

# ¿QUÉ TEORÍA DEL DERECHO ASUME EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

FÉLIX MORALES LUNA

Profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

**Sumario:** 1. Introducción 2. Marco conceptual de *orden* y *ordenamiento jurídico* 3. La coherencia normativa 4. ¿Qué es una norma jurídica para el Tribunal Constitucional? 5. Las normas con rango de ley 6. La fuerza de ley 7. ¿El derecho consuetudinario forma parte del ordenamiento jurídico peruano? 8. ¿Cómo entiende el Derecho el Tribunal Constitucional peruano? 9. Conclusión.

## 1. Introducción

La Teoría del Derecho presenta ciertos conceptos fundamentales que son aprendidos desde el inicio de la carrera. No obstante la importancia que dichos conceptos tienen en la formación de todo abogado no tienden a ser problematizados; por el contrario, su estudio se suele agotar en asumir alguna definición contenida en algún manual.

Como bien lo anota Aguiló<sup>1</sup>, estos conceptos no suelen ser problematizados, sea porque son considerados muy básicos o elementales como para que su estudio resulte interesante o fructífero o, por el contrario, por considerar que su estudio sólo llevaría a estériles problemas filosóficos vinculados con el irresuelto problema del concepto de Derecho<sup>2</sup>.

El ordenamiento jurídico –junto con la norma jurídica o las fuentes del Derecho– es uno de estos conceptos fundamentales a los que nos referimos. Como lo sugieren Martínez Roldán y Fernández Suárez, este concepto posee conexiones esenciales para poder comprender muchos de los problemas fundamentales del Derecho, tanto en su dimensión ontológica, epistemológica y axiológica<sup>3</sup>. Ello explicaría el por qué suele ser sólo definido antes que problematizado; sin embargo, consideramos que la sola definición que se dé al ordenamiento jurídico lleva implícita una determinada concepción de la naturaleza del Derecho.

Por ello resulta significativo que, con ocasión de una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra una serie de artículos y disposiciones de una ley, en la cual acumulativamente se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de un contrato–ley de concesión celebrado por el Estado, el Tribunal Constitucional peruano se ocupó de desarrollar este concepto.

Debemos saludar que en los últimos años en las sentencias de acciones de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional se ocupe del marco conceptual de ciertas instituciones jurídicas. Tal es el caso de la sentencia que ocupa el presente artículo (correspondiente al

expediente N° 005-2003-AI/TC, publicada el 18 de octubre de 2003) donde, como parte del desarrollo del concepto del ordenamiento jurídico, aborda temas tales como los principios de coherencia y jerarquía que lo rige, el rol de la declaración de voluntad en el ordenamiento jurídico y conceptos como rango y fuerza normativa.

Adicionalmente al aporte conceptual que esta sentencia ofrece, en ella se puede advertir algo más que un importante desarrollo teórico. Al abordar estos temas, el Tribunal Constitucional deja entrever una particular concepción del Derecho que, a nuestro entender, no se condice con la concepción del Derecho que el Tribunal Constitucional evidencia continuamente en sus sentencias.

Por ello, en el presente artículo analizaremos algunos aspectos de la sentencia respecto al ordenamiento jurídico –con especial énfasis en el ordenamiento jurídico peruano–. En un punto final, a partir del contenido de la sentencia, plantearemos algunos cuestionamientos sobre la concepción del Derecho que estaría asumiendo el Tribunal Constitucional.

## 2. Marco conceptual de *orden* y *ordenamiento jurídico*

En su sentencia, el Tribunal Constitucional parte de una definición de uso generalizado de lo que es un orden jurídico al que define como *un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas*.

A renglón seguido define al ordenamiento jurídico como *una pluralidad de normas aplicables en un espacio y tiempo determinados, y se caracteriza por constituir una normatividad sistemática, y por su plenitud hermética*.

Si bien no lo sugiere expresamente, tal como son usados los términos «orden» y «ordenamiento» a lo largo de la sentencia, podría inferirse que mientras el primero se ubica en un plano estrictamente teórico, el segundo se ubica en un espacio y tiempo determinado. Sin embargo, de la sola comparación de las definiciones se advierte que –además de la diferencia anotada– hay características que no serían compartidas por ambos conceptos.

En esta línea, mientras el orden jurídico se caracterizaría por su coherencia, el ordenamiento se caracterizaría por su plenitud hermética.

<sup>1</sup> AGUILÓ REGLA, Josep. Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico). Barcelona: Ariel. 2000, p. 13 y ss.

<sup>2</sup> Esto lo sostiene el autor en referencia a las fuentes del Derecho; no obstante, creemos que lo afirmado es perfectamente aplicable a los demás conceptos fundamentales del Derecho como el ordenamiento jurídico.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis & FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús. Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica. Barcelona: Ariel. 1994, p. 81.

tica. No encontramos justificación para que las características enunciadas correspondan sólo a algunos de estos conceptos. Antes bien creemos que, manteniendo la diferencia enunciada anteriormente, cabría obtener una definición de orden jurídico considerando las características mencionadas en la sentencia.

Así, para el Tribunal Constitucional, el orden jurídico se definiría como un sistema orgánico, integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas y caracterizado por su coherencia y plenitud hermética. El ordenamiento jurídico, por su parte, sería la concreción del orden jurídico en un espacio y tiempo determinados (v.g.: el ordenamiento jurídico peruano).

Esta definición contiene las características que en la doctrina se suele atribuir a los ordenamientos jurídicos; es decir, la unidad, la coherencia y la plenitud. Estas características, siguiendo a Bobbio<sup>4</sup>, son las que hacen que el Derecho en su conjunto sea un ordenamiento, esto es, un ente nuevo, diferente de cada una de las normas que lo componen.

Sin embargo, a partir de la definición establecida pueden plantearse una serie de problemas. Así, por ejemplo, podría cuestionarse qué se entiende por sistema o por normas. Igualmente puede advertirse que esta definición no daría cuenta de la situación de normas inválidas que aún no han sido declaradas como tales (el caso de una norma legal inconstitucional por contradecir –lo que implicaría no fundarse en– una norma superior). Incluso, puede notarse que esta definición de ordenamiento jurídico correspondería a un sistema estático en el tiempo sin poder explicar la dinámica que exhiben los ordenamientos jurídicos que diariamente renuevan sus normas, sea por incorporación o derogación.

Una revisión de la doctrina sobre el tema evidencia que la expresión «ordenamiento jurídico» –empleada usualmente como sinónimo de orden o sistema– es ambigua y, por lo mismo, no hay acuerdo sobre lo que se deba entender por tal<sup>5</sup>. Por ello, tal vez resulte pertinente la sugerencia de Tarello quien, tras dar cuenta de el proceso de especialización y tecnificación que este concepto ha tenido en la doctrina italiana, recomienda *dejar el vocablo «ordenamiento» al flexible y cambiante uso ordinario, donde queda como sinónimo de «derecho», y puede utilizarse sin otra preocupación que la de ... utilizarlo lo menos posible*<sup>6</sup>.

Desatendiendo este prudente consejo, consideremos la definición de ordenamiento jurídico, propuesta por los profesores argentinos Alchourrón y Bulygin en su clásico trabajo, *Normative Systems*<sup>7</sup>.

En él, definen el sistema jurídico como *un conjunto de enunciados jurídicos (que constituye la base axiomática del sistema) que contiene todas sus consecuencias*. Sin embargo, para que un sistema así definido sea normativo, los enunciados de la base deben contener por lo menos algunos enunciados normativos o normas. Para ello, definen las normas como *enunciados que correlacionan ciertas circunstancias fácticas (casos) con determinadas consecuencias jurídicas (soluciones)*. Así, no es necesario que todos los enunciados de la base sean normativos (pues la definición no daría cuenta de la presencia usual, por ejemplo, de definiciones en los códigos) pero deben tener por lo menos algunos enunciados de ese tipo.

Como lo notan los autores, si el sistema es definido como un conjunto de normas, cualquier cambio en dicho conjunto (es decir si las normas se incrementaran, disminuyeran o fueran modificadas) implicaría hablar de un nuevo sistema; por ello, tal definición de sistema alude a uno estático. Sin embargo, como lo precisa Bulygin, cuando los juristas se refieren al sistema jurídico, es para dar cuenta del fenómeno del cambio; es decir para dar cuenta de sistemas que cuenten con procedimientos por el que las normas que lo integran cambien en el transcurso del tiempo<sup>8</sup>.

Para ello, introducen el concepto de sistema dinámico que no es un conjunto de normas sino *una familia (es decir, un conjunto) de conjuntos de normas, más precisamente, una secuencia temporal de conjuntos de normas*. Así, llegan a la distinción terminológica entre «sistema jurídico» como conjunto de normas y «orden jurídico» como conjunto de sistemas, distinción sumamente extendida en la doctrina<sup>9</sup>.

No pretendemos desarrollar en este artículo el concepto del ordenamiento jurídico. Simplemente queremos destacar en este punto cuál es la definición asumida por el Tribunal Constitucional –algunos de cuyos detalles analizaremos a continuación– que nos permita, posteriormente, inferir la concepción del Derecho que estaría implícita en ella.

### 3. La coherencia normativa

Tras el marco conceptual del orden jurídico que desarrolla la sentencia, afirma el Tribunal Constitucional que éste descansa en dos principios, a saber, la coherencia normativa y el principio de jerarquía de las normas. Puede cuestionarse que sean éstos los principios de un orden jurídico (de la definición propuesta por la propia sentencia bien podría entenderse a la plenitud como un principio de igual importancia que los mencionados o que la indicada jerarquía es más bien la consecuencia de un principio básico en un orden jurídico: la unidad); sin embargo, siendo éstos los propuestos y desarrollados en la sentencia, los asumiremos como tales para efectos del análisis.

Respecto de la coherencia normativa, la sentencia se ocupa del desarrollo de las antinomias o contradicciones entre normas como la situación opuesta a la coherencia. En la sentencia, el concepto de antinomia cuenta con dos definiciones, que bien podrían complementarse para obtener una precisa definición de lo que por antinomia debamos entender.

del original en inglés *Normative Systems*, 1971). Cuarta reimpression. Buenos Aires: Astrea. 2002.

<sup>8</sup> BULYGIN, Eugenio. «Lógica y Normas». En: Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. N° 1. Octubre de 1994, pp. 27 – 35.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Primera reimpression de la primera edición. Madrid: Debate. 1998, p. 202.

<sup>5</sup> La doctrina sobre el tema es sumamente vasta, principalmente en la doctrina italiana donde el tema ha suscitado particular interés. Sólo como referencia cabría citar los trabajos de Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, 1917); Norberto Bobbio (*Teoría dell'ordinamento giuridico*, 1960); Giovanni Tarello (*Prospetto per la voce «ordinamento giuridico» di una enciclopedia*, 1975); o, Riccardo Gusatini (quien cuenta con una serie de ensayos sobre el tema, entre ellos, *Ordenamiento jurídico: un concepto problemático*, 1994).

<sup>6</sup> TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 179.

<sup>7</sup> ALCHOURRON, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. (traducción de los autores

La primera definición propuesta, señala que la antinomia es una «situación en las que dos o más normas que tienen similar objeto, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible. Se concluye este epígrafe con la siguiente definición de antinomia: situación en que dos normas pertenecientes al mismo orden jurídico y con la misma jerarquía normativa, son incompatibles entre sí, debido a que tienen el mismo ámbito de validez».

Articulando ambas definiciones podríamos concluir que una antinomia es una situación en la que dos o más normas, pertenecientes al mismo orden jurídico, son incompatibles pues, teniendo el mismo ámbito de validez, prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible.

Es plausible, reiteramos, el afán del Tribunal Constitucional de incluir definiciones que permitan aclarar ciertos conceptos; sin embargo, cabría que fuera más cuidadoso al establecerlas pues, siendo erróneas o inexactas, es más la confusión que puede generar que la claridad que pretende lograr. Nos explicamos: en la segunda de las definiciones que menciona para las antinomias da a entender que las normas comprometidas en dicha situación son incompatibles por tener el mismo ámbito de validez. Ello no resiste el menor análisis pues la incompatibilidad entre dos normas no se da por compartir el ámbito de validez sino por la contradicción en sus contenidos lo que, sumado a la coincidencia en su validez, genera la antinomia<sup>10</sup>.

Ahora bien, un detalle que preferimos no incluir en esta definición por considerarlo absolutamente erróneo es la exigencia que, para que surja una antinomia, las normas en conflicto deban tener la misma jerarquía normativa. Así, para el Tribunal Constitucional las antinomias sólo podrían darse, por ejemplo, entre normas constitucionales o legales entre sí, mas no entre una norma de rango constitucional y una legal.

De ser esto cierto, se desprenderían algunas absurdas consecuencias; por ejemplo, que el único criterio necesario de resolución de antinomias en un ordenamiento jurídico sería el cronológico pues si las normas en conflicto comparten la misma jerarquía, bastaría con considerar que la norma posterior deroga la anterior (esto, si asumimos que en un mismo rango las normas no se distinguieran, lo que acertadamente se esclarece en la propia sentencia). O aún peor, si esta exigencia fuera válida, cabría preguntarse ¿qué resuelve el Tribunal Constitucional en una acción de inconstitucionalidad si no un conflicto (antinomia) entre una norma constitucional y una legal?

<sup>10</sup> La exigencia de cuidado con las definiciones propuestas es aún más evidente si se aprecia que la definición que aquí cuestionamos es similar de la que se puede encontrar en la doctrina. Así, Bobbio define las antinomias como la situación en que dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen al mismo ordenamiento, tienen el mismo ámbito de validez [BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis. 1987, p. 189]. En los mismos términos definen las antinomias los autores Martínez Roldán y Fernández Suárez [MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis & FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús. Op. cit., p. 103]. Como se aprecia, la definición es casi coincidente a la señalada por el Tribunal Constitucional pero las ligeras alteraciones introducidas en la sentencia cambian sustancialmente el sentido del concepto.

Es más, el conflicto entre normas de la misma jerarquía podría considerarse como un supuesto en el que tal conflicto en realidad no llega a producirse pues la norma posterior, desde el momento mismo de su incorporación al ordenamiento, priva de validez a la norma anterior con la que es incompatible (es decir, la deroga), de forma tal que nunca habrían coexistido (o pertenecido simultáneamente al ordenamiento) ambas normas incompatibles. Distinto sería el caso, por ejemplo, del conflicto entre dos normas, una anterior de mayor jerarquía y otra posterior de inferior jerarquía. Es claro que, en este supuesto, siendo imposible que la segunda norma derogue a la primera, ambas normas coexisten en el mismo ordenamiento hasta que la segunda no sea excluida por algún acto de derogación o control normativo. Por ello, a diferencia del anterior, éste puede considerarse como un auténtico supuesto de conflicto o antinomia normativa.

#### 4. ¿Qué es una norma jurídica para el Tribunal Constitucional?

Refiriéndose a la jerarquía normativa, la sentencia desarrolla extensamente la estructura piramidal con que cuentan los ordenamientos jurídicos y, en particular, el peruano. Para ello, detalla los principios que informan dicha estructura a fin de determinar la ubicación cada norma en el ordenamiento y su prelación respecto a otras normas.

A pesar de lo elaborado del análisis, se advierte un gran problema de fondo: la falta de definición de lo que por norma jurídica entiende el Tribunal Constitucional. En efecto, para poder entender la jerarquía de las normas es necesario que se sepa qué es lo que se está jerarquizando. A lo largo de la sentencia, el término «norma jurídica» se asume como un concepto que ya viene dado aunque el Tribunal Constitucional nunca se detiene a analizar su definición.

Al igual de lo que pasaba con el término «ordenamiento jurídico», la expresión «norma jurídica» es ambigua, pudiéndosele adscribir una pluralidad de significados, como también se advierte en la doctrina<sup>11</sup>. En todo caso, como bien lo anota Rubio Correa<sup>12</sup>, todo depende de una definición de partida que, lamentablemente, el Tribunal Constitucional no asume (al menos no explícitamente) pues ésta hubiera sido una ocasión pertinente para unificar criterios en torno a lo que debemos entender por tal concepto.

Tal vez pueda considerarse que esta preocupación no sea sino una exagerado tecnicismo en el uso de un término; sin embargo, sus efectos pueden ser tan importantes como el poder determinar qué

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, puede advertirse en el ensayo *Norma: una noción controvertida* de Riccardo Guastini [En: Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho. Barcelona: Gedisa. 1999, pp. 92 – 109] o en el texto de Aguiló Regla, Op. cit., p. 64 y ss. Esto también se advierte en la doctrina nacional, donde se puede encontrar una posición como la de Rubio Correa, quien no considera necesario que un mandato cuente con el rasgo de generalidad para considerarlo norma jurídica [RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Octava edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999, p. 229], mientras que Neves Mujica sostiene que la generalidad (junto con la abstracción) es lo que distingue un determinado acto o hecho jurídico como normativo de aquellos que no lo son [NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2000, p. 47]. Esto también se evidencia en el contradictorio uso que de dicho término hace la propia Constitución en cuyo detalle no nos adentraremos pero que cualquier lector podría constatarlo revisando los usos de dicho término en el texto constitucional.

<sup>12</sup> RUBIO CORREA, Op. cit., p. 229.

actos del Estado requerirán publicidad para tener vigencia (como lo exige el artículo 51° de la Constitución para toda *norma* del Estado) o ante qué cabría que un trabajador exija la aplicación del principio de la interpretación más favorable (pues el inciso 3 del artículo 26° de la Constitución lo exige en caso de duda insalvable sobre el sentido de una *norma*) o cuándo un reo puede exigir la inaplicabilidad de una *norma* restrictiva de derechos (principio reconocido en el inciso 9 del artículo 139° de la Constitución).

A falta de tal definición procuraremos inferir qué estaría entendiendo por norma jurídica el Tribunal Constitucional. Ello no resulta sencillo en esta sentencia pues es recurrente la confusión de los conceptos de «fuentes», «disposiciones» (en el que utilizamos a instrumentos de contenido normativo como las leyes o reglamentos) y «norma». Al menos, de la sentencia queda claro que no considera que la generalidad (indeterminación de los destinatarios) sea un rasgo distintivo de una norma jurídica. Al referirse a las normas con interés de parte y a la declaración de voluntad deja sentado que las normas jurídicas pueden ser generales o individuales.

En este punto cabe destacar un error frecuente cuando se aborda el criterio de la generalidad de las normas. Señala la sentencia que la eficacia *erga omnes* no es un rasgo determinante para que a cierto acto le corresponda el rango de ley pues existen actos que, perteneciendo a dicho rango, carecen de tal atributo. Esto es cierto (como lo evidencian las leyes expropiatorias que menciona la propia sentencia); sin embargo, para respaldar la afirmación cita como ejemplo a las normas regionales u ordenanzas municipales las que, a criterio del Tribunal Constitucional, no tendrían efectos generales similares a la ley por tener un alcance territorialmente delimitado.

Esto último es inexacto pues implicaría sostener que la generalidad es sinónimo de universalidad (al menos en lo que al territorio de un Estado se refiere). Las ordenanzas o normas regionales pueden ser tan generales como cualquier ley (o, incluso, más; por ejemplo, si consideramos leyes que regulan la situación de grupos reducidos de personas como ciertos grupos laborales). La generalidad implica la indeterminación de los destinatarios afectados por la existencia de la norma, de tal forma que la eficacia *erga omnes* rige respecto del universo de destinatarios potenciales de dicha norma (por ejemplo, una norma penal que sanciona determinada acción, afecta potencialmente a todos lo que pudieran incurrir en la conducta descrita, sin que tal colectivo esté determinado al momento de emisión de la norma). Así, cuando es empleado como criterio para distinguir lo normativo de lo que no lo es, la generalidad no es un atributo de grado sino de todo o nada: se tiene o no se tiene, lo que no excluye que eventualmente existan casos dudosos. De esta forma, atendiendo a su contenido, pueden ser igualmente generales las leyes, las normas regionales, las ordenanzas o los convenios colectivos.

Retomando a la definición de norma que tendría el Tribunal Constitucional, en algún momento de la sentencia (parágrafo 8) distingue la norma jurídica de las opiniones o meras declaraciones. Así, sostiene el Tribunal Constitucional, que «*como expresión del albedrío humano, la declaración de voluntad constituye una norma jurídica obligatoria y no una mera declaración u opinión. Es un acto jurídico en el cual el sujeto expresa algo que está en su pensamiento, y que está encaminado a la producción de efectos jurídicos, tales como la creación, modificación o extinción de una relación jurídica*».

Diera la impresión que el Tribunal Constitucional estaría asumiendo una definición amplísima de lo que por norma jurídica entendería al punto de hacerla equivalente al concepto de «acto jurídico». En efecto, al presentar la jerarquía del ordenamiento jurídico peruano, incluye las siguientes cinco categorías normativas: la primera –en orden decreciente– integrada por *las normas constitucionales y las normas con rango constitucional*; la segunda por *la ley y normas con rango de ley*; la tercera por *los decretos y normas de naturaleza ejecutiva*; la cuarta por *las resoluciones* –asumimos que se refiere a las resoluciones judiciales, sin distinción–; y, la quinta por *las normas con interés de parte*. Siendo ésta la estructura normativa de nuestro ordenamiento, pareciera que cualquier acto, público o privado, general o particular, abstracto o concreto, sería considerado una norma jurídica en tanto tenga como efectos la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, con que lo asemeja (sino equipara) a la definición de acto jurídico.

Si fuera ésta la definición que de norma jurídica asume el Tribunal Constitucional peruano (la sentencia no ofrece muchos más indicios que los presentados para poder inferirla), prácticamente no está asumiendo ninguna definición. Ni todas las normas son actos ni todos los actos son normas, por lo que sería conveniente que el Tribunal Constitucional procure aclarar esta definición en alguna próxima sentencia.

## 5. Las normas con rango de ley

Sostiene el Tribunal Constitucional que los contratos–ley no pertenecen a la segunda categoría normativa que contiene sólo a las normas con rango de ley, por lo que no pueden ser cuestionados mediante una acción de inconstitucionalidad. Para ello, precisa que «*el rango que una fuente ocupa en el ordenamiento jurídico es aquel que el propio ordenamiento constitucional ha dispuesto producto de una decisión de naturaleza esencialmente política expresada en la Constitución. Y sucede que, al menos por lo que se refiere a nuestro ordenamiento constitucional, ese rango no se ha conferido a los denominados contrato-ley*».

No obstante ello, al momento de enumerar las normas que perteneciendo a esta segunda categoría normativa son susceptibles de ser controladas mediante una acción de inconstitucionalidad, flexibiliza el criterio anteriormente enunciado<sup>13</sup>, incluyendo ciertas normas que expresamente no menciona la Constitución en el inciso 4) de su artículo 200° y, en el caso de los tratados, incluye una precisión sumamente cuestionable.

Así, señala el Tribunal Constitucional que «*las acciones de inconstitucionalidad operan contra las normas contenidas en la segunda categoría; es decir, contra las leyes y normas con rango de ley, donde se incluye a las leyes orgánicas, las leyes ordinarias en sus distintas denominaciones [leyes generales, de bases, de desa-*

<sup>13</sup> En todo caso, estaría retomando el criterio contenido en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad correspondiente al expediente N° 010-2002-AI/TC en la cual, cuestionándose sobre la posibilidad de controlar disposiciones que expresamente no estaban previstas en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución (en ese caso decretos – leyes) afirmó que *las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad*.

*rollo constitucional, etc.], los tratados (aprobados por el Congreso), los decretos legislativos, las resoluciones legislativas, el Reglamento del Congreso, las ordenanzas municipales, las normas regionales de carácter general, las ordenanzas regionales, el decreto de urgencia y los decretos leyes».*

De la comparación de la Constitución con la sentencia se advierte que ésta considera tres normas más que aquélla (las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales y los decretos-ley) como normas con rango de ley y, por tanto, susceptibles de ser controladas mediante la acción de inconstitucionalidad. Toda vez que el Tribunal Constitucional consideró que un contrato-ley no es una norma con rango de ley pues la Constitución no lo reconoce como tal, cabría analizar si se justifica reconocer dicho rango a estas tres normas a pesar que la Constitución tampoco lo reconoce expresamente.

En primer lugar se menciona a las resoluciones legislativas. Éstas sólo cuentan con una mención en el texto constitucional que, al referirse a las atribuciones del Congreso, incluye la potestad de *dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes* (inciso 1 del artículo 102°). Es en el Reglamento del Congreso donde las resoluciones legislativas, si bien no son definidas, son consideradas como producto del procedimiento legislativo y, a lo largo del reglamento, se les reconoce como el instrumento normativo idóneo para ciertas funciones parlamentarias.

De conformidad con el artículo 72° del Reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas pueden ser de dos tipos: las resoluciones legislativas (que podríamos llamar «ordinarias», previstas por el literal «h» de este artículo) y las resoluciones legislativas de aprobación de normas reglamentarias internas del Congreso (previstas en el literal «i» del mismo artículo).

Además de esta genérica referencia, el Reglamento del Congreso exige en el inciso 1) de su artículo 76° la expedición de resoluciones legislativas para la aprobación de tratados internacionales (literal f)<sup>14</sup>; para prorrogar el estado de sitio (literal g); para la autorización del ingreso de tropas extranjeras (literal h); para declarar la guerra y firmar la paz (literal i); o, para la autorización de viajes al exterior (literal j). Asimismo, para dejar sin efecto un tratado (artículo 92°) o para la designación, remoción y ratificación de funcionarios (artículo 93°). Además, la Ley N° 27747 prevé que mediante resolución legislativa, se aprobarán las concesiones de pensiones de gracia por el Estado.

Ahora bien, revisando el boletín de normas legales, el empleo de las resoluciones legislativas resulta incomprensible. Excedería los alcances del presente artículo analizar en detalle esta problemática; baste anotar que, en la práctica, existen dos tipos de resoluciones legislativas, los cuales no coinciden con la distinción prevista en el Reglamento. En efecto, un primer tipo de resolución legislativa, que sigue la misma numeración que las leyes, viene siendo empleado para la aprobación de tratados; la autorización de viajes al exterior del Presidente de la República; la designación, ratificación o remoción de funcionarios; la concesión de pensiones de gracia; la creación de comisiones para ciertos actos conmemorativos, o para el ingreso de tropas extranjeras al territorio nacional.

El segundo tipo de resoluciones legislativas, cuya numeración se reinicia cada año, viene siendo empleado, entre otros supuestos, para aprobar modificaciones al Reglamento del Congreso; para delegar facultades legislativas en la Comisión Permanente del Congreso; para inhabilitar en el ejercicio de la función pública; para declarar haber lugar a la formación de causa en el trámite de una acusación constitucional; para la designación y restitución de miembros del Tribunal Constitucional; para la aprobación del Código de Ética; para la aprobación del cuadro de comisiones; para la aceptación de renuncia de vicepresidentes, o para la declaración de vacancia de la Presidencia de la República.

Si a esto sumamos las denominadas Resoluciones del Congreso, las resoluciones de la Presidencia del Congreso o las emitidas por la Oficialía Mayor, el panorama es absolutamente confuso. Más aún cuando, en muchos casos (principalmente entre las resoluciones legislativas del segundo tipo, las resoluciones del Congreso y las resoluciones de la Presidencia del Congreso), una misma función es ejercida mediante disposiciones distintas<sup>15</sup>.

Con lo expuesto queremos resaltar que no subyace ningún criterio para determinar qué temas deben ser atendidos mediante resoluciones legislativas, por lo que la razón para asignarles el rango de ley a todas ellas, aún cuando la Constitución no lo reconoce, no sería su contenido. Si alguna razón encontramos es que, en tanto mediante las resoluciones legislativas se aprueba o modifica el Reglamento del Congreso (que, según el artículo 94° de la Constitución tiene fuerza de ley), por coherencia, es lógico reconocer a esta norma una fuerza similar a la norma que puede afectar. Así, si la Constitución reconoce que el Reglamento del Congreso se controla mediante acción de inconstitucionalidad es atendible a que la norma que lo aprueba o que puede introducir modificaciones a su texto, la resolución legislativa, deba ser controlada por la misma vía. Por la misma razón, dicho rango también cabría reconocérseles a las resoluciones legislativas por el que el Congreso aprueba tratados que serán controlados mediante la acción de inconstitucionalidad, con las precisiones que efectuaremos en los párrafos siguientes.

En todo caso, esta conclusión sólo comprendería aquellas resoluciones legislativas que aprueban las normas reglamentarias del Congreso o tratados que, en esta lógica, serían las únicas susceptibles de control por el Tribunal Constitucional. De las demás, no sabemos que criterio nos llevaría a sostener su control mediante la acción de inconstitucionalidad.

El segundo supuesto es el de las ordenanzas regionales. Según el artículo 38° de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, las ordenanzas regionales norman asuntos de carácter general, la organización y administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia. Son aprobadas por el Consejo Regional, promulgadas por la Presidencia Regional y publicada en el diario oficial. Precisa esta ley, en su artículo 43°, que pueden impugnarse mediante acción de inconstitucionalidad.

Este podría ser el sustento legal para lo que afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia si no fuera porque la Constitución

<sup>14</sup> Este supuesto también es desarrollado por la Ley N° 26647 que, en su artículo 2°, exige la expedición de una resolución legislativa para la aprobación legislativa de tratados.

<sup>15</sup> Este supuesto también es desarrollado por la Ley N° 26647 que, en su artículo 2°, exige la expedición de una resolución legislativa para la aprobación legislativa de tratados.

contiene una mención sobre el control de normas regionales mediante la acción de inconstitucionalidad. Señala la Constitución en el inciso 4) de su artículo 200° que la acción de inconstitucionalidad procede, entre otras, contra las *normas regionales de carácter general*. Así, las normas del plano regional son las únicas que, para efectos de su control, no son individualizadas en atención a su forma sino por el alcance de sus efectos. Esto se explica pues a la fecha de la aprobación de la Constitución, aún no se había implementado el proceso de regionalización, por lo que no se conocía la estructura normativa de los gobiernos regionales.

Por ello, bien podría existir una contradicción, de un lado, entre lo dispuesto por la Ley de Gobiernos Regionales y la sentencia que comentamos –según las cuales las únicas normas regionales susceptibles de control mediante la acción de inconstitucionalidad son las ordenanzas regionales– y la Constitución –según la cual son susceptibles de control mediante la acción de inconstitucionalidad todas las normas regionales de carácter general– pues no todas las ordenanzas regionales son generales ni todas las normas regionales de carácter general son ordenanzas. Esto parece haber sido advertido en la elaboración del Código Procesal Constitucional (Ley 28237) que, en su artículo 77°, al mencionar las normas contra las que procede la acción de inconstitucionalidad, mantiene el criterio de generalidad respecto a las normas regionales, evitando así incurrir en contradicción con la Constitución.

Al igual que con las resoluciones legislativas, para el caso de las ordenanzas regionales no encontramos algún criterio que justifique el que sólo esas normas y no otras del ámbito regional puedan ser controladas mediante acción de inconstitucionalidad. No dudamos que el Tribunal Constitucional cuente con un criterio pero hubiera sido pertinente que lo explique en su sentencia.

El tercer supuesto es el de los decretos-ley. Este supuesto fue debidamente abordado en la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad correspondiente al expediente N° 0010-2002-AL/TC. En ella, el Tribunal Constitucional estableció el criterio que procede el control de los decretos-ley mediante una acción de inconstitucionalidad, a pesar de no encontrarse previstos en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, por considerar que dicha norma constitucional tiene un carácter enunciativo y no taxativo. Además, el Tribunal consideró que, en aplicación de la teoría de la continuidad, dichos decretos-ley fueron admitidos en el ordenamiento constitucional mediante una ley constitucional por lo que debe ser considerados en dicho rango.

Creemos que el caso de los decretos-ley evidencia que el enunciado de las normas por el inciso 4) de su artículo 200° llega a ser enunciativo y no taxativo; sin embargo, ello no implica que podrán ser consideradas entre dichas normas otras tantas las cuales el Tribunal Constitucional no ha justificado debidamente.

Un último supuesto al que queremos referirnos es a los tratados. A diferencia de lo señalado en la Constitución de 1979, la de 1993 prevé como mecanismo para su control la acción de inconstitucionalidad. Para ello, no distingue a los tratados en función de la materia que desarrolla o del mecanismo que se haya empleado para su incorporación (ya que, de conformidad con los artículos 56° y 57° del texto constitucional, los tratados pueden ser incorporados con o sin aprobación del Congreso).

Esto lo enfatiza la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 26435) que, en el inciso 4) de su artículo 20° precisa que las normas que pueden ser impugnadas mediante acción de inconstitucionalidad son *los tratados internacionales que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56° y 57° de la Constitución*. El mismo texto se encuentra en el artículo 77° de la Ley Procesal Constitucional (Ley N° 28237) referido a la procedencia de la acción de inconstitucionalidad.

Es por ello que sorprende la distinción que realiza el Tribunal Constitucional en su sentencia en un artículo en el que la Constitución no distingue. No entendemos si ello implica que los tratados que no sean aprobados por el Congreso deberán ser controlados mediante la acción popular o, simplemente, no tendrían una vía pertinente de control. Como los anteriores, este punto también debería ser justificado por el Tribunal Constitucional.

De todo lo expuesto, creemos que la duda para definir cuáles son las normas con rango de ley en el ordenamiento jurídico peruano subsiste. Pues, o son las que expresamente menciona el inciso 4) del artículo 200° (lo que no sería el criterio más adecuado pues ello excluiría a los decretos-ley que, aunque indeseables, deben ser considerados en dicho rango por las razones que dio el Tribunal Constitucional) o existe un criterio para determinar cuáles son las normas de dicho rango.

Es claro que el Tribunal Constitucional no asume la primera opción (pues incluye normas que no se encuentran mencionadas –como los decretos-ley, las resoluciones legislativas o las ordenanzas regionales que carezcan de alcance general– y excluye otras –normas regionales de carácter general que no sean ordenanzas o los tratados internacionales no aprobados por el Congreso–). Antes bien parece que se inclinaría por la segunda (que, a nuestro entender es la más adecuada, mientras se llegue a justificar la inclusión de normas distintas de las mencionadas, como los decretos-ley) aunque sin dar mayores argumentos para tal posición. Consideramos que la trascendencia de este tema requiere una mayor precisión por parte del Tribunal Constitucional.

## 6. La fuerza de ley

Un argumento que surgió en el proceso para afirmar que un contrato-ley se controla mediante la acción de inconstitucionalidad es que éste contaría con la denominada fuerza de ley. Ello le permitió al Tribunal Constitucional desarrollar el concepto de *«fuerza de ley»* que, si bien ha sido superado respecto de su contenido original, es mencionado por la Constitución.

Tras abordar el marco conceptual que transita desde el constitucionalismo decimonónico hasta el Estado Constitucional de Derecho, la sentencia atiende al significado que puede tener la expresión *«fuerza de ley»* en las dos ocasiones en que es mencionada por la Constitución. Ello sucede, tanto para referirse al Reglamento del Congreso (respecto del cual, señala el artículo 94°, que *el Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley*) como a los decretos de urgencia (al señalar el inciso 19) del artículo 118° que *corresponde al Presidente de la República dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley*).

Así, señala la sentencia que dicha expresión tiene un doble significado. Por un lado, la capacidad de tales disposiciones de innovar el ordenamiento jurídico dentro de los límites de la Constitución (la denominada «*fuera activa*»). De otro lado, una específica capacidad de resistir frente a modificaciones, suspensiones o derogaciones por parte de otras fuentes (la denominada «*fuera pasiva*»). Como bien lo destaca la sentencia, para comprender el alcance de estas dos dimensiones en el Estado Constitucional de Derecho, necesariamente debe atenderse a lo que disponen las normas constitucionales.

Recordando lo que fue el sentido original de esta expresión, señala Rubio Llorente<sup>16</sup> que «*fuera activa de la ley, o fuera de la ley en sentido activo, que otros llamaban el poder innovador, era la capacidad exclusiva de la ley para modificar cualquier punto del orden jurídico preexistente, incluso en muchos casos, y para muchos autores, del orden jurídico constitucional preexistente. Añade que la fuera pasiva era, a su vez, la resistencia específica de la ley para no ser modificada ni derogada si no es por otra ley, es decir, por otra norma dotada de la misma fuera específica*».

Coincidimos con lo que concluye este autor al señalar que «*la fuera de ley es sólo un metaconcepto que engloba a distintas disposiciones que tienen muy diferente fuera de innovar y muy diferente fuera de resistir, y una disposición puede tener rango de ley sin tener fuera de ley*»<sup>17</sup>. Trasladando esta afirmación al ordenamiento jurídico peruano se advierte que el rango de ley no equivale a la fuera de ley (lo que muy bien destaca la sentencia) pues habrán disposiciones de dicho rango que carezcan de tal fuera (al menos en alguno de sus sentidos) o, disposiciones que puedan contar con dicha fuera (total o parcial) sin tener el rango de ley. Lo único cierto de todo esto es que, tanto para saber cuál es el rango de una disposición así como el alcance de su fuera es necesario atender a lo que la Constitución haya dispuesto al respecto.

En el caso de los decretos de urgencia, de acuerdo con el inciso 4) del artículo 200°, es claro que cuenta con el rango de ley por lo que se controlan mediante la acción de inconstitucionalidad. Asimismo, por mandato expreso de la Constitución, cuentan con «*fuera de ley*»; lo que habría que determinar sería su alcance. Por ejemplo, ¿de qué forma puede afectar a una ley anterior: derogándola o suspendiéndola?<sup>18</sup> Dado su carácter de norma extraordinaria consideramos que lo segundo sería lo más atendible pues lo contrario supondría que una norma de excepción (pues atiende a una situación de urgencia) se habría tornado en permanente al dejar sin efectos a la legislación ordinaria sobre la materia. Esto merecería un profundo análisis que también excedería el propósito del presente artículo.

En el caso del Reglamento del Congreso creemos que el tema es más simple en tanto se define por el criterio de la competencia. Así, sólo el Reglamento del Congreso desarrolla el texto constitucional en cuanto a las funciones del Congreso y de la Comisión Permanente; su organización y funcionamiento; los derechos y deberes de los congresistas; así como los procedimientos parlamentarios. En su caso, la fuera de ley debe ser entendida como una fuera pasiva; es decir, la capacidad de resistir a cualquier otra norma, distinta de la Constitución o de un Reglamento del Congreso posterior que pretendiera afectarla.

En cuanto a los contratos – ley, la Constitución no les reconoce expresamente el tener «*fuera de ley*»; sin embargo, ello es señalado por el artículo 39° del Decreto Legislativo 757 según el cual *los convenios de estabilidad jurídica (...) tienen la calidad de contratos con fuera de ley*. Al respecto, citando a Manuel de la Puente y Lavalle, la sentencia afirma que, en dicho decreto legislativo, el uso de la expresión «*fuera de ley*» sólo enfatiza que «*los contratos, pese a ser manifestaciones de la voluntad humana, constituyen un lazo que actúa con una fuera que guarda semejanza con la de la ley*».

Advertimos aquí un error, que no proviene de la cita, sino que el autor citado no compartiría el criterio del Tribunal Constitucional en el sentido que las disposiciones contractuales constituyan normas jurídicas<sup>19</sup>. Así, en la lógica del autor, si los contratos no son normas, no les resultan aplicables las categorías normativas; por ello, una referencia como la que menciona el decreto legislativo citado, debe ser entendida como una metáfora.

Sin embargo, en la posición del Tribunal Constitucional, en el sentido que las disposiciones contractuales son normas jurídicas, bien podría entenderse que, incluso los contratos podrían contar con «*fuera de ley*». Nos explicamos: el artículo 62° del texto constitucional señala, en su segundo párrafo que los contratos–ley *no pueden ser modificados legislativamente*. Esto, sin decirlo expresamente, implica que los contratos–ley cuentan con una fuera pasiva que les permite resistir a cualquier afectación legal que se pretendiera hacer de sus términos. En suma, si el Tribunal Constitucional asume que los contratos son normas jurídicas, debe asumir también que, en tanto normas, todos los contratos, y particularmente los contratos–ley, cuentan con fuera de ley en su sentido de fuera pasiva.

Esto no supone, de modo alguno, que el contrato–ley cuente con rango de ley pues, como bien señala la sentencia, el tener fuera de ley no implica contar con rango de ley. Sin embargo, consideramos que en esta parte de la sentencia también se advierten deficiencias en el análisis aunque ello no afecta a la conclusión final.

## 7. ¿El derecho consuetudinario forma parte del ordenamiento jurídico peruano?

Una seria insuficiencia de la sentencia que comentamos está referida a la situación del derecho consuetudinario en el ordenamiento

<sup>16</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. «Rango de ley, fuera de ley, valor de ley». En: Revista de Administración Pública. N° 100 – 102. Enero – diciembre 1983, pp. 417 – 342.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Esto lo aclaraba la Ley N° 25397, Ley de control parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República, para los decretos supremos extraordinarios a que se refería el inciso 20) del artículo 211° de la Constitución de 1979, a los que el texto constitucional no les reconocía expresamente la «*fuera de ley*». Así, señala el artículo 4° de dicha ley: «*los decretos supremos extraordinarios tienen vigencia temporal, expresamente señalada en su texto, por no más de 6 meses y pueden suspender los efectos de la ley cuando sea necesario dictar medidas económicas y financieras (...)*».

<sup>19</sup> Esto se aprecia, incluso, en la cita que consta en la misma sentencia cuando afirma el autor que *la expresión «fuera de ley» no debe ser comprendida como que los contratos tienen, a semejanza de la ley carácter normativo, y que obligan por tener tal carácter (...)* [DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *La libertad de contratar*. En: *Thémis. Revista de Derecho*. Segunda época. 1996, N° 33, p. 10].

jurídico peruano que, a partir de lo señalado por el Tribunal Constitucional, no tendría cabida en la estructura normativa de nuestro ordenamiento.

En efecto, como fuera señalado anteriormente, señala la sentencia que, en el ordenamiento jurídico peruano, las normas se estructuran en torno a las siguientes cinco categorías: «*la primera categoría se encuentra ocupada por las normas constitucionales y las normas con rango constitucional; la segunda está conformada por la ley y normas con rango de ley; la tercera está constituida por los decretos y normas de naturaleza ejecutiva; la cuarta por las resoluciones; y la quinta por las normas con interés de parte. Estas últimas incluyen las decisiones del Estado surgidas a petición de los particulares, o actos de éstos sin intervención estatal, que generen derechos y deberes de carácter personal*».

Lo primero que podríamos preguntarnos tras leer dicho párrafo es por las normas consuetudinarias ¿acaso éstas carecen de categoría en nuestro ordenamiento jurídico o es que el Tribunal Constitucional considera que no pertenecen a éste? Lo segundo cabría descartarlo en tanto que la propia Constitución reconoce a la costumbre como fuente de derecho en nuestro ordenamiento constitucional. Si el Tribunal Constitucional adoptara este criterio, claramente estaría contradiciendo al texto constitucional. La primera opción tampoco nos parece atendible, pues en la sentencia se asignan categorías normativas adicionales a las expresamente indicadas en la Constitución, por lo que no advertimos ninguna razón para haber obviado las normas consuetudinarias. La omisión sólo se explicaría por un eventual descuido de la sentencia.

Ante esta omisión y a fin de reivindicar a las olvidadas normas consuetudinarias cabría hacer una breve referencia a su reconocimiento constitucional. Así, la costumbre de derecho tiene dos menciones en el texto constitucional, a saber, la del inciso 8) del artículo 139° referido a los vacíos o deficiencias de la ley y la del artículo 149° referido al ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas.

El primero de dichos artículos reconoce que por vacío o deficiencia de la ley no se puede dejar de administrar justicia. *En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario*. Es decir que ante la falta de regulación por parte de las normas emanadas de la legislación como fuente de derecho (entendiendo por tal a las emitidas por autoridades estatales) habrá que atender a los principios generales del Derecho y a las normas consuetudinarias, aparentemente, en ese grado de prelación.

Este artículo admitiría lo que en doctrina se conoce como la costumbre *praeter legem*; es decir, aquella que surge en ausencia de norma emanada de la legislación. No obstante ello, cabría preguntarse ¿cuándo algo tiene el status de «*derecho consuetudinario*»? Es claro que no existe norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca los requisitos para que una práctica adquiera el carácter de ser una costumbre jurídica, eventualmente podrían establecerse mediante la jurisprudencia pero ésta, a su vez, debe determinarlo a partir de algo. Eventualmente, el juez tendría que acudir a instancias ajenas al ordenamiento jurídico (al menos de como lo entiende el Tribunal Constitucional), por ejemplo, a la doctrina. El sólo hecho que eso se produzca y que, en virtud a ello, se aplique Dere-

cho, evidenciaría que el ordenamiento jurídico es algo más amplio de lo que el Tribunal Constitucional parece entender.

Para terminar con el tema de la costumbre, el segundo de los mencionados artículos, abre un amplísimo ámbito de estudio que, al igual que otros temas sugeridos anteriormente, excederían los alcances del presente trabajo. Baste señalar para efectos del análisis expuesto que dicho artículo admite la denominada costumbre *contra legem* pues el único límite impuesto al derecho consuetudinario es que no viole los derechos fundamentales de la persona.

## 8. ¿Cómo entiende el Derecho el Tribunal Constitucional peruano?

El último tema que analizaremos es el que, por su trascendencia, motiva el título del presente trabajo. Nos referimos a la oposición entre la concepción del Derecho que el Tribunal Constitucional dice tener – que ha quedado evidenciado en la sentencia que hemos comentado – y la concepción del Derecho que efectivamente viene ejerciendo en las sucesivas sentencias, principalmente, en acciones de inconstitucionalidad.

No es el propósito del presente trabajo dar cuenta de las actuales tendencias en la Teoría del Derecho, pero sí cabe señalar el considerable auge que vienen teniendo las denominadas teorías de la argumentación. Este protagonismo de la argumentación jurídica es consecuencia de importantes cambios en la concepción del Derecho determinados por la crisis –que algunos consideran extinción– del positivismo jurídico para dar paso al nuevo paradigma constitucional.

La superación de las teorías positivistas puede deberse en mucho a que su visión del derecho se contrae a una elaborada teoría descriptiva de lo que es el Derecho en una sociedad: un conjunto de normas interrelacionadas, jerarquizadas, que constituyen un sistema dinámico, con vocación de coherencia y plenitud. El positivismo metodológico postulaba un método de aproximación del derecho «*desde fuera*» dando cuenta del derecho existente como un dato objetivo de la realidad. Es claro que esta aproximación adolece de serias deficiencias al momento de dar cuenta de un aspecto importante de la experiencia jurídica: la interpretación y aplicación del derecho.

Por el positivismo, el juez puede saber con cierta claridad cuáles son las normas jurídicas válidas y vigentes de un determinado ordenamiento; sin embargo, pareciera que al momento de aplicarlas tendría cierta libertad en tanto que el positivismo, más allá de los tradicionales criterios y métodos de interpretación, no tiene mayores parámetros para desarrollar esta labor. Las ventajas que en materia de fuentes e identificación de las normas presenta el positivismo jurídico se diluyen en el escaso desarrollo que presenta en materia de método jurídico<sup>20</sup>.

Todo ello ha implicado una serie de cambios en la forma de entender el Derecho que pone el énfasis en la interpretación y la aplicación. Esto, a su vez, conlleva una serie de cambios como re-

<sup>20</sup> Para ser justos cabe formular también la misma crítica para las teorías no positivistas pero en sentido inverso; es decir que su desarrollo en materia de método jurídico se contrasta con el pobre interés en materia de fuentes del Derecho. La teoría de Dworkin, creemos, es el mejor ejemplo de esta crítica.

conocer la presencia de principios en la conformación de los sistemas normativos, la importancia de la ponderación superando la mera subsunción, la relevancia del rol del juez como creador del Derecho, el cuestionamiento de la separación entre derecho y moral; en suma, no describir el Derecho que ya vendría dado sino construir el Derecho.

Puede considerarse los debates entre Hart y Dworkin<sup>21</sup> como el inicio de esta nueva visión del Derecho. Desde entonces, la discusión ha sido fecunda desde ambas posiciones, dando origen a planteamientos como los denominados positivismo excluyentes o incluyentes, en función de qué tanto flexibilicen las tesis pilares del positivismo clásico<sup>22</sup>.

Lo cierto es que la lectura de la sentencia que hemos comentado nos hace advertir en el Tribunal Constitucional peruano una suerte de «esquizofrenia» entre lo que dice y lo que hace. En efecto, la sentencia materia de análisis contiene argumentos que podría suscribir el positivista más tradicional pero en el contenido de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional corresponden al paradigma del constitucionalismo.

Por ejemplo, ¿cómo puede determinar el Tribunal Constitucional los derechos implícitos en el genérico derecho al debido proceso a que se refiere el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución? Una alternativa es mediante los tratados internacionales –a los que recurrió, por ejemplo, para inferir que el principio *non bis in ídem* se encuentra contenido en tal derecho–, lo cual es contingente pues podría ser que el tratado tampoco señalase nada al respecto, que no exista tratado sobre la materia o que, existiendo, no haya sido ratificado por el Estado peruano.

En esta misma línea, ¿qué debe entenderse cuando el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución al enunciar el principio de no discriminación señala que la discriminación se encuentra proscrita ante una situaciones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o *de cualquier otra índole*? ¿O cómo entender el enunciado del artículo 3° del texto constitucional para determinar los

derechos no mencionados pero que se fundan en la dignidad del hombre? La limitada definición de ordenamiento jurídico que dice tener el Tribunal Constitucional en esta sentencia no parece ofrecer alguna respuesta.

Si existen elementos y algún procedimiento para poder determinar el contenido de las normas citadas en el párrafo anterior y en base a él resolver casos concretos, éstos deben formar parte del ordenamiento jurídico. Pareciera que los valores que subyacen en las reglas y con mayor nitidez en los principios de los ordenamientos jurídicos constituyen piezas esenciales en la concreción del Derecho y, por tanto, exigen poder considerarlos como parte de dicho ordenamiento.

Si algo ha caracterizado el desempeño del Tribunal Constitucional es su afán de dictar sentencias ponderando los principios que pueden verse involucrados en los casos (el ejemplo emblemático es la forma como se abordan los conflictos entre derechos fundamentales), dando argumentos que le permita llegar a la mejor respuesta posible en atención a los valores que intervienen en el caso. Consideramos que ello exige un replanteamiento de su definición del ordenamiento jurídico a fin de aproximarlos a la forma como, en la práctica, lo viene entendiendo, a juzgar por sus sentencias.

## 9. Conclusión

La trascendencia de los temas abordados por la sentencia comentada nos ha llevado del análisis de los conceptos ahí desarrollados a preguntarnos por la concepción del Derecho que tendría el Tribunal Constitucional, problema este último que sólo llegamos a esbozar. Destacamos la labor que viene realizando el Tribunal Constitucional en su empeño de consolidación del Estado Constitucional de Derecho y el sistema democrático; por ello, es que debería replantear sus definiciones sobre los conceptos fundamentales del Derecho pues, el considerable desarrollo de sus sentencias en materia constitucional no se condice con la poca atención –y esta sentencia sería un síntoma de aquella actitud– que le estaría mereciendo la Teoría del Derecho.

<sup>21</sup> Una completa revisión de las ideas principales expuestas en torno a dicho debate se pueden encontrar en el ensayo *La decisión judicial: el debate Hart – Dworkin*. Estudio preliminar de César Rodríguez. Santa Fe de Bogotá: Siglo del Hombre editores, 1999.

<sup>22</sup> Sobre estas nuevas tendencias del positivismo puede consultarse los ensayos de Moreso, José Juan. *En defensa del positivismo inclusivo* y de Bayón, Juan Carlos. *Derecho, convencionalismo y controversia*. Ambos en *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*. Barcelona: Gedisa, 2002.