

El sonido de la razón y la furia de la dogmática: la doctrina y la jurisprudencia en la comprensión del derecho y sus fuentes

Gorki Gonzales Mantilla*, y
Heber Joel Campos Bernal**

Es propósito de este trabajo demostrar la importancia esencial que la jurisprudencia y la doctrina cumplen respecto de los derechos y el sentido de las instituciones de la democracia. En particular, se pretende establecer la incidencia de ambas en el proceso de deliberación y justificación de las sentencias judiciales. En el itinerario, sin embargo, se buscará develar algunas de las debilidades de la teoría clásica de las fuentes del derecho, levantando las premisas que permitan redefinir el carácter de éstas y su funcionalidad en el horizonte de un concepto de derecho también diferente.

Una primera cuestión a dilucidar es el carácter contemporáneo de las denominadas fuentes del derecho. Recuérdate que la concepción sobre este tópico será determinante para definir el valor de la doctrina y la jurisprudencia, pues conforme a los criterios de la propia teoría hegemónica desde fines del siglo XVIII, las fuentes del derecho obedecen al modelo de organización política configurada por oposición al Antiguo régimen¹. Este enfoque, emerge en la Francia post-revolucionaria y se difunde en toda Europa Continental al punto de constituir el fundamento de la tradición legal liberal². Esta misma perspectiva será desarrollada en la mayor parte de los países de América Latina³.

Pues bien, la idea de las fuentes del derecho sirve para instrumentalizar la articulación política de los denominados poderes públicos, asumidos

como tales al amparo de una teoría política: la tripartición de los poderes⁴. Las fuentes, en su acepción de procedimientos para la creación del derecho, responden a esta perspectiva pues expresan en gran medida la ideología subyacente a la teoría de la división de poderes. En efecto, cabe recordar el predominio y hegemonía que dicha teoría atribuyó al denominado poder legislativo. La explicación era simple: éste representa a la ciudadanía, ejerce la soberanía en su nombre y las leyes son una proyección de aquél⁵.

A este tipo de Estado-legislativo corresponde una teoría de las fuentes del derecho en donde la ley tiene un carácter prevalente *ex-ante*. Esta estructura escalonada, cual perfecta pirámide, subordina la actividad judicial al texto de la ley⁶. Se trata de un enfoque formalista que se forja en los estudios de introducción al derecho de las escuelas de leyes y es allí donde adquiere ciudadanía⁷. Se asume, entonces, que los problemas jurídicos “se resuelven mediante el análisis más o menos detallado, de las reglas de origen legislativo que se han promulgado al respecto”⁸. Para este enfoque -en cuanto concierne a nuestra tradición jurídica-, las reglas implícitas en las leyes son el resultado de los pronunciamientos legislativos explícitos⁹.

Se colige de lo dicho, un concepto del derecho que niega o, por lo menos, evita preguntarse sobre la capacidad de reacción de los actores político-institucionales para aceptar la existencia de los

* Doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa (Italia) y Magister en Derecho por la PUCP. Profesor Principal de Introducción a las ciencias jurídicas y Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la PUCP. Coordinador de la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la misma Universidad.

** Abogado por la PUCP (2007). Profesor adjunto de introducción a las ciencias jurídicas y Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la PUCP, y de Razonamiento Judicial en la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la misma Universidad.

1 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1997, pp. 37 y ss.

2 MERRYMAN, John. *La tradición jurídica romano-canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 30 y ss.

3 LOPEZ MEDINA, Diego. *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis, 2004, pp. 22 y ss.

4 SILVESTRI, Gaetano. *La separazione dei poteri*. Milano: Giufre Editore, 1979, pp. 175 y ss.

5 GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006, pp. 27.

6 Esta es la posición del formalismo jurídico que tanto asidero ha tenido en nuestra cultura jurídica. Sobre el particular, basta con adherir la siguiente cita de Montesquieu que grafica, de forma elocuente, la relevancia de la ley en el contexto del Estado Legislativo: “El juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Para una visión amplia de esta perspectiva véase: MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat Barón de. Madrid: Ediciones Istmo, 2002.

7 Véase sobre el particular GONZALES MANTILLA, Gorki. *La enseñanza del derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencia y continuidades*. Lima: Palestra - Facultad de Derecho de la PUCP, 2008.

8 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Bogotá - México D.F.- Buenos Aires - Lima - Santiago - Miami: Legis - Universidad de Los Andes, 2006, p. 266.

9 Loc. cit.

“arreglos distributivos de la potestad de creación de normas, sin dar batallas por aumentar su capacidad de control”¹⁰ sobre ella. En este enfoque no se evidencia tampoco la realidad argumentativa de la práctica jurídica como parte del sentido que adquieren las normas debido a su interpretación¹¹ y en función de la cultura legal¹².

Los cambios producidos en el marco de la evolución del capitalismo desde el siglo XIX, principalmente en el contexto europeo, el impacto generado por la Segunda Guerra Mundial, la apertura de espacios de conflicto debido al reconocimiento de la pluralidad, así como la presencia en el escenario público de sujetos antes no identificados ni reconocidos en la lógica del Estado-legislativo, producen el resquebrajamiento de los presupuestos más bien hipotéticos de éste¹³. El sentido auto referencial, la presunta unidad, tanto como la coherencia y plenitud del orden jurídico, pasan a evidenciar su carácter mítico. La desarticulación de esta perspectiva se hace aún más ostensible cuando el contacto del derecho con la moral¹⁴ no sólo resulta contingente sino que se convierte en indispensable, si se trata de explicar el sentido del derecho mismo.

La idea de las fuentes del derecho, concebida desde el positivismo jurídico, se verá, por lo tanto, cuestionada en sus aspectos fundacionales¹⁵. Las condiciones que emergen de esta nueva realidad permiten admitir que la ley si bien expresa el derecho legislado, está por debajo de los derechos fundamentales y de la Constitución¹⁶. En todo caso, la ley no refleja condición alguna que permita calificarla como fuente prevalente del derecho, en un escenario en el cual los jueces ya no pueden desempeñar su función, en términos

constitucionales, si la interpretación se aferra al texto de la ley.

Este último extremo ha suscitado uno de los cambios más relevantes en el ámbito del derecho y de la teoría legal en el mundo contemporáneo, por lo menos, en lo que se refiere al área de influencia de la tradición eurocontinental. El peso de la actividad jurisdiccional, debido a su función racionalizadora del derecho, es capaz de interpretar la ley y atribuirle un sentido enriquecido por la experiencia contextual. Pero al mismo tiempo, los jueces son los responsables de crear la dinámica orientada a constitucionalizar el sentido de la ley en la práctica de los casos concretos¹⁷.

Dos son las consideraciones que deben afirmarse como resultado del estado de la cuestión advertido. La función del juez se canaliza a través de la comunicación de sus decisiones. En principio, debido a que éstas delimitan el sentido de los derechos, por lo tanto, atribuyen un significado o cierta de forma de historicidad a la legislación¹⁸. Parece inevitable revalorar entonces el significado de la ley en función de la actividad interpretativa de los jueces. En segundo lugar, adquiere relevancia el tipo de decisión que busca establecer parámetros de referencia por la implicancia jurídica involucrada. Normalmente este es el caso de los principios¹⁹, es decir, la estructura básica del ordenamiento legal y político representado a través de los derechos fundamentales o contenido en la Constitución Política²⁰. Cuando las decisiones judiciales se ven comprometidas con este plexo de valores, parece evidente que el valor de referencia que éstas llevan hace posible el desarrollo del sistema legal y de la democracia como un todo²¹.

El valor de la jurisprudencia es entonces relevante por una razón adicional. Ella responde a la

10 Ibid., p. 267.

11 Loc. cit.

12 Al respecto, no parece convincente desde ningún punto de vista una tesis sobre el derecho que no exprese su sentido en el ámbito de la cultura legal. Véase FRIEDMAN, Lawrence M. *The Legal System. A Social Science perspective*. New York: Russell Sage Foundation, 1975, p. 11 y sgtes.

13 FERRAJOLI, Luigi. “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, pp. 53.

14 Como se recuerda ya HART advierte que “un sistema jurídico tiene que exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o tiene que apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo”. HART, H.L.A. *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968, p. 229.

15 Frente al paradigma del derecho del Estado legislativo, que implicaba la afirmación del principio de legalidad y la omnipotencia del legislador, durante la segunda mitad del siglo XX se ha producido un cambio fundamental con la subordinación de la ley misma -garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad-, a una ley superior: la Constitución ubicada jerárquicamente por encima de la legislación ordinaria. Véase FERRAJOLI, Luigi. “Lo Stato di diritto fra passato e futuro”. En: *Lo stato diritto. Storia, teoría crítica*. A cura di Pietro Costa e Danilo Zolo, Milano: Feltrineli Editore, marzo de 2003, p. 354.

16 FERRAJOLI, Luigi. “El derecho como sistema de garantías”, en: *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006, pp. 15 y ss.

17 GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel, 1996, pp. 59.

18 Esta historicidad se expresa a partir de lo que la doctrina constitucional denomina la “práctica constitucional”. La práctica constitucional hace referencia a aquellos datos provenientes de la experiencia histórica de cada comunidad política y que explican la forma como ciertas instituciones deben ser comprendidas en el marco de un orden liberal de derecho. Vid. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002, pp. 270 y ss. Para comprender la definición de práctica constitucional: BOHMER, Martín. “Igualadores y traductores: la ética del abogado en una democracia constitucional”, en: *Enseñanza clínica del derecho: una alternativa a los métodos tradicionales de enseñanza del derecho*. México: CLIP-ITAM, 2007, pp. 131 y ss.

19 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 80 y ss.

20 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Op. Cit., pp. 109 y ss.

21 NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 155 y ss. Asimismo, SUSNTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996, pp. 191 y ss.



dinámica social y política en la que el derecho tiene lugar²². Los casos y su repercusión circunstancial son el centro de preocupación del juez a la hora de tomar sus decisiones en derecho, y este enfoque adquiere una intensidad mayor en función de la complejidad del caso, lo que permite la proyección de la decisión judicial como parte del proceso institucional para contribuir precisamente, más allá del caso concreto, a modelarlo o reconducirlo.

La jurisprudencia, en el caso de nuestros países no ha logrado, por cierto, el desarrollo de envergadura de la tradición anglosajona, principalmente, el representado por la Corte Suprema de los Estados Unidos²³, sin embargo, debe admitirse que, salvando las diferencias culturales y los procesos históricos, la jurisprudencia de las altas Cortes de nuestros países, viene promoviendo un escenario en el que ellas han adquirido un protagonismo cada vez más significativo²⁴. Este fenómeno se asocia a la redefinición de las líneas directrices de la organización política, es decir, al papel de los derechos fundamentales en la estructura del Estado. Se trata de un proceso en expansión y con intensidad diferente en cada uno de los países de América Latina, pero en el caso peruano, parece indudable que la jurisprudencia -en particular la que proviene del Tribunal Constitucional- empieza a cumplir funciones neurálgicas en la afirmación de los derechos y la democracia, en términos paralelos a los antes vistos en la tradición anglosajona²⁵.

El valor de la jurisprudencia no sólo radica en su consideración como precedente incontestable, es decir, en punto a su carácter obligatorio para las instancias inferiores. Este enfoque simplista que se abre paso a través de una visión formalista, corre el riesgo de emular en el ámbito jurisprudencial

lo ocurrido en el ámbito legislativo a partir de la experiencia decimonónica del formalismo jurídico. El valor del precedente radica, en todo caso, en la riqueza argumentativa de la que viene premunido. Por tanto, el que la resolución sea vinculante por que la corte así lo diga, no lo convierte en una pieza comprometida con la historia y el debate sobre los derechos²⁶.

En la línea de lo expuesto, la doctrina cumple una función reconstructiva respecto del derecho²⁷. Su papel no se agota en la idea de explicar o sistematizar las instituciones jurídicas. La doctrina es una forma de razonamiento instrumental que, en términos de Alexy, se articula desde tres dimensiones: analítica, empírica, y normativa²⁸. Veamos cada una de ellas:

a. La primera dimensión se refiere a la consideración del derecho y las instituciones jurídicas desde un punto de vista sistemático-conceptual y estructural. Este tipo de abordaje vislumbra -como bien anota Carlos Peña- una función de carácter cognoscitivo orientada a describir el derecho vigente, para ordenarlo en "términos más económicos y sencillos que aquellos con que aparece en su presentación original"²⁹. La doctrina se proyecta, entonces, como "mapa del complejo universo de normas legisladas"³⁰, su función será reducir la complejidad y ayudar a enfocar el debate en la interpretación de las normas "consideradas esenciales en la educación y en el foro"³¹.

A diferencia del sentido puramente descriptivo y lineal que se auspiciaba desde el comentario exegético, el reflejo más relevante de este enfoque se traduce en el proceso de reconstrucción racional

22 MERRYMAN, John. *Sistemas legales en América Latina y Europa: tradición y modernidad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

23 PIZZORUSSO, Alessandro. *Justicia, Constitución y Pluralismo*. Lima: Palestra, 2007, pp. 40 y ss.

24 Un claro ejemplo al respecto es el de la Corte Constitucional de Colombia. Desde la promulgación de la Constitución de 1991, en este país se ha iniciado un decidido y profundo proceso de cambios en la jurisprudencia y práctica constitucional, principalmente, de las altas cortes. Véase: LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, 2005, pp. 109 y ss.

25 Por ejemplo, el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia N° 010-2002-AI/TC, de 3 de enero de 2003, declaró inconstitucionales diversos decretos leyes que regulaban los delitos de terrorismo y afines, evitando, a pesar de la evidente complejidad del caso, la excarcelación de los reos juzgados a la luz de dicha legislación. Esta sentencia sirvió para reconstruir el escenario democrático profundamente dañado por la legalidad de emergencia dictada durante el gobierno del presidente Fujimori. Otro caso semejante fue el del juicio a la cúpula de Sendero Luminoso, llevado a cabo por la Segunda Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema. En éste, la Corte demostró la responsabilidad de sus principales cabecillas a la luz de la teoría de la autoría mediata en aparatos de poder organizados. Asimismo, en el caso de la STC EXP. N° 2488-2002-HC/TC, que consagra el derecho a la verdad, o la 2432-2007-PHC/TC, que consagra el denominado derecho a la personalidad jurídica, el Tribunal adoptó una posición afín a la defensa de los derechos fundamentales pero no sólo desde una posición formal o neutra, sino garantista y activa. El mérito en ambos casos radica en la lectura social de los derechos en mención, y en su correlato jurídico a la luz de una problemática concreta.

26 A este punto hacía referencia el jurista argentino Carlos Nino, cuando sostenía que el derecho no era auto referente. Al respecto véase: NINO, Carlos. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 30 y ss.

27 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2002, pp. 61 y ss.

28 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 29 y sgtes.

29 PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. "¿Qué hacen los civilistas?". Cuadernos de Análisis Jurídico. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1993, p. 26.

30 LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Op. Cit, p. 290.

31 Loc. cit.

con el propósito de explicar la articulación que da sentido al conjunto normativo bajo estudio³². Es de esta función que se deriva la posibilidad de elaborar teorías del derecho relativas a determinados aspectos de raigambre cultural, como por ejemplo, las teorías del delito u otras de alcance más o menos específico.

- b. La dimensión empírica supone el conocimiento, interpretación y argumentación de las reglas que configuran el derecho válido. Por lo tanto, se trata de la descripción y “pronóstico” de la legislación y la praxis judicial. La dimensión empírica no se agota en el conocimiento de los conceptos jurídicos y en la validez del derecho característica del positivismo jurídico. La importancia actual de la jurisprudencia de las altas Cortes de justicia (entre ellas el Tribunal Constitucional), hace imprescindible su consideración como base para cualquier construcción conceptual de frente a la actuación del derecho.

Esta perspectiva abre una profunda brecha en el campo de la denominada validez del derecho³³, en la medida que -como se ha dicho- los jueces desempeñan una función racionalizadora del derecho. La praxis judicial incorpora el sentido de los derechos a través de la recurrencia a los principios, cuya configuración tiene una textura moral significativa. La dimensión empírica de la teoría permite asumir que existe un derecho por encima de los consideraciones que hacen referencia a la pregunta sobre cómo ha sido construido éste, desde la óptica de la validez y la teoría de las fuentes del derecho³⁴. Lo relevante será constatar e internalizar la existencia de un derecho válido que “no puede ser ignorado por nadie que desee satisfacer las exigencias de las profesiones jurídicas”³⁵. Un derecho válido cuya factura es de origen fáctico en un sentido empírico estricto³⁶.

- c. En forma concurrente a las dos anteriores está la dimensión normativa, entendida como la crítica al derecho que resulta de los procesos argumentativos presentes en la jurisprudencia de los tribunales para dar respuesta a los

casos concretos³⁷. A diferencia de la dimensión empírica donde se busca constatar el derecho válido, en este caso, interesa conocer cuál es el caso concreto y cuál es la decisión correcta en función del derecho válido³⁸. En los términos de Dworkin correspondería a las razones sobre las cuáles es posible conectar los hechos y el derecho, y es cómo es que esas razones responden a los principios constitucionales³⁹.

En un contexto no siempre delimitado en forma *ex ante* o incluso, si lo estuviera, provisto de una textura abierta como desafío histórico inevitable, esta dimensión se refiere al esfuerzo por brindar un argumento convincente, entre “la libertad y restricción” en que se mueve la decisión judicial⁴⁰: una respuesta racionalmente fundada para definir el sentido de las cuestiones valorativas que han quedado pendientes de solución en el material autoritativamente, léase derecho válido, ya dado⁴¹. Interesa, en resumen identificar las consideraciones justificativas que han permitido definir los casos concretos.

La teoría es el resultado de la comprensión del derecho en la compleja realidad a la que éste se debe, representada por las tres dimensiones antes aludidas. Es evidente, por ello, que la teoría responde en forma crítica a la vida social. En otras palabras, la teoría del derecho no se reduce a la simple exposición del derecho legislado. La doctrina así entendida puede ser reconocida como la “buena teoría”, es decir, aquella que cumple una función instrumental, que se construye desde la propia dinámica social y que sirve para reconstruir la práctica jurídica. Este filón bastará para reconsiderar la posición atribuida a la doctrina como “fuente auxiliar” o bien desvirtuar ampliamente la clasificación que lo permite⁴², tal como se verá más adelante.

La doctrina se percibe, en esos términos, como una herramienta central de la actividad judicial, pues como se ha dicho los jueces deben argumentar con razones en derecho cada una de sus decisiones y esto sólo es posible cuando el razonamiento converge en las tres dimensiones indicadas⁴³. El razonamiento

32 COURTIS, Christian. “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”. En: *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta Editorial, 2006, p. 115.

33 Desde que el derecho incorpora reglas y principios, se asume que éstos representan un escenario abierto y provisto a la vez de una carga moral y política que desborda el carácter de la validez. DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 33.

34 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. Cit., p. 31.

35 Loc. cit.

36 Loc. cit.

37 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. Cit., p. 32.

38 Loc. cit.

39 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Madrid: Ariel, 1989, p. 33.

40 Al respecto, véase: KENNEDY, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial. Una fenomenología crítica*. Bogotá: Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana - Ediciones Uniandes - Instituto Pensar - Siglo del Hombre Editores, 2002, p. 175.

41 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. Cit., p. 32.

42 Sobre el particular se sostiene con notable agudeza: “Pero, por supuesto, no bastaría con afirmar que la auxiliariadad de la doctrina queda desmentida por la frecuencia de su utilización. Bien puede ser que el argumento, aunque muy frecuente, siga teniendo un peso normativo secundario o auxiliar. El uso corriente del argumento demuestra, sin embargo, que con gran frecuencia las reglas o las interpretaciones propuestas por jueces, abogados o estudiantes parecen estar exclusiva o predominantemente fundados en fuentes doctrinarias, con apoyo inexistente o tan solo aparente en normas positivas primarias”. LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Op. Cit, ps. 285-286.

43 A este tipo de razonamiento se le puede llamar “razonamiento integro o hercúleo”. Véase al respecto: DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1999.

judicial, entonces, puede cimentarse en la buena teoría pero en esa misma dirección, la teoría también responde a la centralidad de los fallos judiciales, en todo caso, éstos forman parte de su dimensión integralmente considerada.

La pertinencia de la doctrina en la definición de un caso está asociada a todo lo dicho. Los jueces difícilmente podrán exponer razones aceptables en derecho si éstas no se adscriben a postulados teórico-instrumentales sobre lo jurídico. Los jueces, en todo caso, contribuyen a enriquecer y desarrollar estos postulados. La instrumentalidad de una teoría está condicionada a su eficacia para el caso concreto, pero también a su capacidad para ser vehículo de principios constitucionales. Esto último, en particular, se convierte en uno de los aspectos de mayor valor en la actividad judicial, siempre que ésta esté comprometida con la necesidad de justificar con razones la respuesta al caso concreto.

Pero así como se le reconoce un rol a las fuentes del derecho desde el punto de vista teórico, también es posible hacerlo desde el punto de vista de su aplicación. Con ello se refiere a la forma en que los jueces y operadores del sistema de justicia hacen uso de las fuentes, y como dicha aplicación tiene una incidencia en la configuración del derecho positivo.

Un primer punto al respecto tiene que ver con la definición de fuentes del derecho. Ya al principio de este ensayo se adelantó que la doctrina y la jurisprudencia juegan un rol decisivo en la comprensión y sentido de las normas. Esta comprensión partía de considerar a las fuentes no como un modelo cerrado. Por el contrario, esta reflexión apuntaba a incidir en el rol que los conceptos y argumentos (incluso morales) tienen a la hora de interpretar y aplicar el derecho. Ahora bien, este punto de vista contrasta con el seguido por la visión tradicional según la cual las fuentes del derecho se dividen en fuentes principales y fuentes auxiliares⁴⁴, siendo que en el primer grupo –el de las fuentes principales– se encuentra siempre la ley y en el segundo –el de las fuentes auxiliares– la jurisprudencia, y la doctrina.

Al respecto, Luis Prieto señala lo siguiente:

“Las fuentes del Derecho no sólo representan un capítulo esencial para determinar la validez de las disposiciones y normas, sino que encierran también una decisión política

acerca del ejercicio y distribución del poder social. Definir cuáles son los modos de producción jurídica y establecer un orden jerárquico entre los mismos entraña así el establecimiento de una determinada estructura de poder, que es lógicamente de naturaleza política”⁴⁵

Esta definición pone el acento en un problema que escapa a la teoría general del derecho y se acerca a la teoría de la democracia⁴⁶. Así, desde un punto de vista normativo, es posible sostener que la democracia es el sistema de gobierno en que se respetan los derechos y libertades reconocidos en la Constitución⁴⁷. Esta definición que parece obvia tiene una incidencia a la hora de establecer que actos deben o no ser considerados como actos jurídicos.

Así, Prieto dirá más adelante que:

“[el problema de las fuentes] no es un problema político genérico, sino específicamente constitucional. La Constitución en sentido material –siguiendo aquí la terminología de Kelsen– se define precisamente como aquella norma que regula la creación de normas jurídicas generales, como *norma normarum*, que es un modo de decir que la Constitución representa ante todo una norma sobre la producción jurídica, sobre la definición de las fuentes del Derecho y, con ello, sobre la forma de organización política. Decidir cuáles son las fuentes del Derecho equivale a decidir “quién” y “cómo” manda.”⁴⁸

Carlos Nino complementa esta visión al señalar, en relación a la capacidad de los jueces de “crear” derecho, que estos basan esta capacidad en las “razones” que tienen a la mano. Estas razones son consecuencia de la deliberación pública, y complementan el imaginario de la actividad judicial al establecer pautas que pueden (o deben) ser seguidas por los demás jueces:

“Como hemos visto, los jueces dictan ciertas normas particulares que se llaman “sentencias judiciales”. Para hacerlo tienen en cuenta determinadas normas que pueden preexistir, como una ley o una costumbre, pero también muchas veces toman en consideración, en los fundamentos de la sentencia, determinados criterios de razonabilidad, equidad, etcétera.

44 DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional: sistema de fuentes. Barcelona: Ariel, 1988, pp. 88.

45 PRIETO SANCHÍS, Luis. Apuntes de teoría del derecho. Madrid: Trotta, 2006, pp. 159.

46 FISHKIN, James. Democracia y deliberación. Barcelona: Ariel, 1995, pp. 11 y ss.; DAHL, Robert. La democracia: una guía para los ciudadanos. México: Taurus, 2005, pp. 139 y ss.; SARTORI, Giovanni. ¿Qué es la democracia? México: Taurus, 2003, pp. 248 y ss.; ACKERMAN, Bruce. La política del diálogo liberal. Barcelona: Gedisa, 1999, pp. 47 y ss.

47 Ronald Dworkin denomina a este enfoque la concepción asociativa de la democracia, a la cual define como aquella en la “que las personas se gobiernan a sí mismas cada cual como asociado de pleno derecho de una empresa política colectiva, de tal manera que las decisiones de una mayoría son democráticas sólo si cumplen ciertas otras condiciones que protegen la condición y los intereses de cada ciudadano en tanto asociado de pleno derecho de esa empresa”. Vid. DWORKIN, Ronald. La democracia posible. Principios para un nuevo debate político. Barcelona: Paidós, 2008, pp. 167-168.

48 PRIETO SANCHÍS, Luis. Op. Cit., pp. 159.

Esos criterios, que no fueron dictados por un legislador ni se originaron en la costumbre de la población pueden ser tomados en cuenta por otros jueces a quienes se les plantea posteriormente un caso análogo al resuelto originariamente. (...) Por ello es válido afirmar que los jueces en conjunto pueden dar origen a normas jurídicas generales. No quiere ello decir que el cuerpo judicial sancione deliberadamente normas de esa índole (como si lo hace con las sentencias). Los precedentes surgen a partir de las razones que determinaron la adopción de cierta decisión (lo que se llama la *ratio decidendi* del fallo) y que son obligatorias en casos análogos para los tribunales inferiores o de igual jerarquía⁴⁹.

Ahora bien, es posible inferir de la visión planteada por Nino que la definición de las fuentes del derecho como principales y secundarias no sólo es baladí sino que contamina la práctica del derecho que actualmente llevan a cabo los jueces. Así, junto a la posición de Prieto, se considera que cabe plantear una visión alternativa según la cual las fuentes del derecho toman como punto de partida al ordenamiento jurídico pero se ensanchan a medida que son objeto de la interpretación y deliberación públicas.

Esta visión de las fuentes es distinta a la visión tradicional porque introduce un nivel de discusión que va más allá del sistema legal. En ella los mandatos se adhieren al razonamiento de los operadores jurídicos -en los términos de Dworkin- no por su vínculo con la ley, sino por su fuerza moral y argumentativa. Esta disposición al diálogo hace que las fuentes se reconduzcan de un campo de racionalización interna, a uno de racionalización externa en el que cumplen un papel los principios políticos.

Los principios poseen una apariencia externa según la cual su contenido no viene dado *ex ante* (en esto la teoría de las fuentes se reduce a una teoría meramente descriptiva) sino que se establece a partir de la deliberación de los órganos judiciales. Un hecho irrefutable en ese sentido, es que los jueces incluyen en su razonamiento, argumentos que toman de otras sentencias o que han sido explicitados por quienes conforman -parafraseando a Haberle- la comunidad de intérpretes jurídicos⁵⁰.

Ello no quiere decir que la ley como tal no tenga una función, por el contrario su rol consiste en plantear las coordenadas en que los jueces deben responder a las demandas ciudadanas. La forma como estas demandas deben ser respondidas, o mejor aún como deben ser incorporadas a su razonamiento es una práctica, empero, que no se reduce a su aplicación formalista.

A efectos de este análisis se tomarán en cuenta las Sentencias recaídas en los Expedientes N°s 005-2003-AI/TC y 047-2004-AI/TC en los que el TC se pronuncia, directamente, sobre las fuentes del derecho.

Según este colegiado las fuentes pueden ser definidas desde un punto de vista formal como:

"[...] aquellas a las que el propio ordenamiento constitucional les atribuye dicha condición y rango. Y tales cualidades son independientes de los efectos o la eficacia *erga omnes* que puedan poseer. Repárese, por ejemplo, en las denominadas "leyes de medida", esto es, en las leyes que, por la naturaleza de las cosas, tienen como propósito regular la situación jurídica de un ámbito reducido de destinatarios (artículo 103° de la Constitución). En similar condición se encuentran las leyes expropiatorias exigidas por el artículo 70° de la Constitución, o las normas regionales y las ordenanzas municipales, éstas dos últimas cuyo ámbito de eficacia, como se sabe, está territorialmente delimitado. Y no porque cualquiera de éstas carezca de efectos generales, similares a la ley, puede de ellas predicarse que no tienen "rango de ley"⁵¹.

Asimismo, el Tribunal considera 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."⁵²

Para el TC las fuentes son de dos tipos: primarias y secundarias. En el primer grupo se encuentran: la ley, los decretos, los reglamentos, y la costumbre (cuando es vinculante); mientras que en el segundo grupo se encuentran: la jurisprudencia (que

49 NINO, Carlos. Introducción al análisis del derecho. Barcelona: Ariel, 1983, pp. 151.

50 Haberle define a ésta como una derivación de la actividad interpretativa, la cual "no es, ni en la teoría ni en la práctica, un proceso de naturaleza exclusivamente estatal, sino que potencialmente tienen acceso a él todas las fuerzas de la comunidad política. El ciudadano que interpone un recurso constitucional es tan intérprete de la Constitución como el partido político que plantea una acción orgánica (*Organklage*) o contra el cual se inicia un procedimiento de prohibición (*parteiverbotsverfahren*). (...) la interpretación es un "negocio" que interesa potencialmente a cada uno y a todos. Los citados grupos, individuos, etcétera, pueden ser denominados intérpretes "mediatos" o a largo plazo, de la Constitución. La configuración de la realidad de la Constitución se convierte en un pedazo de la interpretación de las respectivas "normas constitucionales". Vid. HABERLE, Peter. El Estado Constitucional. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2003, pp. 153-154.

51 STC EXP. 005-2003-AI/TC. Fundamento 1.3

52 Ibid.

no es precedente), y la doctrina. Las cuales tienen su fundamento de validez –sobre todo cuando nos referimos a las fuentes primarias- en las normas de mayor jerarquía. Aquí los principios de coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico cumplen un papel esencial:

“Toda norma encuentra su fundamento de validez en otra superior, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental. Tal concepto de validez no sólo alude a la necesidad de que una norma se adecue formalmente a otra superior, sino también a su compatibilidad material. [...] Esta vocación por la coherencia exige la exclusión de cualquier situación en que dos normas que se contradicen en sus consecuencias jurídicas, pertenezcan o sigan perteneciendo a un mismo ordenamiento legal”⁵³

Si bien es cierto que esta clasificación tiene alguna utilidad descriptiva, también lo es que no muestra la forma como el derecho es aplicado por los jueces. Como sostiene Cass Sunstein⁵⁴, por lo general, los jueces adoptan puntos de vista que refieren a principios, juicios morales o simples intuiciones. Estos elementos dan lugar a un escenario de acuerdos y desacuerdos en que se debaten –con mayor o menor intensidad- intereses públicos.

Ahora bien, para el Tribunal Constitucional este aspecto –el de los acuerdos o desacuerdos- no es siempre relevante. A juzgar por las sentencias que se vienen comentando este colegiado disiente de las razones que escapan del sistema legal como estrategias para integrar o resolver los conflictos jurídicos. Razón por la cual la jurisprudencia y la doctrina deben ser tomadas en cuenta como fuentes auxiliares, y no como reglas en sí mismas.

Sin embargo, en el caso de la doctrina el TC ha reparado que:

“si bien no [se puede] afirmar que esta fuente derive de la Constitución, el Tribunal Constitucional y los diversos niveles jerárquicos del Poder Judicial recurren a la doctrina, nacional y extranjera, para respaldar, ilustrar, aclarar o precisar los fundamentos jurídicos que respaldarán los fallos que se sustentan en la Constitución, en las normas aplicables al caso y en la jurisprudencia”⁵⁵

En el mismo sentido, cuando se refiere al caso de la jurisprudencia señala:

“La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad. En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.”⁵⁶

Tanto la doctrina como la jurisprudencia juegan un papel destacado en el sentido de guiar el razonamiento de los jueces. Ambos elementos, sin embargo, no resultan piezas concluyentes a la hora de elaborar una respuesta judicial desde el derecho. Mientras que en el caso de la doctrina el Tribunal acepta el aporte de ésta para la resolución de los casos concretos, en el de la jurisprudencia el Tribunal refiere que debe ser asumida como una regla, lo cual no siempre es así.

El precedente, tal como ha sido definido por Robert Alexy, constituye una norma adscrita⁵⁷. Esta se deriva de la interpretación que los jueces hacen de los principios y establece las condiciones en que deben ser aplicados por los de menor rango. Ahora bien, ello no quiere decir que en ocasiones los precedentes no deban ceder su lugar a otras normas, las cuales pueden ser aplicadas por los jueces según las condiciones e intereses de las partes.

En efecto, la interpretación que da origen al precedente es una interpretación que se relaciona con lo que se ha llamado la función reconstructiva del derecho. En ésta los jueces tienen que elegir entre distintas posibilidades hermenéuticas, dejando de lado aquellas que no sean compatibles

53 Ibid. Fundamento 3.

54 En términos de Sunstein: “Of course a completely theorized judgment would have many virtues if it is correct. But at any particular moment in time, this is an unlikely prospect for human beings, not excluding judges”. En efecto, a lo que se refiere Sunstein es a las contingencias que puede tener un razonamiento que se considere concluyente. En la perspectiva de este autor cuando nos enfrentamos a problemas que implican elementos morales o políticos, lo mejor es arribar a respuestas que se caractericen por poner el acento en el filón donde, dadas las condiciones del caso, las partes (y la comunidad en su conjunto) podrían estar de acuerdo. A esta salida la llamó “incompletely theorized agreements” o acuerdos incompletamente teorizados. Vid. SUNSTEIN, Cass. Op. Cit., pp. 41.

55 STC EXP. N° 047-2004-AI/TC. Fundamento 45.

56 Ibid. Fundamento 34.

57 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Op. Cit., pp. 66 y ss.

con la práctica constitucional. Los derechos constitucionales se explican entonces como aquellas exigencias que los jueces reconocen a fin de garantizar los derechos.

Esta mención es relevante porque permite criticar la visión del TC sobre las fuentes del derecho. Como se desprende de su jurisprudencia el TC señala que las fuentes del derecho responden aún al paradigma del derecho por reglas. Pese a que este enfoque, poco a poco, va cayendo en desuso, este colegiado lo adopta como una forma de describir el entramado del sistema jurídico. Una primera observación al respecto se relaciona, por tanto, con las potestades interpretativas con que cuenta el TC y las características de un ordenamiento jurídico compartimentalizado en fuentes primarias y secundarias. Para todos es sabido que en ocasiones el intérprete constitucional adhiere a las normas un sentido interpretativo que no se desprende “naturalmente” de éstas, sino que es el resultado de la práctica interpretativa de otras cortes, incluida la jurisdicción internacional. O que a veces esta se lleva a cabo de acuerdo a patrones culturales o políticos, que hacen que el juez prefiera una respuesta basada en principios antes que en leyes.

Esta observación se matiza, a su vez, con las consecuencias de la interpretación constitucional. Mientras que en el Estado Legislativo el intérprete repite de forma acrítica el supuesto previsto en la norma, en el Estado Constitucional el juez tiene que racionalizar las normas. Esta operación, como se presume, no está sujeta a la aplicación mecánica de la ley, sino que debe responder a una visión integral de lo que es el derecho, y sus contenidos. Por ese motivo la responsabilidad del juez en el Estado Constitucional es doble: por un lado es quien se encarga de garantizar los derechos, y de defender los valores recogidos por la Constitución, y por el otro, es quien se encarga de poner “las piezas en orden” en el tablero de la deliberación pública.

La caracterización compleja de la teoría y la jurisprudencia, así como su articulación a la actividad judicial, sugiere un replanteamiento

de la tesis clásica sobre las fuentes del derecho. Como se ha visto, las fuentes como procedimientos para la creación del derecho pugnan por lograr su posicionamiento en el terreno del discurso oficial sobre el derecho. Compiten por insertarse en el andamiaje institucional al margen de cualquier relación predeterminada de jerarquía.

Esta nueva imagen de la idea de fuentes, proyecta un perfil del derecho en el que difícilmente se observan los límites geométricos de una estructura igualmente predefinida. El derecho parece constituirse como un campo abierto a la contingencia de los casos concretos. Un espacio delimitado por la textura abierta de las normas y principios y expuesto, por lo tanto, a la interpretación y argumentación, como actividades que le atribuyen entidad e historicidad.

Todo lo dicho permite afirmar que un debate sobre el derecho y sus fuentes no puede desatender la importancia de la cultura legal. En otras palabras, no puede pasar desapercibido el significado que adquiere el proceso de enseñanza del derecho ni los componentes de los que ésta se construye. Tampoco puede pasar desapercibido el que detrás de esta indumentaria se esconden intereses específicos. Nada de esto resulta condenable salvo, claro está, el que se mantengan enmascarados por el tinglado del formalismo jurídico. La visión propuesta rompe la asfixia conceptual que hace de la teoría de las fuentes del derecho, una estructura inmune a la realidad y a la crítica racional.

La comprensión de las fuentes del derecho desde una perspectiva atenta a la realidad, abre un espacio a la crítica de la razón como herramienta indispensable en el análisis del derecho. En este enfoque, la caracterización de la dogmática como conjunto de categorías conceptuales, desprovisto de contacto con la realidad, pierde sentido en forma absoluta. El derecho, en buena cuenta, discurre por cauces que sobrepasan y desfiguran la geometría asfixiante del formalismo jurídico, pese a la furia de los dogmáticos herederos de esta tradición cultural y del pensamiento auto referente que profesan. 

