

# LA LEGISLACION COMO FUENTE DE DERECHO EN EL PERU

Marcial Rubio Correa

No hemos encontrado hasta hoy un texto adecuado para la enseñanza de las fuentes formales de Derecho en el Perú. Si bien es cierto que la teoría del Derecho (y la Teoría del Estado) han desarrollado conceptos fundamentales, y en cierta medida universales, para estudiar y aplicar las fuentes, a cuyo fin sirven numerosos textos nacionales y extranjeros, esta parte del Derecho asume particularidades y matices en cada orden jurídico nacional.

Producir un texto que sirva para exponer la estructura de nuestro sistema legislativo, sus conceptos, principios e interrelaciones, es el objeto de este artículo. La idea ha nacido luego de enseñar el curso de Introducción al Derecho a doce promociones del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de haber ido abandonando progresivamente diversos materiales de lectura. Por lo tanto, este trabajo está diseñado para ser utilizado con finalidad esencialmente pedagógica.

## *1. PUNTOS TEORICOS DE PARTIDA*

Tres grupos de elementos teóricos son indispensables antes de entrar a un análisis propio de nuestra estructura legislativa. El primero se refiere a lo que son las fuentes formales y, dentro de ellas, la legislación. 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 a nivel de las fuentes del Derecho.

### *1.1. LAS FUENTES FORMALES DEL DERECHO*

En su expresión más simplificada, fuente formal de Derecho es aquel procedimiento a través del cual se produce, válidamente, normas jurídicas que adquieren el rasgo de obligatoriedad propio del Derecho, 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 emite 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 en este artículo. Lo evidente, sin embargo, es que para muchos basta que algo esté ordenado por un funcionario del Estado o un Gobernante, para que automáticamente sea obligatorio, es decir, pueda ser impuesto coactivamente por el Estado.

Desde el punto de vista político, ello puede ser así fenoménicamente, es decir, que suele ocurrir que la fuerza coactiva del Estado (las autoridades policiales, etc.), cumplan actos de coacción, sean ordenados por normas jurídicas, comunicados, declaraciones de prensa o aún por directivas administrativas internas, desconocidas por el pueblo en general.

Es así que, aplicando criterios extra-jurídicos, las personas deciden ajustar sus conductas a dichos mandatos, en la medida que si no lo hacen, la coacción del Estado las obligará a rectificar sus acciones, o simplemente las sancionará por no acatar las disposiciones.

Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, esto es sustancialmente distinto 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 guíen las conductas. Puede darse el caso, y no es infrecuente, 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 Estado<sup>1</sup>

---

1 Debemos dejar sentado que cuando hablamos de "utilización legal de la coacción del Estado", lo hacemos en términos técnico-jurídicos positivistas 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 derecho 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

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 pre-existentes, que se orientan a crear condiciones mínimas de ejercicio regular del inmenso poder que da el Estado a quien detenta el gobierno <sup>2</sup>

Para que ocurriera esto segundo es, justamente, que resulta de la primera importancia definir la forma cómo han de producirse las normas jurídicas en un Estado. Si estas normas pudiesen ser expresadas de cualquier manera, entonces careceríamos de la posibilidad de distinguir la simple expresión de voluntad del gobernante y el mandato jurídico.

---

desde un punto de vista técnico, pero desde luego esta acción será reprobable 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 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, etc., 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.

- 2 Para cualquiera es obvio que estas afirmaciones necesitan ser matizadas, porque puede suceder, por ejemplo, que las normas jurídicas autoricen a un gobernante a ejercer ilimitadamente su voluntad, 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 un de los máximos tratadistas del absolutismo. En épocas más recientes, el totalitarismo defendió posiciones parecidas, especialmente en las sociedades donde imperó el fascismo. 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 mínimas son las normas constitucionales, que establecen los derechos del pueblo frente al Estado, y las atribuciones y limitaciones de los poderes 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.

Hechas estas distinciones, podemos ahora distinguir que no toda expresión de voluntad de quienes ocupan los poderes del Estado se convierte en mandato jurídicamente obligatorio, sino sólo aquella que sigue un procedimiento especial al que llamamos *fente formal de Derecho*.

Tradicionalmente, las fuentes formales reconocidas por la teoría del Derecho son cinco: la costumbre jurídica; la jurisprudencia; la doctrina; la expresión de voluntad de las personas en lo que no vaya contra el régimen jurídico; y la legislación. De ellas, trataremos solamente a esta última, en la medida que es objeto del presente trabajo.

### *1.1.1. La Legislación.*

Dentro de nuestro Derecho, el vocablo *legislación* tiene por lo menos dos acepciones fundamentales. En un sentido puede definírsela como el conjunto de normas jurídicas de carácter general que han sido producidas por el Estado mediante constituciones, 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 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 formales, la Legislación es un procedimiento de creación de normas jurídicas pero, 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 rango, estando jerarquizadas mediante un conjunto de principios: la Constitución, por ejemplo, prima sobre cualquier otra norma legislativa; la ley prima sobre las resoluciones, 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 Poderes del Estado, lo que la diferencia de la costumbre, la doctrina y la expresión de voluntad de las personas naturales y jurídicas<sup>3</sup>.

En nuestro sistema jurídico, la Legislación está compuesta por diversos sub-tipos de fuentes: la Constitución, las Leyes, los Decretos Supremos, las Resoluciones (Supremas, Ministeriales, Directorales, etc.) y por algunas normas atípicas que mencionaremos posteriormente.

## 1.2. LA LEGISLACION Y LOS SISTEMAS JURIDICOS 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 las teorías de división de los poderes, y al desarrollo del concepto de “Estado de Derecho”, los órganos del Estado han sido los que indiscutiblemente fijan todo lo relativo a la creación de las normas jurídicas y, de entre ellos, principalmente el Poder Legislativo y Poder Ejecutivo (Congreso y Presidencia de la República en el Perú). Son justamente estos poderes del Estado los que tienen la atribución de crear legislación tal como la hemos definido en las páginas precedentes.

---

3 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 es siempre fijado por un organismo del Estado. Un ejemplo alcarará la situación. Si nosotros leemos el art. II del Título Preliminar del Código Civil (“La Ley no ampara el abuso del Derecho”). encontraremos que la norma jurídica que contiene, ha sido producida mediante una fuente formal de Derecho (la ley, en la medida que el Código Civil rige en virtud de una Ley que lo aprueba), pero a la vez el contenido propio de la norma, ha sido aprobado por un organismo del Estado: el Congreso ha conocido el contenido de esa norma jurídica y ha decidido aprobarlo. Distinto es el caso, por ejemplo, de la expresión de voluntad de una persona natural. Así, si dos personas contratan realizar una compra-venta de un libro por el valor de X soles oro, ese comprador y ese vendedor han creado una norma jurídicamente obligatoria para ambos que consiste en que el dueño del libro debe entregarlo al comprador, a cambio de que este le pague el precio acordado. 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. . .” (art. 1328 del Código Civil), norma que ha sido a su vez conocida y aprobada por el Congreso al dar el Código Civil. Sin embargo, el contenido específico de la norma jurídica producida en este caso (que tal vendedor entrega tal libro al cambio de que el comprador le pague X soles), no ha sido conocido (ni podría haberlo sido), por los poderes del Estado. 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 en estos ejemplos.

Sin embargo, no siempre fue la legislación la fuente principal del Derecho y no en todos los sistemas jurídicos que reconoce el derecho comparado tiene el hegemónico lugar que nosotros le damos en nuestro sistema.

Resumiendo, podemos distinguir tres grandes familias en lo que se conoce como el Derecho Comparado: la familia del Derecho Anglo-Sajón; el conjunto de Derechos fundamentados en creencias religiosas de los que resalta el Derecho Islámico; y la familia de Derecho llamada Romano-civilista.

La familia Anglo-sajona, que comparten Gran Bretaña, Estados Unidos de Norteamérica y los estados de la Comunidad Británica entre otros, da 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, aún hoy, regidos por normas que provienen de dicha fuente formal.

La familia de los derechos fundamentados en creencias religiosas, dan fuerza de normas jurídicas a los textos que tienen carácter de palabra divina revelada. Tal es el caso del Korán en muchos estados árabes, que constituye la ley básica que rige la vida social.

La familia Romano-civilista, a diferencia de ellas, 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 la familia Romano-civilista y de allí que conceptuemos vulgarmente nuestro Derecho como basado en “las leyes”. Por pertenecer a esta familia del derecho comparado, nuestro sistema tiene dos 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 de Derecho, incluida la Anglo-sajona, que nos es especialmente cercana por razones culturales.

### *1.3. 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 variados 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, teniendo esta deficiencia serias consecuencias directas en la posibilidad de comprender cabalmente lo que constituye la Legislación como fuente de

Derecho, en la medida 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, no siendo nuestro objetivo dar una visión completa de ella en este artículo (cosa que por lo demás sería imposible). Más bien, nos interesa hacer algunas distinciones que luego redunden en beneficio de un mejor entendimiento de cómo funciona la Legislación en el Perú y porqué 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 a ellos, 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, es decir, procesar y resolver o sentenciar los juicios).

Simplistamente, a cada órgano o poder del Estado correspondería la función o postestad homónima, produciéndose el siguiente cuadro esquemático:

Órgano Legislativo: Función legislativa: aprueba la legislación

Órgano Ejecutivo: Función Ejecutiva: dirige política y administrativamente el país

Órgano Judicial: Función Jurisdiccional: administra justicia a nombre del Estado.

Tal como está elaborado, el cuadro anterior es equivocado por dos razones: la primera, porque falta un elemento esencial (el llamado Poder Constituyente), y la segunda porque los diversos órganos del Estado cumplen a la vez dos o más de las funciones estatales. Tratemos de reordenar las ideas, haciendo primero algunas precisiones sobre las palabras y conceptos a utilizar.

A fin de evitar superposiciones utilizaremos la siguiente nomenclatura:

—Llamaremos *órganos del Estado* a las instituciones principales del ejercicio de las funciones estatales. En el caso peruano, el órgano legislativo sería el Congreso; el órgano ejecutivo sería la Presidencia de la República; y el órgano Judicial serían los Tribunales. Los órganos, para nosotros, son los que se llaman “Poderes del Estado” en el lenguaje común.

—Llamaremos *funciones estatales* a las actividades que debe realizar fundamentalmente el Estado, y que se encargan como atribuciones a sus diferentes órganos. En este sentido, hablaremos de la función normativa general<sup>4</sup>

4 Normalmente a esta función se da el nombre de legislativa, pero nosotros preferimos distinguir una de otra, llamado función normativa general a aquella en virtud de la cual se produce la legislación, y función legislativa a aquella por la que se produce normas con rango de Ley. Como resulta obvio, la función legislativa sería parte de la función normativa general.

(aprobar la legislación); de la función ejecutiva (gobemar y administrar el país); y la función jurisdiccional (administrar justicia en los conflictos).

—Llamaremos *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 referendun), o indirectamente a través de representantes (por ejemplo los cien representantes elegidos por el pueblo ante la Asamblea Constituyente que existió en el Perú entre julio de 1978 y julio de 1979)<sup>5</sup>

Así precisados los conceptos, el cuadro que hiciéramos anteriormente recibe variaciones sustanciales por las siguientes razones:

1. El Poder Constituyente resulta el poder fundamental dentro del Estado, en la medida que 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 que estatuye, entre otros elementos: los derechos de los ciudadanos, las atribuciones y límites del ejercicio de funciones por cada uno de los órganos del Estado.

El Poder Constituyente ha llevado a una conocida (y discutida) distinción, sobre las posiciones que señalan la existencia de “un poder constituyente” y de “poderes constituidos”. La distinción de ambos 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

---

5 La “representación” de la voluntad del pueblo es uno de los temas más álgidos de la democracia que existe en nuestros días. Originalmente, 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 implementar 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 por sí mismos. Sieyes, autor de “¿Qué es el Tercer Estado?”, fue el genio político que dio forma operativa más clara y prístina 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. DUVERGER (Op. cit.) sostiene que es una forma de democracia menos cabal que otras. Nosotros hemos colaborado en la profundización, de este análisis en un trabajo de divulgación (PEASE, Henry. . . , Rubio Correa, Marcial; . . . Madalengoitia, Laura. . . *Mitos de la Democracia*.— Lima, DESCO, 1978). Hasta qué punto en una democracia representativa el poder-constituyente en propiedad del pueblo o de élites políticas, es un asunto sumamente discutible que puede analizarse más a fondo en las obras que hemos citado.)

*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 del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las 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*<sup>6</sup>.

El Poder Constituyente puede ser ejercitado de diversas formas. En la elaboración de nuestras últimas dos Constituciones, se eligió a un organismo asambleístico, encargado de aprobarla: el Congreso Constituyente del período 1931-1933 y la Asamblea Constituyente del período 1978-1979.

Adicionalmente, en nuestro país es el Congreso Constitucional el que ejerce el poder Constituyente para modificar los artículos de la Constitución, con una serie de requisitos especiales en materia de votos y aprobación, que estudiaremos posteriormente.

Otra variación sustancial del cuadro original consiste en que los órganos del Estado asumen distintas funciones, que no son necesariamente sus homónimas.

2.1 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 aún funciones jurisdiccionales en materia constitucional o de juicio político a los gobernantes.

2.2 El órgano Ejecutivo, en adición a la Función ejecutiva, tiene también funciones normativas generales (según el inciso 8º del art. 154 de la Constitución de 1933 reglamenta las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y con los mismos límites dicta decretos y resoluciones); y funciones jurisdiccionales, que ejercita a través de diversos organismos administrativos de administración de justicia (por ejemplo el Ministerio de Trabajo, el Tribunal Fiscal, etc.).

---

6 SIEYES. "¿Qué es el Tercer Estado?" Madrid, Aguilar S.A. de ediciones, 1973, Cap. V, pp. 76-77.

2.3 Igual ocurre con el Poder 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 (por ejemplo dictar normas de carácter general como el Reglamento de las Inscripciones), verdaderas normas de carácter general y aplicables a importantes aspectos de la vida social y económica del país.

Por lo tanto, podemos concluir esta parte de introducción teórica diciendo que las normas legislativas no dependen tanto del órgano del Estado que las aprueba, sino fundamentalmente de la función del Estado en virtud de la cual se dan normas escritas, de carácter general, y siguiendo los procedimientos señalados para cada caso.

En otras palabras, la estructura de la legislación no depende de los funcionarios o gobernantes que la aprueban, sino de las atribuciones normativas generales que tienen los diversos órganos estatales. En este sentido, la legislación no es una función privativa del órgano legislativo, sino que alcanza también a los órganos ejecutivo y judicial.

## 2. LA ESTRUCTURA LEGISLATIVA EN EL PERU

El sistema legislativo en el Perú<sup>7</sup> tiene una estructuración compleja, semejante a la de muchos otros “derechos nacionales”<sup>8</sup>. Esta forma de organizar el sistema legislativo jerarquiza en varios niveles las distintas normas con principios de supra-ordinación que van señalando, en caso de conflicto en el mandato de dos normas, cuál debe primar en el orden jurídico.

En cuanto a niveles, nuestra legislación tiene los siguientes<sup>9</sup>:

—La Constitución del Estado y las leyes constitucionales que, con procedimientos especiales de aprobación, la interpretan, modifican o derogan.

—Las leyes y los decretos con rango de ley.

—Los decretos y resoluciones que, a su vez, asumen diversas formas:

---

7 Con finalidades distintas a las nuestras, otro autor se ha referido anteriormente a este problema en un trabajo ad hoc: FURNISH, Dale B. . . *La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano*; en DERECHO, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú; número 30; 1972; pp. 61 y ss.

8 Se reconoce generalmente que el tratadista que ha desarrollado más este tema es KELSEN, Hans. . . *Teoría Pura del Derecho*.— Buenos Aires EUDEBA, 1965.— Cap. IX. Es cierto, sin embargo, que su conceptualización está claramente marcada por el positivismo jurídico, del que es uno de los más preclaros expositores y defensores.

9 Posteriormente veremos que, cuando entren en aplicación las normas sobre regionalización de la Constitución de 1979, se añadirá un cuarto nivel y algunos matices adicionales a este esquema.

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 las leyes priman sobre los decretos y resoluciones. Aún dentro de estos últimos, tenemos un sistema de jerarquización que estudiaremos en párrafos posteriores.

Los principios de supra-ordinación de esta estructura son el de constitucionalidad; de legalidad; de competencia, y de jerarquía del órgano que aprueba la norma. Por razones de claridad expositiva, los trataremos dentro de cada nivel correspondiente.

## 2.1. LA CONSTITUCION

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

—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.

—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.

—El tercero, porque en el texto constitucional está contenido el procedimiento y las atribuciones generales que tienen los órganos del Estado para dictar las leyes y las otras normas del sistema legislativo.

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 violar (en nuestra Constitución de 1933 llamados impropriamente *garantías*, y correctamente llamados *derechos* constitucionales en la de 1979).<sup>10</sup>

---

10 Ver, principalmente, SIEYES. *¿Qué es el Tercer Estado?*. Este clásico folleto, aparecido justo en el momento de 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 dió su primera constitución a Francia luego de la Revolución.

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, etc.

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 que, al menos formalmente, ello significará que ninguna otra norma del sistema podrá abrogarlos y que, más bien, figurando en la Constitución tendrán un mayor grado de obligatoriedad porque deben ser obedecidas no sólo por el pueblo, sino también por quienes ejercen el poder dentro del Estado<sup>11</sup>.

El principio supra-ordinador que emana de la Constitución, es el principio de *constitucionalidad* de todo el sistema jurídico y, por supuesto, del sistema legislativo<sup>12</sup>. Simplificadamente, este principio señala que las normas constitucionales tienen primacía por sobre cualquier otra norma del sistema y que, en caso de que cualquiera otra norma se oponga de alguna manera a la norma constitucional, se aplicará la norma constitucional sobre ella.

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 la de

---

11 No es cierto, sin embargo, que los gobernantes apliquen el íntegro de la Constitución. En nuestra carta de 1933, por ejemplo, se establecía la obligatoriedad de legislar diversos aspectos (como por ejemplo el contrato colectivo de trabajo o las atribuciones del Poder ejecutivo durante la suspensión de garantías). Estas, y muchas otras leyes, no se dieron nunca. Tal es el caso también de la acción popular contra las disposiciones gubernativas de carácter general que infrinjan la Constitución y las leyes (art. 133). Este artículo exigía una norma que fijase el procedimiento judicial para canalizar la acción. Dicho procedimiento recién se fijó en la Ley Orgánica del Poder Judicial promulgada en 1963. En los 30 años de intermedio, se dió varias veces el caso de que el Poder Judicial se negara a resolver acciones así interpuestas, alegando que “no había aún procedimiento establecido” (Ver entre otras, la Resolución Suprema del primero de Octubre de 1958 y su respectivo dictámen Fiscal; y la del 28 de Octubre de 1960 y su dictámen fiscal; ambas en GARCIA BELAUNDE, Domingo; . . . *El Hábeas Corpus Interpretado*.— Lima, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1971; páginas 85 y 195 respectivamente). Esto demuestra que, mediante argumentos equívocos como éste de no tener aún el procedimiento señalado por la ley, los Tribunales no aplicaron normas constitucionales en plena vigencia y, como ocurre en ambos casos, con regímenes constitucionalmente elegidos.

12 En adelante, hablaremos de 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 de Derecho, etc. Como resultará obvio, todo el sistema jurídico tiene, a su vez, criterios de jerarquización pero en este trabajo nosotros desarrollamos específicamente lo relacionado al sistema legislativo.

declaración de invalidez de la norma inconstitucional.

Según la primera forma, en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y otra norma legislativa, se preferirá la primera sin declarar inválida (o nula)<sup>13</sup> a la segunda.

Según la otra forma, la norma legislativa que resulte con vicio de inconstitucionalidad, podrá ser declarada inválida (normalmente por el Poder Judicial o por una Corte Constitucional.)

Hasta la Constitución de 1979, en el Perú existía el sistema de la no aplicación para las leyes y el de la declaración de nulidad para las disposiciones de carácter general dadas por el Poder Ejecutivo y los Gobiernos locales. En caso de estos dos últimos, además estaba el principio de no aplicación para el despojo de derechos a personas individuales.

La no aplicación de las leyes está contenida en el art. XXII del Título Preliminar del Código Civil que dice: "Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera". Esta norma ha sido recogida en el art. 236 de la Constitución de 1979.

La declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones de carácter general dadas por el Poder Ejecutivo está en el art. 133 de la Constitución de 1933 que dice: "Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones o decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes..."<sup>14</sup>.

La Constitución de 1979 repite esta última norma (art. 295) pero, adicionalmente, contiene en su art. 298 y siguientes el sistema de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, cumpliéndose determinados requisitos.

El sistema de no aplicación de normas del Poder Ejecutivo o gobiernos locales para el caso de despojo de derechos está contenido en el art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: "Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los

---

13 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 sólo puede ser anulable (KELSEN, Hans... *op. cit.* pp. 156 yss). Para el caso peruano, específicamente, se dió una discusión entre dos representantes a la Asamblea Constituyente última. 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 de la Constitución de 1933 que dice que los actos de gobierno del Presidente requieren de la firma de un Ministro, aclarando a continuación que "sin este requisito son nulos". 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.

14 Es verdad que en el Perú ha habido resoluciones judiciales declarando que el art. 133° recoge el sistema de no aplicación, pero ello no es una interpretación adecuada. Sobre el tema ver ALVAREZ SIMONETTI, Manuel T... *Debate en torno a la Acción Popular*; en DERECHO, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 32, 1974, p. 73

actos de la administración pública, departamental y municipal, que constituyan despojo, desconocimiento o violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes". Esta acción, denominada "de Amparo" en la teoría, ha sido recogida también en el art. 295 de la Constitución de 1979.

Finalmente, la Constitución de 1979, sanciona el principio de no aplicación de los decretos y resoluciones inconstitucionales, en la parte final de su art. 236.

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 dicho 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 pueblo<sup>15</sup>.

Según la teoría democrática, este poder no puede pertenecer a otro que el pueblo, en la medida que es él quien tiene derecho a fijar su propia organización estatal, sin interferencia 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 Rousseau<sup>16</sup> y Sieyès<sup>17</sup> consideraron que no los tenía pero, ya en 1816, Constant<sup>18</sup> creía que sí en lo referente a la intangibilidad de los principios de libertad. La discusión ha continuado y abarca varios otros campos como la seguridad nacional, la subsistencia o no de los principios democráticos, etc. Sin embargo, en el Perú se le ha considerado siempre como un poder sin restricciones.

El pueblo ejerce este poder de diversas maneras, canalizadas según los instrumentos operativos que ha desarrollado la democracia en nuestros países. En líneas generales, se reconoce las siguientes formas:

—Una comisión gubernamental redacta un proyecto de Constitución que es aprobado o no por el pueblo mediante un plebiscito (caso de la última Constitución de Francia).

—El pueblo elige una Asamblea para que, conformada por sus representantes, apruebe la Constitución (caso del Perú en 1978).

—Sistema de Asamblea Constituyente con referendum ratificatorio (caso de la última Constitución de España).

En el Perú, el sistema de ejercicio de poder constituyente ha tenido en los

---

15 Importante al respecto es SANCHEZ VIAMONTE, Carlos. . . *El Poder Constituyente*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.

16 ROUSSEAU, Juan Jacobo. . . *El Contrato Social*.— Madrid, Taurus Ediciones S.A. 1966; Libro II, cap. IV. (Allí aclara, sin embargo, que la *voluntad general* es absoluta frente al individuo en su calidad de súbdito).

17 SIEYES, *Op. Cit.* Cap. V, pp. 78 y ss.

18 CONSTANT, Benjamín. . . *Principios de Política*, Madrid, Editorial Aguilar, 1970, Cap. I.

últimos años dos formas legisladas para realizarse:

—Para dar una nueva Constitución, se ha recurrido a la convocatoria a elecciones de un Congreso Constituyente (1931) o de una Asamblea Constituyente (1978) a fin de que sus miembros, con el mandato especial de elaborar una nueva Constitución, la aprueben.

—Para modificar la Constitución existente (modificación que en teoría puede ser parcial o total), nuestras Cartas han consignado como detentador del Poder Constituyente al Congreso, el que aprobará leyes modificatorias de la Constitución con la mayoría de votos legales de las cámaras en dos legislaturas ordinarias (art. 236 de la Constitución de 1933; y art. 306 de la Constitución de 1979).

De esta manera, la Constitución es de por sí la norma legislativa de mayor importancia dentro de nuestro sistema legislativo; tiene mecanismo formal de aprobación que requiere de poderes especiales<sup>19</sup> en manos de los representantes para dar una Constitución completa, o de un procedimiento parlamentario especial para modificar la Constitución existente. En virtud del principio de Constitucionalidad, sus normas priman sobre cualquiera otra del sistema legislativo y jurídico en general.

## 2.2 LA LEY (O LAS NORMAS CON RANGO DE LEY)

El segundo nivel jerárquico de nuestro sistema legislativo es la Ley, entendida ella como la norma aprobada por el Congreso, en ejercicio de sus atribuciones legislativas, y mediante el procedimiento señalado en la Constitución. Este párrafo, sin embargo, requiere de varios matices aclaratorios.

En primer lugar, es necesario señalar que hay diferencias entre una Ley, y una norma legislativa con *rango de ley*. En principio, toda Ley tiene rango de Ley, eso es una tautología. Sin embargo, en nuestro sistema legislativo, hay también otras normas legislativas que poseen este rango: los Decretos-Leyes y

---

19 Sobre los poderes especiales de los representantes que dan la Constitución, hay una explicación clásica en el libro citado de Sieyès. Para el Perú, sin embargo, es necesario hacer una importante precisión en este sentido: en principio, la Constitución de 1933 debió ser modificada total o parcialmente por un Congreso elegido constitucionalmente. Esta era la prescripción formal vigente en la Constitución de 1933 y así debió hacerse de acuerdo al derecho positivo. Sin embargo, las elecciones convocadas en 1977 fueron masivamente aceptadas no sólo por los partidos políticos sino por el pueblo mismo, que concurrió a las ánforas mayoritariamente a votar en Junio de 1978. Teóricamente, esto significa que el pueblo decidió ejercer su poder constituyente de manera distinta que lo que prescribía la propia constitución, a la que no se ató en dicho ejercicio. De acuerdo a lo que hemos venido diciendo, esta opción es legítima y la participación popular en los comicios de 1978, legitima la Constitución emanada de dicha Asamblea, a pesar de que, en rigor, ella resulte "inconstitucional" frente a la Carta de 1933.

ciertos decretos supremos aprobados por el Poder Ejecutivo. Es por tanto necesario diferenciar estos tres tipos de normas.

En segundo lugar, y complementariamente, cabe recordar o lo que dijimos al finalizar la primera parte de este trabajo: que la naturaleza de las normas legislativas no dependía tanto del órgano que las aprobaba, sino de la función estatal con la que actuaba. Expliquémonos:

La Ley, procede de la función legislativa que, empleada en sentido estricto, significa la atribución de aprobar normas legislativas con rango de Ley. (Sentido en que la usaremos a partir de aquí. En sentido lato, la función legislativa abarcaría la atribución de dar normas legislativas de los tres niveles que hemos mencionado anteriormente, pero que no es, estrictamente, su significado dentro de la teoría, por lo que a esta última función la hemos denominado como *normativa general*).

En principio, la función legislativa corresponde al Congreso dentro de la Constitución de 1933 (art. 123, inciso 1) y también dentro de la Constitución de 1979 (art. 186, inciso 1). No obstante no todas las decisiones que toma el Congreso son automáticamente leyes, en la medida que 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 Minsitro debe dimitir según la Constitución, pero dicha censura no es tomada como acuerdo por Ley.

De los múltiples acuerdos que toma el Congreso, sólo son Leyes aquellos que siguen el procedimiento y las formalidades establecidas en la Constitución para tal respecto y que, en la de 1933, están contenidas entre sus artículos 124 al 131, y en la de 1979 entre sus artículos 190 y 196.

Por otro lado, existen también normas legislativas con rango de Ley que no son dadas por el Congreso. Uno de estos tipos es lo que se llama "legislación delegada", que es dada por el Poder Ejecutivo, y el otro tipo es uno constitucionalmente espúreo, pero de innegable existencia: las normas con rango de Ley dadas por los gobiernos de facto a través de Decretos-Leyes. Veamos uno por uno estos dos tipos:

La *legislación delegada* consiste en que el Congreso puede autorizar al Poder Ejecutivo, a dictar normas con rango de Ley, bien en casos especiales, bien por un período determinado. La Constitución de 1933 no preveía específicamente este mecanismo, pero se utilizó en reiteradas oportunidades: Ley 9047 del 12 de Enero de 1940; Ley 14953 del 9 de Marzo de 1964; Ley 16701 del 31 de Octubre de 1967 y, sobre todo, la Ley 17044 del 20 de junio de

1968<sup>20</sup>.

De los cuatro casos, es especialmente interesante el de la Ley 17044 porque dió autorización para legislar en términos mucho más amplios que las tres anteriores y, en virtud de ella, se dieron numerosos decretos supremos con fuerza de Ley, tales como el D. S. 287-68-HC de Agosto de 1968, que reestructuró todo el sistema del impuesto a la renta y que, con varias modificaciones, sigue aún vigente en esta importante parte del Derecho Tributario nacional. En aquella época, el Colegio de Abogados produjo una opinión criticando esta delegación tan general de facultades legislativas, aduciendo que la Constitución no la permitía; pero dicha opinión, compartida por miembros de la oposición parlamentaria de ese entonces, no fue tomada en cuenta y se estableció, de esa manera, el precedente de la delegación amplia y general en base a la Constitución de 1933.

La Constitución de 1979, por otro lado, contempla específicamente la legislación delegada en su art. 188. 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 sólo en el Perú, sino en muchos otros Estados.

El otro tipo de normas legislativas con rango de Ley que no son aprobadas por el Congreso, están constituidas por los Decretos—Leyes de los gobiernos de facto.

A pesar de la inconstitucionalidad formal de estos gobiernos, su incorporación en los hechos a la producción de normas jurídicas es innegable en nuestro sistema y, de hecho, dentro de nuestro derecho positivo existen numerosas normas con rango de Ley aprobadas por ellos en diversas épocas de nuestra vida republicana, por no mencionar los cinco mil Decretos-Leyes aprobados en los últimos once años.

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 espúeos que sean dentro de la conceptualización estrictamente jurídica.

---

20 FURNISH, Dale B. . . *op. cit.*, p. 64, nota 12.

En este sentido, 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 resultan acatadas. En síntesis estas teorías son:

—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.

—La de la *revisión*, según la cual, estas normas deben ser revisadas por el Congreso del gobierno restaurado el cual, dentro de un plazo, declarará cuáles Decretos-Leyes reciben convalidación y cuáles cesan de tener validez.

—La de la *continuidad*, según la cual las normas dadas por los gobiernos de facto continúa 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.

De ellas, la de la revisión es criticada en numerosos textos por su escaso valor práctico (ya que en la práctica equivale a una derogación), y sobre todo porque en casos como los últimos once años de producción legislativa peruana por gobierno de facto, sería materialmente imposible que el próximo Congreso Constitucional revise una por una cada norma contenida en los miles de Decretos-Leyes existentes.

Mas bien, FURNISH<sup>21</sup> trae importantes testimonios de que nuestra Corte Suprema en resoluciones expresas ha declarado que “los decretos-leyes, promulgados por gobiernos de facto que asumen funciones legislativas, tienen plena vigencia, aunque no sean ratificados por el Congreso, hasta ser derogado, modificado, o reemplazado por una u otra disposición similar...”, lo que constituye una aplicación jurisprudencial de la teoría de la continuidad.

En base a estos elementos de juicio históricos, podemos concluir diciendo que, si bien no ha sido unívocamente acatada, la teoría de la continuidad tiene preeminencia dentro de nuestro sistema para los Decretos-Leyes dados por los gobiernos de facto<sup>22</sup>.

Por todo lo dicho, a nivel de las normas con rango de Ley, en el Perú

21 FURNISH, Dale. . . *op. cit.*, p. 64, nota 11

22 Un excelente trabajo aplicado a nuestra realidad sobre los gobiernos de facto es: BELAUNDE L. de R., Javier. . . *Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vigencias constitucionales*; en *DERECHO*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 32, 1974; pp. 93 y ss.

tenemos las siguientes: la Ley aprobada por el Congreso Constitucional; los Decretos Supremos 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:

—Salvo que su texto establezca un plazo de validez, estas normas continúan teniendo vigencia permanente hasta que otra norma de su mismo nivel las modifique o derogue; Eventualmente, una modificación constitucional podría hacerlas caer en situación de inconstitucionalidad, pero en tal caso funcionarían los mecanismos que anteriormente hemos mencionado al respecto.

—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.

—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 ésta sobre aquélla en su campo específico.

—Según la Constitución de 1933, art. 132º, las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su promulgación y publicación en el diario oficial, salvo que en ella misma se fije norma distinta (que en una sana interpretación jurídica, no puede ser fecha anterior a dicha promulgación y publicación, en la medida que según el Art. 25º de la misma Carta ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivo).

En este sentido, es importante aclarar que la Constitución de 1979, en su artículo 195º, señala que “La ley es obligatoria desde el décimo sexto día ulterior a su publicación en el diario oficial, salvo, en cuanto el plazo, disposición contraria de la misma ley. . .”

Esta modificación en relación al régimen contenido en la Constitución de 1933 ha sido defendida argumentándose que, dentro del territorio nacional, los sistemas de distribución del diario oficial (y de la prensa en general), son seriamente deficientes con excepción de una minoría de lugares y que, en consecuencia, hay que dar un plazo mayor que el de 24 horas para el inicio de la validez formal de todo mandato jurídico. No obstante, el lapso existente entre la publicación y la vigencia obligatoria de la norma, puede permitir su evasión, en la medida que durante este tiempo se puede modificar las condiciones fácticas o jurídicas que las normas consideran como supuesto de su aplicación. Tal sería el caso, por ejemplo,

de normas referidas a control de cambio de moneda extranjera, manejo de operaciones bancarias y muchos otros casos similares.

De estos principios, el primero es consustancial o todos los mandatos jurídicos y también lo es el segundo. Ambos se encuentran contenidos en nuestro derecho positivo dentro del artículo I del título preliminar del Código Civil que señala: “Ninguna ley se deroga sino por otra ley”.

No obstante, el tercer principio no está legislado en nuestro sistema jurídico positivo, deviniendo de la aplicación de la costumbre a los casos concretos, y de su incorporación a la Doctrina prevaleciente como un principio general del derecho.

Desde el punto de vista de la jerarquía, dos principios rigen a estas normas:

—El de constitucionalidad, ya explicado, las somete subordinadamente a la Constitución.

—El de legalidad las supra-ordina a las normas de nivel inferior (reglamentos, decretos, resoluciones y sentencias judiciales). La legalidad de las tres primeras está específicamente considerada en el art. 133º de la Constitución de 1933 y en los artículos 236º y 295º de la Constitución de 1979. Ya hemos comentado el funcionamiento de este mecanismo. También está contenido en el art. 12º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La legalidad de las sentencias judiciales está contenido en el art. XXI del Título Preliminar del Código Civil que dice: “Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes”.

### 2.3. *Los tratados* —

Los tratados internacionales han recibido un tratamiento más detallado en la Constitución de 1979, en relación a las normas de la de 1933, adquiriendo por norma positiva una importancia y jerarquización importante dentro de nuestro sistema jurídicas.

Para adquirir validez y obligatoriedad jurídica, los tratados deben ser aprobados por el Congreso y luego ratificados por el Presidente de la República, según los artículos 102º, 186 inciso 3º y 211º inciso 14º.

En función de su contenido, los tratados que suscriba el Perú pueden tener dos tipos de contenidos, que inciden en su forma de aprobación por el Congreso:

—Si afectan materia normada por la Constitución del Perú, deberán ser aprobados mediante el procedimiento que rige la reforma de la Constitución. Este mandato está contenido en el art. 103º de la Constitución de 1979 (y el de reforma de dicha Carta en el art. 306º como vimos oportunamente).

—Si no afecta materia normada por la Constitución, entonces deberá

recibir una ratificación que, tradicionalmente, ha operado bajo la forma de Resolución Legislativa, acuerdo al que se considera con rango de Ley dentro de nuestro sistema legislativo y que cumple las mismas formalidades que ésta en materia de su aprobación.

—Si la materia de un tratado es relativa a los derechos humanos, según el artículo 105º de nuestra Constitución de 1979 tiene jerarquía constitucional y no puede ser modificado sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

De acuerdo a estas formalidades, los tratados reciben por mandato mismo de la Constitución, una ubicación específica dentro de nuestro sistema legislativo: serán normas de rango constitucional en el primero y tercer caso, y normas con rango de Ley en el segundo.

No obstante, la Constitución establece dos principios adicionales de jerarquización respecto a sus normas:

—“En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”, según la norma contenida en art. 101º de la Constitución.

—“Los tratados de integración con estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre las mismas partes”, estipula el artículo 106º del mismo cuerpo legal.

De esta forma, los tratados internacionales adquirirán a partir de la vigencia de la Constitución de 1979 uno de los lugares siguientes en la jerarquía de nuestro sistema legislativo:

—Rango Constitucional si tratan de asuntos normados por la Constitución o de asuntos referentes a los derechos humanos.

—Rango de Ley en los demás casos, pero prevaleciendo ellos sobre las leyes comunes en caso de conflicto, y prevaleciendo los tratados de integración latinoamericana sobre los otros multilaterales firmados entre las mismas partes.

Con estas normas no se hace sino incorporar en la Constitución, sendos principios reconocidos en el Derecho Internacional, y que no habían sido incorporados con anterioridad en nuestra legislación positiva.

#### 2.4. 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<sup>23</sup>, tal vez porque es

23 Dos trabajos recientes sobre el tema, en adición al de Dale Furnish ya citado son: BUSTAMANTE, Alberto. . . *El Gobierno y la Administración en la Constitución*. En *Apuntes*, Lima, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, número 9; año V; 1979. También nuestro trabajo *La Actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico* en *Apuntes* N° 8.

sumamente difícil tratarla comprensivamente.

Nosotros haremos el intento, desde la perspectiva de este artículo, pero sabiendo que inevitablemente quedarán interrogantes y muchos aspectos normativos 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 pre-establecidos, 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, referente 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 lo siguiente: Decreto Supremo, Resolución Suprema, Resolución Ministerial, Resolución Directoral, Resolución sub-directoral, etc. según el funcionario de la Administración Pública que la adopte.

El *Decreto Supremo* es, en lo formal, la norma de mayor jerarquía que dicta el órgano Ejecutivo, llevando la firma del Presidente de la República y de uno o más ministros (incidentalmente, puede llevar la firma de todo el Consejo de Ministros).

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 presentaba también la firma de al menos un ministro de Estado, lo cual se debe a que, según el artículo 166º de la Constitución de 1933 (norma repetida en el art. 213º de la Constitución de 1979), el Presidente no puede nunca autorizar un acto de gobierno sin la firma de un ministro bajo pena 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 aprueba las normas que la Constitución o las leyes encargan al "Poder Ejecutivo", es decir, al Presidente y al Consejo de Ministros conjuntamente, en la medida que el art. 164 de la Constitución de 1933 establece que "El Consejo de Ministros tiene voto deliberativo y voto consultivo en los casos que señala la ley". Es así como, por ejemplo, la propia Constitución señala en su artículo 108º que "El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede convocar al Congreso a Legislatura Extraordinaria. En el decreto de convocatoria se fijarán las fechas de instalación y de clausura". En este caso, el voto del Consejo es deliberativo, es decir, debe aprobar la convocatoria al Congreso para que esta pueda producirse. En los casos de "voto consultivo" el Consejo deberá dar su opinión, pero ella no debe ser necesariamente seguida por el Presidente en el momento de expedir la norma.

En base a 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 no la está creando él sino 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 sólo 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, sub-directorales, zonales, etc. 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 escaso desarrollo de la función normativa del Estado en los diversos campos de la vida nacional. Con el desarrollo de esta función, ha crecido 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 en nuestro sistema jurídico sino de manera muy remota. Rastros de esta normatividad pueden encontrarse en la Constitución de 1933, que en el inciso 8º del art. 154º señala como atribución del Presidente de la República “reglamentar las leyes sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas y, con esta

misma restricción, dictar decretos y resoluciones” 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 detalles estas normas<sup>24</sup> y sería engorroso repetirlo en éste. 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 vínculo. . .”<sup>25</sup> debiéndose las formalidades concretas que ahora tienen, básicamente a la costumbre jurídica creada por su uso contínuo a través del tiempo: “La costumbre y el uso han creado todo un ropaje a esa estructura”<sup>26</sup>.

En adición a lo dicho hasta aquí, que demuestra suficientemente el carácter escrito de estas normas, es necesario señalar que para su validez son hechas públicas mediante su publicación en el diario oficial.

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.

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 ésta”.<sup>27</sup>

Respecto a la resolución, el propio 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, etc. se hacen 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 todos”<sup>28</sup>

No obstante, ésta y otras muchas opiniones en el mismo sentido, han quedado como simples planteamientos doctrinales pues, en la práctica, decretos y resoluciones se ocupan indistintamente, en sus respectivos niveles, de asuntos

---

24 RUBIO, Marcial. . . *La actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico*. Ver especialmente las páginas 82 a 87.

25 *Ibidem* . - p. 87

26 FURNISH, Dale. . . *op. cit.* p. 75

27 ALAYZA Y PAZ SOLDAN, Toribio. . . *Derecho Administrativo General y del Perú.* - Lima, Sanmarti y Cía. 1927; p. 15

28 *Loc. cit.*

generales y particulares. Es así como, por ejemplo, podemos encontrar un Decreto Supremo que expropia menos de una hectárea para fines de Reforma Agraria al lado de otro que establece normas generales para la actividad industrial como es el caso del Reglamento de la Ley General de Industria (Decreto Supremo 001-71-IC/DS). Al mismo tiempo, tenemos resoluciones que indistintamente resuelven asuntos individuales como por ejemplo un pliego de reclamos en el sector trabajo, al tiempo que otras fijan, en este mismo sector, importantes normas de alcance general para patronos y trabajadores.

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 Bustamante<sup>29</sup>, 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:

—La tarea de su propia organización: crear dependencias en los ministerios, abrir y cerrar oficinas, nombrar funcionarios, establecer sus funciones específicas, etc. 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, etc.)

—La tarea de regimentar 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 del Trabajo.

—La tarea de resolver sobre las peticiones, derechos, obligaciones, etc. 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 cuantos 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, Turismo, Comercio e Integración, a

---

29 BUSTAMANTE, Alberto, op. cit. pp. 45-48

empresas para que se instalen en determinado lugar del territorio nacional.  
—La tarea de resolver conflictos que a veces toca al órgano Ejecutivo dentro del ordenamiento jurídico nacional, como el caso, por ejemplo, de reposición de un trabajador despedido por su empleador bajo el régimen de estabilidad laboral.

—La tarea de imponer sanciones en ejercicio de sus funciones coactivas. Tal por ejemplo, la atribución que tienen las reparticiones públicas del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 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.

—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 los de construcción de edificios, vías de comunicación, etc. 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 154º de la Constitución de 1933 e, inclusive, otras como la de suspender las garantías en todo o en parte dentro del territorio nacional, contenida en el artículo 70º de la Constitución de 1933 (y ampliada considerablemente dentro del régimen de excepción que contiene la Constitución de 1979)

Finalmente, está la atribución del Ejecutivo para reglamentar las leyes sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas (art. 154º inciso 8º de la Constitución de 1933 y art. 211º, inciso 11º de la Constitución de 1979). 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 un rasgo fundamental de la 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 decrito en los párrafos anteriores desde el punto de vista de sus formalidades<sup>30</sup>. Esto plantea la necesidad de hacer algunas precisiones.

30 No debemos olvidar el caso de legislación delegada que, cuando ha ocurrido, se ha canalizado mediante Decretos Supremos. Como ya hemos visto, estos decretos adquieren sin embargo, rango de Ley.

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 una parte importante) de la población. Tal el caso de la suspensión de garantías. También se crea normas de carácter general para la organización de la administración pública (porque de ello dependerán sus funciones y la manera cómo se relacionen con ella 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 normativas*

Por el contrario, aquellos decretos y resoluciones que se refieran a problemas de naturaleza esencialmente individual o particular, como la resolución sobre peticiones, derechos y obligaciones de las personas; los que se refieran 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, etc, son parte de la legislación peruana. Sólo gozan de tal condición, los que constituyen disposiciones normativas. Frente a esto son evidentes dos cosas: la primera que a veces será algo difícil distinguir unos de otros y, la segunda, 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, como un Proyecto de Ley de Bases de la Administración Pública elaborado por la ONRAP y publicado en el mes de setiembre de 1967. Desafortunadamente, casi nada se ha hecho en concreto frente a esta problemática y, en los trabajos de la última Asamblea Constituyente, se desperdició una buena oportunidad para sentar bases generales de reforma y racionalización del sistema, en la medida que la Constitución aprobada no consigna ninguna norma al respecto, repitiendo los mismos defectos de la de

1933.

Conociendo ya cuáles son las formalidades, contenidos y características de los decretos y resoluciones dentro de nuestra legislación, pasaremos a reseñar los principios de supra-ordinación por los que se rigen.

Todos ellos están subordinados a la Constitución y las normas con rango de ley por los principios de consitucionalidad y de legalidad. En este sentido, aun los Decretos Supremos con rango de Ley (dados en ejercicio de la atribución de legislación delegada), priman cualitativamente por encima de los Decretos Supremos dados sin esta atribución (que son los que venimos tratando en este acápite). Todo ello resulta claro de los aspectos teóricos que venimos desarrollando y, particularmente, de las siguientes normas de derecho positivo:

- El inciso 8º del art. 154 de la Constitución de 1933 que autoriza a la Presidencia de la República a dictar reglamentos, decretos y resoluciones sin transgredir ni desnaturalizar las leyes (y, naturalmente, la Constitución).
- Del artículo 133º de la Constitución ya analizado.
- Del artículo 12º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también comentado previamente.
- De los artículos 236º y 295º de la Constitución de 1979.

Entre sí, los decretos y resoluciones se supra-ordinan en virtud de los principios de competencia y jerarquía del órgano que dicta la norma, en ese orden de aplicación.

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 de determinadas especies marinas, la norma válida para establecer dicha veda será la resolución ministerial correspondiente y no una resolución directoral, subdirectoral, ni aún 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 un período distinto porque los criterios del Presidente y del Ministro serían distintos y, en tal caso, o éste se somete o será obligado a dimitir. Sin embargo, sí puede ocurrir que con alguna diferencia de fechas, 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 aquélla en la que participa un funcionario de más alto rango<sup>31</sup>.

Como podrá apreciarse, el principio supra-ordinador 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 decretos y resoluciones será la siguiente según orden de importancia: Decreto Supremo; Resolución Suprema; Resolución Ministerial; Resolución Directoral Superior; Resolución Directoral General; Resolución Sub-directoral; etcétera.

Fuera de estos principios, otros criterios semejantes a los que señalamos oportunamente para las normas con rango de Ley, rigen en este aspecto de nuestra legislación:

- Salvo que la disposición señale lo contrario, su validez es permanente.
- Una disposición sólo puede ser derogada o modificada por otra de su mismo rango.
- Aunque nada dice nuestra normatividad positiva sobre el momento en que las normas contenidas en los decretos y resoluciones entran en vigencia, debe aplicarse analógicamente el principio de que ello ocurre desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, en la medida que la publicidad de una norma jurídica es requisito naturalmente indispensable para su obligatoriedad y acatamiento.
- La disposición posterior del mismo rango, prima sobre la disposición anterior.
- 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;

---

31 Un caso ilustrativo ocurrió hace algún tiempo: el Presidente de la República hizo conocer su voluntad de reponer a 77 despedidos a raíz del paro del 19 de julio de 1977, que se hallaban en huelga de hambre en vísperas de Semana Santa. Sin embargo, como tal expresión de voluntad no producía efectos jurídicos (por varias de las razones señaladas en este artículo), dos días más tarde se dió una Resolución Ministerial del Ministerio de Trabajo ordenando la reposición. No fue Resolución ni Decreto Supremo porque no correspondía al Presidente competencia sobre este asunto. (Por lo demás, este mandato de reposición no fue cumplido).

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, ingresan dentro de la legislación, por ser parte de la función normativa del órgano Ejecutivo del Estado.

Expuestos los principios de supra-ordinación, podemos entonces hacer un cuadro descriptivo de las diferentes clases que asumen los decretos y resoluciones:

1. Disposiciones normativas generales. Ejemplo: normas sobre sueldos y salarios para los trabajadores.

2. Disposiciones normativas especiales. Ejemplo: normas sobre sueldos y salarios de los trabajadores de construcción civil.

3. Disposiciones resolutivas. Ejemplo: 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, que sus disposiciones normativas especiales primarán sobre las disposiciones normativas generales referidas a toda actividad económica. Igualmente, es claro que las disposiciones resolutivas deberán estar siempre sometidas a sus similares (formal pero no jerárquicamente) disposiciones normativas.

Esto explica, por ejemplo, por qué un Decreto Supremo que ordena la afectación de una parcela para fines de Reforma Agraria, tiene que estar sometido al Decreto Supremo que establece el procedimiento de afectación que señala el reglamento de la Ley de Reforma Agraria. Este último es una disposición normativa, en tanto que aquél (siendo formalmente idéntico a éste) es una disposición resolutiva. Desde este mismo punto de vista, podría darse incluso el caso de que una Resolución Suprema que deba resolver un asunto de carácter particular en virtud de los procedimientos pre-establecidos<sup>32</sup>, se someta en algunos aspectos de su decisión a normas que, siendo generales, estuvieren contenidas en una Resolución Ministerial.

---

32 Nos referimos especialmente al reglamento de normas generales de procedimientos administrativos, aprobado por decreto supremo 006-67-SC.

## 2.5 Delegación de atribuciones normativas generales a las Regiones. —

Entre sus artículos 259º y 268º, la Constitución de 1979 establece un sistema de regionalización del país a ser implementado a futuro, con sus respectivos órganos de Gobierno: Asamblea Regional, Consejo Regional y Presidencia del Consejo (artículos 264º, 265º y 268º).

El inciso 3º del artículo 265º señala que corresponde a la Asamblea Regional: “Ejercer las competencias legislativas y administrativas que expresamente le delegan los Poderes Legislativo y Ejecutivo”, con lo que en la nueva Carta se establece una posibilidad adicional de legislación delegada, bien de rango de Ley (delegación del Congreso), bien de rango de decreto o resolución (caso del órgano Ejecutivo).

En lo referente a la delegación de funciones legislativas por el Congreso, existen determinadas limitaciones en este punto específico, contenidas en el artículo 266º de la Constitución de 1979: “La delegación de competencia que acuerda el Poder Legislativo a la región, supone siempre subordinación a la legislación nacional. No pueden ser objeto de delegación las materias que alteran el carácter unitario de la República o el ordenamiento jurídico del Estado o que pueden ser opuestas al interés nacional, o al de otras regiones”.

Al margen de la última parte del artículo, destinada a defender el carácter unitario del Estado, queda claramente establecido que las normas con rango de Ley que den las Asambleas Regionales tendrán tal jerarquía dentro del territorio de la propia región, pero estarán subordinadas a la legislación nacional con rango de Ley que se apruebe según vimos oportunamente. En este caso, entonces, las normas aprobadas por las Asambleas Regionales tendrán una ubicación intermedia, por debajo de las normas nacionales con rango de Ley, y por encima de los Decretos y Resoluciones aprobados por el Poder Ejecutivo.

No queda igualmente claro si las normas que dicte la Asamblea Regional por delegación de atribuciones del órgano Ejecutivo, primarán dentro del territorio de la región sobre los decretos y resoluciones aprobados por éste con validez nacional. No obstante, este impase se salvaría mediante una norma procesal contenida en el artículo 267º de la Constitución, que establece que “Las normas aprobadas por la Asamblea Regional se elevan al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación dentro de los quince días siguientes de aprobadas. El Poder Ejecutivo puede vetarlas.” Este mecanismo impediría que puedan mandarse cumplir normas regionales que se opongan al orden nacional.

No obstante, y en caso de que apareciera un conflicto entre decretos o resoluciones nacionales y sus similares regionales, entendemos que por aplicación del principio de la analogía, primarían las nacionales.

Finalmente, el inciso 6º del artículo 268º otorga la atribución de

reglamentar las normas emanadas de la Asamblea Regional al Presidente y al Consejo Regional. Por su carácter reglamentario, estas normas estarían sometidas al principio de que no pueden transgredir ni desnaturalizar a aquellas normas de la Asamblea a las que se refieren, y que tampoco pueden transgredir las normas nacionales, tengan rango de Ley, o de decretos y resoluciones.

## 2.6 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 a nivel del Presidente de la República, los Ministros o los otros funcionarios directamente dependientes de ellos.

Es el caso, por ejemplo, del Reglamento General de los Registros Públicos aprobado por la Corte Suprema en acuerdo del 16 de mayo de 1968 y del Reglamento de las Inscripciones, aprobado por la misma Corte el 17 de diciembre de 1936 en sendas sesiones de Sala Plena. Tal forma de aprobar estos reglamentos de las normas sobre Registros Públicos del Código Civil, corresponden en competencia a la Corte Suprema en virtud del artículo 1039º del mismo código.

También existen otros casos similares. El Jurado Nacional de Elecciones dicta normas de su competencia; también lo hacen autoridades de Aduana, el ITINTEC y el Banco Central de Reserva (resoluciones cambiarias de mucha importancia durante los últimos dos años).

Como en el caso de la Corte Suprema antedicho, en todos éstos las resoluciones provienen de competencias específicas otorgadas por diversas normas constitucionales y/o con rango de Ley. Por lo tanto, su ubicación dentro de la estructura del sistema legislativo se rige por el principio de la competencia, de la misma manera que como ocurre con las disposiciones normativas comentadas en el acápite anterior.<sup>33</sup>

## 3. CUADRO A MANERA DE CONCLUSION

En afán de sintetizar lo dicho hasta aquí, consideramos que el sistema legislativo peruano, en orden jerárquico, puede sintetizarse de la siguiente manera:

---

33 Por esta razón discrepamos de Furnish cuando dice: "Es probable que ellos estén en el mismo nivel que las Resoluciones Directorales, aunque en algunos casos pueden tener rango de Resoluciones Ministeriales. Sea cual fuese el caso, son partes raras en la jerarquía..." (FURNISH, Dale... *op. cit.* p. 77). Creemos que su interpretación proviene de tratar de equiparar diversas normas por razón de la jerarquía del órgano que las aprueba cuando, en realidad, este principio es subordinado del de competencia. Es probable, sin embargo, que cuando Furnish elaboró su trabajo, estos elementos de juicio no pudiesen usarse de la manera en que lo hacemos nosotros, varios años después

NIVEL JERARQUICO	TIPO DE NORMA	PRINCIPIOS DE SUPRAORDINACION	PRINCIPIOS INTERNOS
Primero	<ul style="list-style-type: none"> <li>—Constitución y Leyes Constitucionales.</li> <li>—Tratados referentes a materia constitucional o a derechos humanos.</li> </ul>	Constitucionalidad	
Segundo	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tratados de integración Latinoamericana.</li> <li>2. Otros tratados.</li> <li>3. —Leyes. —Legislación delegada (decretos supremos). —Decretos Leyes.</li> <li>4. Legislación delegada a las Asambleas Regionales (en su territorio) (*).</li> </ol>	Legalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>—Vigencia permanente salvo disposición expresa.</li> <li>—Posterior prima sobre anterior.</li> <li>—Especial prima sobre general.</li> <li>—Vigencia desde el día siguiente a publicación (salvo disposición en contrario).</li> </ul>
Tercero	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. —Decreto Supremo. —Resolución Suprema. —Resolución Ministerial. —Resolución Directoral. —(etcétera). —Resoluciones Especiales.</li> <li>2. Normatividad General delegada a las Asambleas Regionales por el Organó Ejecutivo del Estado (en territorio) (*).</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1º Competencia</li> <li>2º jerarquía del órgano que dicta la norma</li> </ol>	<ul style="list-style-type: none"> <li>—Vigencia permanente salvo disposición expresa.</li> <li>—Posterior del mismo rango prima sobre anterior.</li> <li>—Especial del mismo rango prima sobre general.</li> <li>—Modificación o derogación por norma del mismo rango.</li> <li>—Vigencia desde el día siguiente a publicación (salvo disposición en contrario).</li> </ul>
Cuatro	<ul style="list-style-type: none"> <li>—Reglamentación dada por la Presidencia y el Consejo Regional (en su territorio) (*).</li> </ul>		

(\*) Cuando se implemente la regionalización en el país.

Fuera del sistema legislativo están los decretos y resoluciones que constituyen disposiciones resolutivas y que, por ser producidas en ejercicio de la potestad Ejecutiva del órgano Ejecutivo del Estado, están sometidas a todas las normas legislativas del sistema jurídico, incluidas las del tercer y cuarto nivel.

