solo ello: la responsabilidad debe ser necesariamente por dolo o por culpa (y en este último caso solo cuando la ley lo establece expresamente). Dos de los principios fundamentales de tratamiento al sospechoso son que se presume la inocencia mientras no se demuestre lo contrario y, también, que la duda favorece al reo.

Podemos, entonces, apreciar enormes diferencias entre estos tres conjuntos o ramas del derecho. Para el derecho administrativo, en el caso de la infracción de tránsito, no son necesarias ni investigación, ni defensa, ni dolo o culpa, ni procedimiento alguno. Producida la falta se aplica la sanción.

En el derecho civil puede existir también (y cada vez más) la responsabilidad objetiva en el sentido anteriormente expresado pero, a diferencia del caso de las infracciones de tránsito, serán necesarias una investigación, la intervención de jueces y la vigencia del derecho de defensa antes de sancionar.

En el derecho penal, en adición a todo ello están todos los principios de responsabilidad por dolo o culpa y los que favorecen al sospechoso. Las tres maneras de sancionar son cualitativamente distintas porque, dentro de un mismo sistema jurídico, obedecen a principios distintos.

Así, las ramas del derecho están pues formadas no solamente por normas y grupos normativos diferentes, sino inclusive tienen principios diversos en cuanto a su forma de operar. Aquí ya se ve la importancia de dichos principios en la configuración de las

particularidades del derecho (cosa que no aparece con igual claridad en el nivel de los grupos normativos).

No hay una clasificación uniforme y perfecta de las distintas ramas, en la medida que la evolución de la sociedad fuerza la evolución del derecho y, por tanto, se halla en constante enriquecimiento y redefinición. Las ramas clásicas son las del derecho constitucional, civil, penal, laboral, administrativo, procesal, internacional, comercial y tributario. Sin embargo, conjuntos como por ejemplo el derecho del espacio, el derecho de la integración entre estados, el derecho de propiedad intelectual, etcétera, se van perfilando como nuevas ramas que corresponden a principios jurídicos y normatividad particularizadas.

Pero aún más allá, estos conjuntos (o ramas del derecho), pueden ser insertados en otros conjuntos más amplios y superiores (para los que las ramas serían entonces subconjuntos) y que son dos grandes divisiones del derecho contemporáneo: el derecho público y el derecho privado.

Existe una gran confusión hoy en día en torno a esta distinción y ella es fruto del carácter dinámico que tienen el derecho y el Estado.

Hasta hace cosa de dos siglos, la distinción entre derecho público y derecho privado era bastante clara: el primero se ocupaba de regular el gobierno y el segundo las relaciones privadas entre las personas. Por aquel entonces ambos planos eran diferenciados y no ofrecían, casi, zona gris difícil de distinguir.

Sin embargo, en los últimos dos siglos, el Estado ha asumido una cantidad creciente de funciones. Muchos hechos que antes quedaban librados a la entera libertad de las personas ahora tienen injerencia del Estado, con lo cual se produce, ante un mismo hecho, la superposición de normas públicas y privadas. Esta zona gris, al crecer, distorsionó la claridad de la distinción entre ambos grupos.

Sin embargo, la diferencia entre derecho público y derecho privado, está marcada por algunos rasgos particulares. Por ejemplo, mientras que en el derecho privado prevalece la libertad individual, en el derecho público rige el principio atributivo o de competencia, según el cual el funcionario solo puede hacer en aquello que tiene competencia asignada por norma superior.

De otro lado, en el derecho privado se supone que todas las personas que participan del hecho que se trate (por ejemplo un contrato), estarán en igualdad formal de condiciones frente a la Ley. La Constitución, en el inciso 2 de su artículo 2 dice textualmente: «Toda persona tiene derecho [...] a la igualdad ante la ley [...]». Sin embargo, en el derecho público se aplica lo contrario, pues es sabido que el Estado tiene una serie de límites y de privilegios que, por ejemplo en un caso de contratación,

lo ponen en pie de desigualdad (por encima) de su co-contratante cuando este es sujeto privado. Así, el Estado no puede ser embargado ni ejecutado coactivamente, y puede, por razones de interés público, rescindir sus contratos de derecho público con terceros. Sin embargo, los terceros que contratan con él carecen de todos estos privilegios. Todo esto es cierto, pero hay que hacer excepción de los contratos-ley, que atenuan la mayor flexibilidad para el Estado.

No corresponde a este trabajo hacer una exposición detallada de todo el complicado problema del derecho público y el derecho privado, sino solo demostrar que son dos grandes conjuntos que se organizan en base a principios sistemáticos particulares y diferenciales y que, por lo tanto, existen a pesar de que, entre ellos, haya efectivamente una zona gris en constante crecimiento que desdibuja la diferencia.

Finalmente, sin embargo, derecho público y derecho privado tienen también cosas en común: las normas de ambos son producidas según los criterios tomados en cuenta al hablar de las fuentes formales; en ambos casos el Estado pone su fuerza coactiva detrás del cumplimiento efectivo de los mandatos; en ambos se toman en cuenta las conductas explícitas y no lo reservado al pensamiento y la conciencia (como, por ejemplo, sí lo toma en cuenta la moral) y así sucesivamente.

Síntesis

De tal forma, podemos decir que el derecho es un sistema estructurado que contiene principios y normas jurídicas que lo diferencian de otros sistemas normativos y que, en su interior, se organiza partiendo de la unidad más elemental —que es la norma jurídica—, subiendo a una mayor integración en grupos normativos, los que a su vez pueden ser insertados en subconjuntos denominados usualmente ramas del derecho, las cuales responden aún, a pesar de la evolución reciente, a la clásica diferencia entre dos grandes conjuntos que conforman el derecho público y el derecho privado. Estos, a su vez, tienen algo en común, que son los principios y las normas jurídicas del máximo nivel.

Del trabajo descriptivo hecho hasta aquí, y necesariamente simplificado, deben quedar claros tres puntos adicionales: el primero, que lo importante de todas estas inserciones estructurales no es «en qué parte del derecho está legislada la norma» sino, más bien «a qué principios responde y qué materia regula». En este sentido, un grupo normativo puede estar legislado en el Código Civil pero corresponder al derecho público (las normas sobre herederos forzosos por ejemplo). Inversamente puede haber normas de derecho privado en un cuerpo legislativo de derecho público: por ejemplo la querrela penal (acción penal que solo puede ser iniciada por el interesado, no de oficio).

El segundo punto adicional consiste en que la existencia de los subconjuntos denominados ramas del derecho, no es una compartimentarización excluyente entre las normas de uno y otros subconjuntos. Más bien, como a cada caso se aplica una clase normativa, es obvio que las diversas ramas interactúan al regular los casos concretos. Inclusive, a veces un grupo (como el que define el hurto), se conforma con normas correspondientes a diferentes subconjuntos.

Finalmente, el tercer punto adicional consiste en que los grandes principios jurídicos rectores de todo el ordenamiento así como de sus partes, no son universales e inamovibles, sino, más bien, ideológica e históricamente dados.

Entendemos por ideológicamente dados que los principios del derecho son tomados como tales por un grupo humano en razón de diversas consideraciones intelectuales, políticas, culturales, emocionales, que no configuran una validez demostrable en sí misma, sino un acuerdo intersubjetivo.

Entendemos por históricamente dados que el derecho tiene diversas etapas de evolución, en cada una de las cuales rigen principios generales distintos. Esta evolución, naturalmente, no es lineal ni tampoco igual para todos los derechos. Sin embargo, cada uno de ellos la sufre a su manera.

Por lo tanto, el derecho evoluciona no solamente por sus transformaciones normativas (sustitución de unas leyes por otras, por ejemplo), sino también porque sus principios van mudando y afectando al conjunto de la estructura. Para poner solamente un ejemplo, no es lo mismo el sistema jurídico individualista y liberal del siglo pasado, que el de la segunda mitad del siglo XX, impactado por los derechos humanos.

Cada uno de los aspectos desarrollados en esta parte va a sernos de utilidad para comprender mejor el problema de la interpretación jurídica. Después de todo, la interpretación cumple variados roles dentro del derecho: uno es aclarar qué quieren decir las normas; otro consiste en la armonización de principios y normas, que es una relación dialéctica por el distinto plano en el que se colocan cada uno de ellos, y también por la evolución permanente (y no necesariamente coordinada), que cada uno sufre paralelamente al otro. Como veremos posteriormente, la teoría de la interpretación jurídica tomó como uno de sus axiomas que el derecho es un sistema estructural (asunción, por lo demás, que muchas veces se hace implícitamente, con lo cual se contribuye a la confusión existente).

4. LOS COMPONENTES DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La interpretación jurídica consta, hablando en sus términos más globales, de tres componentes: una aproximación apriorística del intérprete, a la que trataremos bajo el concepto de criterios generales de interpretación; un cuerpo de mecanismos operativos de interpretación jurídica generalmente aceptados por la doctrina que, en conjunto, constituyen los métodos de interpretación, y los apogemas de interpretación, que son argumentos tópicos de aceptación bastante generalizada.

En conjunto, todos ellos son los componentes de la interpretación y constituyen lo que se llama la teoría de la interpretación jurídica. Antes de entrar al desarrollo pormenorizado de estos componentes, queremos resaltar tres cosas: la primera, que en materia de interpretación jurídica distintos autores, en distintas épocas, han hecho importantes aportes a esta problemática y la teoría no ha podido aún uniformizar el lenguaje y clasificar adecuadamente los conceptos. Así, trabajos distintos de teoría de interpretación, utilizan nombres distintos para las mismas cosas.

La segunda es que este trabajo está destinado a informar sobre la teoría de interpretación para aplicar dichos conocimientos al quehacer jurídico cotidiano. Por lo tanto, muchos problemas teóricos, epistemológicos y lógicos implicados en los temas a tratar no serán desarrollados en todas sus dimensiones.

La tercera, que existe una distinción antigua entre interpretación e integración jurídica. Por razones de claridad expositiva, dejamos este punto simplemente anotado y trataremos la distinción en el capítulo siguiente.

4.1. Los criterios generales de interpretación

Cada intérprete elabora su propio marco global de interpretación jurídica, asumiendo uno o más criterios con ponderaciones distintas y, por lo tanto, cada intérprete se pone en un punto de partida y se traza una dirección interpretativa que es distinta a la de cualquier otro intérprete. Si por ejemplo alguien roba para comer porque no tiene con qué comprar su alimento, las personas se dividirán entre quienes sostienen que su acto es ilícito y quienes lo exculpan o, cuando menos, lo disculpan parcialmente¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Naturalmente, para que este ejemplo ponga en colisión ley y justicia, tienen que cumplirse determinados requisitos. De un lado, la necesidad de alimentación no debe poder ser cubierta de otra manera porque, en ese caso el robo sería innecesario. La persona debe tener necesidad de alimentarse pero esta no debe ser grave hasta tal punto de afectar seriamente su existencia porque, en tal caso se configuraría la eximente de sanción penal conocida como «estado de necesidad». Por tanto, el ejemplo debe ser tomado dentro de estos márgenes. Fuera de ellos no serviría a efectos de lo que intentamos mostrar.

El intérprete puede asumir entonces diversos puntos de partida y diversos itinerarios para realizar su labor de interpretación. A continuación, resumimos los criterios que se utilizan con mayor frecuencia. A nuestro juicio son los siguientes: tecnicista, axiológico, teleológico y sociológico. Veámoslos por separado.

4.1.1. *El criterio tecnicista*

De acuerdo al criterio tecnicista, el intérprete asume que la tarea de interpretación consiste en desentrañar el significado de una norma jurídica a partir del derecho mismo, sin intervención de elementos extraños a lo técnicamente legal. Los medios de los que se valdrá el intérprete serán la literalidad de la norma, su *ratio legis*, sus antecedentes jurídicos, su sistemática, inclusive su dogmática. Explicamos brevemente estos conceptos.

La *literalidad de la norma* es su significado lingüístico, con las precisiones y significados especiales que ciertas palabras asumen en el derecho por contraste con su significado común.

La *ratio legis* de la norma es su razón de ser, pero extraída del texto mismo de la norma. Es un significado transliteral. Si digo: «El presidente de este club será elegido por un período de tres años y no puede ser reelegido sino después de transcurrido un período», su significado literal es el que aparece en el texto y su *ratio legis* sería impedir que la misma persona se instale por largo tiempo en el cargo. La *ratio legis* de la norma es favorecer la rotación en la presidencia.

Los *antecedentes jurídicos* son la información previa a la existencia de la norma que sirven para entender por qué dice lo que dice y con cuál intención se la hizo decir eso. Los antecedentes jurídicos son las normas que quedaron derogadas por ella, los debates del organismo que la aprobó, los documentos sustentatorios, etcétera.

La *sistemática* es el aporte que realiza la característica del derecho de ser un sistema estructural (descrito en páginas anteriores). El análisis del sentido de una norma en función de sus grupos, subconjuntos y conjuntos, contribuye a aclarar el significado de las normas.

La *dogmática* es el conjunto de conceptos que subyacen a las normas jurídicas, armonizándolas y dándoles sentido. Una norma concreta adquiere matices particulares en significado frente a conceptos como democracia, competencia, familia, derecho real, deber, capacidad, etcétera.

Nótese que en ninguno de los conceptos descritos existen contenidos extrajurídicos provenientes de la ética, la consideración de lo social, lo político, etcétera. Todo lo

dicho hasta aquí es puramente jurídico, aunque entre cada uno de los rubros hay marcadas diferencias. Por ejemplo, el texto de la ley puede ser distinto que el significado que quiso darle el legislador según sus fundamentaciones; la sistemática puede aportar contenidos interpretativos distintos a la dogmática y así sucesivamente. Por ello, quien asume un criterio tecnicista no tiene, por ese solo hecho, un punto de partida y un itinerario de interpretación igual a otro intérprete que asume el mismo criterio. Entre ellos puede haber importantes diferencias, pero tienen algo en común que los hace distintos de otros: el criterio tecnicista extrae siempre sus contenidos interpretativos de dentro del mismo derecho y no recurre a elementos extraños.

4.1.2. El criterio axiológico

De acuerdo al criterio axiológico, el intérprete asume que la tarea de interpretación consiste en adecuar el resultado, en la medida de lo posible, a ciertos valores que deben imperar en la aplicación del derecho. Así, por ejemplo, entre una solución que perjudique la libertad y otra que la favorezca, preferirá la segunda; entre la solución justa y la injusta se inclinará por la primera y así sucesivamente.

Los valores que puede perseguir el intérprete son varios, y pueden estar ordenados de manera distinta. En otras palabras, los valores que elige y la escala axiológica que forma con ellos pertenecen a su propia decisión, por lo que no puede darse aquí una idea más precisa ni una fórmula general. Sin embargo, lo que debe quedar claro es que el criterio axiológico, por oposición al tecnicista, sí hace intervenir elementos extraños a lo propiamente técnico-jurídico en la tarea de interpretación, que provienen que la axiología como disciplina filosófica.

4.1.3. El criterio teleológico

Según el criterio teleológico, el intérprete asume que la interpretación debe ser realizada de manera tal que, en la medida de lo posible se obtenga una finalidad predeterminada de la aplicación de la norma jurídica. Este criterio supone, naturalmente, que el propio intérprete ha establecido previamente los objetivos a lograr mediante el derecho, o que en todo caso dicha predeterminación ha sido realizada por una persona o autoridad que se la impone.

Los fines que puede imponerse al intérprete son de lo más variados y aplicables en distintos campos del derecho. Así, puede ocurrir que lo que se busque sea desincentivar cierto tipo de conducta, favorecer determinadas líneas de actividad, recaudar mayores ingresos para el fisco, ahorrar gasto público, etcétera. No exclusivamente, pero donde se utiliza criterios teleológicos de interpretación de manera muy extensiva es en la administración pública, la que inclusive recibe instrucciones superiores bajo la forma

de directivas y circulares¹⁰⁷ que, muchas veces, asumen el papel de fuentes reales de derecho sin serlo desde el punto de vista formal.

La asunción de criterios teleológicos en la interpretación puede parecer totalitaria y en cierta medida inmoral pero no tiene porqué ser considerada así. Las directivas administrativas son cosa usual en la administración pública de todos los Estados sin afectar ni la moralidad del gobierno ni sus tintes democráticos.

4.1.4. El criterio sociológico

Según el criterio sociológico, el intérprete asume que la interpretación debe ser realizada de manera tal que, en la medida de lo posible, la aplicación de la norma jurídica sea adecuada a las características sociales de la realidad normada. Esto equivale a hacer intervenir en la interpretación jurídica consideraciones tales como las concepciones ideológicas de los grupos sociales normados, sus costumbres, características generales de vida, entorno social, intereses, etcétera.

El criterio sociológico se basa en que el derecho no es un fenómeno válido en sí mismo, sino un instrumento normativo de la sociedad y, como tal, un subproducto de dicha sociedad, explicable básicamente a través de ella y necesariamente adaptable a sus características.

El interés del criterio sociológico (decimos expresamente interés y no aceptación porque esto último no necesariamente ocurre), se demuestra con claridad en sociedades pluriculturales (como por ejemplo las culturas occidental y andina en el Perú), o en situaciones en las que el derecho ha quedado a la zaga de la evolución de la sociedad (por ejemplo cuando la sociedad ha pasado de una etapa agraria a otra industrial pero las normas de propiedad, familia, trabajo, representación política, etcétera, continúan siendo las propias de la primera de ambas).

4.1.5. La posición axiomática de interpretación

En resumen, podemos decir que el intérprete asume siempre una posición axiomática de interpretación que está constituida por una combinación ponderada de los criterios anteriormente reseñados. Esto lo conduce a asumir un punto de partida y una

¹⁰⁷ Las directivas y circulares son instrucciones escritas emitidas por los superiores jerárquicos en la administración pública (por ejemplo los ministros), en las que se establece líneas de política general del Estado que suponen condicionamientos y sesgos en el quehacer funcionario y, por tanto, en la manera como aplican e interpretan el Derecho. En la inmensa mayoría de los casos son reservadas o secretas de tal forma que no llegan oficialmente ni a conocimiento del pueblo, ni siquiera al de los interesados. Por ello, de acuerdo al artículo 51 de la Constitución, no son normas jurídicas.

metodología de interpretación particulares y propios a su punto de vista, que no son usualmente iguales a los de otros intérpretes.

En la elaboración de esta posición axiomática de interpretación, el intérprete normalmente combina con distintas ponderaciones cada uno de estos criterios, lo que permite una gran variedad de resultados. Inclusive el mismo intérprete, de buena fe y sin traicionar principios, a menudo elabora una posición axiomática distinta según cada caso que le exige interpretación y, también, según cada conjunto o subconjunto dentro del que esté trabajando en el derecho.

Un asunto muy importante es que el intérprete *siempre* asume una posición axiomática de interpretación. A veces la decide conscientemente pero en la mayoría de los casos no es así. Más bien, el intérprete cree estar actuando en aplicación de supuestos intersubjetivamente aceptados, cuando en realidad está aplicando criterios subjetivos propios. Así, muchas veces las personas creen que discrepan en relación al significado de las normas pero, en realidad, la discrepancia está en la posición axiomática de interpretación que están adoptando.

Dos cosas se desprenden como importantes de estas constataciones: la primera, que mientras más conozca una persona de teoría de la interpretación, mejor podrá sostener sus posiciones pues estará en condiciones no solamente de evaluar los alcances de lo que su contendiente sostiene, sino también sus propios supuestos axiomáticos. En otras palabras, el intérprete que conoce la teoría de la interpretación está en ventaja frente al que no la conoce porque puede dar no solo la *discusión* interpretativa en sí misma, sino también la *meta-discusión* sobre cómo debe interpretarse¹⁰⁸.

La segunda, corolario de la anterior, consiste en que el intérprete debe esforzarse siempre por tomar conscientemente su posición axiomática de interpretación, no solo en general, sino cada vez que interpreta. De esta manera podrá llenar los vacíos de la interpretación simple con elaboraciones más sutiles y, también, podrá conocer anteladamente los defectos y puntos débiles tanto de su proceso de interpretación como de sus conclusiones.

4.2. Los métodos de interpretación

Los métodos de interpretación son procedimientos metodológicos en base a los cuales podemos obtener conclusiones positivas frente al *qué quiere decir* la norma jurídica, desentrañando, al aplicarlos, diversos contenidos provenientes de los criterios antes

¹⁰⁸ Metadiscusión es una «discusión sobre la discusión». Por ejemplo, si la discusión consiste en jugar pelota con la mano o con el pie, la metadiscusión consistirá en definir si se juega fútbol o básquetbol.

mencionados. Es decir, los métodos de interpretación esclarecen el significado de las normas utilizando, cada uno, variables de interpretación distintas a las de los demás. Criterios y métodos de interpretación están estrechamente vinculados. Los criterios determinan el uso y las diversas combinaciones posibles de los métodos. A ellos nos referimos cuando decimos que la posición axiomática de interpretación determina también la metodología con la cual trabajar.

En materia de métodos de interpretación ha habido aportes superpuestos en distintos momentos de la historia del derecho. Las traducciones y la manera de pensar de diversas épocas han generado una gran confusión conceptual y terminológica. Para una visión global de los aportes de las diversas escuelas puede consultarse cualquier manual de introducción o historia del derecho. Especialmente accesible en nuestro medio es el de Claude Du Pasquier¹⁰⁹. Pretendemos aligerar este trabajo con la mención e ingresar directamente a la exposición de los métodos acumulados a través del tiempo para, luego, hacer las necesarias referencias y explicaciones históricas en el tratamiento de cada uno de ellos.

Atendiendo a esta diversidad terminológica y conceptual, vamos a tomar una nomenclatura que consideramos válida, sobre todo porque tiene la virtud de describir lo esencial de cada método. Según ello, los métodos que trabajamos son los siguientes: literal, *ratio legis*¹¹⁰, sistemático por comparación con otra norma, sistemático por ubicación de la norma en el sistema, histórico y sociológico.

4.2.1. *El método literal*

Para el método literal, el procedimiento de interpretación consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se halla producida la norma, salvo que los términos utilizados tengan algún significado jurídico específico y distinto del común, en cuyo caso habrá que averiguar cuál de los dos significados está utilizando la norma. Es decir, el método literal trabaja con la gramática y el diccionario.

El método literal es la puerta de entrada a la interpretación dentro de cualquier sistema jurídico basado en la escritura. Esto es evidente desde que el método literal no es sino el decodificador elemental y necesario para los distintos sujetos de la sociedad, sobre lo que escribió en la norma jurídica quien tenía la potestad de producirla.

¹⁰⁹ DU PASQUIER, Claude. *Introducción al Derecho*. Lima, Justo Valenzuela, 1983, Parte II, capítulo IX.

¹¹⁰ En las primeras ediciones de este libro llamábamos a este método con el nombre de *lógico*. Sin embargo, hemos llegado al convencimiento de que la palabra está mal utilizada y en adelante utilizaremos el de *ratio legis*, que alude a la variable que este método utiliza para interpretar.

El método literal, por tanto, se utiliza siempre. Sin embargo, podemos hacernos dos preguntas teóricas de importancia:

1. ¿El método literal debe ser utilizado solo o, en todo caso, preferentemente a los otros métodos?
2. ¿Es el método de interpretación literal autosuficiente o, más bien, necesita siempre de la complementariedad de otros?

Sobre la primera pregunta, los tratadistas de las ramas más asentadas y tradicionales del derecho como la Civil, la Penal o las procesales, sostienen a menudo que cuando el método literal produce un resultado interpretativo suficiente, debe excluir la aplicación de los demás métodos de interpretación. Naturalmente, esta posición se sustenta en un punto de partida tecnicista que busca ante todo la vigencia de la ley, con exclusión de toda otra consideración. Históricamente, tuvo su momento más importante en la etapa de la exégesis francesa, en los años inmediatamente siguientes al Código de Napoleón (vigente en 1804).

La exégesis francesa, sin embargo, nunca planteó la exclusividad del método literal aunque sí su preponderancia y, muy pronto, aparecieron otras escuelas con distinto pensamiento. Por ello consideramos importante ubicar históricamente los criterios interpretativos predominantes, para no extrapolar sus conclusiones en el tiempo y aplicarlas en contextos en los que no resultan útiles ni convenientes.

Pero, más allá aún, vale la pena preguntarse (con nuestra segunda interrogante) si el método de interpretación literal es autosuficiente o si, más bien, necesita de la complementación de los otros métodos.

De hecho, el método literal deja sin solución multitud de problemas interpretativos. Pensemos por ejemplo en aquella norma ya mencionada antes que establece: «La Constitución no ampara el abuso del derecho»¹¹¹.

Dos problemas aparecen inmediatamente con el método literal. El primero consiste en que si interpretamos ley en su sentido estricto (norma aprobada por el Congreso de acuerdo al trámite constitucional preestablecido), llegaremos al absurdo de decir que la ley no ampara el abuso pero que sí podrán ampararlo normas legislativas distintas. El método literal aquí es pues insuficiente.

¹¹¹ Como ya dijimos, este es el texto de la parte final del artículo 103 de la Constitución. El artículo II del Título Preliminar del Código Civil tiene una versión distinta de la misma institución.

Sin embargo, el concepto de abuso también es difícil de definir literalmente porque decir que abuso es el uso excesivo y arbitrario de un derecho, tampoco explica mucho los casos concretos. El método literal no aportará mucho a la definición del abuso.

Podríamos multiplicar los ejemplos pero lo esencial está dicho: el método literal es el primero a considerar necesariamente en el proceso de interpretación porque decodifica el contenido normativo que quiso comunicar quien dictó la norma. Sin embargo, el método literal suele actuar —implícita o explícitamente— ligado a otros métodos para dar verdadero sentido a las interpretaciones y, en muchos casos, es incapaz de dar una respuesta interpretativa adecuada. Por tanto, su utilización preponderante es discutible y no parece provenir de ningún axioma válido por sí mismo, sino del hecho de que el intérprete ha decidido dar prioridad a un criterio tecnicista con clara preponderancia de la importancia del texto de la ley sobre lo demás. Históricamente, ello tuvo una explicación razonable en la época de la escuela francesa de la Exégesis, pero aplicar dichos criterios en la actualidad nos parece obsoleto, pues han cambiado las condiciones del derecho y de su entorno social, político e histórico.

En referencia a la interpretación de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha dicho expresamente que el método literal debe ser utilizado pero por sí mismo es insuficiente:

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 interpretación¹¹².

4.2.2. *El método de la ratio legis*

Según el método de la *ratio legis*, el «qué quiere decir» de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto.

En efecto, el lenguaje suele denotar y connotar a la vez. El método de la *ratio legis* busca esclarecer la norma en base a lo connotado. El ejemplo ya lo dimos en parte anterior: si digo «el Presidente de la República será elegido por un período de cinco años y deberá transcurrir un período de gobierno para que quien ha ejercido el cargo pueda ser reelegido», la razón de ser de la norma está orientada a evitar que una persona ocupe la Presidencia por largo tiempo o de manera indefinida.

¹¹² 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.

La razón de ser de la norma es llamada *ratio legis* en la teoría y se la debe distinguir de algunas otras figuras aparentemente similares.

La *ratio legis* no es la intención que tuvo el legislador al dar la norma. Esta debe buscarse en los documentos que van conformando la norma jurídica (fundamentaciones, antecedentes, etcétera) mediante al uso del método histórico (lo desarrollaremos luego). La *ratio legis* debe fluir del texto mismo de la norma o grupo normativo que le es correspondiente. No supone investigación que vaya a documentos y fuentes distintas del propio texto de la norma sometida a interpretación.

En segundo lugar, la *ratio legis* se entiende como la razón de ser de la norma jurídica propiamente dicha, en tanto que la *ratio iuris* más bien es entendida como la razón de ser del derecho en general. Sobre esto volveremos a propósito de la integración del derecho. Hacemos la distinción, sin embargo, porque la *ratio legis* emana directamente de la norma jurídica bajo interpretación y no es un contenido abstraído de todo el derecho.

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 es ubicable con precisión y el método de la *ratio legis* no puede brindarnos gran ayuda para interpretar la norma.

Muchas veces, el método de la *ratio legis* ha sido considerado como subjetivista porque, se dice, la *ratio legis* de una norma no existe: se la da el que interpreta. El subjetivismo de la *ratio legis* es cierto. Sin embargo, con ello no se invalida su uso. Lo recomendable es utilizar la *ratio legis* haciendo una cuidadosa distinción entre las ideas personales y la *ratio legis* de la norma. Por lo demás, este es un ejercicio siempre necesario.

En síntesis, entonces, el método de interpretación de la *ratio legis* otorga significados a partir de la precisión de la razón de ser de la norma. Esta razón de ser es distinta de la intención del legislador y de la *ratio iuris*, concepto de mayor abstracción. Es un método importante, reconocido y en verdadero ejercicio en nuestro medio jurídico. Sus límites son, de un lado, que la *ratio legis* no siempre es claramente discernible en las normas jurídicas y, de otro, que se puede prestar a una utilización subjetiva que reste méritos a su aporte como método de interpretación.

El método de la *ratio legis* es correspondiente a un criterio tecnicista que resalta la importancia de la razón de la norma frente a otros criterios y contenidos posibles¹¹³.

¹¹³ Luego, en el capítulo de integración jurídica utilizaremos también la *ratio legis* para hacer analogías y procedimientos a contrario. En realidad, con la *ratio legis* se puede tanto interpretar (a través del método que hemos estudiado aquí) como integrar normas.

El Tribunal Constitucional, luego de sostener que la interpretación literal es insuficiente añade que el intérprete:

Requiere, por el contrario, de un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos, para, después de ello, realizar una ponderación de bienes¹¹⁴.

Éste es un llamado del Tribunal comprender no solamente la literalidad de las normas que establecen los derechos, sino su contenido mismo, es decir, el sentido de lo que el derecho establecido protege: su razón de ser para la protección de la persona.

4.2.3. El método sistemático por comparación con otras normas

Para el método sistemático por comparación con otras normas, el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el «qué quiere decir» la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están 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 en principio sometida a un plazo de prescripción extintiva de diez años¹¹⁵ de acuerdo al inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil. Sin embargo, el artículo 927 del

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 12 de mayo del 2003 en el exp._2209_2002_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por Mario Antonio Urrello Álvarez contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

¹¹⁵ 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).

Código Civil establece que la acción reivindicatoria de la propiedad es imprescriptible, es decir, que no se extingue. En la medida 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 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.

Hay que notar también que no estamos ante un caso de *analogía* como los que desarrollaremos en el capítulo siguiente sino de *interpretación*, porque, en sentido estricto, aquí el artículo 2001 inciso 1 trae una norma expresa: las acciones reales prescriben a los diez años y la reivindicatoria de herencia es acción real. Lo que en verdad está ocurriendo es que interpretamos el artículo 665 por comparación con el 927, dando a la acción reivindicatoria de herencia la misma naturaleza esencial de la acción reivindicatoria de propiedad y, por consiguiente haciéndola imprescriptible aunque el texto no lo mencione expresamente. En otras palabras, estamos interpretando que la norma sobre prescripción aplicable al artículo 665 es el artículo 927 y no el 2001 inciso 1.

Esta es la manera como opera el método sistemático por comparación de normas: se toma un artículo bajo interpretación y se lo compara con otro que aclara su significado (en este caso, el artículo bajo interpretación es el 665 y el que sirve para aclararlo es el 927). No obstante, el método sistemático de comparación de normas tiene que ser utilizado con ciertas restricciones. Las fundamentales son:

1. El método sistemático por comparación tiene que encontrar una *ratio legis* equivalente en las dos normas que se comparan. Cuando la *ratio legis* de ambas normas no es clara, el método de comparación no puede ser aplicado.

Como regla general, el método sistemático por comparación de normas debe ser aplicado entre dos normas de carácter general. Usualmente no puede compararse una norma general con una especial. La única posibilidad de hacer esto ocurre cuando la norma especial no hace excepción a los principios que subyacen a la norma general. Este aspecto podrá ser mejor comprendido cuando analicemos la integración jurídica y trabajemos los principios generales del derecho en el capítulo siguiente. El método sistemático por comparación de

normas está emparentado con la integración jurídica, aun cuando estrictamente hablando pertenece a la interpretación. Por consiguiente, lo que aquí cabe decir es que, cuando comparemos una norma general con una especial, tenemos que tener gran cuidado en determinar si los principios subyacentes a ambas son los mismos. Si esto ocurre, entonces la comparación puede ser posible. En caso contrario (que será lo usual), entonces el sistemático por comparación no puede operar.

2. Tampoco se aplica el método a las normas prohibitivas y a las que establecen sanciones que, por definición, son excepciones que contienen principio distinto al de la norma general permisiva o autoritativa que les es correspondiente.
3. La tercera observación que debe hacerse al método sistemático por comparación con otras normas es que no se debe olvidar que el derecho es un gran sistema estructural conformado por conjuntos y subconjuntos, cada uno de los cuales tiene a su vez principios y conceptos particulares, distintos de los de los otros. Por lo tanto, el método del que hablamos solo puede ser aplicado cuando los principios y conceptos son los mismos, nunca cuando son diversos. Dada la estructura de sucesivos agregados que tiene el sistema jurídico, puede perfectamente ocurrir que tal principio solo se aplique dentro de un subconjunto, o que se aplique dentro de todo un conjunto, o que se aplique de la misma manera en todo el derecho. Este método deberá ser utilizado de forma correspondiente.
4. Finalmente, este método contribuye a la aplicación del criterio tecnicista con contenido dogmático y también, en menor medida, con contenido sistemático.

Ante aparentes contradicciones de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha dicho que nunca ha sido ni será válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada:

15. La Constitución del Estado está plagada de disposiciones entre las que existe una «aparente» contradicción. Así, por ejemplo, mientras en el inciso 1) del artículo 2º se reconoce que toda persona tiene derecho a la vida, en el artículo 140º se regula la pena de muerte; mientras en el inciso 2) del artículo 2º se reconoce el principio-derecho a la igualdad ante la ley, el artículo 103º establece que pueden expedirse leyes especiales cuando así lo exija la naturaleza de las cosas; mientras el inciso 24) del artículo 2º reconoce el derecho a la libertad personal, el literal f) del mismo inciso justifica que la autoridad policial prive a la persona de esta en caso de flagrante delito; mientras el inciso 2) del artículo 139º, refiere que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, empero, el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución establece que el amparo

contra esta resolución procede si emana de un proceso irregular, es decir, de un proceso en el que no se hayan respetado los derechos fundamentales de la persona.

16. Pues bien, resulta evidente que luego de la lectura aislada de alguna de estas disposiciones, se llegará a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. De ahí que nunca ha sido ni será válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada. Es indiscutible que esta es una lectura más sencilla; sí, tan sencilla como ilegítima¹¹⁶.

En síntesis, entonces, podemos decir que el método sistemático por comparación con otras normas consiste en extender a la norma bajo interpretación los principios o conceptos que fluyen claramente del contenido de otras normas y que, en la interpretada, no son ostensibles. Para que el método pueda ser válidamente aplicado es necesario, primero, que tales principios y conceptos sean claros y que sean los mismos en las normas a comparar —lo que no ocurre en todos los casos—, y que el método se aplique tomando en cuenta las eventuales diferencias que puedan existir entre los conjuntos y subconjuntos a los que pertenecen las normas utilizadas.

4.2.4. El método sistemático por ubicación de la norma

Según el método sistemático por ubicación de la norma, su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto, subconjunto, grupo normativo, etcétera, en el cual se halla incorporada, a fin de que su «qué quiere decir» sea esclarecido por los elementos conceptuales propios de tal estructura normativa.

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

a. 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

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 08 de noviembre del 2005 en el Exp_5854_2005_PA_TC sobre proceso de amparo interpuesto por don Pedro Andrés Lizana Puelles contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

contra de una decisión tomada, porque no existe norma jurídica que se lo impida¹¹⁷. 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.

Nótese que la ubicación de la norma en el sistema no es equivalente a decir «el cuerpo legislativo donde se halla ubicada». En el caso que hemos citado, las normas sobre libertad y seguridad personal y las normas referentes a las atribuciones presidenciales, están todas en la Constitución del Estado, pero a pesar de ello pertenecen a conjuntos normativos distintos: uno a la manera como la persona ejerce sus derechos privadamente y, otro, a cómo el Presidente de la República conduce su actividad como gobernante, materia cualitativamente distinta.

También se da el caso inverso, por ejemplo, en el artículo 26 del Código Civil: «Toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre»¹¹⁸. Es una norma que no solamente se aplica en el ámbito de los derechos privados, como podría pensarse a partir del hecho que está localizada en el Código Civil, sino que debe entenderse que está vigente en cualquier conjunto del sistema jurídico en el que existan derechos, sea privado o público. En otras palabras, que la norma esté en un cuerpo legislativo que pertenece tradicionalmente al derecho privado, como es el Código Civil, no quiere decir que debe reducirse solamente a regir en dicho conjunto normativo. Por ello, cuando este artículo se refiere al derecho a que se nos designe por nuestro nombre, no debemos entender que solo se aplica a sus relaciones de derecho privado. También se aplicará a las de derecho público.

De los ejemplos desarrollados, fluye que la razón de ser del método sistemático por ubicación de la norma está en darle significado a la norma a partir del «medio ambiente» de su conjunto, subconjunto o grupo normativo. En otras palabras, del total de principios, elementos, conceptos y contenidos que forman y explican la estructura normativa en la que está situada la norma a interpretar.

¹¹⁷ El general Benavides, durante su mandato en la década del treinta, 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.

¹¹⁸ El nombre es utilizado en el ámbito del derecho privado, por ejemplo, en un contrato. Pero también aparece en el ámbito público de muchas maneras. La primera de ellas es la partida de nacimiento que, luego, traslada el mismo nombre al documento de identidad, también de derecho público.

Como contrapartida a los beneficios que ofrece este método, tenemos la limitación de que existen zonas grises en los linderos entre los diferentes grupos y conjuntos normativos por lo que, muchas veces, no se sabe a cuál de ellos pertenece exactamente la norma bajo interpretación. Esta es una limitación que hay que tener en cuenta al utilizar el método.

Al igual que el método anterior, también este corresponde al criterio tecnista con contenido sistemático. El Tribunal nos ha dado un ejemplo del uso del conjunto normativo a propósito del deber, según la cuarta disposición final de la Constitución, de utilizar los tratados para interpretar el texto de los derechos establecidos¹¹⁹:

8. La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28º, inciso 1) Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga.

Desde luego, debe entenderse que lo anterior no conlleva a que el contenido esencial del citado derecho constitucional se agote en los aspectos antes relevados. Por el contrario, es posible el desarrollo de ulteriores concretizaciones o formas de proyección del citado derecho constitucional que, en principio, no pueden, como tampoco deben, ser enunciadas de manera apriorística. Los derechos constitucionales albergan contenidos axiológicos que, por su propia naturaleza, pueden y deben desarrollarse, proyectando su vis expansiva a través de remozadas y, otrora, inusitadas manifestaciones.

9. De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional. Todo ello, claro está,

¹¹⁹ La cuarta disposición final de la Constitución manda lo siguiente: «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».

sin perjuicio de la aplicación directa que el tratado internacional supone debido a que forma parte del ordenamiento peruano (art. 55º, Const.)¹²⁰.

En resumen, el método sistemático por ubicación de la norma interpreta aplicando el conjunto de principios, conceptos, elementos y contenidos que sirven para dar «medio ambiente» a la norma dentro de su grupo o conjunto normativo. El método reposa en la concepción del derecho como un sistema estructural y discrimina la interpretación en función de ello y no del «cuerpo legislativo» en el que se halla la norma jurídica. Tiene el inconveniente de que, muchas veces, existe discusión sobre el conjunto o grupo al que pertenece la norma o, inclusive, puede concebirse que pertenezca a dos o más de ellos. En estos casos, la eficacia del método se resiente.

4.2.5. El método histórico

Para el método histórico la interpretación se hace recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma de que se trate. Este método se fundamenta en que el legislador siempre tiene una intención determinada al dar la norma jurídica, llamada intención del legislador, que debe contribuir decisivamente a explicarnos su sentido.

Esta intención del legislador puede manifestarse a través de varias fuentes directas e indirectas. Las principales son:

1. Las fundamentaciones expresas de los proyectos legislativos, dejadas por escrito por los mismos autores. Aquí podemos encontrar una subclasificación. De un lado, las llamadas «exposiciones de motivos» que generalmente acompañan a los proyectos de leyes elaborados por especialistas del derecho que, así, dejan constancia de las razones por las que proponen la norma y sus contenidos específicos. Mientras menos modificaciones sufra el proyecto al convertirse en ley, mayor será la utilidad de esta exposición de motivos.
2. Otro tipo de documentos son las fundamentaciones que hacen los ponentes de las normas ante el órgano legislativo. Estas fundamentaciones, sin embargo, tienen un valor histórico restringido, porque en los órganos colegiados la verdadera intención del legislador generalmente no puede ser identificada, ya que votan muchas personas en distintos sentidos. Estas fundamentaciones tienen mayor sentido cuanto mayor unanimidad haya habido en una votación legislativa.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de julio del 2002 en el exp_1124_2001_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A.

A veces, los fundamentos de la norma son puestos en una parte considerativa que precede a las normas estrictamente dichas. Esta parte considerativa es, efectivamente, una fuente histórica de los fundamentos de dicha normatividad.

3. También son importantes para el método histórico las normas en las que el legislador declara haberse inspirado y las propias normas derogadas, pues el cotejo entre ambas puede decir mucho del contenido de la actual.
4. Entre los contenidos importantes del método histórico está la llamada *ocassio legis*, que podemos definir como aquella situación concreta que fue la causa eficiente de la aprobación de una norma jurídica.

Así por ejemplo, si a raíz de una ola delictiva determinada, se le agrava la pena a cierto tipo delictivo, la *ocassio legis* de dicho agravamiento es la ola delictiva. Esto permite dar interpretaciones diversas a la ley penal cuando hay ola delictiva y cuando no la hay (dentro de los márgenes de flexibilidad permitidos, desde luego)¹²¹.

El método histórico, con todas estas variantes, se utiliza, como hemos visto, para llegar a conocer la intención del legislador y así entender por qué o para qué dio la norma, a fin de interpretar sus alcances en consonancia. Está fundado, pues, en el criterio tecnicista, que toma en cuenta, sobre todo, los antecedentes jurídicos de la norma bajo interpretación.

La validez de este método es discutida por varias razones. La primera, que muchas veces, la intención del legislador no puede averiguarse, lo que hace que el método sea poco aplicable desde el punto de vista de la cantidad de normas existentes. De otro lado, se argumenta que aun cuando exista material suficiente para poder reconstruir la intención del legislador, tal reconstrucción siempre es subjetiva del intérprete, es decir, una proyección suya. Finalmente, y tal vez lo más importante, el método histórico fija las concepciones jurídicas sobre el tema legislado en el momento que el legislador produjo la norma lo que no atiende a la evolución social y a las necesarias adaptaciones que deben producirse por esta razón. En este sentido, si en muchos casos la interpretación histórica puede ser esclarecedora, en otros puede constituir una forma cuestionable de entender al derecho por su contenido conservador.

¹²¹ Este fue el caso del decreto ley 19910, que castigaba el delito de asalto y robo a mano armada con una pena severísima de diez años de penitenciaría en ciertas circunstancias agravantes muy deficientemente legisladas. El Decreto tuvo como *ocassio legis* una ola de asaltos a mano armada y en banda pero, luego, no fue modificado sino en 1981. Durante los años de su existencia los jueces, en varios procesos, mitigaron mediante diversos artículos la dureza de esta pena.

El Tribunal Constitucional ha insistido en la necesidad del uso de los elementos de interpretación históricos en la siguiente sentencia:

El deber de motivar debió obligar [...] no solo a realizar un mero análisis legal de las normas de carácter tributario o a darle una interpretación textual o literal, sino a sustentar su decisión de acuerdo a las normas de orden constitucional que rigen el sistema tributario nacional. Además, debió utilizar otros métodos de interpretación que tenga en cuenta los fines de la norma, el contexto histórico, sus características, elementos, etcétera. Por ello, este Colegiado considera que este extremo de las resoluciones no estuvo debidamente motivado¹²².

En síntesis diremos, entonces, que el método histórico interpreta mediante la determinación de cual fue la intención del legislador al dar la norma, para luego aplicar sus contenidos a la determinación del significado normativo. En esto, el método histórico utiliza todo tipo de antecedente jurídico, destacando las fundamentaciones de los autores de los proyectos, las partes considerativas de los textos legislativos, el contraste entre la norma a interpretar y sus normas precedentes, así como la *ocasio legis*. El método puede aportar elementos de juicio interesantes a la interpretación, pero su uso es muy discutido porque muchas veces la intención del legislador no es manifiesta; otras es determinada con mucho contenido subjetivo por el intérprete y otras, finalmente, el resultado de la interpretación histórica es un obstáculo a la necesaria adaptación del derecho a las nuevas circunstancias sociales a las que pretende normar.

4.2.6. *El método sociológico*

Para el método sociológico la interpretación de la norma debe realizarse tomando en cuenta las variables sociales del más diverso tipo, del grupo social en el que va a producirse la aplicación de la norma. Como es obvio, se funda en el criterio sociologista de interpretación y vale, para explicarlo, mucho de lo que dijimos al tratar este criterio.

El método sociológico de interpretación supone el aporte de las distintas ciencias sociales al esclarecimiento y adaptación de la normatividad a la realidad y, en verdad, uno de sus objetivos centrales es trabajar para lograr tal adecuación entre derecho y sociedad. Mucho se ha trabajado en los últimos decenios en torno a este problema,

¹²² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 03 de septiembre de 2007 en el Exp_3283_2007_PA_TC sobre proceso de amparo interpuesto por Máximo Tomás Salcedo Meza en calidad de presidente de la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos de Perú —ANFPP— y como promotor de la iniciativa legislativa ciudadana del «Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo» contra el Jurado Nacional de Elecciones (JNE).

en un esfuerzo sincero y no siempre fructífero para enlazar ambos elementos y convertir al derecho de entelequia autónoma en disciplina social. Sin embargo, no es a esto a lo que alude el método sociológico de interpretación. No se trata, entonces, de una sociologización del derecho sino, más bien, de hacer intervenir consideraciones sociales para esclarecer el «qué quiere decir» la norma.

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 *servinakuy* 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 edad¹²³.

Evidentemente, aquí hay un choque de culturas y lo que para los sectores occidentalizados de nuestra sociedad es una acción monstruosa, para otros sectores sociales de cosmovisión tan válida como la otra, es algo perfectamente legítimo y amparado por ancestrales costumbres.

Desde el punto de vista penal, sin embargo, aplicando el método sociológico, nosotros podemos aducir falta de culpabilidad en el presunto agresor, pues no hay en él la menor conciencia de estar haciendo algo reprobable y, menos aún, delictuoso.

Naturalmente, esta es una interpretación que soslaya mucho de lo que es la interpretación literal del derecho, dentro de la cual, la contundencia del artículo 173 inciso 3 del Código Penal no admite discusión en este caso. Sin embargo, aun en la rama penal, nos parece que la aplicación del método sociológico para atenuar o eliminar la culpabilidad del presunto agresor en un caso como este, puede ser altamente justificada.

El ejemplo del *servinakuy* es uno de naturaleza cultural, pero existen otros de naturaleza diversa y no menos interesantes. Por ejemplo, la evolución del derecho civil a reconocer cada vez más una culpa de riesgo, frente a la tradicional culpa subjetiva¹²⁴.

¹²³ Interesante de discutir en este caso es el siguiente argumento: se sabe que la mujer serrana tiene la pubertad en edad más temprana que la mujer de las zonas occidentalizadas. Se supone que la naturaleza no otorga la posibilidad de procrear sin el suficiente discernimiento para ello, desde que el cuerpo humano es complejo e integralmente constituido. Es posible que una mentalidad más moderna del legislador debiera adaptarse mejor a lo natural y reconocer que en este caso ya no hay violación de menor sino, en todo caso, otra figura delictiva como la seducción o la violación simple.

¹²⁴ La culpa subjetiva atribuye responsabilidad al que causa daño con intención o formas culposas. La culpa objetiva y la del riesgo responsabilizan a quien causó el daño, tenga o no intención o formas culposas.

Hasta hace doscientos años, los peores peligros para la vida y la propiedad podían ser, probablemente, un caballo desbocado, una bala de cañón o una temprana locomotora. Salvo la bala de cañón arteralmente disparada, de todo lo demás era relativamente fácil protegerse o, incluso, precaverse. Hoy en día, sin embargo, el caballo desbocado puede ser sustituido por una tonelada (o más) de metal desplazándose a ciento cincuenta kilómetros por hora bajo la forma de un automóvil; la bala de cañón por un artefacto bélico cualquiera que en caso de explotar, aun accidentalmente, puede dañar millones de vidas e incalculable cantidad de bienes; y la locomotora antigua puede ser sustituida por un tren súper rápido o, eventualmente por un avión. Hace doscientos años nadie se podía electrocutar por acción humana pero hoy el hombre maneja tantas fuerzas naturales como aprendiz de brujo que un cable de alta tensión o un reactor atómico pueden causar muchos daños o devastar toda una región.

En fin, a lo que queremos llegar es a que la sociedad humana es hoy mucho más riesgosa que antes y la inminencia del daño depende cada vez menos de la voluntad humana directa y más de factores inmanejables, puestos en movimiento por la decisión de quien podría estar pretendiendo controlarlos.

No es curioso, entonces, que desde que el hombre tiene noticia del derecho hasta hace poco más de cien años, la teoría jurídica predominante sobre la responsabilidad civil haya sido la subjetiva, pero que en el último siglo y medio la situación haya venido transitando hacia la responsabilidad objetiva o de riesgo como sistema general y termine estableciendo el seguro universal de responsabilidad para garantizar que todo el que sufra un daño sea indemnizado, al margen de cualquier consideración subjetiva sobre las calidades, posibilidades y responsabilidad de quien lo causó¹²⁵. Este es un típico caso en el que el desarrollo de las condiciones materiales de vida lleva a modificaciones significativas en las concepciones del derecho. Es sintomático, por ejemplo, que a pesar de que el Código Civil de 1984 es subjetivista en esta materia, su artículo 1970 introduzca la responsabilidad por riesgo. Aquí se han planteado ya problemas de interpretación muy interesantes a corto plazo, en especial por su contraste con el artículo 1969 que consagra una responsabilidad subjetiva en términos muy tradicionales.

Podríamos poner muchos otros ejemplos, pero estos dos, de naturaleza totalmente distinta, permiten ver la forma cómo el método sociológico puede moldear el significado de las normas sin que ello signifique desnaturalizar las instituciones y el modo de operar del derecho.

¹²⁵ En verdad, esto ya fue propuesto en el Perú por el doctor Fernando de Trazegnies en su calidad de ponente de la parte de responsabilidad civil ante la comisión que estudió la reforma del Código Civil. La iniciativa no prosperó.

El Tribunal Constitucional ha resaltado la importancia de tomar en cuenta los elementos de la realidad social para la interpretación de los derechos:

6. Por su parte, la interpretación social permite maximizar la eficiencia de los derechos económicos, sociales y culturales en los hechos concretos, de modo tal que las normas programáticas, en cuya concreción reside la clave del bien común, no aparezcan como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas¹²⁶.

En resumen, podemos señalar que el método sociológico de interpretación esclarece el significado de la norma jurídica recurriendo a los diversos datos que aporta la realidad social donde la norma interpretada se aplica, para realizar un permanente ajuste entre derecho y sociedad. Esto se basa en que el derecho es un instrumento de regulación social particular, pero no un cuerpo normativo autárquico que se explica y justifica por sí mismo.

4.2.7. Los criterios axiológico y teleológico y su relación con los métodos de interpretación

A diferencia de los otros criterios y sus diversos contenidos, los criterios axiológico y teleológico no tienen un grupo de métodos que los sirvan expresamente. Si algo les es más propio, en todo caso, es la integración jurídica, tema distinto al de la interpretación y que desarrollaremos posteriormente.

Más bien, estos dos criterios utilizan los diversos métodos que hemos trabajado hasta aquí, sirviéndose de los que en cada caso corresponden mejor a sus objetivos. Esto, que podría ser calificado de oportunismo y por tanto censurado, no es propiamente así porque, como hemos visto, ni los criterios ni los métodos pueden ser jerarquizados entre sí predeterminadamente y, en consecuencia, no estamos entonces ante un caso susceptible de caer en el aforismo «el fin justifica los medios». Al revés, en función de la obtención de determinados objetivos axiológicos o teleológicos, el intérprete toma criterios distintos o ponderados de otra manera y, por tanto, asume una posición axiomática de interpretación distinta. En cualquier caso, lo cuestionable no será utilizar los métodos de acuerdo a la conveniencia del intérprete, sino la meta-discusión sobre qué criterios elegir, cómo precisar su contenido y cómo ponderarlos entre sí.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de noviembre del 2003 en el Exp_0008_2003_AL_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N.° 140-2001.

Síntesis general sobre métodos de interpretación

Hemos visto a lo largo de este punto como operan cada uno de los métodos de interpretación y qué relaciones guardan con los criterios de interpretación individualmente considerados.

Sin embargo, el buen intérprete es el que utiliza todos los métodos que cabe utilizar y elige como interpretación válida aquella en la que confluyen todos o la mayoría de los métodos aplicados. Desde luego, si bien el trabajo de interpretación comienza con el método literal, no hay una prelación de importancia entre los métodos y este orden será organizado por el intérprete, en general o en relación al caso de interpretación específico.

Al propio tiempo, el intérprete debe ser consciente de que si métodos distintos le dan resultados de interpretación diversos, tiene que tomar en cuenta la disyuntiva y no puede, simplemente, acallar uno de ellos para elegir el otro, sin mayor fundamentación.

4.3. Los apotegmas jurídicos

Los apotegmas jurídicos pueden ser descritos como proposiciones o argumentos tópicos, que tienen una antigua existencia en el derecho y que ayudan a resolver puntos concretos para los que los métodos de interpretación no tienen respuesta. En este sentido, los apotegmas jurídicos no son métodos de interpretación, pero se pueden utilizar (y se usan) conjuntamente con ellos en la resolución de los problemas interpretativos.

Los apotegmas jurídicos vienen, en su gran mayoría, del derecho romano, son a menudo expresados en latín y se confunden con otros dos tipos de proposiciones formalmente semejantes: los conceptos jurídicos sintetizados en fórmulas y los principios generales del derecho.

Los conceptos jurídicos sintetizados son frases hechas de uso común y que simplifican la expresión de conceptos jurídicos, generalmente más complicados, pero que alguna vez una mente ágil pudo presentar de manera sintética, simplificada y, al mismo tiempo, esencialmente correcta. Algunos ejemplos son:

«No hay culpa, si se han hecho todas las diligencias que habrían realizado los más diligentes»¹²⁷.

¹²⁷ HALPERIN, Gregorio (1946) *Manual de latín para juristas. Repertorio de adagios jurídicos*. Buenos Aires, Tipografía Editorial Argentina. Adagio N° 223 (Gayo, Dig 19,2,25,7).

«Lo que es de uso y costumbre debe incluirse en los juicios de buena fe»¹²⁸.

«Es fuerza mayor aquella que la debilidad humana no puede enfrentar»¹²⁹.

«Precario es lo que se concede a quien lo pide con ruegos, para ser usado durante el tiempo que le plazca al que lo ha concedido»¹³⁰.

Cada uno de estos conceptos tiene su definición correlativa y más completa, bien en los textos legislativos, bien en la doctrina pero, matices más o menos, son sustantivamente correctos. Puede ocurrir, sin embargo, que una modificación legislativa los cambie y, en consecuencia, se invaliden conceptualmente en un sistema jurídico positivo determinado.

Los principios generales son fórmulas que, desde la forma, aparecen semejantes a estas, pero difieren en que son principios axiológicos o sistemáticos informadores del orden jurídico y que dependen de consideraciones ideológicas y técnicas que pueden variar con el tiempo. Se diferencian de los conceptos anteriormente mencionados en que los principios tienen un valor ético-cultural o sistemático dentro de un sistema jurídico estructural determinado, consideraciones ambas que trascienden a un simple cambio legislativo (a diferencia de lo que puede ocurrir con los conceptos). Ejemplos son:

«Es justo que quien participó de la ganancia de algo, participe también del daño»¹³¹.

«A culpa más grave pena mayor»¹³².

«Primero en el tiempo, preferible en derecho»¹³³.

«Cuantas veces sea dudosa la interpretación relativa a la libertad, se ha de responder en favor de ella»¹³⁴.

Frente a ellos, los apotegmas son proposiciones interpretativas que, a diferencia de los conceptos, no definen nada y, a diferencia de los principios, no tienen una justificación ideológica o sistemática y su validez no depende ni de los cambios axiológicos, ni de la transformación cualitativa del sistema jurídico estructural de que se trata.

¹²⁸ Ídem. Adagio N° 361 (Ulpiano, Dig. 21,131,20).

¹²⁹ Ídem. Adagio N° 087 (Gayo, Dig. 44,7,1,4).

¹³⁰ Ídem. Adagio N° 121 (Ulpiano, Dig. 48,26,1).

¹³¹ Ídem. Adagio N° 57 (Ulpiano, Dig. 17, 2, 55).

¹³² Ídem. Adagio N° 508.

¹³³ Ídem. Adagio N° 1225.

¹³⁴ Ídem. Adagio N° 1414 (Pomponio, Dig. 50, 17, 20).

En este sentido son válidos en sí mismos, sin modificación previsible. Tales los casos de los siguientes apotegmas:

«Lo accesorio cede a lo principal»¹³⁵.

«Nadie puede perder el derecho que no tiene»¹³⁶.

«Los legisladores no consideran lo que ocurre raramente»¹³⁷.

«Se debe considerar el principio y la causa de cada contrato para conocer su naturaleza»¹³⁸.

Muchos autores los consideran ayudas lógicas, pero más propiamente hablando, en el sistema de pensamiento aristotélico corresponderían a la tópica. Sin embargo, son apotegmas que es deseable sufran un progresivo proceso de acercamiento a lo propiamente lógico.

Su funcionalidad no es la de los métodos, en cuanto no son procedimientos que en sí mismos puedan llevar a esclarecer el significado de las normas. Sin embargo, se aplican al lado de ellos, en puntos claves del proceso de interpretación, donde los métodos en sí mismos son insuficientes para aclarar el «qué quiere decir» la norma.

En realidad, los apotegmas aquí transcritos no son sino algunos de una larga lista acumulada a lo largo de los siglos (más propiamente milenios) de la existencia del derecho. No podemos hacer una transcripción de ellos que, siquiera, pretenda contener lo principal. Ello queda a la búsqueda de cada interesado y a la cuidadosa distinción entre ellos, los conceptos y los principios anteriormente descritos. El enriquecimiento constante de la cultura jurídica propia sobre estos apotegmas es sumamente fructífero en la compleja tarea de la interpretación jurídica.

Dos conceptos finales

Queremos concluir toda esta exposición de los rasgos básicos de la teoría de la interpretación jurídica, presentando dos clases de conceptos esenciales y a la vez muy difundidos dentro de esta problemática. Una es la de las clases de interpretación según el intérprete y otra la de las clases de interpretación según el resultado.

¹³⁵ Ibídem. Adagio N° 10 (Ulpiano, Dig. 34, 2, 19, 13).

¹³⁶ Ibídem. Adagio N° 910.

¹³⁷ Ibídem. Adagio N° 1408 (Novellae 94, cap. 2).

¹³⁸ Ibídem. Adagio N° 1686 (Ulpiano, Dig. 17, 1, 8, pr.).

4.3.1. Interpretación según el intérprete

Hay tres tipos de interpretación de acuerdo a esta variable. Una es la *interpretación auténtica*, que es aquella que la autoridad que tiene la competencia de dictarla o derogarla realiza sobre la misma norma y siguiendo el mismo procedimiento que se adoptó para producirlo. Así, hay interpretación auténtica cuando el Congreso, mediante ley, interpreta una ley anterior o cuando el Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo, interpreta un decreto supremo previo y así sucesivamente. La interpretación auténtica tiene plena fuerza vinculatoria y está recogida, para el caso de las leyes, en el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución.

Existe la *interpretación jurisprudencial*, que es la que realizan los tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. La fuerza vinculatoria de esta interpretación será la misma que la que corresponde a la jurisprudencia como fuente de derecho dentro del sistema jurídico de que se trate, y el concepto puede extenderse, a su nivel, a la jurisprudencia administrativa.

Finalmente, existe la *interpretación doctrinal*, que es la que se realiza por personas comunes, sin autoridad estatal formal para producir legislación o jurisprudencia, y que tiene un valor puramente académico, participando del carácter y manera particular como la doctrina es fuente del derecho en cada sistema jurídico.

4.3.2. Interpretación según el resultado

La interpretación es *estricta* cuando la conclusión interpretativa final es la que aparece de la aplicación del método literal sin ninguna otra consideración. Algunas veces hacer esto es posible, otras no.

La interpretación es *extensiva* cuando la conclusión interpretativa final es aquella en la que la norma interpretada se aplica a más casos que los que su tenor literal estricto parecería sugerir. La interpretación extensiva no implica integración jurídica, sino solo una extensión interpretativa de la frontera fáctica a la cual se aplica el supuesto de la norma para permitir que se produzca la necesidad lógico-jurídica de la consecuencia. Caso típico en el que se reclama la interpretación extensiva es en la protección de los derechos constitucionales de la persona. El método literal es el único que no puede producir este tipo de interpretación por sí mismo.

La interpretación es *restrictiva* cuando la conclusión interpretativa final, es que la norma interpretada se aplica solo y estrictamente a los casos en los que no existe ni la menor duda. Si existe duda sobre la verificación del supuesto normativo en la realidad, entonces la conclusión será no aplicar la norma. La interpretación restrictiva se aplica, sobre todo, a las normas especiales y a las normas prohibitivas. Cualquier método puede ser utilizado para este fin.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALZAMORA VALDEZ, Mario (1980). *Introducción a la ciencia del derecho*. Lima, Tipografía Sesator.

ASCOLI, Max (1947). *La interpretación de las leyes*. Buenos Aires, Editorial Losada.

BETTI, Emilio (1975). *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid, Revista de Derecho Privado.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1994). «La interpretación de los derechos humanos», en VARIOS AUTORES, *Lecturas Constitucionales Andinas 3*. Lima, Comisión Andina de Juristas.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (2005). «La verdad construida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal». En *Themis N° 51*, Lima.

DIEZ PICAZO, Luis (1975). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona, Editorial Ariel.

DU PASQUIER, Claude (1983). *Introducción al derecho*. Lima, Justo Valenzuela V.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2005). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

HALPERIN, Gregorio (1946). *Manual de latín para juristas. Repertorio de adagios jurídicos*. Buenos Aires, Tipografía Editorial Argentina. Adagio N° 223 (Gayo, Dig 19,2,25,7).

HERNANDEZ GIL, Antonio (1945). *Metodología del derecho*. Madrid, Revista de Derecho Privado.

KELSEN, Hans (1965). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Eudeba.

RUBIO CORREA, Marcial (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ZUSMAN, Shoschana (2004). «Dilemas y paradojas del razonamiento legal». En *Themis N° 48*, Lima.

ZUSMAN, Shoschana (2018). *La interpretación de la Ley. Teoría y métodos*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CAPÍTULO 11

LA INTEGRACIÓN JURÍDICA

OBJETIVOS

1. Conocer la definición de las lagunas del derecho y sus diversas modalidades y estar en capacidad de identificarlas dentro del sistema jurídico en los casos pertinentes.
2. Discriminar cuánto de razonabilidad y cuánto de contribución lógica hay en la tarea de integración jurídica.
3. Estar en capacidad de ejecutar los procedimientos de integración analógica, distinguiendo sus diversas modalidades.
4. Adiestrarse en el uso de la analogía y del argumento a contrario, mediante la identificación de los distintos tipos de implicaciones jurídicas, así como del principio de no contradicción.
5. Notar la importancia del tercer término de las formalizaciones esquemáticas de los diferentes procedimientos de la analogía.
6. Comprender el rol de los principios generales del derecho, su relación con las fuentes y el sistema jurídico, tanto de manera global como en cuanto a sus partes integrantes.
7. Tomar conciencia de la importancia que tiene el conocimiento de los principios generales en la formación jurídica, tanto los de todo el derecho como los del derecho peruano.

1. PRESENTACIÓN

La interpretación jurídica ocurre cuando existiendo una norma jurídica aplicable, su sentido normativo no resulta claro bien porque su texto no es claro, bien porque existe cierta dificultad para aplicar el supuesto de la norma al hecho que ocurre en la realidad y que es al que se pretende normar.

La integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado. La integración jurídica, así, no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso. Lo particular de la integración jurídica es que produce normatividad pero no mediante las fuentes formales del derecho, sino mediante la aplicación del derecho mismo.

Naturalmente, la integración jurídica sería un peligro para el sistema estructural del derecho si, luego de trabajarse cuidadosamente los otros aspectos (fuentes, norma, interpretación, etcétera), simplemente todo se soslayara recurriendo a la creación de normas por esta vía. Por ello, está sujeta a ciertas condiciones, reglas y métodos. Además, su utilización es restrictiva y no extensiva, debido precisamente a que constituye una excepción al principio predominante en el sistema Romano-germánico, en el sentido de que las normas las da, principalmente, el organismo que tiene atribución normativa.

El primer problema a dilucidar para proceder a la integración jurídica puede plantearse de la siguiente manera: ante una situación para la cual no existe norma jurídica aplicable ¿debe integrarse una norma o, más bien, debe asumirse que no hay que aplicar ninguna desde que los organismos con atribución normativa no han establecido ningún mandato jurídico?

La respuesta a esta interrogante no es en modo alguno fácil y existe una notoria discrepancia en la teoría. Es más, en esta problemática podemos enfrentar una respuesta general (del tipo: en general debe procederse a la integración o en general no debe procederse a ella); pero, de considerarse en general que sí procedería la integración, también podemos enfrentar una respuesta particular (del tipo: frente a este caso debemos intentar la integración, o frente a este caso no debemos intentarla). Entonces, podemos plantearnos dos niveles en la respuesta: uno general y otro particular, encadenado al anterior, desde que la teoría no acepta como principio universal el proceder siempre a la integración jurídica.

Este aspecto de la problemática, nos conduce de plano a lo que en la teoría se denomina las *lagunas del derecho* entendiéndose que ellas son situaciones en las cuales procede la integración. Por lo tanto, habrá que discriminar aquellas situaciones de carencia normativa en las cuales debemos integrar una norma y aquellas en las que no.

El segundo aspecto a abordar, supuesto que la integración jurídica procede, consiste en trabajar sobre los procedimientos de integración jurídica, y ellos son dos: la analogía y los principios generales del derecho. Abordaremos estos dos aspectos por separado.

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 debiera 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.

El problema clave en este punto consiste en saber cuando se considera (o más exactamente, se debe considerar) que la situación no regulada debe regularse. La respuesta no es fácil y, por lo demás, existen fuertes contradicciones sobre el punto en la teoría.

En este sentido, existe un concepto teórico que, por contraste con el de laguna, nos permitirá explicarnos mejor: es el vacío del derecho entendiendo por tal un suceso para el que no existe norma jurídica aplicable y que se considera que no debe estar regulado por el derecho rigiéndose, en consecuencia, por los principios hermenéuticos¹³⁹ aplicables y que en el derecho son fundamentalmente dos a estos efectos:

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 aplicable¹⁴⁰, en los casos en que rige el principio de la competencia asignada. Tal el caso de los funcionarios públicos e, inclusive,

¹³⁹ La hermenéutica consiste en establecer el correcto significado de un concepto, un hecho u otro elemento específico dentro de un sistema determinado, según los principios globales que lo informan, para resolver situaciones no precisadas ni expresamente resueltas dentro de él. En este caso, nos referimos a la hermenéutica del sistema jurídico pero también puede ella existir en otros sistemas.

¹⁴⁰ 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 en base a 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 le debe otorgar cumplidos los requisitos que para el caso establece el derecho.

de muchos funcionarios privados (los gerentes, por ejemplo, que no actúan bajo el principio de la libertad sino de acuerdo a las funciones que expresamente les asignan la ley, los estatutos de su institución y los organismos directores).

Podemos decir, entonces, que ante un caso de ausencia de norma, la consideración jurídica puede ser bien la de que estamos ante un vacío del derecho para el que no hay que integrar norma, bien ante una laguna del derecho ante la que sí hay que integrar.

Dentro de la familia romano-germánica a la que pertenecemos, se aspira a que todo lo que debe ser normado conste en norma escrita, aun cuando ello es una aspiración nunca cumplida y, con seguridad, imposible de cumplir. Sin embargo, esta aspiración tiene consecuencias concretas que, en síntesis, equivalen a decir que, como principio general, toda situación de carencia normativa debe ser considerada un vacío del derecho. De esta forma, la laguna del derecho es una consideración de excepción frente a la anterior y no a la inversa¹⁴¹.

Hecha esta precisión, queremos aclarar dos asuntos adicionales. En primer lugar, la carencia normativa solo se presenta cuando, de acuerdo a la estructura de las fuentes formales de un sistema jurídico determinado, ninguna de dichas fuentes produce una norma para el caso. De esta forma, solo puede ocurrir que exista una laguna cuando ni la legislación, ni la costumbre, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la declaración de voluntad, según sus propias reglas, han generado la norma aplicable.

En segundo lugar, conviene aclarar que en ciertas circunstancias se produce una clara situación de vacío del derecho. Dos casos son obvios: uno, cuando el órgano que tiene la atribución normativa, rechaza expresamente dictar la norma correspondiente mediante una decisión desestimatoria del proyecto; el otro, cuando se deroga la norma que regulaba previamente la situación, sin sustituirla por otra. En ambos casos ocurre que por decisión expresa se ha optado por no establecer norma jurídica.

Entonces, ¿cuándo se puede considerar que existen lagunas del derecho? A nuestro juicio en tres casos:

1. Cuando el caso que carece de norma tiene una racionalidad que es sustantivamente igual a la de otro caso sí normado, aun cuando ambos son fenoménicamente distintos. Es decir que siendo hechos diferentes en sus apariencias, tienen una esencia común o una lógica encadenada. Ello nos lleva a la analogía y a la *ratio legis* que la sustenta.

¹⁴¹ No toda la teoría entiende que esto es así. Kelsen, autor fundamental durante este siglo, considera que el orden jurídico tiene una plenitud hermenéutica en la cual la aspiración de normar la totalidad es de valor universal, es decir, no admite excepciones. En su concepción particular, la integración jurídica no tiene lugar en el Derecho. Obviamente, nosotros no seguimos esta posición sobre el punto.

2. Cuando el caso, de no recibir respuesta jurídica, generaría una consecuencia que agravia los principios generales del derecho. Esto nos lleva al problema de integración mediante la recurrencia a dichos principios.
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. Tal, por ejemplo, la norma constitucional que establece la instauración del salario familiar, en tanto aún no se ha legislado en forma concreta cómo se calculará y pagará. Es lo que teóricamente se denomina laguna técnica.

Las lagunas técnicas, obviamente, se solucionan dictando la normatividad correspondiente. En tanto ello ocurre, caben dos posibilidades de acuerdo a la doctrina. Según un sector, la laguna técnica equivale a un vacío del derecho. Según otro, la carencia normativa debe tomarse como vacío de derecho en la generalidad de los casos, pero en circunstancias límite, puede aplicarse reglas en base a la analogía y los principios generales por vía jurisprudencial. El juez, en buena cuenta, sustituye al legislador con una solución provisional, hasta tanto se dé la normatividad necesaria. En la realidad concreta, nuestros magistrados no han utilizado esta vía de integración, invocando la separación de los poderes en una concepción según la cual, la dación de las normas legislativas corresponde privativamente al Congreso (salvo la legislación delegada) y la reglamentaria al Ejecutivo.

El problema es interesante pues si bien constitucionalmente la atribución normativa está fijada de esa manera (artículos 102 inciso 1 y 118 inciso 8 de la Constitución) también existe la norma según la cual los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, debiendo en tal caso recurrir a los principios generales del derecho (artículo 139 inciso 8 de la Constitución, y artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil) y, como veremos posteriormente, también a la analogía.

En base a este grupo normativo de distribución de potestades y atribuciones entre los poderes del Estado, nosotros creemos que el Poder Judicial está expresamente dotado de la atribución de integrar el derecho frente a las lagunas, aun las de naturaleza técnica, según las limitaciones y requisitos ya señalados. Más bien, en consecuencia, sería observable la actitud seguida hasta ahora por el Poder Judicial y recomendable el cambiar su posición, procediendo a poner en operación las normas constitucionales y legales que le permiten integrar. Muchos tribunales de otros Estados han hecho aportes muy significativos al derecho por esta vía y no solo en la tradición anglosajona, sino también en la romano-germánica.

Planteado así el tema de las lagunas del derecho, y esbozada la forma de resolución de las lagunas técnicas de acuerdo a las atribuciones otorgadas constitucionalmente a los poderes, pasemos ahora a trabajar sobre los métodos de integración jurídica que deben solucionar las dos primeras circunstancias en las que hemos caracterizado la procedencia de la integración.

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 sustancia¹⁴².

Simplificada y formalizadamente 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 agente¹⁴³ 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.
4. El agente no encuentra en el sistema jurídico ninguna limitación ni impedimento para que al hecho «A, B, C, E» siga la consecuencia «X».
5. El agente asigna al hecho «A, B, C, E» la consecuencia «X».

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».

¹⁴² 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.

¹⁴³ Llamamos aquí agente a la persona que utiliza el derecho: abogado, juez, fiscal, contratante, etcétera.

3.1. Las consecuencias del uso de la analogía

De los cinco pasos anteriores que hemos descrito como el modo operativo simplificado en que funciona la analogía, dos son importantes de desarrollar en la medida que no son evidentes por sí mismos: el tercero, en el que se descubre la identidad en tres elementos esenciales y la diferencia en dos accesorios; y el cuarto, en el que no se encuentra impedimento ni limitación para proceder a integrar analógicamente la nueva norma. Veámoslos uno por uno.

3.1.1. *El requisito de la semejanza esencial y la ratio legis*

Para proceder a la integración por analogía, el agente de derecho realiza una operación volitiva, es decir, toma una opción no demostrable lógicamente, en virtud de la cual decide que el hecho ocurrido en la realidad es esencialmente igual al que describe el supuesto de la norma cuya consecuencia aplica, aun cuando es de hecho distinto de él. Esta opción no es demostrable por los procedimientos rigurosos de la lógica y, por lo tanto, no es en sí misma correcta o incorrecta sino, más bien, razonable o no razonable y, por tanto, sometida a crítica y a la disensión. En otras palabras, es esencialmente discutible.

Por ello, se requiere de algunas pocas pautas de razonabilidad en el procedimiento analógico, para evitar arbitrariedades en el manejo del sistema jurídico en su conjunto. En esta parte, corresponde hacer mención a dos de ellas: una es precisar en qué puede consistir la semejanza esencial y, la otra, es recordar el carácter restrictivo de la analogía.

Tenemos que partir de un asunto elemental: una cosa es la semejanza y otra la identidad. Esta última ocurre, para efectos de lo que venimos tratando, cuando el hecho descrito en el supuesto de la norma y el que ocurre en la realidad, son uno y mismo concepto. no importando que, por la simplificación a que hace recurso el lenguaje normativo, no estén descritos en el supuesto de la norma todos los detalles que el caso tiene en la realidad.

Por ejemplo, tenemos el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución que dice:

Toda persona tiene derecho:

[...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole [...].

Aquí, la Constitución no da más detalles sobre la situación en que varón y mujer tienen igualdad ante la ley. No importa que sean ambos jóvenes o maduros, estén en

el colegio, la Universidad o en un lugar de descanso. Todos estos son accidentes que no están considerados en la Constitución pero que, en caso alguno, afectan la identidad de la situación: en cualquier caso en que confluyan varón y mujer en una relación, están en pie esencial de igualdad frente al derecho.

La identidad entre el hecho descrito en el supuesto y el hecho de la realidad entonces no es la identidad plena y total, sino la identidad entre los rasgos descritos y elementos diferentes, pero en la que el hecho de la realidad es parecido en esencia al descrito en la norma.

Podemos utilizar el ejemplo del error y la ignorancia. El artículo 201 del Código Civil dice: «El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte».

Dejemos de lado los problemas de esencialidad y de conocimiento del error, que no pertenecen a la problemática que ahora tratamos. El error (que puede causar la anulación del acto jurídico en el que ocurre) es generalmente definido como una errónea apreciación de los hechos o del derecho aplicable a una situación determinada.

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.

La ignorancia es cosa distinta; 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.

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.

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.

Desde luego, en la absolución 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.

La *ratio legis* encontrada en este caso, es que el hecho de que una persona actúe en ignorancia de una situación o un derecho, en principio no la perjudica si dicha ignorancia ha sido esencial y conocible. Al propio tiempo, esa *ratio legis* asume que la ignorancia parcial del error y la ignorancia total de los casos de ignorancia estrictamente hablando, son sustantivamente similares (y en realidad así parece ser el caso).

Como corolario, podemos concluir lo siguiente: la analogía ofrece serios peligros de deformar el sistema jurídico por lo que debe utilizarse restrictivamente y ello equivale a decir que el agente aplicador del derecho debe recurrir a ella cuando, a su juicio, la *ratio legis* permite ver una semejanza esencial sumamente clara entre el supuesto de la norma y el hecho real al que se pretende aplicar la consecuencia. El que la analogía sea casi siempre discutible abona en la importancia de esta reflexión.

Si tratamos de hacer un breve resumen de lo dicho hasta aquí, podemos concluir diciendo que la analogía es un método de integración que se fundamenta en la determinación de la *ratio legis* de la norma, como criterio definitorio de la semejanza o no existente entre los rasgos esenciales de la descripción hecha en el supuesto y los que tiene el hecho ocurrido en la realidad, al que se pretende atribuir la consecuencia jurídica de la norma. La analogía importa siempre una decisión volitiva del agente que recurre a ella y en la inmensa mayoría de los casos es bastante discutible. Por ello, su utilización debe hacerse con criterio restrictivo y solo cuando la razonabilidad del método analógico le aparece sumamente sólida al agente aplicador del derecho.

3.1.2. Impedimento o limitación para la analogía

No obstante encontrar el agente aplicador del derecho una indiscutible semejanza esencial según la *ratio legis*, en las condiciones establecidas en el párrafo anterior, debe hacer algunas otras indagaciones y tomar en cuenta ciertos principios adicionales para proceder a la analogía.

Ello es materia sumamente complicada que no podemos agotar en este trabajo y que, por lo demás, está en permanente evolución como lo está el propio derecho. No hay afirmaciones de validez universal, pero sí tenemos ciertas reglas generales que pueden ser útiles. Las exponemos a continuación:

Algunos impedimentos a la integración analógica son explícitos: tal el caso 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 [...].

También funcionan como impedimentos las normas especiales o las de excepción. En este sentido, el agente aplicador del derecho debe cuidarse de conocer todo el grupo normativo aplicable al caso de que se trate, antes de proceder a la integración por este método, pues bien puede ocurrir que una norma especial o de excepción regule un caso que, de acuerdo a la norma general, podría ser materia de analogía. De entre muchos, vale por su claridad el siguiente ejemplo.

El artículo 140 del Código Civil establece:

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

La votación en una mesa de sufragio, en cualquier proceso electoral, es un acto jurídico integral que está compuesto a su vez por varios actos jurídicos individuales que son el voto de cada ciudadano en dicha mesa. Este proceso de votación tiene diversas reglas aplicables.

Supongamos que tres electores votan en una mesa que no les corresponde y que se les admite el voto por error. En principio, todo el acto de sufragio en dicha mesa sería nulo por no haberse observado la forma prescrita. Esta sería una aplicación analógica del artículo 140 del Código Civil en tanto que él está destinado a los actos jurídicos que realizan las personas en su calidad de individuos particulares y aquí lo estaríamos aplicando vía analogía por *ratio legis* a un acto jurídico plural y público, como es la votación de una mesa electoral.

Sin embargo, esta aplicación analógica no puede hacerse porque existe una disposición especial que regula estos casos y es el inciso d) del artículo 363 de la ley 26859 del 25 de setiembre de 1997, Ley Orgánica de Elecciones, que dice:

Los Jurados Electorales Especiales pueden declarar la nulidad de la votación realizada en las Mesas de Sufragio, en los siguientes casos:

[...] d) Cuando se compruebe que la Mesa de Sufragio admitió votos de ciudadanos que no figuraban en la lista de la Mesa o rechazó votos de ciudadanos que figuraban en ella *en número suficiente para hacer variar el resultado de la elección* [cursiva nuestra].

Entonces, si por ejemplo había tres listas en disputa y se llevan un número no inferior a quince votos cada una con respecto a la otra, la falta de observancia de la forma en los términos antedichos, no afectará la validez del acto de sufragio en dicha mesa. Por tanto, no puede aplicarse analógicamente el artículo 140 del Código Civil. Esto, que parece evidente por sí mismo, tuvo que ser tomado como criterio explícito de resolución por el Jurado Provincial de Lima en las elecciones municipales de noviembre de 1983 porque, ciertos personeros, pretendían en algunos casos la aplicación analógica antedicha. La norma especial, y sobre todo el subrayado que hemos hecho en el inciso d) del artículo 363 de la ley 26859 impiden, con toda claridad, que pueda recurrirse a la analogía.

Además de estos casos, debemos tener en cuenta algunos otros principios que limitan o impiden la utilización de este método de integración. Los principales son:

1. 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).
2. No pueden crearse tributos ni concederse exoneraciones ni extenderse las disposiciones tributarias por analogía, a personas o supuestos distintos que los señalados en la ley.
3. Las obligaciones y prohibiciones, excepción hecha para las prohibiciones del argumento *ab minoris ad maius* (ver posteriormente), solo pueden establecerse por norma expresa a las personas en virtud 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). Tampoco pueden establecerse análogamente a los funcionarios y organismos con atribuciones específicas: de sus atribuciones ellos hacen uso en base a la discrecionalidad cuando es procedente y solo lo que se les manda como obligación o prohibición de manera expresa adquiere la condición de tal.
4. 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.
5. 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 es similar en relación al caso de que se trate.

Por ejemplo, se puede aplicar analógicamente las normas contractuales dentro del derecho civil o dentro del derecho administrativo, según su 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. Así, el artículo 141 del Código Civil dice: «La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita [...]», pero muy mal haría un abogado en aconsejar a un funcionario que firme una cláusula de un contrato sin tener una resolución escrita de la autoridad competente, que lo autorice a hacerlo, aun cuando dicha autoridad haya manifestado su conformidad con dicha cláusula al leerla. Esto sería una expresión de voluntad «tácita» de dicha autoridad en favor de la firma, pero insuficiente para proceder a hacerlo.

A la inversa: el Estado puede rescindir unilateralmente un contrato, por ejemplo, cuando el Congreso no aprueba una partida en el Presupuesto General de la República para iniciar las obras de las que él trata; pero una empresa privada que contrata con otra, no puede invocar en favor de la rescisión que «en su presupuesto no figura partida para iniciar las obras» en aplicación analógica de la norma anterior.

Lo que ocurre en todos estos casos, es que la *ratio legis* en base a la que debiera establecerse la semejanza, es afectada fundamentalmente por los principios que rigen uno y otro conjunto del derecho y, por lo tanto, la semejanza no existe desde el punto de vista jurídico, aunque aparentemente sí exista de acuerdo a una consideración puramente fáctica.

En definitiva, estas reglas ratifican una vez más que a la analogía hay que recurrir restrictivamente y tomando varias precauciones. Esto, en ningún modo significa pretender que la analogía debe ser raramente utilizada. Más bien, quiere llamar la atención sobre su naturaleza dentro del derecho y sobre la forma como puede atentar contra el sistema estructural del derecho. En otras palabras: la analogía es algo permitido y, en muchos casos, deseable dentro del derecho pero debe utilizarse sin violentar los contenidos normativos explícitos ni los principios de orden general que regulan a los grupos normativos, conjuntos, subconjuntos y al sistema jurídico general.

3.2. Las formas en las que aparece la analogía

Tradicionalmente, en el derecho se ha trabajado cuatro argumentos bajo la forma de apotegmas jurídicos que ayudan a la interpretación. Sin embargo, propiamente

hablando, ellos son materializaciones concretas de la analogía con diversas características: el primero es el argumento *a pari* cuyo significado es: «Donde hay la misma razón hay el mismo derecho»; el segundo es el *a fortiori*: «Si puede hacer A, con mayor razón puede hacer B»; el tercero es el argumento *ab maioris ad minus* cuyo texto es: «Quien puede lo más puede lo menos»; y, el cuarto es el argumento *ab minoris ad maius*: «Si no puede lo menos tampoco puede lo más».

3.2.1. El argumento a pari

Según el argumento *a pari*, «donde hay la misma razón hay el mismo derecho». El argumento recurre claramente a la *ratio legis* de la manera como hemos visto en páginas anteriores y constituye el arquetipo de la analogía propiamente hablando.

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 encadenamiento, 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.

En el caso que hemos visto la analogía permite que al supuesto de la norma (el Presidente) se le atribuya una consecuencia distinta pero semejante a la normada (también puede hacer «Y», es decir, modificar los planes).

Sin embargo, 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.

Así, el argumento *a pari* aporta dos variantes fundamentales a la analogía: una es la de variar la consecuencia manteniendo el supuesto y, la otra, variar el supuesto manteniendo la consecuencia. La diferencia entre ambas consiste en que la semejanza vía *ratio legis* puede ocurrir, bien en la consecuencia, bien en el supuesto. La manera de proceder en ambos casos, sin embargo, es la misma desde el punto de vista del raciocinio hecho.

3.2.2. *El argumento a fortiori*

El argumento *a fortiori* funciona en base al criterio de 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 no 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.

Es una variante de la analogía basada en una *ratio legis* que funciona «con mayor razón» en el ámbito de poder que el derecho otorga.

3.2.3. *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:

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none"> • 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.

También aquí se presenta el argumento de la semejanza vía la *ratio legis*, pero en relación de mayor a menor, no de igual a igual como en el argumento *a pari*. Es una modalidad del argumento *a fortiori*, porque se utiliza el criterio de «con mayor razón».

3.2.4. 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. Es el único caso en el que la prohibición se puede utilizar analógicamente, pero nótese que no se trata de una «extensión» de ella sino que, mediante la inversión negativa del «con mayor razón», en realidad lo que se está argumentando es que hay una gran prohibición, de la cual lo expresamente prohibido es solo una parte.

Cabe destacar en todas las formas analógicas, y especialmente en estos argumentos, la importancia del tercer término del encadenamiento del raciocinio en cada caso. Un ejemplo puede graficar su importancia: si doy poder a alguien para que alquile mi casa durante mi ausencia, ese mandatario mío no puede prestarla porque no puede realizar este contrato al no estar incluido en el mandato. En consecuencia, no funciona el argumento *ab maioris ad minus*.

Desde otra perspectiva, tampoco funciona el argumento *ab minoris ad maius* pues si bien no está autorizado a prestarla, sí lo está a alquilarla. Por ello, nuevamente, para proceder a la analogía hay que comprobar, como requisito indispensable, la no existencia de normas especiales que alteren la situación en la que la *ratio legis* opera en un sentido o en otro de manera armoniosa.

3.3. 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. Sin embargo, el argumento *a contrario* encierra una trampa que es la siguiente: todo el argumento

está fundado en el principio de no contradicción que solo admite lo siguiente: algo es «A» o es «NO-A». No hay puntos intermedios válidos. (Desde luego, el argumento a contrario invalida también la forma *a fortiori* y sus dos variantes analizadas por igual razón que en el caso del *a pari*).

Sin embargo, en el derecho el principio de no contradicción carece de la aplicación universal que tiene en otros ámbitos del conocimiento humano como por ejemplo en las matemáticas, aun cuando la perspectiva intuicionista (Heyting, Brouwer) presente en torno a ella, realiza consideraciones cercanas a las que nosotros hacemos frente al derecho. En efecto, en el derecho caben terceras posibilidades que, si bien no se dan en los ejemplos que hemos puesto, sí ocurren en muchísimas y variadas situaciones. Esto tiene que ver con lo siguiente: la norma puede establecer un mandato de esta manera: «siempre que A, entonces X» o «Solo si A, entonces X». Pero también puede establecerlo así: «Siempre y solo si A, entonces X». La diferencia es notoria.

Como vimos al tratar implicaciones (cfr. capítulo 3 sobre la norma jurídica, apartado «Otras clases de normas»), en los dos primeros casos (implicación extensiva e intensiva) cabían otras posibilidades normativas. Por tanto, el principio de no contradicción solo puede ser aplicado en las implicaciones recíprocas.

De lo dicho podemos concluir señalando que el argumento *a contrario* se fundamenta en el principio de no contradicción, pero que este principio no es siempre aplicable en el derecho y que, por tanto, solo cuando lo sea es posible impedir por «a contrario» la recurrencia a la analogía. Desgraciadamente, como ya viene dicho, las normas jurídicas no suelen tener una redacción que inequívocamente nos diga cuándo tienen una implicación recíproca. Es tarea del agente aplicador del derecho desentrañar el asunto en cada caso para, según ello, aplicar el argumento *a contrario* o tener la vía libre para aplicar el método analógico de integración.

3.4. La analogía en el derecho peruano

Queremos concluir este acápite haciendo una precisión: bien visto, nuestro sistema legislativo no autoriza en ninguna norma expresa la utilización de la analogía. El artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil y el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución se refieren solo a los principios generales del derecho, no al método analógico.

Es un error de nuestra legislación que la analogía no aparezca expresamente considerada como procedimiento de integración autorizado en ninguna de las dos normas. Sin embargo, y paradójicamente, el argumento a contrario nos permite extraerla del inciso 9 del artículo 139 de la Constitución, en 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.

Naturalmente, ello requiere ciertos matices: hemos visto que la teoría y el carácter de sistema estructural que tiene el derecho impiden una aplicación indiscriminada de la analogía, so peligro de desnaturalizar su misma esencia. Por lo tanto, consideramos que el argumento a contrario, tal como lo hemos esbozado en el párrafo anterior, sí permite la analogía en nuestro derecho, además de permitirle también la Doctrina, pero condicionada al cumplimiento de los demás requisitos teóricos que hemos desarrollado hasta aquí. Sería deseable, sin embargo, que algún día la analogía fuera debidamente recogida en norma expresa como procedimiento de integración, al lado de la recurrencia a los principios del derecho. De estos nos ocupamos a continuación.

4. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

El otro método de integración jurídica reconocido por la teoría del derecho es la recurrencia a los principios generales del derecho. En relación a ellos, en nuestra legislación existen dos normas complementarias. Una es el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución, que establece:

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 [...].

La otra es el artículo VIII del Título preliminar del Código Civil:

Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

Ambas normas se ponen en el caso de la deficiencia de la ley, lo que alude a insuficiencia de las normas existentes para regular el caso que se presenta y que requiere solución por la justicia. Esta deficiencia puede ser más o menos considerable y, por lo tanto, dar lugar bien a una interpretación extensiva, bien a una situación que requiere de la integración jurídica. Más claramente aún, se refieren a las lagunas del derecho cuando hablan de defecto de la ley, lo que aquí quiere decir que estamos ante la ausencia de norma para el caso.

Dejando de lado la eventual vinculación que esto tiene con la interpretación jurídica, ocupémonos de la relación entre los principios generales del derecho y la integración. En este punto hay también una precisión interesante, pues se habla tanto de los «principios generales del derecho», como «en especial, de los principios que informan al derecho peruano». Esto quiere decir que podemos tener dos tipos de principios generales: unos referidos a todos los derechos y, otros, particulares del nuestro.

En su globalidad, el tema de los principios generales del derecho presenta varias dificultades, en especial dentro de sistemas pertenecientes a la familia romano-germánica, en los que la primacía de la fuente legislativa parece no dar lugar a conceptos de una naturaleza distinta que las normas aprobadas expresamente por los organismos del Estado de acuerdo a la teoría de las fuentes. Por ello, consideramos útil hacer una referencia histórica a la relación existente entre los principios generales y el derecho. A partir de allí podremos obtener conclusiones iluminadoras de la compleja relación actual entre ambos.

El Tribunal Constitucional ha dicho lo siguiente sobre los principios constitucionales y su aplicación al derecho:

43. Los principios generales, en relación a las normas y a los valores, han adquirido gran importancia para la interpretación jurídica, además de su indispensable aplicación para fines de integración jurídica. En ese contexto, un sector importante de la doctrina considera que los principios generales también pueden ser considerados como normas, aun cuando en algunos casos los principios no sean expresos. Hay casos en que los principios adoptan expresamente la estructura jurídica de normas; por ejemplo, cuando el principio es incorporado a la disposición o texto normativo. En esa línea se ha sostenido que los principios son una clase de norma.

En este hilo argumental, especial mención merecen los principios constitucionales. Sobre ellos se ha dicho que son instituciones con proyección normativa de los cuales se extraen reglas jurídicas y que han de deducirse de las reglas constitucionales. Freixes y Remotti señalan que los principios constitucionales tienen las siguientes características estructurales:

- Son normas inferidas de una interpretación operativa sobre las reglas constitucionales.
- Constituyen proyecciones normativas a partir de elementos reglados.
- Contienen gérmenes de reglas indeterminadas, pero predecibles.
- Sus elementos estructurales son permanentes.

— Entre los principios no existe relación jerárquica a nivel estructural¹⁴⁴

Los mismos autores sostienen que los principios constitucionales, en cuanto instituciones jurídicas con proyección normativa, cumplen una función informadora de todo el ordenamiento jurídico. Dicha función se concreta en que:

— Tienen eficacia directa.

— Permiten extraer reglas aplicables al caso concreto.

— Su función positiva consiste en informar el ordenamiento.

— La función negativa comporta que tengan fuerza derogatoria.

— Su interpretación debe realizarse en forma complementaria e indisociable.

— Facilitan, a partir de su trasmutación en reglas, la posibilidad operativa de una pluralidad de opciones cuya elección concreta corresponde a criterios de política legislativa¹⁴⁵.

4.1. Perspectiva histórica de la relación entre los principios generales y el derecho

Hoy daría la impresión de que los principios generales son intrusos en el derecho, que solo pueden ser tolerados en defecto o deficiencia de la legislación pero que, en circunstancias de claridad y propiedad de dichas normas, carecen de importancia en la aplicación del derecho. Esto aparece así por una serie de circunstancias históricas que han llevado finalmente a esta idea. Sin embargo, si nos atenemos a la larga historia del derecho en diversas latitudes y épocas, más bien podemos afirmar que los principios generales han tenido un largo reinado en la concepción del derecho y que es recién en los últimos doscientos años en los que la legislación ha avasallado progresivamente la concepción de lo jurídico, imponiéndose sobre ellos. En otras palabras, históricamente es más correcto decir que el verdadero intruso es la primacía de la norma aprobada por el Estado, frente al tradicional habitante llamado principios generales. Veamos cómo.

¹⁴⁴ FREIXES SAN JUAN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos. «Los valores y principios en la interpretación constitucional». En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 12, Nº 35, mayo-agosto 1992, pp. 102-103.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 24 de abril de 2006 en el Exp_047_2004_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado).

Desde las culturas antiguas podemos apreciar que todos los grandes pensadores que se ocuparon de la política y del derecho consideraron que el corazón de este último era el logro de principios generales (o valores) de la categoría de la justicia, la equidad y, eventualmente, la igualdad. Las disquisiciones sobre la justicia, que han ocupado largos volúmenes de la mayoría de los escritos de los pensadores significativos, son testimonio de la importancia dada a ellos en el derecho.

El derecho romano, antecedente fundamental de nuestro sistema, no fue construido mediante la aprobación de leyes (o textos similares) por el emperador. Los grandes períodos de creación del derecho romano fueron una paciente y creativa construcción a partir de los casos concretos: casi durante tres siglos el Colegio de Pontífices elaboró soluciones que se fueron convirtiendo en normas a partir del texto de la Ley de las XII Tablas. Cuando este conjunto de normas devino obsoleto, el Pretor utilizó sus atribuciones para introducir sustantivas modificaciones en el derecho, a fin de adaptarlo a las nuevas circunstancias, y lo hizo en virtud de los principios generales. Más tarde, los grandes jurisconsultos hicieron lo propio, y el mismo emperador, mediante los rescriptos, que eran soluciones a casos concretos sometidos a su decisión, continuó con esta tarea. Ocho de los aproximadamente diez siglos en los que floreció el derecho romano fueron conducidos por los principios generales¹⁴⁶. Fue recién en los últimos dos o tres siglos en los que se empezó la tarea de sistematización y codificación. Generalmente, la historia considera a este período no como uno de aporte sino de consolidación y, por tanto, ya no creativo. El punto final fue la codificación del Emperador Justiniano en el siglo VI después de Cristo, pero, aun en dicha circunstancia, Justiniano pudo consignar en el texto de la *Instituta*:

La justicia es la constante y firme voluntad de dar siempre a cada uno lo que es suyo.

1. La jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas con la ciencia de lo justo y de lo injusto.

[...] 3. Los preceptos del derecho son: «Vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo»¹⁴⁷.

En otras palabras, Justiniano reconocía en su obra de codificación la trascendencia de la justicia y de los grandes principios para el derecho.

¹⁴⁶ Igualdad, libertad y justicia no fueron entendidas por los romanos de la misma forma que lo hacemos hoy, pero ello no quiere decir que, a su manera, no las aplicaran también en su tiempo.

¹⁴⁷ JUSTINIANO, *Instituta* (I,1,1).

Algo similar ocurre con el derecho inglés, que tiene una tradición independiente del derecho romano e inspira el desarrollo de la familia anglosajona. El llamado *common law* se desarrolló durante casi cuatro siglos, de 1066 a 1485 según la periodificación de René David¹⁴⁸, a partir de decisiones elaboradas para casos concretos por los tribunales reales llamados Tribunales de Westminster. Hacia fines del siglo XV, la normatividad acumulada en el *common-law* necesitaba ser remozada ante las nuevas circunstancias que se vivía y entonces el Canciller (alto funcionario del reino) recibió por delegación del Rey la función de resolver los recursos extraordinarios interpuestos por los súbditos. Poco a poco, este funcionario fue creando una normatividad nueva mediante sus resoluciones que, en conjunto, pasaron a formar la *equity* como algo diferenciado del *common-law* en el derecho inglés. Sobre el origen del nombre dice David: «Sus decisiones, adoptadas en un principio en consideración a ‘la equidad del caso particular’, se hacen cada vez más sistemáticas, dando aplicación a doctrinas ‘de equidad’ que constituyen aditamentos o correctivos a los principios ‘jurídicos’ aplicados por los Tribunales Reales»¹⁴⁹. Luego ambos, *common-law* y *equity* sufrirán un proceso posterior de integración mediante mecanismos muy particulares del derecho inglés y, también, recibirán el influjo de las doctrinas sobre la preeminencia de la ley. Sin embargo, casi ocho siglos de elaboración del derecho inglés se fundaron en la aplicación de principios del derecho a casos concretos, y aún hoy su influencia es muy importante.

Al estallar la revolución liberal en Europa, los grandes principios políticos que la inspiraron (libertad, igualdad, propiedad, etcétera) fueron rápidamente incorporados en los textos legislativos básicos. Uno de los fundamentales es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada a menos de dos meses de establecerse la Asamblea Nacional francesa en Versalles. La codificación napoleónica, en especial el Código Civil, operacionalizó estos grandes principios en un sistema normativo dictado por el Estado, de forma tal que muchos entendieron entonces que, por primera vez, se había producido la simbiosis entre los grandes principios y las normas escritas: los principios del derecho habían sido incorporados al derecho positivo.

Esta época coincide con otro desarrollo que tendrá gran importancia para la primacía de la legislación dentro del derecho: la revolución liberal significa un paso decisivo en la conformación del Estado moderno.

Luego de muchos siglos de monarquía y alrededor de tres de absolutismo (según los casos), de pronto el poder soberano fue otorgado al pueblo, se estableció el sistema

¹⁴⁸ DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid, Aguilar S.A. de Ediciones, 1973, p. 243.

¹⁴⁹ Ídem, p. 254.

democrático y la representación de los ciudadanos por los gobernantes. De por sí, esto significó una profunda transformación de las estructuras y concepciones de la política, lo que naturalmente socavó en algo el poder del gobierno, antes acostumbrado al totalitarismo y a la aguda separación de clases entre nobles y plebeyos. Por lo tanto, los nuevos gobernantes requerían de teorías legitimadoras de su autoridad y ello era tanto más urgente, cuanto que el antiguo orden no había sido definitivamente derrotado en muchos lugares.

Si combinamos entonces necesidad de legitimación con reconocimiento de que los grandes principios estaban incorporados en la naciente legislación, solo era materia de tiempo lograr que en los Estados contemporáneos se aceptara la primacía de la legislación y, muy en especial, entre los que pertenecen a la familia romano-germánica como es nuestro caso. Así, los principios generales, de ser sumamente importantes en la concepción del derecho, pasaron a un plano secundario frente a la importancia creciente y definitoria de la legislación. La escuela positivista, liderada por Hans Kelsen, no es sino la expresión más lograda de este fenómeno que encuentra su explicación en la historia, sobre todo en su último tramo.

Sin embargo, subordinados como están, los principios generales no han perdido su fuerza dentro del derecho y hay ejemplos contemporáneos que demuestran su importancia, aun dentro del positivismo predominante. Tal vez el caso más claro es el del juicio de Nuremberg, al final de la Segunda Guerra Mundial, en el cual las potencias vencedoras decidieron que ningún formalismo podía impedir castigar los crímenes de lesa humanidad cometidos por el nazismo en el Mundo. Premunidos de tal argumento pasaron por alto muchas normas de generalizado reconocimiento, tales como que no hay delito ni pena sin ley previa, o que al acusado debe juzgarlo un tribunal imparcial. Al contrario: los vencedores juzgaron a los vencidos, los condenaron a diversas penas (entre otras la horca) y aplicaron figuras delictivas y penas que al momento de cometerse los hechos no habían estado tipificadas como tales.

La esencia del argumento fue que los criminales de guerra habían cometido atrocidades de naturaleza tan antihumana, que no podían quedar sin castigo en ninguna circunstancia. Los principios de humanidad y de justicia, tal como fueron entendidos, superaron cualquier barrera positivista y fueron el soporte de este proceso.

Es más: en la actualidad asistimos a un renacer de dichos principios en muchos aspectos del derecho. Los derechos humanos, la paz, el desarme, la democracia, el desarrollo, etcétera, no son sino materializaciones contemporáneas de los mismos principios, que han sufrido una metamorfosis permanente a través del tiempo y las circunstancias, guardando sin embargo una esencial identidad. Por ello, consideramos válida la afirmación inicial de este capítulo: el recién llegado es el principio positivista;

los principios generales del derecho siempre tuvieron un lugar preponderante en el derecho y hechos recientes demuestran que no lo han perdido, aunque sí es cierto que han pasado a un segundo plano de efectividad frente a la ley.

4.2. Qué son los principios generales del derecho

Los principios generales del derecho son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, subconjuntos, conjuntos y del propio derecho como totalidad. 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 antes que proposiciones. Tal es el caso de la justicia, la equidad, la libertad, la igualdad, la democracia, etcétera. En todos estos casos puede haber diferentes versiones según las convicciones que cada uno tenga sobre ellos, y esas convicciones pueden ser más o menos distintas según las épocas. Sin embargo, para todos funciona la misma regla: una vez definidos con acuerdo intersubjetivo básico, rigen como grandes informadores del funcionamiento del derecho.

Los principios también pueden ser proposiciones, entendidas estas como enunciados con vocación normativa. 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.

Los principios generales del derecho pueden tener contenido axiológico. Tal es el caso de la justicia y los otros conceptos que hemos transcrito antes, y el de proposiciones como «Primer derecho es mejor derecho», que suponen la aplicación de un criterio de equidad.

También pueden tener contenido técnico. Tal el caso de la primacía de la ley especial, o de la proposición sobre la no contradicción ni equivocación del legislador.

Los principios generales cumplen diversas funciones dentro del derecho. Algunos informan la estructura del sistema jurídico. Tal es el caso del principio de constitucionalidad, del de legalidad, del de la competencia en materia normativa, etcétera; también pueden regular su forma de operación, como «Primer derecho es mejor derecho» o el de primacía de la ley especial; otros, finalmente, informan el contenido mismo de las normas, como por ejemplo el principio democrático, el de libertad personal, etcétera.

De otro lado, los principios generales informan al derecho en diversos niveles. Podemos encontrar cuatro de ellos:

1. El primero es el de validez general, universal para todo el fenómeno humano y por ende para el derecho.

En este sentido, los principios generales son preceptos ideológicos de una sociedad o de una época determinada que tienen validez en diversos campos de la vida. Tal el caso de la libertad, la igualdad, la justicia y otros similares. Nótese que no son valores cuya primacía rige en todo tiempo y lugar pues, muchas veces, ellos son recusados o al menos recortados. Por ello no les corresponde tener validez universal sino validez ideológica, es decir, aceptación intersubjetiva en tiempo y lugar determinados.

2. Hay un segundo grupo de principios propios del derecho, pero que valen para todos los derechos establecidos (o cuando menos la generalidad de ellos). Muchos de estos son de naturaleza técnica (no contradicción del legislador; ley especial prima sobre general, etcétera) y también de carácter valorativo (primer derecho mejor derecho; riesgo en el sentido de que quien participa en la ganancia participe también del daño, etcétera).
3. Un tercer grupo de principios rige a un derecho determinado y lo caracteriza frente a otros (en el sentido de que aun cuando no es el único sistema jurídico que los tiene, no son principios aceptados generalmente). Desde el punto de vista técnico tenemos algunos como el de que los funcionarios del Poder Ejecutivo distintos del Presidente pueden emitir normas de carácter general (por ejemplo los ministros y aun muchos otros organismos con atribución normativa), cosa que no ocurre en todos los sistemas de derecho. Desde el punto de vista de fondo, tenemos el principio de lo democrático-representativo, que no es un principio común a todos los sistemas.
4. Un cuarto grupo de principios informan diversos aspectos parciales de un sistema jurídico determinado. Pueden situarse en un determinado conjunto, subconjunto, grupo normativo o norma individual. Si pensamos en nuestro derecho constitucional, a nivel de toda la rama tenemos como principio rector la forma republicana de Estado y ello es particular a nuestro sistema pues existen otros que tienen formas distintas, por ejemplo, la monárquica. Dentro de la organización de los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), que es un subgrupo normativo dentro de la Constitución, tenemos el principio de estructura mixta, por contraste con el régimen parlamentarista o presidencialista. Finalmente, la norma de elección presidencial prevé la no reelección por más de dos periodos consecutivos, que es un principio al nivel de la norma individual. Cada uno de

estos principios, según el lugar del sistema jurídico en el que se halla inserto, colabora a la determinación de las soluciones jurídicas a darse para los casos tanto de interpretación como de integración jurídica.

Finalmente, para ampliar la definición de los principios generales del derecho dada al inicio de este subcapítulo, podemos decir que pueden estar o no contenidos en las normas legislativas, lo que no afecta su vigencia. Así, los principios de no hay delito sin ley, ni pena sin ley, ni pena sin proceso con garantías, que son propios del derecho penal, están recogidos en los primeros artículos del Código Penal y en el mismo texto constitucional. Lo propio ocurre con los referentes a las formas democráticas y republicanas de organización del Estado. 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 a partir del estudio de la ratio de los textos de las normas, grupos, subconjuntos, conjuntos, etcétera, pero que también pueden ser obtenidos a partir de otros medios, principalmente la doctrina. Esto hace notar la importancia que, para el adecuado manejo del derecho, tiene el estudio constante de sus diversas fuentes, no solo en sus textos, sino también en el sentido y significados transliterales que pueden obtenerse de ellas en relación a los principios generales.

4.3. Cómo operan los principios generales de la integración jurídica

Los principios generales tienen varias funciones dentro del derecho. Aun cuando estamos tratando aquí sobre la integración jurídica, conviene inicialmente distinguir su manera de operar en ella y en otras circunstancias. No pretendemos hacer una lista completa, pero las principales son:

1. Los principios generales inspiran al legislador. Al elaborarse las leyes, los autores usualmente toman en cuenta para el diseño normativo los principios que consideran más adecuados y, así, los introducen en el sentido de las normas. Es por ello que su transliteralidad permite descubrirlos en muchos casos.
2. Los principios generales se utilizan en casos de interpretación para llevar a cabo el método sistemático por comparación con otras normas, en la medida que la *ratio legis* está estrechamente emparentada a los principios. También intervienen en el método sistemático por ubicación de la norma en el sistema porque, a través de él, aclaramos el sentido normativo, recurriendo, entre otros medios, a los principios generales del grupo normativo respectivo.

3. Muchos principios del derecho están contenidos en los apogemas jurídicos de interpretación y, por consiguiente, asumen dicha función.
4. Ciertos principios generales, sobre todo los de contenido valorativo, influyen en la definición de la posición axiomática de interpretación.

Ya en el campo específico de la integración jurídica, los principios generales operan, fundamentalmente, de dos maneras: una, generando normas aplicables a las lagunas a partir de sus contenidos; la otra, la llamada analogía *iuris*. Tratemos cada una por separado.

4.3.1. Generación de normas a partir del contenido propio de los principios generales 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 de analogía. En tal caso solo pueden utilizarse dichos principios para elaborar la resolución normativa.

Hubo en la historia peruana un caso que permite graficar cómo es que ello ocurre. Se trata de la «huelga parlamentaria» de una de las cámaras legislativas durante el gobierno del doctor Bustamante y Rivero.

Debido a las fricciones entre las diversas fuerzas políticas representadas en el Congreso que se eligió e instaló en 1945, un grupo apreciable de senadores decidió no dar quórum de instalación a su cámara el día 28 de julio de 1947, fecha de iniciación de la legislatura. La Constitución entonces vigente prohibía que una de las cámaras funcionara en receso de la otra, por lo que Diputados tampoco pudo instalarse. Desde dicha fecha hasta el 27 de octubre de 1948, día del golpe de Estado que derrocó al gobierno e inició la dictadura del general Manuel A. Odría, el Congreso de la República no funcionó, al fracasar reiteradamente las negociaciones políticas llevadas a cabo para solucionar el entredicho.

De esta forma, el Estado peruano fue gobernado en situación constitucional anómala, pues el Congreso es esencial dentro de dicho marco para la aprobación de leyes, presupuestos y otras medidas y, desde luego, nuestra Carta entonces vigente no había previsto una situación de receso parlamentario.

El entonces Presidente de la República se vio precisado durante esos meses a asumir, por estado de necesidad, ciertas funciones legislativas que formalmente no le correspondían, fundando tal actitud en que la urgencia de mantener el régimen constitucional forzaba

a dicha situación anormal¹⁵⁰. Sin embargo, transcurrido un año, en agosto de 1948, ante la irreductibilidad de las posiciones de los grupos parlamentarios, decidió convocar a una Asamblea Constituyente *sui generis*, medida no autorizada expresamente en el texto constitucional pero que el ex-Presidente justifica en los siguientes términos:

Como Jefe del Estado, yo no podía contemplar de brazos cruzados este sombrío panorama. Debía defender al país de la tormenta que sobre él se cernía. Mirando las cosas con criterio pragmático i simplista, nada me hubiera sido más sencillo que asumir la función abandonada por otros, invocando la razón de fuerza mayor, i reunir llanamente en mis manos las atribuciones de los otros Poderes. Mas esto era la dictadura; i al jurar yo la Constitución, había renunciado a ella. Érame, pues, forzoso, a falta de pautas escritas, buscar algún arbitrio que, dentro de la desconcertante realidad a que los hechos nos habían conducido, tendiese a restablecer el orden regular bajo la inspiración de los principios generales del derecho i de acuerdo, en lo posible, con el espíritu de la Carta [...].

La apelación al pueblo bajo la forma de un plebiscito no está contemplada en la Constitución; i una ley expedida al comienzo de mi mandato había declarado inconstitucional este método de consulta, por más que en ello mediaron consideraciones políticas antes que doctrinarias, a fin de derogar las reformas plebiscitarias de 1939, que fueron a todas luces acertadas. Pensar en la solución de una convocatoria a elecciones generales de representantes para la formación de un nuevo Congreso, habría equivalido a disolver el actual, cuyo mandato, vigente hasta 1951, emanaba del pueblo i, por lo tanto, era para mí intangible. De análogo defecto habría adolecido una Constituyente totalmente nueva que desplazase a los representantes en receso.

Surgió entonces en mi espíritu, con la audiencia de juristas respetables i la consulta exhaustiva de textos i antecedentes históricos, la idea de convocar a una Asamblea Constituyente de tipo mixto, de la cual fuesen miembros natos los senadores i diputados elegidos en 1945, pero que, además, estuviese completada por un cierto número de representantes nacionales elegidos por voto popular mediante el sistema de lista única i con acceso o participación de las minorías. Durante el funcionamiento del organismo proyectado en el carácter de Constituyente propiamente dicha, o sea para pronunciarse sobre reformas urgentes de la Carta (entre las cuales habría de estar, por supuesto, la que diera solución a problemas de

¹⁵⁰ El problema que venimos tratando está sujeto aún a fuerte polémica política y nosotros tomamos como base para esta exposición la obra del doctor Bustamante y Rivero, hecha en apología de su gobierno. Un trabajo en la línea histórica haría indispensable la recurrencia a las fuentes que discrepan de la posición y actitudes asumidas por el doctor Bustamante en ejercicio de su alto cargo, pero al estar interesados solamente en los aspectos jurídicos que los llevaron a convocar la Asamblea Constituyente, consideramos legítimo limitarnos a las opiniones vertidas en su obra (BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis, 1949. *Tres años de lucha por la democracia en el Perú*. Buenos Aires, Artes Gráficas Bartolomé U. Chiesino).

quórum como el que acababa de presentarse), actuarían los miembros de una i otra extracción indistintamente, como un solo Cuerpo; subdividiéndose después en dos Cámaras, conforme al procedimiento señalado en el decreto respectivo, para seguir funcionando como Congreso ordinario. La fórmula así adoptada dejaba descartado el peligro de ver frustrada también la reunión de la Constituyente por inasistencia de más del 45% de sus miembros (causa reciente del receso), pues daba ingreso en la Asamblea a aproximadamente un tercio más de nuevos representantes.

Ninguna objeción seria era posible oponer a la convocatoria a la Constituyente. En el Derecho Constitucional moderno se abre paso cada vez más el concepto de la existencia inmanente en el Estado de un «Poder Constituyente» que reside en el pueblo, depositario de la soberanía; Poder que es susceptible de organizarse i de actuar cuando la vida constitucional del país sufre una quiebra irreparable. Así como en los Estados de nueva formación o cuya creación se está gestando, a nadie se le ocurre objetar la apelación del pueblo para dictar su primera Constitución, así también resulta inargüible el llamamiento a la consulta popular cuando, por causas incontestables, la Constitución ya dictada se torna inoperable i desprovista de su órgano normal de reforma¹⁵¹.

El argumento del doctor Bustamante y Rivero, desde su ángulo exclusivamente jurídico es así: la Constitución prevé un funcionamiento del Estado que incluye al Congreso; este no puede funcionar al haber entrado en receso de acuerdo a las normas constitucionales por falta de quórum producida por el ausentismo de una parte de sus miembros; es preciso terminar el receso del Congreso para que este vuelva a funcionar y no son aceptables, de acuerdo a los principios de la Constitución, ni convocar a elecciones para uno nuevo (pues el existente tiene mandato popular hasta 1951), ni asumir una dictadura del Ejecutivo, porque contraría la visión que, sobre el funcionamiento de los poderes, tiene la Constitución; no habiendo normatividad que solucione esta situación, es preciso recurrir a los principios generales y al espíritu de la propia Constitución (elementos ambos emparentados como hemos visto en el acápite anterior); un principio de consolidación indiscutible en la teoría del Derecho es el carácter dirimente y legítimo que tiene el Poder Constituyente del pueblo para solucionar los problemas graves de su organización política en el Estado; por lo tanto, es legítimo encontrar como normatividad que resuelva el problema, la convocatoria a una elección de Asamblea Constituyente que, de un lado, incorpore en su seno a los actuales congresistas con mandato vigente; de otro, que en representación del pueblo modifique la Constitución para solucionar el problema de receso presentado y, finalmente, que con la elección parcial señalada pueda luego reconvertirse a Congreso con un número de representantes elegidos por voto popular, para permitir que los

¹⁵¹ Ídem, cap. IV, pp. 169-173.

poderes del Estado sigan funcionando de manera efectiva hasta terminar su mandato en 1951.

Los ejes de esta argumentación son los siguientes: el pueblo mediante su poder constituyente tiene legitimidad para solucionar la situación; la representación democrática elegida es la mejor alternativa; recurriendo a dicho poder; no hay norma positiva que permita hacerlo, pero sí lo autorizan los principios generales del derecho (que para este efecto son lo democrático, lo representativo y el poder constituyente); por lo tanto, se procede a integrar una normatividad de solución mediante dichos principios generales.

Es claro, como ejemplo de la manera como se puede solucionar una situación de laguna del derecho, mediante la exclusiva recurrencia a los principios generales. Históricamente, los hechos no dieron tiempo a que el proceso electoral decretado en dicha oportunidad se llevara a cabo pues el golpe de Estado vino antes. Sin embargo, de ocurrir, hubiera sido una solución técnica y teóricamente impecable desde el punto de vista jurídico, recurriendo a la integración mediante uso exclusivo de los principios generales del derecho.

Contemporáneamente, el Tribunal Constitucional ha desarrollado y aplicado extensamente los siguientes principios constitucionales¹⁵²:

- Bien común
- Estado democrático
- Estado descentralizado
- Estado representativo
- Estado social
- Estado unitario
- Orden público
- Separación de poderes
- Solidaridad
- Seguridad Jurídica

¹⁵² Un desarrollo de este tema puede verse en el capítulo I de nuestro trabajo (2006): *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

4.3.2. La analogía iuris

En adición a la forma como puede recurrirse a los principios generales del derecho, de acuerdo al ejemplo anterior, también existe la analogía *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 analogía *iuris* se diferencia de la analogía pura porque esta recurre a la norma establecida para un caso similar pero distinto, en tanto que la analogía *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.

Teóricamente, estos decretos leyes tienen un origen espurio frente al derecho, al emanar de autoridades que carecen de legitimidad constitucional para producirlos. De otro lado, ninguna norma constitucional autoriza ni siquiera tácitamente su obligatoriedad. Es más, el artículo 46 de la Constitución establece tajantemente: «Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas» y es evidente que los decretos leyes debieran estar incluidos en dicha norma.

No obstante, la realidad plantea un problema muy serio y no previsto exactamente en este aspecto: el orden jurídico de la República cuenta en la actualidad con la vigencia de muchos decretos leyes expedidos por gobiernos militares anteriores (además, desde luego, de los emitidos entre abril y diciembre de 1992; estos últimos fueron legitimados por una ley constitucional del Congreso instalado en enero de 1993). Buena parte de los decretos leyes expedidos por gobiernos militares continúan en vigencia y entender que han caducado conllevaría un desorden inmanejable en nuestro derecho.

- A la vez, tenemos una serie de principios que regulan la existencia y vigencia de las leyes expedidas en cumplimiento de las disposiciones constitucionales: que no son derogadas sino por otra norma de rango similar; que mantienen su vigencia hasta ser modificadas o derogadas; etcétera. Pues bien: la teoría de la continuidad de los decretos leyes, en el sentido de que permanecen vigentes hasta que otra disposición de rango de ley los modifique o derogue, no es sino emanación del proceso analógico 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 analogía *iuris*, los principios generales aplicables a las leyes.

Es significativo que, incluso, el Estatuto del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (decreto ley 17063) haya sido derogado y no declarado nulo por el Congreso. Este decreto ley modificó para el período de gobierno militar diversas disposiciones constitucionales sobre varios aspectos, entre ellos todo lo referente a la sustitución del Congreso de la República por el Consejo de Ministros (que durante dicho período fue el detentador de la potestad legislativa por mandato del Estatuto). Sin embargo, la analogía *iuris* fue aplicada y hubo de ser derogado. Se crea así, vía este procedimiento de aplicación de principios generales, una solución pragmática a un grave problema que, desde el punto de vista estrictamente formal, tiene como solución inevitable la caducidad de los decretos leyes. (En 1993 el Congreso elegido ratificó la validez de todos los decretos leyes dictados por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional entre el 5 de abril y el 31 de diciembre de 1992. En este caso la solución fue muy particular, pues ganó las elecciones de noviembre de 1992 el grupo político que apoyaba al Presidente que produjo el golpe de Estado de abril de 1992. También en este caso, como hemos visto, se aplicó la teoría de la continuidad de los decretos leyes).

Es verdad que, en muchos casos, la aplicación del método analógico y la aplicación de la analogía *iuris* pueden confundirse. Sin embargo, en muchos también es suficientemente claro que existen diferencias entre ambos, como en el que hemos reseñado a propósito de los decretos leyes.

Con mayor razón que en la analogía, es preciso decir que la recurrencia a los principios generales del derecho, bajo cualquiera de sus formas, debe ser utilizada restrictivamente.

Síntesis

De todo lo dicho hasta aquí podemos concluir que la integración jurídica es un aspecto de la producción de normas jurídicas que entra en funcionamiento dentro del sistema cuando estamos ante una laguna del derecho.

La laguna del derecho es aquella situación no prevista en los supuestos de las normas jurídicas existentes, que se considera debe recibir una solución jurídica, o también una situación que debe recibir, vía ratio, una solución distinta a la prevista. Esto ocurre a nuestro juicio en tres casos: cuando existe una ratio similar entre la situación prevista y la que aparece como laguna del derecho; cuando no dar solución jurídica a la laguna generaría un agravio a los principios generales del derecho; y cuando estamos ante una laguna técnica.

Los métodos de integración jurídica son dos: el de la analogía y el de la recurrencia a los principios generales del derecho. Ambos están previstos en nuestro sistema jurídico positivo: el de recurrencia a los principios generales por el artículo 139 inciso 8 de la Constitución y el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, y el de la analogía por una interpretación a contrario, provistos determinados requisitos aportados por la teoría, del artículo 139 inciso 9 de la misma Constitución.

La analogía se fundamenta en la *ratio legis* y admite cuatro argumentos distintos como modalidades (*a pari*, *a fortiori*, *ab maioris ad minus*, y *ab minoris ad maius*). Al usar este método el agente debe asegurarse que no hay disposición normativa que impida o limite el recurso a él. La analogía tiene en su antípoda el argumento *a contrario*, que se fundamenta en el principio lógico de no contradicción y es admisible en las implicaciones recíprocas.

El método de recurrencia a los principios generales tiene una continua y sólida existencia en el derecho. En los últimos dos siglos ha sido desplazado parcialmente por la preeminencia del derecho positivo pero aún guarda mucha importancia. Admite dos modalidades: la recurrencia a los contenidos intrínsecos de los principios y a la analogía *iuris*.

Como conjunto, la integración jurídica es fundamental en la aplicación del derecho, pero se debe recurrir a ella de manera restringida y ponderada. En caso contrario, se puede afectar seriamente al sistema jurídico total.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis (1949). *Tres años de lucha por la democracia en el Perú*. Buenos Aires, Artes Gráficas Bartolomé U. Chiesino.
- DAVID, René (1973). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Madrid, Aguilar.
- DEL VECCHIO, Giorgio (1979). *Los principios generales del derecho*. Barcelona, Bosch.
- DIEZ PICAZO, Luis (1975). *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Barcelona, Ariel.
- DU PASQUIER, Claude (1983). *Introducción al derecho*. Lima, Justo Valenzuela V.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2005). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Capítulos IV y VIII. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FREIXES SAN JUAN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos (1992). «Los valores y principios en la interpretación constitucional». En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, Nº 35, mayo-agosto, pp. 102-103.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1967). *Introducción al estudio del derecho*. Ciudad de México, Porrúa.
- GHIRARDI, Olsen A. (1977). *El razonamiento judicial*. Lima, Academia de la Magistratura.
- KELSEN, Hans (1965). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Eudeba.
- RUBIO CORREA, Marcial (2004). «El argumento a contrario y las normas de doble negación: Laboratorio de Argumentación Jurídica». En VARIOS AUTORES, *Homenaje a Jorge Avendaño* (pp. 1001-1035). Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUBIO CORREA, Marcial (2006). *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- VILLAR PALASI, José Luis (1975). *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid, Tecnos.

CAPÍTULO 12

LA APLICACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO

OBJETIVOS

1. Identificar la naturaleza particular que presentan los problemas de aplicación del derecho en el espacio y en el tiempo.
2. Comprender los conceptos de aplicación territorial y aplicación personal del derecho y sus variantes en la realidad de nuestro sistema jurídico.
3. Adiestrarse en la normatividad que identifica a las diferentes situaciones de aplicación territorial de nuestro derecho, y los ámbitos diversos de nuestro territorio, especialmente la zona marítima, el espacio aéreo y el subsuelo.
4. Comprender los conceptos de aplicación retroactiva y aplicación ultraactiva del sistema jurídico en el tiempo, distinguiendo los casos en los que ello es posible y los casos en que no.
5. Internalizar el significado de las teorías del derecho adquirido y del hecho cumplido para efectos de la aplicación temporal del sistema jurídico.
6. Adiestrarse en los casos concretos, en la aplicación retroactiva o ultraactiva del sistema jurídico, en base a la teoría desarrollada.

Cada Estado contemporáneo establece su propio sistema jurídico y, en términos generales, sus disposiciones rigen así:

- En el ámbito espacial, dentro del territorio del Estado del que se trate.

- En el ámbito temporal, a partir de su plena entrada en vigencia. La declaración de voluntad puede, eventualmente, determinar que sus disposiciones rijan retroactivamente, siempre que ello no vaya contra normas legislativas o jurisprudenciales que estatuyan lo contrario mandatoriamente.

Pueden aparecer, sin embargo, dos tipos de situaciones en las cuales estos principios generales no tienen aplicación o, al menos, no la tienen tan clara:

1. Cuando las propias disposiciones así lo establecen (lo que ocurre esencialmente entre las de naturaleza legislativa). En estos casos, existe la voluntad expresa del autor de la norma, en el sentido de que ella se aplique de manera distinta a la esbozada como principio general; y,
2. Cuando se dan situaciones concretas en la realidad que ameritarían una excepción a dichos principios generales según el agente del derecho, pero el texto normativo ha guardado silencio sobre el problema. Se presentaría, así, una laguna del derecho.

La teoría ha ensayado varias respuestas posibles a cada una de estas circunstancias y las disposiciones legislativas han pretendido también regularlas en genérico. No obstante, el problema no parece tener una resolución con alcances universales porque, como ya viene dicho, se presenta en ocasiones determinadas que tienen matices diversos entre sí. En otros términos, sobre estos temas se puede esbozar principios generales pero siempre aparecen situaciones en las que cabe discutirlos y elaborar respuestas alternativas.

El problema asume caracteres distintos según hablemos del ámbito espacial o del temporal. Por ello, a continuación, los tratamos por separado.

1. LA APLICACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO EN EL ESPACIO¹⁵³

Hemos dicho que el principio general consiste en que las normas de un Estado son aplicables en todo el ámbito de su territorio.

El territorio peruano es la superficie, el espacio aéreo y el subsuelo encerrado dentro de sus fronteras. En tierra ello no ofrece dudas desde que nuestras fronteras han sido fijadas por sendos tratados. La norma correspondiente es el artículo 54 de la Constitución que establece: «El territorio del Estado es inalienable e inviolable. Comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre».

¹⁵³ Los textos suelen decir aplicación de «la ley». Nosotros preferimos la expresión «Sistema Jurídico» porque es más propia y guarda coherencia con el total de este libro.

Problema particular se presenta en la zona marítima, su respectivo espacio aéreo y subsuelo. Las normas son los dos párrafos finales del mismo artículo 54, que establecen:

En su dominio marítimo, el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de acuerdo con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

El Estado ejerce soberanía y jurisdicción sobre el espacio aéreo que cubre su territorio y el mar adyacente hasta el límite de las doscientas millas, sin perjuicio de las libertades de comunicación internacional, de conformidad con la ley y con los tratados ratificados por el Estado.

En torno al dominio marítimo, se reconoce actualmente dos zonas diferenciadas, aunque en términos nacionales existe aguda discusión sobre el tema:

1. El mar territorial que se extiende, como máximo, hasta las doce millas de la costa; y,
2. Una zona adyacente o contigua (recibe diversas denominaciones) que llega hasta las doscientas millas de la costa.

El mar territorial es un concepto que tiene ya siglos de antigüedad, pero la zona de 200 millas ha sido establecida hace más de seis décadas y al Perú le cupo un rol preponderante en el desarrollo de su concepción a nivel internacional desde 1947, fecha en que por decreto supremo la estableció soberanamente el gobierno del entonces presidente, doctor José Luis Bustamante y Rivero.

Sobre el mar territorial, es decir la zona ribereña comprendida entre la costa y doce millas marítimas, el Estado ribereño tiene plena soberanía y jurisdicción de acuerdo al derecho internacional. Es parte indiscutida del territorio en la que se aplican plenamente las normas de un sistema jurídico. Sin embargo, sobre la zona adyacente hasta las doscientas millas, en el Perú existe una importante discusión en el sentido de si es parte integrante del mar territorial o si solo es una zona donde el Estado ejerce derechos de utilización y protección de los recursos económicos y naturales que contiene.

No corresponde aquí debatir el tema¹⁵⁴, pero en referencia al problema de la aplicación espacial de las leyes, la conclusión de las teorías predominantes es la siguiente:

¹⁵⁴ Pueden consultarse al respecto: RUIZ ELDREDGE, Alberto (1980). *La Constitución comentada 1979*. Lima, Atlántida; FERRERO COSTA, Eduardo (1979). *El nuevo Derecho del Mar. El Perú y las 200 millas*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú; RUBIO CORREA, Marcial y Enrique BERNALES BALLESTEROS (1988). *Constitución y sociedad política* (Anexo). Lima, Mesa Redonda.

- Es indiscutible que en las doscientas millas también se aplican las normas del Estado en todo lo referente a la protección y explotación de los recursos naturales, así como la jurisdicción de sus organismos competentes respecto de la misma materia.
- Importantes juristas sostienen que dicha zona constituye mar territorial y, en consecuencia, que sobre ella también se aplica plenamente la normatividad estatal, pero la teoría predominante no acepta este criterio.

En el año 1983 se produjo un debate nacional en torno a la posibilidad de que el Perú suscribiera la Convención del Derecho del Mar elaborada por la III Conferencia Internacional dedicada a tal tema. La decisión del Gobierno fue la de inhibirse de rubricar el documento, dejando la decisión final para posterior oportunidad. De suscribirla, quedaría definitivamente aclarado que el Perú reconoce un mar territorial de doce millas y una zona económica exclusiva hasta las doscientas millas que no forma parte del mar territorial y que, en consecuencia, ni en ese mar, ni en su subsuelo ni en su espacio aéreo, se aplicarían otras leyes peruanas que las referidas a la conservación y explotación de los recursos naturales en ellos contenidos.

Fuera de este tema, tenemos aún otros problemas que dilucidar en torno a la aplicación espacial del sistema jurídico. Resumidamente ellos son:

1. En materia de derechos ciudadanos persiste una antigua teoría llamada de la personalidad¹⁵⁵, según la cual los extranjeros no pueden ejercer el derecho político de voto, con excepción de las elecciones municipales en las que los extranjeros pueden participar con ciertos requisitos y limitaciones (artículo 7 de la ley 26864 del 13 de octubre de 1997). Lo propio se aplica al derecho de ser elegidos.
2. En materia tributaria y según la legislación pertinente, las personas residentes en el Perú tributan no solo sobre las rentas que obtienen en nuestro territorio, sino también sobre las que obtienen de fuera.
3. Las sedes de legaciones diplomáticas gozan de extraterritorialidad. En consecuencia, dentro de su perímetro no se aplica el sistema jurídico del Estado ante el cual se hallan acreditadas sino el de aquel al que representan.
4. En materia penal existen varias normas dentro de los artículos 1 al 5 del Código respectivo, que transcribimos:

¹⁵⁵ Antes del medioevo no existía el principio de aplicación territorial del derecho. A cada uno se le aplicaba el de su lugar de origen.

Artículo 1. La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional.

También se aplica a los hechos punibles cometidos en:

1. Las naves o aeronaves nacionales públicas, en donde se encuentren; y,
2. Las naves o aeronaves nacionales privadas, que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

Artículo 2. La Ley Penal peruana se aplica a todo delito cometido en el extranjero, cuando:

1. El agente es funcionario o servidor público en desempeño de su cargo;
2. Atenta contra la seguridad o la tranquilidad públicas, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República.
3. Agravia al Estado y la defensa nacional, a los Poderes del Estado y el orden constitucional o el orden monetario;
4. Es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito esté previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingresa de cualquier manera al territorio de la República; y,
5. El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales.

Artículo 3. La Ley Penal peruana podrá aplicarse, cuando solicitada la extradición, no se entregue al agente a la autoridad competente de un Estado extranjero.

Artículo 4. Las disposiciones contenidas en el artículo 2, incisos 2, 3, 4 y 5, no se aplican:

1. Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación;
2. Cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos; y,
3. Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o esta se halla prescrita o remitida.

Si el agente no ha cumplido totalmente la pena impuesta, puede renovarse el proceso ante los tribunales de la República, pero se computará la parte de la pena cumplida.

Artículo 5. El lugar de comisión de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos.

5. Existe un complejo campo del derecho que regula las relaciones jurídicas compuestas por elementos que, de una u otra manera, involucran a más de un Estado. Tal es el caso de un peruano y una extranjera que se casan sin que ella adopte la nacionalidad peruana; o de dos empresas de distintos países

que firmen un contrato (eventualmente en un tercer país); o de extranjeros propietarios de bienes raíces en territorios de Estados distintos a aquel del que son oriundos, etcétera.

En cualquiera de estas situaciones, hay un conflicto de leyes en el espacio pues, según tomemos como criterio la nacionalidad de las personas involucradas, el lugar donde se hallan los bienes o el lugar donde se realizó el contrato, serían aplicables las leyes de uno u otro Estado.

Según el derecho internacional privado, el juez ante quien se presenta judicialmente el problema debe recurrir a lo que se llaman las normas de conflicto de su sistema jurídico, es decir, a las disposiciones de su propio Estado, en las que constará en principio la solución al caso dado. En nuestro país dichas normas constan actualmente en los artículos del 2046 al 2111 del Código Civil, además de unas pocas adicionales en otras leyes. El derecho internacional privado es una disciplina compleja y supone el conocimiento general de las demás normas del sistema, por lo que no podemos desarrollar en esta obra sus contenidos. Simplemente dejamos consignado el punto y, eso sí, vale la pena resaltar que si bien en estos casos puede producirse en el Perú la aplicación de una norma extranjera, ello ocurre merced al envío que a ella hace la legislación aprobada por el Estado peruano. Si tal envío hacia la legislación extranjera no constara en nuestras normas de conflicto, entonces será aplicable la legislación interna correspondiente al Estado del juez bajo cuya jurisdicción haya sido sometido el pleito, en nuestro caso la peruana.

6. Finalmente, caso especial es el del artículo 63 de la Constitución, cuyas normas transcribimos:

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas.

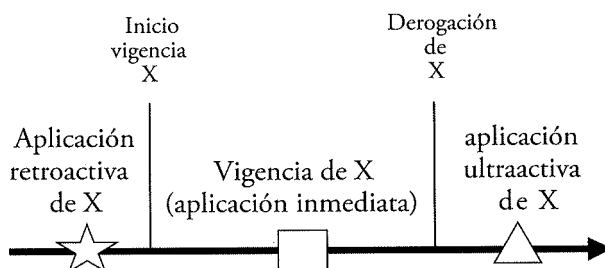
En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

2. LA APLICACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO EN EL TIEMPO

El principio general expresado al inicio, coherente con lo desarrollado en la parte de fuentes del derecho, consiste en que las normas rigen a partir del momento en que empieza su vigencia y carecen de efectos tanto retroactivos (es decir, antes de dicho momento), como ultraactivos (es decir, con posterioridad a su derogación). La conceptualización de la aplicación en el tiempo puede graficarse así:

Conceptos de aplicación en el tiempo



Puede verse que los elementos que regulan el tipo de aplicación de normas en el tiempo son el momento de inicio de vigencia y el de derogación:

- Si la norma se aplica a hechos anteriores al momento de inicio de vigencia (graficados por una estrella), estamos ante una aplicación retroactiva.
- Si la norma se aplica a hechos que ocurren entre el momento de inicio de su vigencia y el de su derogación (graficados por un cuadrado) estamos ante la aplicación inmediata.
- Si la norma se aplica a hechos que ocurren luego del momento de su derogación (graficados por un triángulo), estamos ante un caso de aplicación ultraactiva.

Las disposiciones que regulan lo dicho inmediatamente antes son, en resumen, las siguientes:

- La parte final del artículo 51 de la Constitución dice: «[...] La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado». Ello se aplica a toda norma emanada del Estado, sea legislativa, jurisprudencial cuando constituye precedente vinculatorio o, inclusive, una directiva o circular administrativa.
- La ley es obligatoria desde el día siguiente al de su publicación en el diario oficial, salvo que la propia ley contenga disposición contraria que postergue su

vigencia en todo o en parte (artículo 109 de la Constitución). Las leyes que se refieren a tributos de periodicidad anual rigen desde el primer día del siguiente año calendario a la fecha de su promulgación (Constitución, artículo 74).

- Según la ley 29158, Ley del Poder Ejecutivo, los decretos supremos rigen en principio desde el día siguiente al de su publicación (artículo 11 inciso 3) y las resoluciones desde ese mismo día (artículo 11 inciso 4).

A pesar de todas estas disposiciones, existen algunos casos en la normatividad constitucional y en la teoría, en los cuales retroactividad y ultraactividad son posibles.

Veamos primero el ángulo constitucional. La norma pertinente es la siguiente parte del primer párrafo del artículo 103 de la Constitución, según la redacción aprobada por la ley 28389, promulgada el 16 de noviembre del 2004 y publicada el 17 de noviembre del 2004: «[...] 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 [...]».

De la primera parte de este párrafo trataremos luego en este capítulo, cuando nos refiramos a las teorías del derecho adquirido y del hecho cumplido. La última parte del texto citado trata de la llamada retroactividad penal benigna, la cual se halla ampliamente reconocida en el derecho penal moderno y ha sido desarrollada en los artículos 6 y 7 del Código Penal:

Artículo 6. La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.

Si durante la ejecución de la sanción se dictare una ley más favorable al condenado, el Juez sustituirá la sanción impuesta por la que corresponda, conforme a la nueva ley.

Artículo 7. Si según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible, la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho.

Por su claridad, ninguna de estas disposiciones merece mayor comentario.

La Constitución de 1993 ha establecido, en adición al artículo 103, las normas de la primera parte del artículo 62, que establecen lo siguiente:

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 [...].

Esto quiere decir que, de acuerdo a la Constitución, los contratos fijan sus términos según las normas existentes en el momento en que ellos fueron perfeccionados y que las normas posteriores, no importando su jerarquía, no los pueden afectar.

Pareciera que la normatividad constitucional soluciona cualquier problema de aplicación en el tiempo que se presente. Sin embargo, y aun cuando el artículo 103 de la Constitución sanciona contundentemente que la ley «no tiene fuerza ni efectos retroactivos», se presentan ciertas situaciones en las cuales no es claro si la ley se está o no aplicando retroactivamente. Por ejemplo: supongamos que un estudiante inicia su formación para recibir el título profesional de abogado pero que, a la mitad de su carrera, se da una ley declarando que en vista de existir un crecido número de estos profesionales, las universidades del país no podrán otorgar dicho título en los próximos quince años, sin establecer excepción ni régimen transitorio alguno. Nuestro estudiante ha llevado ya tres años de trabajo universitario que, para efectos prácticos, no le sirven de nada. ¿Puede argüir que dicha ley es inconstitucional porque cuando empezó a estudiar amparado por la legislación de entonces adquirió el derecho de recibirse, o más bien ocurre que no habiendo llegado aún al hecho cumplido de su graduación debe buscar horizontes distintos?

Es evidente que en este caso chocan, de un lado, la fuerza mandatoria de la legislación y, de otro, una cierta situación preestablecida que, de acuerdo a los presupuestos originales (autorización inicial para estudiar Derecho), ha creado una expectativa razonable en el sujeto.

La teoría del derecho ha ensayado diversas respuestas a lo largo de la historia¹⁵⁶, ninguna de las cuales ha dado respuesta concluyente, indiscutible y exenta de excepciones. En general, se considera que en este tipo de casos entran en conflicto dos órdenes de principios:

1. De un lado, la obligatoriedad del sistema jurídico, lo que se concreta en la norma de reciente vigencia, así como la innegable atribución del Estado para alterar los mandatos del derecho cuando lo considera necesario en bien de la colectividad (según los términos en que el Gobierno que detenta el poder del Estado considere que debe tomarse dicho bienestar o bien común); y,

¹⁵⁶ Una exposición extensa puede encontrarse en ARECO, Juan Segundo (1948), *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*. Buenos Aires, Editorial Guillermo Draft Ltda., caps. II y III. También contamos con una exposición abreviada y clara en ALZAMORA VALDEZ, Mario (1980), *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima, Tipografía Sesator, parte VII, capítulo IV.

2. De otro lado, la seguridad jurídica del sujeto que, antes de la norma de reciente vigencia, ha venido confiando en una situación planteada favorablemente a él en la norma anterior ahora trastocada.

La teoría del derecho adquirido¹⁵⁷ opta por defender la seguridad jurídica; la teoría del hecho cumplido¹⁵⁸, en cambio, opta por defender la obligatoriedad de la norma reciente y la atribución que el Estado tiene de alterar los mandatos. Otras posiciones utilizan nomenclatura distinta (situación abstracta y situación concreta; situaciones jurídicas subjetivas; facultades ejercitadas, etcétera), pero se refieren en sustancia a los mismos problemas y tienen similar forma de conceptualizarlos. Lo evidente es que la doctrina no llega a producir sino opiniones divididas en torno al punto, sin que se establezca una clara predominancia de una tendencia sobre la otra.

De otro lado, es preciso decirlo, cada situación tiene particularidades y, en ese sentido, parece y ha parecido más conveniente analizar y resolver caso por caso cuando se presentan estos problemas. Toda generalización parece imposible, al menos, en el actual estado de la cuestión.

Lo que podríamos resumir para concluir el punto es lo siguiente:

1. El principio de la prohibición de aplicar retroactivamente las disposiciones del orden jurídico ha sido establecido en el artículo 103 de la Constitución y debe entenderse por tal el modificar hechos ya ocurridos con anterioridad a la vigencia de la nueva norma. En esto se hallan de acuerdo tanto la teoría del derecho adquirido como la del hecho cumplido.

A la vez, nuestra Constitución establece la aplicación retroactiva de la norma penal cuando favorece al reo (artículo 103). También establece la teoría de los derechos adquiridos en materia contractual (artículo 62).

2. Tanto la teoría del derecho adquirido como la del hecho cumplido siguen de acuerdo en manifestar que cuando no hubiera sino simples expectativas en el sujeto al momento de darse la nueva ley, procederá su aplicación para todos los hechos que ocurran a partir de su vigencia.

¹⁵⁷ Entiende Merlín por derechos adquiridos «aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquel de quien los tenemos». La expectativa, es en cambio, una esperanza, fundada en un hecho pasado o un estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando se produzca su apertura, como sería la esperanza de suceder, fundada en un testamento cuyo autor no ha fallecido. (ARECO, Juan Segundo. Ob. cit. capítulo II, p. 56).

¹⁵⁸ «La teoría del hecho cumplido [...] afirma que los hechos cumplidos durante la vigencia de la antigua ley se rigen por ésta; los cumplidos después de su promulgación, por las nuevas» (ALZAMORA VALDEZ, Mario. Ob. cit., parte VII, capítulo IV, p. 283).

No hay solución definitiva para el caso en el que hubiera un derecho adquirido que, sin embargo, no es aún hecho cumplido. En ese caso todo dependerá de la teoría que elija el agente de derecho, en especial el juzgador.

3. Personalmente, opinamos que la teoría del hecho cumplido, a pesar de sus relativas indeterminaciones, es más clara que la del derecho adquirido, por cuanto combina de manera más acertada la necesidad de vigencia efectiva de las normas jurídicas, con una medición más exacta de los hechos reales desde el punto de vista temporal, al establecer como punto de referencia el momento en que la norma nueva entra en vigencia. Esta es, de otra parte, la solución adoptada por la Constitución en el artículo 103 ya citado, según la modificación aprobada por la ley 28389, en la parte que dice: «La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes»¹⁵⁹. La ley nueva, una vez vigente, rige las relaciones y situaciones jurídicas existentes: no se sigue aplicando la ley anterior. Constitucionalmente, entonces, la regla general será la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos. La excepción será la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia de contratos (artículo 62 de la Constitución ya citado antes).

Nos queda un último punto, que es el de la ultraactividad. Ella ocurre cuando una norma derogada continúa, sin embargo, surtiendo efectos jurídicos de manera excepcional más allá del momento en que tal derogación ocurre.

El caso clásico en el derecho es el de la rama penal, cuando la disposición derogada es más favorable al reo y está inequívocamente establecido en el artículo 139 inciso 11 de la Constitución, que dice:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...] 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales [...].

Lo propio dice el artículo 6 del Código Penal.

Resulta evidente que si el delito se cometió durante la vigencia de la disposición derogada y ella es beneficiosa para el reo, entonces no rige la nueva norma, no importando que aún esté por sentenciarse el juicio respectivo o que ya se esté cumpliendo la condena cuando aparece la nueva forma más drástica. Si aún no se ha sentenciado, se considerará la pena más leve al hacerlo y si ya se está sufriendo la condena, se seguirá aplicando la establecida en la sentencia y no la nueva más grave.

¹⁵⁹ Lo propio manda el artículo III del Título Preliminar del Código Civil.

Naturalmente, la ley nueva puede permitir expresamente que la que se está derogando mantenga su vigencia por un tiempo más a pesar de tal derogación. En esto no hay nada de particular pues la nueva ley está plenamente habilitada para estatuir tal cosa. Por lo demás, que ello ocurra no suele ser extraño ni en el derecho en general, ni tampoco en nuestro sistema jurídico nacional.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

ALZAMORA VALDEZ, Mario (1980). *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima, Tipografía Sesator.

ARECO, Juan Segundo (1948). *La irretroactividad de la ley y los contratos sucesivos*. Buenos Aires, Guillermo Draft.

ARIAS SCHREIBER, Alfonso (1995). «Retos del derecho del mar». En VARIOS AUTORES, *Hacia una agenda nacional de política exterior*. Lima, Centro Peruano de Estudios Internacionales-CEPEI.

DU PASQUIER, Claude (1983). *Introducción al derecho*. Lima, Justo Valenzuela V. E.I.R.L.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2005). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

FERRERO COSTA, Eduardo (1979). *El nuevo Derecho del Mar. El Perú y las 200 millas*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1967). *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa.

RUBIO CORREA, Marcial (2007). *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

RUIZ ELDREDGE, Alberto (1980). *La Constitución comentada 1979*. Lima, Atlántida.

RUBIO CORREA, Marcial y Enrique BERNALES BALLESTEROS (1988). *Constitución y sociedad política* (Anexo). Lima, Mesa Redonda.

QUINTA PARTE
LA NATURALEZA DEL DERECHO

Hemos dicho en las cuatro partes anteriores que el derecho es un sistema estructural conformado por normas, principios, grupos, conjuntos, etcétera, que tiene formas de aplicación predeterminadas aun cuando la operación total es flexible y creativa.

Sin embargo, en la filosofía jurídica se discute arduamente sobre la esencia misma del derecho. La evolución histórica de la relación entre derecho y Estado tiene mucho que ver con ello en la medida en que el creciente proceso de concentración de la producción de normas jurídicas en los órganos estatales ha modificado no solo la manera de operar y las prioridades entre las fuentes, sino también los presupuestos del sistema en su conjunto.

Durante casi toda la historia del derecho se sostuvo que este consiste en buscar y aplicar la solución valorativamente más adecuada a cada problema interindividual o entre individuos y sociedad. La justicia y la equidad, al lado de otros valores, ocuparon lugar preponderante en las funciones cotidianas y las reflexiones de quienes se vinculaban al derecho. Naturalmente, la historia demuestra que la manera de entenderlos, y la distancia bastante amplia que separaba expresión de deseos y hechos concretos, son testimonio de la imperfección en la realización de lo justo. Pero la preocupación indudablemente existía y en numerosos casos era sincera.

En tiempos recientes, y más específicamente en los últimos dos siglos, diversas posiciones alternativas se hicieron a luz y, de entre ellas, durante el siglo XX, alcanzó preponderancia una corriente de pensamiento denominada el positivismo jurídico. Luchando contra la importancia previa que los grandes valores habían encontrado en la filosofía jurídica, el positivismo pugnó por hacer del derecho una ciencia lo más objetiva posible. En ese propósito formalizó todo lo jurídico, ganando en sistematicidad pero perdiendo en contenido.

En adelante, se empezó a discutir no si tal respuesta jurídica era o no más justa, sino más bien si la justicia debía ser un criterio interviniente en el quehacer jurídico como ciencia.

Otras escuelas terciaron revalorizando, a su vez, la importancia de las conductas y de las peculiaridades de las sociedades en las cuales se aplicaba cada sistema jurídico nacional. Esto fue posible, entre otras razones, gracias al desarrollo del concepto de nación y la progresiva construcción de los derechos nacionales.

Debates enconados poco ajenos a convicciones de coyuntura, y la creciente tendencia a convertir todo conocimiento en ciencia (si es posible, matemáticamente cuantificable), han llevado a polarizar posiciones en torno a la naturaleza del derecho, que al mismo tiempo que han enriquecido muchos aspectos de lo jurídico han oscurecido su último significado.

El capítulo que compone esta parte busca desentrañar lo esencial de todo este discurrir de los aspectos centrales de la filosofía y teoría jurídicas, pero no desde una perspectiva histórica, sino más bien conceptual. Lo que en realidad pretendemos es que al final de este estudio el lector pueda lograr tres cosas:

- Comprender la problemática esencial sobre la última definición del derecho, ubicando las principales concepciones y lo que en definitiva defienden.
- Estar capacitado para profundizar en obras de mayor especialización sobre esta problemática, con una base elemental de comprensión de sus principales vertientes; y,
- Reconocer la importancia práctica que esta discusión abstracta tiene en el quehacer jurídico cotidiano y la forma como se halla insertada dentro de los distintos elementos del sistema que hemos estudiado en todo lo dicho hasta aquí.

En realidad, desde un punto de vista teórico, esta debiera ser la primera parte de la obra. Sin embargo, dadas sus finalidades esencialmente didácticas, preferimos colocarla como conclusión, una vez que hemos discurrido por los diferentes ámbitos del sistema jurídico. Luego de leer este último capítulo, aparecerá evidente a nuestro lector que a lo largo de la obra hemos ido trabajando, según cada tópico, aportes del jusnaturalismo, positivismo, historicismo y sociologismo. Como se verá, somos del criterio que todos ellos se combinan particularmente en la concepción del sistema jurídico que hemos trabajado en los capítulos anteriores.

CAPÍTULO 13

TEORÍAS SOBRE EL SER DEL DERECHO

OBJETIVOS

1. Comprender que la naturaleza del derecho está en cuestión dentro de la teoría jurídica y poder identificar los grandes lineamientos de las doctrinas más importantes.
2. Estar en capacidad de exponer los postulados principales del jusnaturalismo y la forma como, antigua y modernamente, conceptúa el rol que cabe a los valores en el derecho.
3. Estar en capacidad de exponer los postulados principales del positivismo y sus aportes y límites a la conceptualización y estructuración del sistema normativo.
4. Estar en capacidad de exponer los postulados principales del sociologismo jurídico, su interconexión con la escuela historicista y la importancia que tienen las conductas y caracteres de la sociedad frente al derecho que las norma.
5. Reflexionar sobre la vinculación entre el derecho y lo científico.
6. Desarrollar la capacidad de identificar los elementos jusnaturalistas, positivistas y sociologistas incorporados tácitamente en los capítulos previos de esta obra y notar la forma como interactúan dentro del modelo de sistema jurídico propuesto.

A lo largo de la historia, la filosofía jurídica ha desarrollado diversas teorías sobre la naturaleza o el ser del derecho y muchas veces se han superpuesto unas a otras. Como suele suceder, cada teoría se explica, en parte, por las condiciones sociales e históricas en que apareció y fue desarrollada.

Nuestra opinión es que, en la base de la actitud que cada abogado o cada jurista tiene frente al derecho, se halla supuesta una posición sobre su naturaleza, solo que muchas veces no es explícita sino, más bien, asumida subconscientemente, gracias al martilleo de los estudios y la experiencia. El peligro de una posición asumida en esos términos es múltiple, primero, porque es débil en sí misma como todo lo empírico en el campo de las ideas abstractas y, segundo, porque nunca se la somete a una revisión concienzuda, razón por la cual tiende a repetir errores y virtudes, antes que a renovarse y mejorarse mediante el uso de la recta razón.

Por ello consideramos necesario hacer una exposición de las principales teorías sobre la naturaleza del derecho, insertadas en sus contextos históricos y sociales, a fin de que el lector pueda explicarse por qué son y cómo aparecen, al tiempo que se discierne sobre su importancia práctica en el manejo cotidiano del derecho. Es un objetivo ambicioso que esperamos cumplir en las páginas que siguen.

1. EL JUSNATURALISMO

El jusnaturalismo es una escuela de pensamiento para la que por sobre el derecho positivo, es decir, el derecho creado por los seres humanos mediante las normas jurídicas que producen a través de las diversas fuentes del derecho reconocidas, existe un derecho superior (el derecho natural), compuesto por un conjunto de valores que actúan como inspiración de sus contenidos y como guía de la actuación y decisiones de los agentes del derecho.

El efecto que el jusnaturalismo asigna al derecho natural en referencia al derecho positivo, por lo tanto, es doble:

- De un lado, el derecho positivo debe inspirar sus contenidos en los valores que contiene el derecho natural. Si este requisito no se cumple, entonces estaremos no propiamente ante normas jurídicas, sino frente a imposiciones más o menos arbitrarias según el caso, de una autoridad que ejerce el poder de manera ilegítima.
- De otro lado, el agente aplicador de derecho deberá tomar en cuenta, en sus actos, los dictados de los valores contenidos en el derecho natural para ajustar a ellos su conducta cotidiana. En caso de no hacerlo, estará utilizando antojadizamente al derecho, pero no estará cumpliendo cabalmente una función jurídica.

Es fácil suponer que esta fuera la opinión predominante en épocas tempranas del derecho, en las cuales aún se entremezclaba con la moral y la religión dentro de sociedades sacralizadas, desde que en ellas las convicciones éticas y valorativas en general no son puestas a prueba racionalmente, sino creídas con fuerza de fe. Ello permite encontrar homogeneidad donde intereses, concepciones y actitudes personales tienden a divergir desde actitudes racionalistas.

En Roma, además de las consideraciones religiosas (que influyeron al derecho fácilmente hasta el siglo III antes de Cristo), y de las corrientes filosóficas predominantes, hubo otra razón que impulsó al jusnaturalismo: el sistema jurídico romano fue construido a lo largo de diez siglos (desde el V antes de Cristo hasta la codificación justiniana hacia el 530 de nuestra era), mediante el aporte decisivo de los magistrados y los jurisconsultos a la solución de casos concretos. En esta tarea de elaborar soluciones casi jurisprudenciales (utilizando metafóricamente el término), la guía principal no podían ser leyes ni disposiciones similares, sino precisamente el criterio de justicia y coherencia entre las diferentes respuestas aportadas.

Probablemente fue eso lo que llevó a Justiniano a decir que la jurisprudencia (el derecho) es el arte de lo justo y lo injusto, cita que hiciéramos en el capítulo precedente de este libro.

Tampoco puede extrañar que durante la Edad Media las dos vertientes fundamentales del derecho tuvieran como paradigmas criterios de orden jusnaturalista: las costumbres eran buenas porque reflejaban lo asumido en la vida social misma, y el derecho canónico se fue desarrollando en base a los principios confesionales asumidos por la sociedad de entonces. Para criterios de nuestra época, es indiscutible que el orden jurídico medieval (y su organización política general), encerraba fuertes injusticias, pero es a la vez probable que quienes lo crearon tuvieran cierta convicción de que era tan bueno como buena nos parece a nosotros nuestra convicción de libertad e igualdad, que con seguridad parecerá abiertamente insuficiente en uno o dos siglos o, tal vez, en pocos decenios.

El pensamiento de Santo Tomás llegado hasta nosotros es, en parte, reflejo de lo que venimos diciendo.

Discierne él entre cuatro tipos de leyes:

1. La Ley Divina, que está en la mente de Dios y no nos es accesible por completo.
2. La Ley Revelada, que es la parte de la Ley Divina comunicada al ser humano a través de la Palabra Sagrada (es decir, el texto bíblico).

3. La Ley Natural, que es la parte de la Ley Divina que se manifiesta al hombre a través de su propia observación de la naturaleza, como por ejemplo el derecho a la vida, a la alimentación, a la protección natural de la familia, etcétera.
4. La Ley Positiva o Ley Humana, que es lo que hemos llamado derecho positivo.

Santo Tomás anuncia que la Ley Humana que no se conforma a las anteriores no parece que sea ley; y añade, entre otras consideraciones, que en ciertas circunstancias el pueblo tiene derecho a rebelarse contra el tirano por sus arbitrariedades.

El sistema de pensamiento de Santo Tomás es filosófico, pero tiene una evidente y reconocida fundamentación teológica. Su coherencia e importancia son relevantes y útiles aun hoy día, pero suponen en lo esencial un presupuesto de fe que permite el uso de axiomas no discutibles por dicha razón.

A partir del siglo XVI, estas concepciones sufren un importante remezón, pues empieza la era racionalista y empirista de la historia como rasgo predominante del pensamiento. Con ello, el jusnaturalismo, al tiempo que sufre un vertiginoso desarrollo (es el origen de su versión clásica contemporánea), también empieza a ser discutido y a polarizarse en distintas posiciones de calibre equivalente o, cuanto menos, similar.

La teoría del contrato social, que viéramos en la primera parte de este libro, es uno de los pilares del jusnaturalismo de esta época y en menos de dos siglos pasó de fundamentar el absolutismo (Hobbes, por ejemplo), a sostener las posiciones democráticas radicales de Rousseau. El siglo XVIII es uno de terrible pugna entre quienes jusnaturalistamente defendían el antiguo régimen (y con él a su sistema jurídico), y quienes jusnaturalistamente proponían un nuevo sistema que triunfaría definitivamente con la revolución liberal.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea Nacional de Francia, en agosto de 1789, es una expresión legislativa de ello al decir:

Artículo 2. El objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Atribuir derechos propios al hombre como lo hace este texto es, precisamente, una de las características del jusnaturalismo de más rancia concepción: la norma jurídica positiva no estatuye derechos, los reconoce como existentes antes que ella y, en consecuencia, solo le compete declararlos.

Esta época de revoluciones burguesas es portadora de concepciones y matices muy complejos. Uno de ellos consiste en que, tal como hemos visto en la Declaración

francesa, los principios jusnaturalistas de la clase social en rebelión y triunfo son trasladados a los textos legislativos. Se va produciendo, así, una simbiosis entre derecho natural y derecho positivo que ya vimos al hablar de los principios generales del derecho (ver punto 4.1. del capítulo 11) y que lleva un poco insensiblemente a través de un siglo hacia el positivismo, entre otras razones, por la necesidad de fortalecer la capacidad normativa y mandatoria de las disposiciones jurídicas emanadas del Estado.

Entonces, lo que hasta ese momento había sido creación jurídica de poderes e instituciones diversas (religioso, consuetudinario-social, grandes pensadores etcétera), pasaba a ser monopolizado por el Estado gracias a su desarrollo y consolidación dentro de la concepción democrático-representativa que comenzó a imperar.

Una observación atenta de la evolución dialéctica que a partir del siglo XIX empieza a operar entre Estado y derecho, permite concluir, como hipótesis de peso, que en realidad el jusnaturalismo pasó de ser el elemento dinámico de creación de contenidos normativos e inspiración de conductas en los agentes del derecho, a ser la justificación racionalista de que lo que quiere el Estado (o más exactamente el gobierno que lo ocupa), es en buena cuenta lo que quiere el pueblo. La teoría democrático-representativa que predomina en nuestro medio es justamente el eje que cumple este rol y, desde ese punto de vista, aparece como una verdad válida por sí misma y como un valor a alcanzar que cumple en cierta manera en sociedades desacralizadas como las nuestras, la función de lo justo y lo bueno que declarara hace quince siglos Justiniano. En otras palabras, lo democrático y sus elementos conexos, como la libertad y la igualdad, cumplen efectivamente funciones jusnaturalistas entre nosotros, solo que no como fines en sí mismos (que puedan eventualmente impugnar los contenidos normativos de las disposiciones legales emanadas del Estado), sino como justificación de que lo mandado por el Estado es bueno o, en todo caso, lo mejor y más representativo del sentimiento popular.

Como veremos en el siguiente párrafo, la escuela positivista del derecho opacó durante varios años al jusnaturalismo. Sin embargo, los últimos siete u ocho decenios parecen ver renacer posiciones jusnaturalistas, aunque transfiguradas.

Uno de sus puntos críticos actuales es la concepción y desarrollo de los derechos humanos en el mundo. Es verdad que su contenido contemporáneo es incomparablemente mayor y más rico que el de la Declaración de Francia en 1789, pero en lo sustancial se sigue el mismo patrón: son derechos que no pueden ser dejados de reconocer, patrimonio de la humanidad en cuanto tal, y que el derecho se limita a declarar.

Son significativos los dos párrafos iniciales del Preámbulo de nuestra Constitución Política que dicen:

Nosotros, Representantes a la Asamblea Constituyente, invocando la protección de Dios, y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo del Perú nos ha conferido; CREYENTES en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado: [...].

Naturalmente, encontramos una amplia brecha entre esta declaración y lo que sucede en la realidad. Si sumamos lo que no se hace y lo que no es posible hacer de inmediato, muchos de estos derechos quedan entre gruesos paréntesis. Sin embargo, esta situación no es estructuralmente distinta a la igualdad francesa frente al voto censitario, ni a la concepción cristiana de todos los hombres hechos a imagen y semejanza de Dios frente a las notorias desigualdades que existían en la Edad Media, ni a la situación de la esclavitud en Justiniano, que este considera proveniente del derecho de gentes pero contraria al derecho natural.

No pasa por nuestro ánimo justificar estas situaciones. Todo lo contrario. Pero lo que queremos demostrar es, precisamente, que la teoría de los derechos humanos cumple hoy el rol que antes ejercitaba bajo otros ropajes el jusnaturalismo. En otras palabras, que los derechos humanos tal como los conocemos son precisamente el jusnaturalismo contemporáneo en una de sus facetas.

La identificación entre concepción superior al derecho positivo (o jusnaturalismo) y derecho positivo subordinado, llega en la actualidad a grado tan significativo que el artículo 3 de nuestra Constitución dice lo siguiente:

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.

Es decir, la propia Constitución reconoce expresamente que pueden existir otros derechos de la persona no establecidos en su texto, que deberán recibir tanta protección jurídica como los declarados.

Lo propio podríamos expresar en referencia a principios contemporáneos como la paz, el principio de descolonización de las Naciones Unidas o el imperativo del desarrollo de cada uno de los pueblos del mundo.

Tras cada uno de estos puntos subyacen la justicia y equidad de las que siempre habló el jusnaturalismo, con la misma imposibilidad de ser precisamente definidas, pero con no menos poder y convicción.

En síntesis, creemos que el jusnaturalismo ha sido y es una poderosa corriente de definición de la naturaleza del derecho, que como todo lo filosófico carece de última y definitiva fundamentación, pero que ha sabido adaptarse y renacer en sucesivas metamorfosis a lo largo de distintos períodos y situaciones históricas, manifestándose también en la actualidad.

Pudiera parecer, sin embargo, que no tiene una forma concreta de insertarse en el sistema jurídico contemporáneo. Después de todo, las normas jurídicas están establecidas predominantemente en la legislación y, si bien hay cierta flexibilidad en la teoría de las fuentes y en todo lo referente a la aplicación del derecho, al fin y al cabo la legislación es la que impera.

Discrepamos de esta posición. En el plano de la teoría de las fuentes del derecho, hemos podido apreciar que la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre, además de la declaración de voluntad, juegan roles complementarios pero sumamente importantes, al punto de flexibilizar notablemente los textos legislativos abstractos.

Al tratar el tema de la interpretación jurídica hemos demostrado que la posición axiomática de interpretación supone ponderación no cuantificada de criterios axiológicos y hemos visto cómo, más que una ciencia, consiste en un arte de combinar métodos y apogemas para buscar un querer decir de la norma que no necesaria (ni usualmente) tiene que ser el literal.

Al tratar la integración jurídica hemos mostrado que en muchos casos existe indeterminación de respuesta por el derecho y hemos visto, a su vez, que la analogía y los principios generales del derecho (muchos de los cuales tienen contenido axiológico y por lo tanto jusnaturalista) ejercen poderosa influencia en las soluciones jurídicas, perteneciendo a la vez al campo de la tópica, de lo razonable y no de lo ineludible.

Por definición constitucional, la aplicación de la ley en el tiempo implica consideraciones valorativas del tipo de «lo más favorable» y discurre por el complicado ámbito de los derechos adquiridos, los hechos cumplidos, etcétera, todo lo cual redundaría en la posibilidad de asumir criterios axiológicos que vayan moldeando el derecho. Con menor margen, también existen posibilidades en el dominio de la aplicación espacial del derecho.

Es cierto, por ello, que *la ley es la ley*, pero también que el sistema jurídico en modo alguno es equivalente a ella, ni que debe obedecer repetitivamente sus mandatos y eventuales errores o arbitrariedades.

Muchos han pensado (y siguen pensando) que el derecho debiera ser un día incorporado en una computadora, con un programa considerable, de manera tal que la máquina absolviera las consultas rápidamente y con garantía de no contradecirse a sí misma,

generando por ello mayor seguridad jurídica. Sin embargo la abrumadora mayoría (aun de quienes se declaran positivistas) cree que ello sería una excelente ayuda para el agente de derecho, pero que en ningún modo lo puede sustituir. La discusión está sobre el tapete, pero lo predominante sigue siendo en mucho lo segundo, para bien del derecho y de la sociedad, aun con todas las limitaciones y problemas que el quehacer jurídico imprime en la sociedad. En el fondo, la imposibilidad de sustituir al hombre por la máquina se refiere a que el criterio humano sigue siendo definitorio en el derecho y, en ello, está necesariamente subsumida la ponderación que da lo valorativo. Bajo distintas formas y consideraciones, allí habita también en cierta medida el jusnaturalismo.

En definitiva, creemos que los valores tienen un sitio en el derecho, que por razones históricas ese lugar no es el mismo que el jusnaturalismo cubrió hace dos, ocho o quince siglos pero que, en sí mismo, su espacio no ha desaparecido.

No creemos que hoy deba considerarse al jusnaturalismo como un derecho por encima, y vigilante, del derecho positivo pero sí que inspira de manera particular y sutil tanto el contenido de las normas como la conducta del agente que aplica el derecho a través de sus variadas técnicas. En otras palabras, que el criterio axiológico debe tener una alta ponderación en el manejo de aspectos tan importantes como la relación entre las fuentes, la interpretación, la integración y la aplicación espacial y temporal de la legislación, con la flexibilidad y límites que hemos estudiado en cada caso a lo largo de esta obra.

De entre la inmensa cantidad de temas que habría que tratar a propósito del jusnaturalismo y que dejamos en el tintero en esta visión general, queda uno que es importante: se dice con frecuencia contra él que sus elementos esenciales, como la justicia o la equidad, han recibido tantas definiciones en lo genérico y en la resolución de casos concretos, que es imposible ponerse de acuerdo en qué consisten y que, por lo tanto, no se puede trabajar rigurosamente con conceptos tan indeterminados.

Evidentemente, ello ocurre pero no en los términos absolutos en que usualmente se plantea. Visiones desapasionadas de las normas y situaciones, permiten en muchos casos llegar a la seguridad de que son justas o injustas, equitativas o inequitativas. Como en infinidad de otros aspectos de la vida, tienen una zona gris apreciable, pero las cosas deben ser tomadas en sus debidas proporciones y la justicia, la equidad y otros valores semejantes deben ocupar las suyas.

Gustamos poner como comparación el problema de los colores, que están incorporados en nuestra vida de manera profunda y sin embargo son prácticamente imposibles de describir sin verlos. Es cierto que un físico podría definir cada color de acuerdo a su longitud de onda, pero ese es un dato francamente irrelevante para cualquiera de los

miles de millones a los que ello nos aportaría simplemente un número y, probablemente, lo será también para él fuera de su laboratorio. En definitiva, la diferencia entre un azul, un rojo o un amarillo es tan indefinible e indescriptible como en abstracto lo es la de lo justo y lo injusto.

Pero así como contamos con los colores en la vida, también contamos con la justicia y otros valores. Cotidianamente hacemos evaluaciones en base a ellos y, muchas veces, coincidimos con los demás en la opción final. ¿Por qué negarle lo axiológico al derecho donde es posible aplicarlo? La verdad es que no hallamos justificación. Evidentemente, cuando sea insuficiente (muchas veces así ocurre), recurriremos a otros criterios complementarios nunca ajenos ni desdenables, pero negar al derecho los aportes de un jusnaturalismo meditado es, en el plano jurídico, parecido a negar los colores a la vida.

2. EL POSITIVISMO

El positivismo jurídico inicia su ruta hacia la preponderancia en el siglo XIX y la adquiere en los primeros decenios del siglo XX, con Hans Kelsen a la cabeza. Como en el caso del jusnaturalismo, no es posible en esta obra dar una idea detallada de su evolución y principales exponentes, por lo que vamos a concretarnos a este autor, por lo demás, de nota tan significativa que su elección nos exime de mayor fundamentación.

Kelsen plantea que para estructurar una ciencia autónoma del derecho hay que separar todo lo que pertenece a otras ciencias, sean valores, conductas, etcétera, que resultan más propios de la moral, la religión, la sociología o la política. Así, lo propio del derecho, la *teoría pura del derecho*, consistirá en su esencia normativa: la norma jurídica válida y el sistema eficaz que regulan efectivamente las conductas de los sujetos y la sociedad en su conjunto.

Empieza por constatar que el derecho como sistema, para regir, no tiene que ostentar un cumplimiento rígido ni universal. Basta con que la generalidad de sujetos lo acate para que efectivamente sea eficaz y, por tanto, orden jurídico propiamente dicho.

Imagina al derecho como una pirámide en cuyo vértice existe una norma que lo sostiene como conjunto. Esta norma no es un texto legislativo ni nada semejante; es, más bien, una hipótesis sobre su eficacia: si el orden jurídico en su conjunto es acatado por la generalidad de los sujetos de la sociedad correspondiente, entonces es su orden jurídico y en caso contrario no lo es: es fundamental porque, así definida, lo sustenta.

Salvo que la sociedad de que se trate caiga en la anarquía total o en la disputa fratricida permanente, se supone que siempre habrá un orden al que los sujetos obedecen. ¿Por qué lo obedecen? Eso, sostiene, es un problema distinto que pertenece a evaluaciones no jurídicas. El hecho es que hay uno que rige y ese es el orden jurídico de esa sociedad.

Es de notar la íntima vinculación que existe entre esta conceptualización y el hecho del ejercicio del poder.

El orden jurídico acatado tiene un conjunto de normas esenciales: las que establecen las reglas de juego en dicha sociedad. La inmensa mayoría de los Estados contemporáneos tienen estas disposiciones en la Constitución Política (y aun cuando se trate de un gobierno de facto, ellas existen en la Constitución y normalmente en su propio Estatuto, como fue el caso del decreto ley 25418, Estatuto del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional del 6 de abril de 1992). Este constituye el primer nivel de las normas positivas dentro del derecho y, allí, se establecen cuando menos dos cosas:

1. Quién gobierna y cómo lo hace; y,
2. Cómo se elaboran las normas jurídicas de inferior jerarquía.

A partir de este primer nivel de normas positivas, la validez de las normas jurídicas subordinadas queda sujeta a que se conformen o no con el mandato superior en fondo y en forma. En fondo, porque no se puede admitir que norma inferior contradiga a la superior; y, en forma, porque si la Constitución es la de mayor jerarquía dentro del orden jurídico positivo, ninguna norma inferior puede dejar de cumplir las formalidades que ella establece para su aprobación y vigencia.

Lo demás queda a la particular forma de conformación de cada sistema jurídico nacional, pues varía según el caso. En el nuestro, podemos pensar en todo lo que hemos dicho a propósito de las fuentes del derecho en la parte pertinente de este libro, en especial en el capítulo dedicado a la legislación.

La vinculación del positivismo con la aparición del Estado moderno es evidente y, en cierta forma, constituye la teoría que más cabalmente intenta expresar su altísimo grado de desarrollo y consolidación durante el siglo pasado. En circunstancias feudales, o aun en el período revolucionario en el que muchas veces la autoridad gubernativa central no podía hacer cumplir sus mandatos (como por ejemplo sucedió con las instituciones francesas durante un largo período), desarrollar un marco conceptual como este hubiera sido una franca utopía.

Por ello, no es raro que Kelsen identifique a Estado y derecho, mostrándolos como las dos caras de la misma medalla: el derecho es el Estado porque él es el que lo produce; el Estado es el derecho porque, al fin y al cabo el Estado es el máximo poder dentro de la sociedad y el derecho es el efectivamente obedecido como orden jurídico eficaz, fundado en la norma hipotética fundamental. La conclusión de las dos caras de la medalla aparece, así, perfectamente coherente con los presupuestos de esta teoría y logra estructurar una idea coherente en el plano abstracto.

El mérito del positivismo jurídico consiste, precisamente, en haber consolidado una teoría del Estado y una teoría del derecho interrelacionadas y apoyadas entre sí con autonomía de otras disciplinas. No obstante, tiene un talón de Aquiles en la siguiente consideración: al ser humano no solamente le interesa el edificio jurídico como estructura sino, también qué hay dentro de él. A esto Kelsen responde que es un problema distinto, como hemos visto en páginas anteriores.

El derecho obedecido no es necesariamente el más adecuado, entre otras razones, porque se puede obedecer en base a consideraciones muy distintas: por convicción, por avasallamiento, porque no queda otra solución a mano y así sucesivamente. La mayoría de estas alternativas no son deseables.

En síntesis, el positivismo jurídico ha diseñado la construcción de un modelo de teoría del derecho válido en sí mismo y que efectivamente ha significado un aporte en términos contemporáneos a la consolidación del Estado moderno y a la mejor comprensión del derecho. En este sentido, tiene muchas aristas rescatables que nosotros mismos hemos utilizado intensamente en las partes anteriores de esta obra.

Sin embargo, como concepción integral y excluyente de otras nos parece insuficiente, porque el derecho tiene como finalidad regir mejor a la sociedad y no solo ser una estructura perfecta en sí misma.

Por ello planteamos que no son desdeñables los aportes positivistas al derecho. Al contrario, deben ser utilizados dentro del sistema jurídico porque lo explican, ordenan y aclaran pero, al mismo tiempo, debe mantenerse la conciencia de que el derecho no es una forma pura (ni es deseable que sea solo eso). Es, más bien, una disciplina que en su progresivo desarrollo hacia el ideal de llegar a la ciencia, no debe perder riqueza ni tampoco desdeñar contenidos que siempre le fueron caros y valiosos.

3. EL HISTORICISMO JURÍDICO Y LAS CORRIENTES SOCIOLÓGICAS

Durante el siglo pasado se desarrolló en Alemania, a instancia de Savigny, la escuela historicista del derecho. La posición de este notable jurista, seguida luego por varios otros que aportaron un colosal sistema jurídico al mundo contemporáneo a través de numerosas obras y del Código Civil alemán de 1900, suponía que cada pueblo construía en su diario quehacer el derecho que le era correspondiente. Luego, la tarea del jurista era tomarlo, organizarlo, darle un marco teórico y convertirlo en un derecho elaborado. El derecho nacido del pueblo era el derecho popular, el siguiente era el derecho culto.

Savigny aparece al derecho con esta teoría, es necesario decirlo, en una coyuntura particular: Bonaparte había impuesto a Alemania durante largos años el Código

Civil francés y, terminado su imperio, aparece en los territorios de ese futuro Estado alemán la discusión teórica de si se debía asumir o no el Código como norma interna con algunas modificaciones, como venía ocurriendo en muchos otros países. El nacionalismo alemán frente a Francia es evidente factor definitorio en la posición de Savigny y triunfa sin mayor contratiempo. Su teoría, por otra parte, es perfectamente coherente con ello: el derecho alemán no puede ser el francés, porque Alemania tiene un pueblo que ha producido el suyo popularmente y que corresponde a sus juristas convertirlo en culto.

La escuela histórica es hoy recordada fundamentalmente no por el importante trabajo que hizo sobre las fuentes consuetudinarias alemanas, sino por su grandiosa sistematización y recreación del derecho romano. Ocurre que, por razones que no corresponde desarrollar en esta obra¹⁶⁰, durante los siglos previos los territorios alemanes recibieron intensamente el derecho romano ya evolucionado gracias a los trabajos de los glosadores y comentaristas medievales, haciendo de él una parte inseparable de su sistema jurídico previo al Código de 1900. Por lo tanto debieron trabajar, al lado del consuetudinario, también las fuentes romanistas, incomparablemente más completas que aquel como versión integral del derecho. Sin embargo, revalorizaron, en el plano teórico y en su trabajo cotidiano, el rol que cabe a las conductas sociales del pueblo en la conformación del derecho y de este modo Ihering, otro de los grandes juristas de esta escuela, llegó a prefigurar la necesidad concreta de una sociología del derecho sobre la base de esta perspectiva general.

Mas tarde, esta idea pionera llegó a tomar cuerpo en la misma Alemania y en otros lugares, reconociendo como regla general que el derecho normaba a la sociedad y que, por tanto, lo que en esta ocurría era fundamental para conocer, perfeccionar y enriquecer tanto el contenido normativo como la aplicación del sistema jurídico.

Aparecieron diversas tendencias aún hoy presentes, que buscan estudiar derecho y realidad en todo su proceso de mutua retroalimentación. Se abrió, así, una perspectiva fecunda en estudios, doctrina, publicaciones y posiciones, que no ha dejado de florecer y multiplicarse. Entre otros resultados concretos, ha dejado la irrupción del método sociológico de interpretación y de los criterios teleológico-sociales que hemos desarrollado principalmente al tratar la interpretación y la costumbre como fuente del derecho.

En todo caso, el aporte global del historicismo y del sociologismo ha sido positivo, al reconocer al pueblo y a sus conductas un importante rol en la conformación del derecho y sociedad normada.

¹⁶⁰ Una sugerente versión de cómo y por qué ocurrió esto puede encontrarse en KOSCHACHER, Pablo (1955), *Europa y el Derecho Romano*. Madrid, Revista de Derecho Privado.

4. CONDUCTAS, NORMAS Y VALORES EN EL DERECHO

Existen muchas otras teorías, escuelas y matices para la temática de la naturaleza del derecho, pero la bibliografía de referencia puede subsanar exitosamente la parquedad de este capítulo, que pretende exponer lo que consideramos esencial desde una perspectiva propia e introductoria a la problemática.

Lo que resulta claro de lo dicho hasta aquí es que el derecho no tiene ni una unidad de objeto indiscutible, ni estructuralmente debe tenerla aún. Las teorías jusnaturalista, positivista y sociologista, entre otras, así como la particular estructuración y aplicación del sistema, exigen la convergencia de los tres elementos considerados en el título de este parágrafo.

La teoría tridimensional del derecho, postulada por Carlos Cossio y enarbolada en el Perú fundamentalmente por Carlos Fernández Sessarego en varios trabajos, ha resumido a dichos elementos como componentes esenciales e inseparables del derecho. No pretendemos en esta parte ni sumarnos a ella ni analizar todos sus matices y particularidades (pues tiene varios que merecen disquisiciones no adecuadas en una obra de esta naturaleza).

Más bien, nos interesa hacer un ensayo de conclusión final en base a todo lo desarrollado en este libro y resaltar la importancia efectiva que conductas, normas y valores tienen en un sistema jurídico como el nuestro.

Las conductas influyen en multitud de campos: en lo político y normativo del Estado, en el aporte al derecho consuetudinario y en el mérito que merecen en la aplicación del derecho, vía la interpretación o la integración jurídica, especialmente en sus dimensiones sociológicas.

Los valores se integran desde el contenido político del Estado, pasando por la jurisprudencia y la doctrina como fuentes del derecho; fijando como criterio importante la posición axiomática de interpretación; actuando a través de diversos elementos, como el método lógico, el sistemático, a su medida el histórico; y por los apotegmas, los principios generales y los tintes particulares de la analogía.

Las normas jurídicas son esenciales en la función normativa general del Estado, entre las que destacan la diversidad legislativa y el peso formal de la jurisprudencia, y constituyen bases fundamentales de toda la aplicación jurídica.

Por ello consideramos que no existe exclusión ni de conductas, ni de valores, ni de normas dentro del derecho. Por lo mismo, creemos que el agente de derecho, en la pluralidad de roles que le toca ejecutar, tiene que tomar en consideración todos estos elementos, debidamente ponderados según su criterio, para trabajar en la estructura

y en la operación del sistema en su conjunto. Ello obliga, finalmente, a que quien tiene que trabajar dentro del derecho asuma una excelente formación jurídica que incluye, necesariamente, complementaciones de orden filosófico y sociológico.

5. EL DERECHO COMO CIENCIA

Es una vieja discusión la que plantea este último epígrafe: ¿el derecho es una ciencia o más bien una disciplina teórica del saber humano?

Todo depende del punto de partida, es decir, de lo que consideramos ciencia. Modernamente, se considera que una ciencia debe tener cuando menos presupuestos comunes, unidad de objeto y unidad de método. Es ello lo que permite desarrollar y acumular un conocimiento intersubjetivo que, sin negar la innovación, permita interactuar dentro de un campo claro y distinto del quehacer intelectual con sentido unívoco.

El derecho carece de los tres requisitos, entendido como disciplina global del conocimiento humano. Sería redundante fundamentar esta afirmación luego de lo desarrollado en las páginas y partes precedentes de este libro. Por lo tanto, consideramos que no es ciencia, sino disciplina del saber.

En el mundo actual parece exagerarse la importancia de las ciencias, al punto tal, que si se niega tal calidad a un ramo del saber, automáticamente se lo entiende devaluado. No creemos que deba ser el caso: las ciencias tienen su ámbito y su aporte a la humanidad, pero un «cientificismo» desmedido e ingenuamente planteado como autónomo, también puede llevar a catástrofes.

En el sistema Kelseniano se ha defendido fenómenos jurídicos que probablemente no estuvo en la mente de dicho autor legitimar, pero que así aparecen como últimas consecuencias de lo que él propuso.

A ninguna rama del conocimiento humano hay que negarle ni su vocación científica, ni la posibilidad de llegar a ser ciencia algún día. Pero ojalá que cuando eso llegue, sea en los términos humanos debidos. Estamos convencidos de la necesidad de convertir al derecho en ciencia. Pero no es conveniente sacrificar sus matices y su riqueza para lograr tal galardón, ni es preciso desmerecerlo porque aún le falta trecho para ello. Más bien, que en el camino por recorrer, toda esa riqueza sea sistematizada e incorporada como parte de una futura ciencia jurídica integral, al servicio de sus mejores y no siempre cumplidos propósitos.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- ALZAMORA VALDEZ, Mario (1980). *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima, Tipografía Sesator.
- BASADRE, Jorge (1967). *Los fundamentos de la historia del Derecho*. Lima, Editorial Universitaria.
- BODENHEIMER, Edgar (1971[1932]). *Teoría del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica.
- DU PASQUIER, Claude (1983). *Introducción al derecho*. Lima, Justo Valenzuela V.
- FERRERO COSTA, Eduardo (1979). *El nuevo Derecho del Mar. El Perú y las 200 millas*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo (1967). *Introducción al estudio del derecho*. México, Porrúa.
- KELSEN, Hans (1965). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires, Eudeba.
- KOSCHACHER, Pablo (1955). *Europa y el Derecho Romano*. Madrid, Revista de Derecho Privado.
- RADBRUCH, Gustavo (1965). *Introducción a la filosofía del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica.
- RECASENS SICHES, Luis (1961). *Filosofía del Derecho*. México, Porrúa.
- RUBIO CORREA, Marcial y Enrique BERNALES BALLESTEROS (1988). *Constitución y sociedad política* (Anexo). Lima, Mesa Redonda.
- RUIZ ELDREDGE, Alberto (1980). *La Constitución comentada 1979*. Lima, Atlántida.
- VNOGRADOFF, Paul (1992[1952]). *Introducción al Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica.

ANEXO 1

UN MÉTODO PARA EL TRABAJO JURÍDICO

Aspecto esencial de todo trabajo riguroso, sea científico o teórico en general, es el método. Existen muchos niveles en la metodología y, en ciertas ramas del conocimiento, tiene un desarrollo verdaderamente asombroso. Aquí, pretendemos aportar al nivel más elemental, pero no por ello desdeñable.

Cada rama del derecho tiene su propia metodología de trabajo. El método que proporcionamos aquí, sin embargo, tiene la virtud de poder aplicarse a prácticamente todas las necesidades del trabajo jurídico en su primer nivel y, en todo caso, es supuesto en la metodología específica de cada conjunto y subconjunto integrante del derecho.

Un método, generalmente, carece de elementos conceptuales imprevisibles o asombrosos. En ese sentido, al lector podrá ocurrirle pensar que lo que desarrollamos es solo una sucesión de lugares comunes. Sin embargo, lo importante del método consiste en hacer que esa suma de lugares comunes o cosas obvias sean realizadas todas y cada una en su debido momento. Lo aprovechable y relevante de un método es recoger todo lo esencial del trabajo, ordenarlo y hacer que el agente del derecho trabaje con un orden y comprensividad «asombrosos» en su conjunto.

El método no se aprende de memoria. Más bien, se internaliza mediante el ejercicio y la repetición. Por ello, tan importante como saber de métodos, es trabajar en forma metódica.

El estudioso del derecho deberá, al inicio, formalizar su trabajo, forzándose a emplear sus pasos y elementos en el debido orden. Poco a poco irá desarrollando sus propias variantes al método general, en función de sus aptitudes y de lo que le resulta más fácil y más difícil dentro del él. Al cabo de un tiempo, habrá internalizado el procedimiento y recién allí le será natural trabajar en base al método. Es en ese momento en el que

verdaderamente ha aprendido metodología y está capacitado para realizar un trabajo propiamente profesional.

1. LAS REGLAS ELEMENTALES DEL MÉTODO CARTESIANO

El Discurso del método de René Descartes, escrito en el siglo XVII, es obra que aún se utiliza regularmente en el trabajo filosófico y metodológico. Su contenido, sin mayores complicaciones, fue el punto inicial de todo el inmenso desarrollo de esta disciplina y de las ciencias en los siglos sucesivos, hasta llegar a hoy. Vale la pena, por tanto, comenzar dando un breve repaso a sus reglas fundamentales.

Al respecto, dice lo siguiente:

Así como la multitud de leyes es a menudo excusa de los delitos, y del mismo modo que los Estados mejor organizados son aquellos que cuentan con pocas leyes, pero estrictamente respetadas, creí que, en lugar del gran número de preceptos de que está compuesta la lógica, bastarían las cuatro reglas siguientes, con tal de que tomase la firme y constante resolución de no dejar de observarlas ni una sola vez.

La primera de ellas consistía en no aceptar nunca como verdadero lo que con toda evidencia no reconociese como tal, vale decir, que evitaría cuidadosamente la precipitación y la prevención, no dando cabida en mis juicios sino a aquello que se presentase a mi espíritu en forma tan clara y distinta que no admitiese la más mínima duda.

La segunda era dividir cada una de las dificultades que hallara a mi paso en tantas partes como fuere posible y requiera su más fácil solución.

La tercera, ordenar los conocimientos, empezando por los más sencillos y fáciles, para elevarme poco a poco y como por grados hasta los más complejos, estableciendo también cierto orden en lo que naturalmente no lo tienen.

Y la última, hacer siempre enumeraciones tan completas y revistas tan generales, que se pueda tener la seguridad de no haber omitido nada¹⁶¹.

Las reglas son de fácil comprensión y no tiene mayor sentido hacer extensas consideraciones sobre ellas en esta parte. Tal vez lo único que valdría la pena resaltar desde el punto de vista jurídico es el concepto de lo claro y distinto.

Sobre este punto existe una larga discusión, en especial en lo que se refiere al requisito de la distinción. Para nosotros, lo claro tiene que ver con una definición que

¹⁶¹ DESCARTES, René (1959). *Discurso del método*. Buenos Aires, Editorial Sopena Argentina S.A. Parte II, p. 40.

verdaderamente contenga todos los elementos esenciales del objeto definido y que, por lo tanto, nos explique aquello que pretende definir de manera tal que efectivamente lo comprendamos. Lo distinto, mientras tanto, es el contraste con todos los otros objetos que no se busca incorporar en la definición. De paso, la distinción es el elemento fundamental para proceder al ordenamiento de los conocimientos de acuerdo a la tercera regla.

Si definimos una mesa diciendo que es una superficie plana horizontal ubicada a una altura del piso menor al tamaño de una persona normal y sostenida por una pata central, o por varias laterales, estamos probablemente dando una definición bastante clara de lo que es una mesa. Sin embargo, no sería distinta porque, por ejemplo, no diferenciaría a una mesa de un banco individual (por lo demás, no es extraño que a veces nos sentemos en una mesita creyéndola banco). Por lo tanto, nuestra definición de mesa, para ser distinta además de clara, supondrá añadir su finalidad, es decir, «[...] que sirve para colocar o hacer cosas encima de ella». En el fondo, no otro es el complemento de definición que buscamos ante algo que puede ser silla o banco y frente a lo cual preguntamos: «¿Es para sentarse?». En esto no hacemos sino añadir a la claridad de la definición, su distinción.

Claridad y distinción son fundamentales en cualquier disciplina pero muy especialmente en el derecho, por ciertas razones:

En el derecho, la situación y la respuesta pueden depender de un detalle: si alguien firmó un papel cualquiera reconociendo que le debe algo a otro e incumple el pago, estaremos ante una deuda y nada más, pero si por casualidad le dio un cheque bancario y resulta que no tiene fondos, entonces nos hallaremos ante un delito de estafa. La diferencia entre ambas situaciones para el firmante es fundamental y, en buena cuenta, depende de qué papel firmó (no es extraño encontrar que muchas personas dan «cheques adelantados» en garantía. Tampoco es raro verlas en graves problemas por tal costumbre). Ser claros y distintos en nuestro pensamiento puede ayudarnos a establecer la correcta evaluación y solución de cada caso.

Lo que ocurre para casos concretos ocurre también para la teoría. Así, en principio, todo decreto supremo es igual a otro. Sin embargo, un buen técnico sabrá hacer sutiles distinciones entre decretos que contienen actos de gobierno, actos de administración, reglamentos, aspectos resolutivos, etcétera.

Como se ha estudiado a lo largo de esta obra, los significados normativos y las consecuencias a desprenderse de ellos pueden ser distintos.

Finalmente, en términos usuales se considera que mucho hace y suple la retórica en el derecho. Creemos que no es así, lo que se ha demostrado a lo largo de este libro.

No obstante, suele suceder que la proclividad a la retórica sea frecuente entre personas vinculadas al derecho, pretendiendo con ello sustituir falta de conocimientos o de metodología de trabajo.

Un abogado o jurista bien formado metodológicamente, con conceptos claros y distintos, puede hacer frente a problemas que con solo la facilidad de expresión no llegan a tocarse ni siquiera superficialmente. La capacidad de expresarse es un arma invaluable en el derecho, pero no suple lo demás, en especial, la nitidez del pensamiento jurídico.

Hechas estas aclaraciones, pasemos al desarrollo de los puntos centrales del método que proponemos.

2. EL MÉTODO DE TRABAJO JURÍDICO

El método de trabajo que proponemos tiene cuatro etapas preclusivas: hechos, problemas, análisis y conclusión. Es preclusivo porque se supone que antes de pasar a la siguiente etapa debe haberse agotado la anterior.

La base sobre la que se formula este método son las reglas cartesianas anteriormente expuestas, aun cuando se les combine de manera distinta según cada etapa, entremezclándolas con los elementos teóricos y normativos del derecho. Este procedimiento debe mucho al método de trabajo en el derecho anglosajón del que tomamos conocimiento a través de un trabajo del doctor Cooper¹⁶². Sin embargo, hemos tratado de modificar su concepción para adaptarlo a nuestro sistema. Utilizando la lectura referida, el lector de estas páginas podrá constatar cuánto deben a tal trabajo y nos eximiremos en adelante de abundar en citas para no hacer tediosa la labor sobre el método mismo.

Una última aclaración: el método sirve tanto para el trabajo de problemas reales a ser resueltos por el derecho, como también para el estudio de problemas teóricos. Variarán algunos elementos, pero lo sustantivo permanece inalterable en su estructura.

2.1. Los hechos

Lo primero que el agente de derecho debe trabajar en torno a un problema son los hechos. Parece contradictorio con el trabajo jurídico pero no es así: una adecuada comprensión de los componentes fácticos de lo que uno tiene entre manos es fundamental para centrar los problemas involucrados y llegar a las soluciones correctas.

¹⁶² COOPER, Frank (1970). «Los hechos, el problema central y el Derecho». En: PÁSARA, Luis H. *Introducción al Derecho*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 317.

Los hechos a los que aquí nos referimos son los siguientes:

- Cuando se trata de un problema ocurrido en la vida real, lo primero que debemos averiguar es qué pasó. Esto implica reconstruir la situación ocurrida en todos sus detalles, aun cuando fueran aparentemente irrelevantes. Suele suceder que en un primer momento el agente no encuentre significación alguna a un hecho y, posteriormente, resulte definitorio para la situación.

Este es especialmente relevante cuando el abogado atiende a un cliente, o cuando el juez interroga a una de las partes en un juicio; el interesado no tiene por qué saber la significación jurídica de los hechos y, más bien, tiene un compromiso emocional con ellos: le puede parecer significativa una traición, pero puede ser irrelevante para el derecho; tiene la seguridad de una promesa, pero resulta que no puede probarla de otra manera que con la confesión del promitente ahora peleado con él; cree haber cumplido todos los trámites necesarios e ignoraba una etapa fundamental, etcétera.

Sin estas averiguaciones, no es posible ni conveniente iniciar la apreciación jurídica del caso.

- También forman parte de los hechos el conjunto de materiales jurídicos que debemos aplicar al caso de la realidad. En este sentido, el agente de derecho debe recoger y revisar todo el material relevante proveniente del sistema jurídico: fuentes, elementos teóricos para la aplicación, principios, etcétera.

Cuando no se está ante un caso de la realidad sino ante un estudio abstracto o teórico, los hechos serán este material.

Los hechos, así definidos, deben ser sistematizados y ordenados (tercera regla de Descartes). Para ello lo más conveniente es seguir un criterio cronológico, debido a que los hechos posteriores suelen tener que ver con los anteriores y, sobre todo, porque las normas jurídicas tienen validez temporal y puede bien ocurrir que las disposiciones actualmente aplicables no sean las que regían en aquel entonces (la enumeración ordenada y exhaustiva de hechos cumple la cuarta regla de Descartes).

Lo importante de esta primera etapa del trabajo es darse una idea de qué es lo que ha ocurrido en la realidad de la manera más exacta posible y contar con todos los elementos jurídicos necesarios para proceder al estudio del caso.

2.2. Los problemas

Del cotejo de los hechos de la realidad y los elementos aportados al caso por el sistema jurídico, aparecen los problemas que deben ser solucionados desde el derecho.

Los problemas son de dos tipos: principales (o centrales) y accesorios (o secundarios), ambos importantes. El problema principal es aquel cuya respuesta resuelve el caso planteado. En un caso penal, el problema principal consiste en declarar culpable al acusado de tal delito —y en consecuencia acreedor a tal pena— o inocente. En un caso de incumplimiento de pago consiste en si debe pagarse o no y cuánto; y así sucesivamente. Cuando estemos trabajando sobre una resolución judicial el problema principal está fijado por los márgenes de la litis, entendiendo por ella lo que el demandante ha solicitado y el demandado negado.

Los problemas accesorios son los que contribuyen a resolver el problema principal.

Así, en un asunto penal de homicidio, un esquema posible de problemas secundarios para saber si al acusado se le condena o no, puede ser:

- ¿Cometió realmente la acción delictiva? (acción)
- ¿Lo que el acusado hizo está tipificado clara e inequívocamente en las leyes penales como delito? (tipicidad)
- ¿Hay alguna circunstancia que justifique su actuación, como por ejemplo matar al agresor que intentaba matarlo a él? (legítima defensa)
- ¿Estaba en sus cabales o era inconciente de sus acciones? (imputabilidad)
- ¿Tuvo la intención de matarlo, o al menos pudo prever que si cometía dicha acción lo podía matar? (culpabilidad)
- ¿Qué pena prevé la legislación para este delito y según qué consideraciones de hecho debe graduarse entre su mínimo y su máximo? (penalidad)

De las seis preguntas hechas podremos tener una respuesta coherente y comprehensiva frente al caso de homicidio. Si no nos hacemos todas y cada una de ellas frente a un caso de homicidio (y caben aún otras más), probablemente nos equivoquemos al dar nuestra respuesta final al problema principal de condena o absolución y sus términos específicos.

Los problemas deben ser formulados clara y distintamente (primera regla de Descartes) y analizados hasta sus unidades de problema más elementales (segunda regla).

Así, por ejemplo, en materia de claridad y distinción, ante un caso en el que un diestro en arma blanca ataca a alguien que se defiende disparándole un tiro de pistola, la

pregunta sobre la justificación no puede hacerse en términos de ¿hubo defensa propia? sino, más bien, en los siguientes: ¿es defensa propia que una persona común y corriente se defiende con una pistola frente a un agresor hábil en arma blanca que lo ataca con un puñal? La segunda formulación permite llegar al núcleo del problema y, más tarde, resolverlo sin ambigüedades. La primera, en cambio, puede hacernos olvidar alguno de los elementos fundamentales contenidos en la materia.

En lo que se refiere a las unidades más elementales de problema, siempre dentro de la defensa propia, tenemos el inciso segundo del artículo 20 de nuestro Código Penal, que establece:

Está exento de responsabilidad penal

[...] 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima.
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y,
- c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

Entonces, el problema accesorio de la legítima defensa, tendrá a su vez sus propios sub-problemas accesorios y lo formularemos así:

Problema accesorio: ¿es defensa propia que una persona común y corriente se defiende con una pistola frente a un agresor hábil en arma blanca que lo ataca con un puñal?

- a. Primer sub-problema accesorio: ¿hubo agresión ilegítima? (De acuerdo a los hechos sí);
- b. Segundo sub-problema accesorio: ¿Hay necesidad racional del medio empleado en la circunstancia antedicha? (Aparentemente, un lego en arma blanca no puede defender su vida exitosamente con un puñal frente a un experto en la misma arma);
- c. Tercer sub-problema accesorio: ¿Hubo falta de provocación suficiente? (aparentemente sí porque fue atacado sin que diera razón para ello).

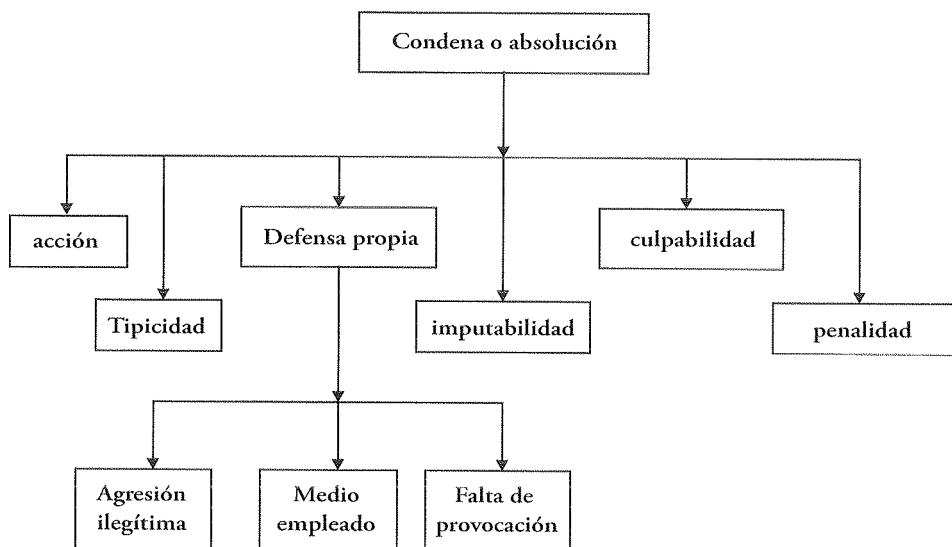
Así queda debidamente planteado todo este problema accesorio en relación a los hechos y la normatividad pertinente, desagregado en sus unidades últimas¹⁶³.

¹⁶³ Debido a que esto es solo un ejemplo no incorporamos complejidad adicional. Sin embargo, una exhaustiva búsqueda de la solución al problema de la legítima defensa no podría ignorar el artículo 21 del Código Penal que dice: «En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal».

Los problemas, finalmente, tienen que organizarse (tercera regla de Descartes) y enumerarse correlativamente, debidamente coordinados unos con otros (cuarta regla).

En lo que hemos estudiado, planteado esquemáticamente, podríamos decir que la organización de los problemas sería algo así como lo que sigue:

Si hiciéramos lo mismo que con la defensa propia, con los demás problemas secundarios de primer nivel (acción, tipicidad, etcétera), conformaríamos un «árbol» de problemas que contiene todas las preguntas claras y distintas que hay que hacerse para resolver el caso.



Este «árbol» nos permite algo muy importante: el sentido de las relaciones es de abajo hacia arriba e indica que cada sub-problema contribuye a la solución del respectivo problema superior con independencia de los otros y, a su vez, que lo propio ocurre con los seis problemas accesorios que hemos identificado en relación al problema principal. En apariencia ello es obvio, pero no necesariamente ocurre así. Supongamos, por ejemplo, que en el mismo caso que venimos hipotetizando se pruebe que el que se defendió disparó primero una bala a la pierna del agresor y este cayó al piso sin poder levantarse y que, luego, reaccionó al verlo impotente y disparó una segunda bala que lo ultimó. Este segundo disparo ya no pertenece a la defensa propia sino a la intención de matarlo y por lo tanto, caería en el análisis propio de la culpabilidad. Podría eventualmente concluirse que el homicida tampoco fuera responsable plenamente de delito sino de una legítima defensa imperfecta de las que menciona el artículo 21 del Código Penal (ver la cita inmediatamente anterior). En cualquier caso, el tratamiento

del segundo disparo dentro del árbol de problemas tendría que ser distinto al del primero.

Es muy importante desarrollar todo el árbol de problemas antes de pasar al análisis de cada uno de ellos, pues en caso contrario podemos pasar desapercibido alguno que resulte fundamental para resolver el asunto. Así, por ejemplo, en nuestro mismo caso, si alguien estudiara con detenimiento toda la situación, podría llegar a la conclusión de que el segundo disparo es una acción típicamente homicida, pasando por alto el problema de la legítima defensa, cuando en realidad es probable que debiera aplicarse esta figura aunada al artículo 21 del Código Penal.

Recién cuando el árbol de problemas haya sido concluido satisfactoriamente, previa revisión de hechos para estar seguros de que contiene todo, debemos pasar a la tercera etapa del método.

2.3. El análisis

El análisis del caso supone la solución progresiva de los problemas, de abajo hacia arriba en el árbol, hasta llegar a la solución definitiva del problema principal.

En nuestro caso, primero deberá verse todo lo relativo a los sub-problemas de la acción delictiva hasta llegar a una conclusión sobre ella, luego a los de tipicidad, luego a los de legítima defensa, y así sucesivamente hasta llegar a penalidad. Finalmente, cuando todo esté terminado, deberá analizarse, a la luz de las conclusiones parciales, la respuesta final que cabe dar al problema central.

No hay reglas metodológicas para la realización del análisis, que debamos dar aquí en adición a lo trabajado a lo largo de todo el texto del libro. En realidad, todas las que corresponden a la introducción al derecho están contenidas en los trece capítulos precedentes, al menos en sus rasgos más importantes. En resolver los problemas, después de todo, consiste el trabajo del derecho.

2.4. La conclusión

La conclusión se olvida muchas veces pero es verdaderamente fundamental. A menudo encontramos importantes estudios jurídicos, largamente documentados y trabajados, que terminan en el aire, es decir, sin dar una respuesta final, o las indicaciones de los pasos a seguir para adecuarse al derecho.

A la persona que consulta, al profesor que toma un examen, al sometido a jurisdicción que espera la sentencia, les interesa saber los detalles del análisis jurídico de su caso pero, por sobre todo, quieren saber cuál es la conclusión final.

Hemos visto, a lo largo de esta obra, que muchas veces la respuesta jurídica frente a un caso no es definitiva e incuestionable, sino solo razonable. Esto quiere decir que el profesional del derecho se suele encontrar ante la situación de que «opina» que la mejor conclusión es una, pero que no pueden desecharse otras distintas. Pues bien, ello debe quedar claramente establecido en su conclusión del caso, diferenciando lo que le parece mejor de lo otro que también es posible. Así, el destinatario del estudio puede conocer las distintas alternativas, sus posibilidades y consecuencias.

La conclusión no debe argumentar sino decir concluyentemente. Si a la hora de concluir es necesaria mayor argumentación, quiere decir que el análisis ha sido deficiente y que debe ser mejorado. No hay nada de extraño en ello y es la mejor forma de proceder.

Si quisiéramos hacer una síntesis de lo que significa la conclusión, diríamos que es la respuesta concluyente sobre la pregunta formulada en el problema principal. Como es obvio, a ella se llega luego de haber analizado todos los problemas secundarios y sus respectivos sub-problemas. Por eso es importante no adoptar soluciones parciales al problema principal, sino ir resolviendo uno a uno los problemas accesorios para luego, con una visión integral de los mismos, dar la respuesta final al caso.

ANEXO 2

GUÍA PARA PREPARACIÓN DE EXÁMENES DE TÍTULO DE ABOGADO

1. PRESENTACIÓN

Este documento es una guía de preparación de los expedientes para optar el título profesional de abogado.

Ha sido elaborado específicamente para la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pero será útil también en otras universidades por su carácter metodológico general.

Su definición como documento guía implica lo siguiente:

1. Contiene un método de trabajo generalmente aceptado y reconocido por su adaptabilidad al estudio de diversos casos y problemas jurídicos y también de otra naturaleza.
2. Ajustarse a él en la preparación de los expedientes ayudará al graduando a presentarse en óptimas condiciones al examen, aun cuando debe tener en cuenta que el criterio del jurado al examinar, preguntar y calificar es estrictamente de conciencia y no está limitado a las recomendaciones que dé este documento.

Esta guía contiene las siguientes partes:

1. Método de preparación de cada expediente.
2. Método de elaboración del resumen a ser presentado al jurado.
3. Recomendaciones para la preparación y el desarrollo del examen por el graduando.

2. MÉTODO DE PREPARACIÓN DE CADA EXPEDIENTE

El método recomendado tiene cuatro etapas:

1. Identificación de los hechos relevantes.
2. Identificación y ordenamiento de los problemas.
3. Análisis de cada problema.
4. Conclusiones sobre cada problema y el caso en su conjunto.

2.1. Identificación de los hechos relevantes

Cada expediente contiene dos tipos de hechos. Los primeros son los de fondo, es decir, aquellos a partir de los cuales surge el litigio entre las partes.

Los segundos son los hechos procesales que se desarrollan a lo largo de la implementación del proceso contenido en el expediente.

- Los hechos de fondo deben ser cuidadosamente escrutados por el graduando y, luego del estudio del expediente, debe elaborarse un resumen ordenado de ellos. Los hechos provienen de la demanda (o denuncia), de la contestación y de las pruebas ofrecidas. El graduando debe resumirlos todos, destacando tanto aquellos en los que están de acuerdo las partes como aquellos en los que hay contradicción, señalando las pruebas de las cuales aparecen los hechos y el mérito de cada prueba para apreciar tanto el conocimiento del graduando sobre el valor probatorio como la base informativa sobre la que se desarrolla el caso en los tribunales.

Es fundamental referirse a los hechos que constan en los considerandos de las sentencias o en las cuestiones de hecho votadas en los procesos penales, en la medida en que dan una idea de los elementos que ha tomado definitivamente en cuenta el juzgador al sentenciar. Es importante también que el graduando resalte las incoherencias o contradicciones que pudiera haber entre los hechos alegados, probados y tomados en cuenta por el juzgador en los textos antedichos.

Este trabajo implica la necesidad de dar una primera revisión completa al expediente, centrado en la búsqueda de tales hechos.

- En materia de hechos procesales, el graduando debe tomar en cuenta solo los que sean atípicos, ilegales o que de otra manera resulten relevantes en relación a las normas de procedimiento aplicables al proceso. No debe hacer una enumeración de cada uno de los pasos dados en el proceso, porque ello deviene en innecesario y engorroso.

Como en el caso anterior, esta recopilación de hechos debe concluir en un segundo resumen que los condense. Para ello es indispensable dar una segunda revisión completa del expediente, centrándose esta vez en la búsqueda particular de este tipo de hechos.

El graduando debe recoger y ordenar cronológicamente todas las normas aplicables a los hechos anteriores, incluyendo las referencias genéricas a otras fuentes vinculadas al problema (jurisprudencia, doctrina, etcétera).

Esta primera parte de la preparación del expediente debe concluir, por tanto, en dos documentos exhaustivos, uno sobre cada tipo de hechos.

Se recomienda lo siguiente al graduando:

- Hacer cuidadosamente cada uno de dichos documentos porque son la base informativa para el trabajo que continúa luego.
- Dar dos revisiones completas al expediente, una para cada tipo de hechos, a fin de no distraerse y perder información esencial.
- Redactar los dos documentos en limpio y dejarlos concluidos antes de proseguir el trabajo.
- No entrar al análisis o discusión de los problemas que vea aparecer de estos hechos hasta haber concluido los documentos antedichos. Ello evita superficialidad y, eventualmente, confusiones o extravío en el análisis del proceso.

2.2. Identificación y ordenamiento de los problemas

El graduando debe tomar, por separado, los hechos de fondo y los procesales. De la lectura de cada uno de ellos debe extraer una lista de todos los problemas jurídicos que implican.

Cuando decimos todos los problemas queremos expresar lo siguiente:

1. Hay problemas «eje» en cada proceso. Por ejemplo, en un accidente de tránsito que se ventila en la vía civil reclamando daños y perjuicios, se plantea la problemática propia de la responsabilidad civil extracontractual. Es preciso analizar cada uno de los componentes de ese problema «eje»: tipo de acción del agente, su responsabilidad, el tipo y cuantificación del daño causado, etcétera.

2. Además de estos problemas «eje», suele haber algunos colaterales. Por ejemplo, en el caso de un accidente automovilístico, puede haber además algún tipo de responsabilidad penal, sea contra el patrimonio, contra la vida, el cuerpo y la salud, etcétera. El graduando, al estudiar el caso, tiene que ser conciente de estas derivaciones, aun cuando las partes o el juzgador no se hayan ocupado de ellas. Es usual que el jurado se preocupe de preguntarle al respecto para ver su perspicacia y profundidad de análisis jurídico.
3. Fuera de ellos, hay también problemas que para un profesional del derecho tienen que estar presentes, por más accidentales o secundarios que parezcan. En un accidente automovilístico puede ser importante el problema de propiedad si el vehículo ha sido transferido irregularmente, o el de responsabilidad civil si el vehículo está manejado por un dependiente del propietario; puede resultar relevante alguna norma administrativa de tránsito e, inclusive, el propio reglamento general que lo regula.
4. Lo dicho hasta aquí se aplica también a los problemas procesales, la vía elegida y sus alternativas; el juez competente; el tipo de pruebas y su mérito (tanto legal como el que se les dio en el proceso); los plazos regular o irregularmente observados. Los incidentes y otros sucesos procesales deben ser estudiados en la misma forma que los problemas de fondo anteriormente reseñados.

Una vez elaborada la lista de cada tipo de problemas (de fondo y procesales), el alumno debe ordenarlos según su naturaleza jurídica. Así, el problema de mantenimiento deficiente de un vehículo o la eventual embriaguez del conductor pertenecen al ámbito de la responsabilidad; el problema del daño moral o económico al del tipo de resultado que presentan los hechos, el de la valorización al valor del daño y así sucesivamente.

Por otro lado, el problema del mérito de un documento a la prueba instrumental; el de considerar o no términos planteados en la demanda a la validez o nulidad de la sentencia y así sucesivamente.

Ordenar los problemas (y no dejarlos en una simple lista que los contiene en sucesión arbitraria) es requisito fundamental para el éxito en el examen. Es evidente que el trabajo de listado de los problemas y el de su ordenamiento son dos etapas sucesivas y no paralelas en el trabajo de preparación del expediente.

Para esta etapa del trabajo se recomienda:

- Hacer sucesivamente la lista y el ordenamiento de los problemas.
- Utilizar los documentos de recopilación de hechos relevantes señalados en el punto 1.1 y no trabajar directamente sobre el expediente porque ello puede llevar a dejar de lado información esencial.
- *No entrar a analizar o discutir ningún problema planteado hasta tenerlos todos debidamente ordenados.* Obrar en contrario implica la posibilidad de trabajar superficialmente o confundir y extraviar el análisis del proceso.

El trabajo sobre los problemas debe concluir en otros dos documentos finales que el graduando elabora: uno sobre los problemas de fondo y otro sobre los procesales. En ambos casos, los problemas deben estar adecuadamente ordenados.

2.3 Análisis de cada problema

Recién cuando el graduando cuenta con los cuatro documentos antedichos (dos sobre hechos y dos sobre problemas de fondo y procedimiento), debe iniciar el trabajo de análisis.

El análisis de cada problema consiste en el estudio sistemático y minucioso de cada problema encontrado en el proceso en base al uso concurrente, y no paralelo, de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina.

Es fundamental que el graduando utilice estas tres fuentes y no se limite a una o dos de ellas, porque el jurado espera que dada la naturaleza del examen y la preparación de los casos, el graduando agote los elementos conceptuales y normativos sobre la materia.

2.3.1. Legislación

El graduando debe agotar la búsqueda de las normas positivas aplicables a cada problema. No bastan las leyes o normas de similar jerarquía. Es indispensable buscar los decretos y resoluciones aplicables (incluidos los reglamentos) y preocuparse de saber si la Constitución del Estado contiene normas referidas al caso.

Algunas recomendaciones al respecto son:

- El graduando debe conocer la jerarquía y fuerza normativa de cada tipo de norma aplicable.
- Si el caso es antiguo debe conocer las normas aplicables en el momento en que ocurrió el proceso y la forma como se resolvería en la actualidad si las normas han cambiado desde entonces.
- Debe estar informado de las novísimas modificaciones legislativas sobre el tema, aun cuando las nuevas normas no hayan sido aplicables.

2.3.2. Jurisprudencia

El graduando debe buscar la jurisprudencia aplicable a los problemas de los que trata y estar al corriente de sus decisiones y evolución. Muchas veces la jurisprudencia tiene importancia determinante para esclarecer un problema o para llenar un vacío legislativo. Muchas veces es también contradictoria y el graduando debe conocer de las diversas soluciones dadas al problema que tiene que enfrentar. En ciertos casos, como las materias laborales o tributarias, la jurisprudencia es elemento esencial porque reviste carácter de precedente en nuestro sistema.

2.3.3. Doctrina

El graduando debe consultar las obras más significativas sobre cada problema. No basta consultar a un solo autor. Es necesario contrastar las diferentes teorías y posiciones doctrinales sobre el tema.

Sobre el trabajo con la doctrina caben las siguientes recomendaciones:

- Estudiar doctrina exhaustivamente sobre cada problema, no solo sobre los más importantes.
- Estudiar cada problema en su contexto. Por ejemplo, un problema de accidente automovilístico está enmarcado dentro de la teoría general de la responsabilidad civil, sea extracontractual o contractual. El alumno no puede limitarse a la primera de ellas y tiene que conocer sobre la responsabilidad en general. Si se trata de un delito de parricidio tiene que conocer los problemas globales del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, lo que incluye no solo los homicidios sino también lesiones, especialmente las seguidas de muerte; si se trata de acumulación de acciones, debe conocer la teoría procesal de la acumulación en sus diferentes clases y así sucesivamente.

- Seleccionar cuidadosamente el material de trabajo, estudiando en una buena biblioteca y no solo con los libros que eventualmente tuviera a mano porque pueden no ser los mejores.
- Resumir en fichas o en un cuaderno los aportes doctrinales más significativos sobre cada problema y las divergencias doctrinales que encuentre.

2.4. Conclusiones sobre cada problema y el caso en su conjunto

El análisis de cada problema debe resumirse en una conclusión final, que es la posición que se sostendrá en el examen frente al tema. El graduando debe formularla con precisión durante la preparación del expediente.

Suele ocurrir que frente a determinados problemas no haya una conclusión definitiva o indiscutible. En tal caso el graduando debe tomar su propia conclusión aclarando que hay otras que también pueden tener validez y las razones por las que elige una de ellas.

Como todo proceso es siempre una lucha entre las partes por obtener su petición, el graduando debe elaborar una conclusión final sobre el caso en base a las conclusiones que vaya sacando sobre cada uno de los problemas encontrados. Naturalmente, esta conclusión final puede ser la de asentar a lo pedido por cualquiera de las partes, o considerar que plantearon el proceso equivocadamente y que lo que correspondía era un tercer extremo que no fue planteado a lo largo del proceso. Por ejemplo, en un proceso penal donde no encuentre responsabilidad de este tipo, puede concluir que era procedente entablar, en vez de la denuncia, una demanda de naturaleza civil.

El graduando debe ser consciente de que las conclusiones que saque sobre cada problema y su conclusión definitiva sobre el caso son las que debe sostener en el examen frente a las preguntas del jurado. Asimismo, debe considerar que estos pueden disentir de su conclusión. Por lo tanto, el trabajo de análisis de cada problema y del caso en su conjunto debe ser cuidadosamente hecho porque en él encontrará los argumentos para defender su posición.

3. MÉTODO DE ELABORACIÓN DEL RESUMEN A SER PRESENTADO AL JURADO

El graduando debe tener en cuenta que el resumen es un documento creativo que elabora para informar al jurado. Por «documento creativo» queremos decir que el resumen no es un relato mecánico del expediente, sino fruto de la forma como ha visto y enfocado sus hechos, problemas y soluciones. Un resumen que realiza un recuento

de lo contenido en el expediente comenzando por la primera foja y acabando por la última a menudo es confuso, farragoso e inservible para el jurado.

Por «documento informativo» queremos decir que sirve para dos cosas:

1. Para que el jurado se informe sobre el contenido del expediente (tanto en sus aspectos de fondo como procesales) y pueda ir preparado de antemano a preguntar sobre el caso; y,
2. Para que el jurado aprecie el trabajo que el graduando ha hecho sobre el expediente. Si el resumen es un relato foja por foja, o presenta los hechos sin señalar los problemas u omite elementos de juicio esenciales, el jurado constatará que el trabajo de preparación ha sido deficiente. Si el resumen es un instrumento útil para el trabajo previo de los jurados, entonces creará una idea de preparación y responsabilidad por parte del graduando. El resumen es el primer contacto entre el graduando y su jurado. Eso es muy importante de tener en cuenta.

El resumen debe contener tres partes:

1. Los hechos de fondo y procesales a los cuales hemos hecho referencia en el punto 1.1.
2. Los problemas de fondo y procesales a los que hemos hecho referencia en el punto 1.2 de esta guía.
3. Una apreciación global de las sentencias o resoluciones que ponen fin a las instancias. Esta debe escribirse a partir de las conclusiones parciales del graduando sobre los problemas y su conclusión global sobre el caso (ver todo el punto 1.4 de esta guía).

El resumen debe tener las siguientes características:

1. Debe estar redactado con claridad, precisión y lenguaje jurídico apropiado.
2. Debe ser conciso. No se puede fijar un número de páginas a priori, pero el graduando debe tomar en cuenta que se trata de un resumen y no de una monografía sobre el caso.

De todo lo dicho hasta aquí el graduando podrá concluir que es indispensable que el resumen sea fruto de su preparación de cada expediente (es decir, de todo el punto 1 de esta guía) y no un documento preliminar, sujeto a un posterior estudio del caso.

4. RECOMENDACIONES PARA LA PREPARACIÓN Y EL DESARROLLO DEL EXAMEN

4.1. Inmediatamente antes del examen

- Concluir el estudio 24 horas antes del examen y descansar del trabajo durante ese lapso. Si el graduando ha seguido las instrucciones de esta guía, nada sustantivo (que no sea cansancio) puede añadir en las horas previas y, dadas la naturaleza y duración del examen (alrededor de dos horas) es indispensable estar descansado para afrontar la prueba.
- El graduando debe evitar tomar tranquilizantes de cualquier tipo antes del examen. Si bien ellos reducen la ansiedad o el nerviosismo, conllevan disminución de las capacidades intelectuales. Si el graduando hace uso de dichos fármacos, probablemente tendrá problemas de cansancio, confusión, memoria y agilidad en la exposición y las respuestas.
- Si el graduando está utilizando tranquilizantes por prescripción médica, debe consultar con su médico lo más apropiado para la ocasión.
- También se recomienda al graduando que unos tres días antes de su examen, se entreviste con un profesor a fin de consultarle las dudas e inquietudes que tenga a propósito del examen. En ello no hay nada cuestionable y puede serle de mucha ayuda para la prueba.

4.2. Exposición de cada expediente

- La exposición debe tener las cualidades de claridad, precisión y propiedad en la terminología jurídica. Debe abordar de manera sintética todos los elementos que contiene el resumen (ver el punto 2 de esta guía).
- La exposición oral no debe ser leída. En ella el jurado evalúa la capacidad expositiva del futuro abogado, su habilidad en el uso del lenguaje y su claridad al exponer hechos, problemas y posiciones. Por ello se recomienda preparar un esquema para cada exposición y ensayarla antes del grado.
- No se puede señalar a priori la duración de la exposición. Una extensión razonable es entre 10 y 30 minutos, según la materia de cada expediente, pero tendiendo a hacerla más corta que larga. El graduando debe saber que es potestad del presidente del jurado exigirle que corte o resuma la exposición en cualquier momento y que, en tal situación, no solo ha dado una mala impresión inicial, sino que no podrá exponer todos los puntos que considera necesarios con la debida propiedad.

4.3. La ronda de preguntas

- El jurado está autorizado para hacer cualquier tipo de preguntas sobre los conocimientos jurídicos del graduando. Pueden, por lo tanto, estar o no relacionados al tema y materia de cada expediente. Es por ello recomendable que en la preparación del examen el graduando haga una revisión sumaria de sus conocimientos generales sobre las materias que estudió en la universidad durante su carrera.
- Sin embargo, el examen se centra en la materia de cada expediente y la decisión final del jurado toma esto preponderantemente en cuenta.
- El graduando debe responder precisamente a cada pregunta. Los grandes rodeos o el extravío de la respuesta influyen negativamente en la calificación final.
- Durante las preguntas el graduando debe sostener sus puntos de vista y conclusiones con coherencia. Para ello es fundamental que el trabajo de preparación de cada expediente haya sido hecho con pulcritud y exhaustividad. Cambiar permanentemente de opinión, o destacarse rápidamente, influye negativamente en la decisión final del jurado.
- Hay que tener en cuenta que los miembros del jurado pueden tener opiniones discrepantes sobre determinados problemas, lo que se manifiesta en sus preguntas. Si el graduando no está debidamente preparado, suele ocurrir que dé la razón alternativamente a uno y otro miembro del jurado. Ello demostrará que desconoce el tema o que no se ha preparado debidamente. Los miembros del jurado desean examinar al graduando, no que les den siempre la razón.
- El graduando puede discrepar de la opinión de los miembros del jurado cuando tenga la convicción de que así debe ser. Sin embargo, si en el interrogatorio se le demostrara un error, es mejor que el graduando lo acepte a que persista sin tener razón.
- Cuando el graduando no conoce la respuesta a alguna de las preguntas que se le formulan, es mejor que reconozca tal situación a que intente una respuesta en la ignorancia.
- El graduando tiene derecho a pedir a los miembros del jurado que le aclaren una pregunta que no haya entendido adecuadamente.
- Compostura, respeto, claridad, concisión y propiedad en el lenguaje utilizado, son elementos fundamentales que debe utilizar el graduando al responder a cada interrogación.

Se terminó de imprimir en
los talleres gráficos de
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Psje. María Auxiliadora 156-164, Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Teléfonos: 424-8104 / 424-3411
Se utilizaron caracteres
Adobe Garamond Pro en 11 puntos
para el cuerpo del texto
mayo 2025 Lima - Perú