



**ANEXO DE LECTURAS**

**CURSO “TEORIA GENERAL DEL DERECHO”**

**II NIVEL DE LA MAGISTRATURA**

## UNIDAD I: VIGENCIA DE LA NORMA JURÍDICA

### **Lectura Obligatoria:**

CÁRDENAS QUIROZ, Carlos. *Modificación y Derogación de las normas legales*. Primera Edición. Ara Editores, Lima, 1999 (Páginas 31 a 106).

A decir de Rubio Correa <sup>(8)</sup>, en opinión que suscribimos, «el Título Preliminar del Código Civil ocupa un lugar preponderante dentro del sistema jurídico como conjunto, dictando normas de alcance general y que va más allá del Derecho Privado. Esa preeminencia debe ser respetada por las demás leyes de la República, con la finalidad de impedir alteraciones que quiten coherencia y equidad al conjunto de normas legisladas. Todo ello, a pesar de que formalmente ... las disposiciones del Título Preliminar no sean sino simples normas con rango de ley».

## II. CAUSAS DE CESACION DE VIGENCIA DE LAS NORMAS LEGALES <sup>(9)</sup>.

Según Díez-Picazo y Gullón <sup>(10)</sup>, «como todo fenómeno humano, las normas jurídicas en general viven dentro de unos límites temporales y, por consiguiente, dentro del tiempo que media entre el momento de su aparición y el momento de su desaparición y extinción».

<sup>(8)</sup> De acuerdo con Luis María Díez Picazo (La derogación de las leyes, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1990, págs. 161-162), «muchos de los autores que se han ocupado del instituto derogatorio coinciden en señalar que el efecto típico que se desprende de todo acto de derogación expresa consista en la cesación de la eficacia de la ley derogada. Dicho de otro modo, la esencia del efecto derogatorio radicaría en que la ley derogada deja de surtir los efectos propios de toda ley: pierde la fuerza para regular los supuestos de hecho a que ella misma se refiere. (...) Para que la configuración del efecto derogatorio como cesación de la eficacia fuera correcta, sería necesario que la ley derogatoria se subrogara inmediatamente a la ley derogada en la regulación de la materia de que se trate -o, en su caso, que desregulara con la misma inmediatez esa materia; dejando un espacio normativamente vacío y libre; es decir, sería preciso que la sucesión de leyes en el tiempo como consecuencia de la derogación tuviera lugar por medio de cortes limpios, de suerte que no se diera jamás una superposición entre la antigua y la nueva ley. La más elemental experiencia enseña, no obstante, que sólo en contadas ocasiones las cosas se desarrollan con tanta sencillez. (...) De ahí, que resulte más ajustado a la realidad definir el efecto derogatorio como cesación de la vigencia, entendiéndolo por vigencia la pertenencia actual y activa de una norma al ordenamiento, de manera que es potencialmente capaz de regular todas las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho».

<sup>(10)</sup> Díez-Picazo y Ponce de León, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, Sistema de Derecho Civil. Volumen I. Sexta edición. Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1988, pág. 115.

<sup>(8)</sup> Rubio Correa, Marcial, op. cit. en nota (1), pág. 22.

En el mismo sentido se pronuncia Coviello <sup>(11)</sup>: «Con respecto al tiempo, la ley, como todo hecho humano, tiene un principio y un fin: el principio es su entrada en vigor, el fin la cesación de su eficacia obligatoria».

Las normas legales tienen, por lo general, una vigencia indefinida; empero, puede ocurrir, por ejemplo, que su duración esté limitada a un plazo determinado o en razón de una circunstancia que constituye la razón de ser de la norma y que una vez desaparecida hace que pierda vigencia.

La cesación de vigencia de una norma legal puede deberse a dos tipos de causas: una extrínseca, es decir, exterior a la propia norma, y otra intrínseca, esto es, inherente a ella misma.

La derogación está comprendida dentro de las causas extrínsecas de cesación de vigencia de la ley. También, como veremos más adelante, debe incluirse el caso de la modificación, en la medida en que ésta supone la sustitución de una norma por otra (salvo en el caso de la modificación que llamamos aditiva: vid. *infra* III), lo que necesariamente importa la supresión previa de la norma original.

En cambio, constituyen causas intrínsecas de cesación de vigencia de las normas legales: el transcurso del plazo fijado

expresa o tácitamente por ella misma para su vigencia, la realización (o no) del propósito por el cual fue dictada y la terminación del estado de cosas que constituía su objeto (por ejemplo, una situación de guerra).

Refiriéndose a las causas intrínsecas de cesación, Windscheid <sup>(12)</sup> expresa: «La vigencia de la norma jurídica termina con su desaparición, que puede asentarse en las disposiciones propias, que proyectan la fuerza vinculante de aquélla sobre un tiempo determinado o apenas para circunstancias transitorias y precisas».

En los puntos siguientes serán desarrolladas las cuestiones planteadas.

### III. CAUSAS EXTRINSECAS DE CESACION DE VIGENCIA DE LAS NORMAS LEGALES: DEROGACION, ABROGACION Y MODIFICACION DE LAS NORMAS LEGALES.

De acuerdo con Bielsa <sup>(13)</sup>, «en el derecho romano existían cuatro formas o clases de decisiones para modificar la ley, mejor dicho, tres, pues una lo era para extinguir la ley; esas formas

<sup>(11)</sup> Coviello, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*. Cuarta edición italiana revisada por el Prof. Leonardo Coviello. Traducción por Felipe J. Tena.

Concordancias de Derecho Mexicano por Raúl Berrón Mucel. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, pág. 103.

<sup>(12)</sup> Windscheid, Bernard, *Tratado de Derecho Civil Alemán* (Derecho de Pandectas). Traducción de Fernando Hínestrosa de la octava edición con anotaciones comparativas sobre el Derecho Civil Alemán de Theodor Kipp. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1976, pág. 108.

<sup>(13)</sup> Cit. por Sarmiento García, Luis Eduardo, *La llamada derogación de las leyes y sus consecuencias normativas*. En: *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Tomo 124, Buenos Aires, 1967, pág. 1434.

eran la ‘abrogatio’, por la que se extinguía, quitaba o borraba la ley; con la ‘derogatio’, sólo era suprimida o borrada una parte de la ley; ‘subrogatio’, cuando se agregaba algo a la ley; y ‘obrogatio’, cuando sólo se cambiaba o transformaba algo en la ley».

En el Digesto (50, 16, 102, Mod. 7 regul.) encontramos la siguiente definición: «‘Derogatur’ legi aut ‘abrogatur’: derogatur legi, cum pars detrahitur; abrogatur legi, cum prorsus tollitur», es decir: «La ley se ‘deroga’ o se ‘abroga’: se deroga cuando se suprime una parte; se abroga cuando se elimina totalmente».

No obstante la perfecta distinción existente en Roma entre ambos conceptos, lo cierto es que se ha generalizado el empleo de la expresión «derogación» como comprensiva de ambas situaciones. Algunos pocos Códigos las distinguen <sup>(14)</sup>. Otros Códigos, en cambio, usan la expresión «derogación» en forma exclusiva <sup>(15)</sup> o emplean los vocablos «insubsistencia» <sup>(16)</sup>

Modificación y Derogación de las Normas Legales

o revocación <sup>(17)</sup> Finalmente, algunos utilizan la fórmula «abrogación» exclusivamente <sup>(18)</sup>.

Messineo <sup>(19)</sup> distingue claramente entre abrogación y derogación. Señala que: «Diversa de la abrogación es la derogación; resultando que hay normas que son derogatorias respecto de otras, esto es, respecto de las que son derogadas por las primeras. Derogar significa, o bien introducir excepcio-

<sup>(17)</sup> Ley de Introducción al Código Civil brasileño de 1942 (artículo 2) [La antigua Ley de Introducción de 1917 utilizaba las expresiones «revoca» y «deroga» como equivalentes (art. 4)] y Código Civil portugués (art. 7). Para Messineo (Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979, op. cit., págs. 88-89), «figura diversa de la abrogación es la revocación de normas jurídicas. Es fenómeno absolutamente anómalo, ya que una norma jurídica, una vez dictada, no puede ser revocada (del modo como puede ser revocado un negocio jurídico); puede ser solamente abrogada, con la consecuencia de que los derechos objetivos, nacidos dependientemente y durante el tiempo en que la norma estaba en vigor, no sufren perjuicio por el hecho de la posterior abrogación. La revocación de normas jurídicas se ha tenido, entre nosotros, respecto a algunos actos normativos de la República Social Italiana, considerada como ilegítima. Al respecto se dictó el Decreto ley del Lugarteniente, de 5 de octubre de 1944, No. 249, que en su art. 1, declara privados de eficacia jurídica, o sea que revoca (entre otras) las providencias legislativas y las normas reglamentarias, dictadas bajo el imperio de aquel gobierno. Sin embargo, no siempre de la revocación de las normas se sigue la revocación de los actos y negocios que se formen bajo el imperio de las normas revocadas; y, en general, si se produce controversia sobre la validez de aquellos actos o negocios, de esa validez debe juzgarse sobre la base de las normas revocadas y no de la providencia de revocación».

<sup>(14)</sup> Códigos Civiles de México D.F. (art. 9) y Costa Rica (artículo 12).  
<sup>(15)</sup> Códigos Civiles de Ecuador (art. 37, 38 y 39), Chile (arts. 52 y 53), Colombia (arts. 71 y 72), Panamá (art. 37), Cuba-de 1889- (art. 5), Venezuela (art. 7), El Salvador (arts. 50 y 51), Uruguay (arts. 9, 10 y 11), Paraguay (art. 7), Bélgica (art. 6), Francia (art. 6) y España (artículo 2, parágrafo 2).

<sup>(16)</sup> Código Civil de Panamá (art. 36).

<sup>(18)</sup> Código Civil de Austria (art. 9). Disposiciones sobre la ley en general que preceden al Código Civil italiano de 1942 (art. 15) y Disposiciones sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general que preceden al Código Civil italiano de 1865 (art. 5).

<sup>(19)</sup> Messineo, Francesco, op. cit., pág. 88.

nes a una norma, o bien crear normas que se apartan, por su contenido, de otras normas preexistentes -y de este modo- las abroga parcialmente. En efecto, derogación es abrogación parcial». En el mismo sentido se expresa Coviello <sup>(20)</sup>. «La cesación de la eficacia de una ley por fuerza extrínseca no es más que su abolición, llamada abrogación, si es total, y derogación, si es parcial».

Con el objeto de guardar fidelidad a las fuentes romanas sería justificado sostener la necesidad del mantenimiento de la distinción. Empero, no se advierte inconveniente alguno en generalizar el empleo del vocablo «derogación» con alcances amplios, esto es, incluyendo los supuestos de supresión tanto total como parcial de las normas jurídicas.

Precisa aclararse que cuando se habla de derogación, se hace referencia a aquellos casos en que una norma legal se extingue sin ser sustituida por otra, ya sea en forma total o parcial.

Empero, es posible que la norma correspondiente no se limite exclusivamente a suprimir una anterior, sino que además formule una nueva que sustituya ésta, también en forma total o parcial. En este caso hablamos de modificación total o parcial de las normas legales.

Como expresa Regelsberger <sup>(21)</sup>, «la nueva norma jurídica

<sup>(20)</sup> Coviello, Nicolás, op. cit., pág. 103.

<sup>(21)</sup> Cit. por Kelsen, Hans, Derogación. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año VII, No. 21, Septiembre-Diciembre, 1974. Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., pág. 265.

puede revocar total o parcialmente la norma anterior. Su contenido puede estar limitado a la revocación o puede además regular los mismos hechos de modo diferente ...».

Sarmiento García <sup>(22)</sup>, siguiendo a Aftalión, García Olano y Vilanova <sup>(23)</sup>, sostiene la existencia de cuatro formas de extinguir o modificar leyes: abrogación (supresión total), derogación (supresión parcial), modificación (sustitución parcial) y subrogación (sustitución total).

Técnicamente, la distinción es absolutamente exacta, si bien en un afán de síntesis tales categorías podrían reducirse a dos, cada una de ellas con dos variantes: derogación (total y parcial) y modificación (total y parcial).

En cualquier caso, interesa destacar los efectos que producen tanto la modificación como la subrogación.

Dice Sarmiento García <sup>(24)</sup>: «El primer efecto de la modificación es la derogación de la ley. Pero simultáneamente renacen, en virtud de la misma ley modificatoria, nuevas normas que sustituyen a las derogadas, **incorporadas a la ley original por la modificatoria**. Aquella subsiste con las modificaciones introducidas por ésta».

<sup>(22)</sup> Sarmiento García, Luis Eduardo, op. cit., págs. 1434-1435.

<sup>(23)</sup> Aftalión, Enrique R., García Olano, Fernando y Vilanova, José. Introducción al Derecho. La Ley, Buenos Aires, 1964, pág. 299.

<sup>(24)</sup> Sarmiento García, Luis Eduardo, op. cit., pág. 1435.

Y en cuanto a la llamada subrogación señala <sup>(25)</sup>: «La subrogación produce, primariamente, el efecto de la abrogación(...), pero simultáneamente, nace una nueva ley que sustituye íntegramente a la anterior (la ley subrogante sustituye a la ley subrogada)».

En este orden de ideas, cabe expresar que toda modificación (entendida en un sentido amplio que incluye la total y la parcial) importa una supresión (derogación) de la norma anterior, pero no toda supresión implica una modificación.

A este último respecto es ilustrativo lo que aprecia Messineo <sup>(26)</sup>: «Si se abroga una norma particular, sin sustituir a ella una nueva, debe entenderse que se quiere dejar al derecho común la disciplina del caso, o bien que se quiere abolir su disciplina jurídica». Refiriéndose a un supuesto similar, Kelsen apunta <sup>(27)</sup>: «De la anulación resulta, por decirlo así, un vacío jurídico. Una materia que hasta entonces estaba regulada deja

de estarlo; desaparecen las obligaciones jurídicas y les sucede la libertad jurídica».

Sin embargo, es posible advertir que la modificación no consiste sólo en sustituir una norma por otra en forma total o parcial. En efecto, la modificación puede también importar agregar algo nuevo a una norma, es decir, adicionar un nuevo concepto, sin alterar en lo demás el texto original el mismo que se mantiene incólume en ese sentido.

Nada excluye, empero, que la modificación comprenda la sustitución parcial de ciertas normas y la adición de nuevos textos. Cabría hablar, por tanto, de una modificación sustitutiva (total o parcial) y de una modificación aditiva.

#### IV. CLASES DE DEROGACION.

Según se ha explicado, la derogación implica la supresión de una norma.

La derogación puede revestir diversas modalidades que pasamos a exponer a continuación.

En primer lugar, teniendo en cuenta la extensión o amplitud de la derogación, ésta puede ser total o parcial.

La derogación total o abrogación se producirá cuando la supresión afecta completamente a una norma. La derogación parcial o derogación propiamente dicha, en cambio, la afecta sólo en parte, conservando vigencia en lo restante.

<sup>(25)</sup> Sarmiento García, Luis Eduardo, op. cit., pág. 1435.

<sup>(26)</sup> Messineo, Francesco, op. cit., pág. 23.

<sup>(27)</sup> Kelsen, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). En: Escritos sobre la democracia y el socialismo. Selección de Juan Ruiz Manero. Colección Universitaria. Editorial Debate. Madrid, 1988, pág. 144.

A decir de Luis F. P. Leiva Fernández (Fundamentos de técnica legislativa. La Ley S.A. Buenos Aires, 1999, pág. 225), "son pocas las leyes puramente derogatorias, es decir cuyo contenido consiste exclusivamente en derogar otra norma, pero esta circunstancia –el tener por único objeto el derogar– no le priva del carácter de norma ya que las normas no sólo ordenan, autorizan o permiten, sino que también derogan".

Expresa Sarmiento García <sup>(28)</sup> que «en el caso de abrogación, al extinguirse la ley anterior no se produce la sustitución por otra. Simplemente, el ordenamiento 'expulsa' de su seno (abroga) una norma (ley abrogada), en virtud de otra norma (ley abrogante)». Y agrega, refiriéndose a la derogación (parcial), que «cualquier ley puede contener una o más normas jurídicas. En este último caso, la ley derogante extingue algunas de las normas contenidas en la ley derogada, pero las restantes continúan en vigencia. Por tanto, la derogación es siempre parcial, pero jamás sustituye por otras, las normas derogadas».

Luego, la derogación puede ser expresa o tácita. Es expresa «cuando la nueva ley declara que deroga la antigua» <sup>(29)</sup>. Albaladejo aclara los alcances de la derogación expresa al decir que ello ocurre «cuando el propio legislador establece explícitamente que tal o cual ley pierde su vigencia» <sup>(30)</sup>. En el mismo sentido, Ducci Claro indica: «Es expresa cuando la nueva ley dice taxativamente que deroga la antigua (...) Para que exista

derogación expresa es necesario que la nueva ley diga que deroga tal ley, o el artículo tal de tal ley, o el inciso, frase o palabra de tal artículo de tal ley» <sup>(31)</sup>. Para Puig Brutau <sup>(32)</sup>, «derogación expresa es la que hace constar de manera específica y detallada las leyes que quedan derogadas, por cualquier medio seguro de identificación, como su nombre oficial y la fecha, con indicación de si se deroga de manera total o sólo en parte».

En consecuencia, habrá derogación expresa cuando hay un pronunciamiento explícito, individualizado, concreto, de la norma derogante acerca de la norma o normas objeto de derogación. A ese caso se refiere la primera parte del segundo párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil del Perú <sup>(33)</sup>.

<sup>(28)</sup> Sarmiento García, Luis Eduardo, op. cit., págs. 1434-1435.

<sup>(29)</sup> Se refieren a la derogación total y parcial los artículos 37, cuarto párrafo, del Código Civil ecuatoriano, 52, cuarto párrafo, del Código chileno, 71, cuarto párrafo, del Código colombiano, 9 del Código mexicano (D.F.), 50, cuarto párrafo, del Código salvadoreño, 10, quinto párrafo, del Código uruguayo, 7, primer párrafo, del Código paraguayo, X, primer párrafo, del Título Preliminar del Proyecto de Gáspert del Código Civil paraguayo y 4, primer párrafo, del Anteproyecto de Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas del Profesor Haroldo Valladao.

<sup>(30)</sup> Pescio V., Victorio. Manual de Derecho Civil. Título Preliminar del Código Civil. Tomo I. Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1948, pág. 255.

<sup>(31)</sup> Albaladejo García, Manuel, Derecho Civil. Tomo I. Librería Bosch, Barcelona, 1961, pág. 86.

<sup>(31)</sup> Ducci Claro, Carlos, Derecho Civil. Parte General. Tercera edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1988, pág. 54.

<sup>(32)</sup> Puig Brutau, José, Introducción al Derecho Civil. Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1981, pág. 178.

<sup>(33)</sup> También se refieren a la derogación expresa los artículos 37, primer y segundo párrafos, del Código Civil ecuatoriano, 52, primer y segundo párrafos, del Código chileno, 71, primer y segundo párrafos, del Código colombiano, 36 del Código panameño, 2, parágrafo 1, de la Ley de Introducción al Código brasileño, 9 del Código mexicano (D.F.), 9 del Código austriaco, 6, primer y segundo párrafos, del Proyecto colombiano de Código de Derecho Privado, 7, primer párrafo, del Proyecto uruguayo de Código Civil de 1981, 50, primer y segundo párrafos, del Código salvadoreño, 10, primer y segundo párrafos, del Código uruguayo, 7, parágrafo 2, del Código portugués, 2, parágrafo 2, del Código español, 15 de las Disposiciones sobre la ley en general que preceden al Código italiano de 1942, 5 de las Disposiciones sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general que preceden al Código italiano de 1865 y 4, primer párrafo, del Anteproyecto de Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas del Profesor Haroldo Valladao.

La derogación tácita se presenta en cambio, a decir de Albaladejo, «cuando una ley posterior resulta ser incompatible con la anterior, o, aun sin resultarlo y sin haber sido derogada expresamente la ley anterior, sin embargo, a través de la interpretación de la posterior, se averigua que se propuso incluso la derogación de los preceptos de la anterior no incompatibles con ellas» <sup>(34)</sup>.

En opinión de los Mazeaud <sup>(35)</sup>, «la derogación es tácita cuando el legislador dicta un texto contrario a las disposiciones anteriores sin precisar que las deroga».

En la derogación tácita, no hay una manifestación explícita acerca de las normas que quedan derogadas, sino una de

<sup>(34)</sup> Albaladejo, Manuel, op. cit., pág. 86.

<sup>(35)</sup> Contemplan la derogación tácita, los artículos 37, primer y tercer párrafos, del Código Civil ecuatoriano; 52, primer y tercer párrafos, del Código chileno, 71, primer y tercer párrafos, del Código colombiano, 36 del Código Panameño, 2, párrafo 1, de la Ley de Introducción al Código brasileño, 9 del Código mexicano (D.F.), 6, primer y tercer párrafos, del Proyecto colombiano de Código de Derecho Privado, 7, párrafo 2, del Proyecto colombiano de Código Civil de 1981, 50, primer y tercer párrafos, del Código salvadoreño, 10, primer y tercer párrafos, del Código uruguayo, 7, párrafo 2, del Código portugués, 2, párrafo 2, del Código español, 115 de las Disposiciones sobre la ley en general que preceden al Código italiano de 1942, 5 de las Disposiciones sobre publicación, interpretación y aplicación de las leyes en general que preceden al Código italiano de 1865 y 4, primer párrafo, del Anteproyecto de Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas del Profesor Haroldo Valladao.

<sup>(35)</sup> Mazeaud, Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Volumen I. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, pág. 134.

carácter implícito. Como advierte Pescio <sup>(36)</sup>, «la derogación tácita se funda en la regla de razón que estatuye que cuando el legislador ha manifestado sucesivamente dos voluntades diferentes sobre una misma materia, debe prevalecer la última». Se trata de la aplicación de la máxima «Lex posterior derogat priori» (D. 1, 4, 4, Mod. 2 excus.) <sup>(37)</sup>

<sup>(36)</sup> Pescio V., Victorio, op. cit., pág. 259.

<sup>(37)</sup> A este respecto, interesa esclarecer lo siguiente: ¿Qué norma debe ser considerada posterior? ¿Aquella que ha sido promulgada después de otra aun cuando haya sido publicada antes que ésta o, por el contrario, la publicada con posterioridad, aun cuando su promulgación haya sido anterior? Coviello (op. cit., pág. 104) sostiene sobre el particular lo siguiente: «La ley posterior, por lo demás, es la que ha sido promulgada después de otra, aun cuando por una circunstancia cualquiera haya entrado en vigor antes». Y en apoyo de su posición refiere el siguiente caso presentado en Italia (op. cit., pág. 104): «La ley sobre justicia administrativa, arts. 1 y 2, establece la competencia de la Junta provincial administrativa en materia de gastos de hospitales, en tanto que la ley sobre obras pías divide tal competencia entre la Junta y el Ministerio del Interior. Pues bien, la ley sobre justicia administrativa fue promulgada el 1 de mayo de 1890, es decir, antes que la ley sobre obras pías, promulgada el 17 de julio de 1890; pero la primera no entró en vigor sino hasta el 1 de julio de 1891, cuando regía ya la segunda de fecha posterior. El Consejo de Estado (TV ses.) por decisión de 11 de junio de 1897 resolvió la cuestión en el sentido indicado en el texto».

La solución propuesta por Coviello no es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, de acuerdo con el artículo 51 *in fine* de la Constitución «la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado».

Adicionalmente, el artículo 109 de la Constitución establece que: «La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte». La regla transcrita es aplicable a los decretos legislativos (artículos 104, tercer párrafo, de la Constitución y 3, inciso 1, del Decreto Legislativo No. 560 - Ley del Poder Ejecutivo). Tratándose de decretos legislativos que se refieren a tributos de periodicidad anual rigen desde el primer día del siguiente año calendario (artículo 3, inciso 1, párrafo final, del Decreto Legislativo N° 560, concordante con el segundo párrafo del artículo 74 de la Constitución). En cuanto a los decretos supremos, éstos rigen desde el día

Barbero <sup>(38)</sup>, con un planteamiento semejante al de Albaladejo, sostiene que la derogación tácita puede darse de dos modos: «en cuanto la disposición de una ley precedente es incompatible (contradictoria) con una ley posterior -hecho en el cual es implícita la abrogación de la primera, aun en defecto de referencia alguna a ella-, o en cuanto la nueva ley, aunque no todas sus disposiciones singularmente sean incompatibles con cada una de las de la ley anterior, se propone regular la materia entera objeto ya de aquélla: en virtud de lo cual, aun

---

siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición expresa (artículo 3, inciso 2, del Decreto Legislativo No. 560). Respecto a las resoluciones supremas, rigen desde el día en que son expedidas, salvo los casos en que requieran notificación o publicación, en los que registrarán desde que tal requisito se cumpla (artículo 3, inciso 3, del Decreto Legislativo No. 560). En consecuencia, no es la oportunidad de promulgación de la norma la que define su carácter de posterior a otra, sino la fecha de su entrada en vigencia, de lo cual puede resultar que una ley publicada con anterioridad a otra entre en vigencia después de otra publicada ulteriormente. En ese supuesto, la primera deberá considerarse posterior.

Por otro lado, si dos leyes, incompatibles entre sí, fueran publicadas en la misma oportunidad y luvieran que regir a partir de la misma fecha, para considerar cuál es posterior a la otra deberá tomarse en cuenta su numeración. Este fue el caso de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853 que fue modificada por la Ley N° 23854, ambas publicadas en el diario oficial El Peruano el 9 de junio de 1984.

En el artículo 1 de la Ley N° 23854 se señaló: “La Ley Orgánica de Municipalidades queda modificada, a partir de su promulgación, en la siguiente forma: (...)”, agregando el artículo 2: “Esta ley entra en vigencia el mismo día que la Ley Orgánica de Municipalidades”. Por cierto que resultará procedente también la derogación o modificación de una ley ya publicada, durante el transcurso de la *vacatio legis* correspondiente.

<sup>(38)</sup> Barbero, Doménico. Sistema del Derecho Privado. Tomo I. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ediciones jurídicas Europa-América-Buenos Aires, 1967, págs. 136.

las disposiciones singulares que fuesen abiertamente idénticas a disposiciones anteriores pueden recibir, en el espíritu unitario de la nueva ley, una interpretación diferente.» Precisamente, a ambos supuestos se refiere el segundo párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil del Perú.

Coviello <sup>(39)</sup>, a su turno, expresa: «La abolición indirecta o tácita puede realizarse de dos modos. El primero tiene lugar cuando una ley posterior contiene normas jurídicas incompatibles en todo o en parte con las contenidas en una ley anterior; esto es, cuando la aplicación contemporánea de las normas establecidas por las dos leyes es imposible por la contradicción que de allí se seguiría. (...) Se tiene el segundo modo cuando una nueva ley disciplina toda la materia regulada por una ley precedente, aunque no haya incompatibilidad entre las normas contenidas en ellas. Y esto por la razón de que si el legislador ha reordenado toda la materia, es necesario suponer que haya partido de otros principios directivos, los cuales en sus variadas y posibles aplicaciones pueden llevar a consecuencias diversas o aun opuestas a las derivadas de la ley anterior: existe siempre por eso una especie de incompatibilidad implícita».

Sin embargo, estrictamente hablando, el segundo caso mencionado no es uno de derogación tácita, sino de modificación total tácita, pues no se presenta simplemente un supuesto

<sup>(39)</sup> Coviello, Nicolás, op. cit., págs. 104-105.

Carlos Cárdenas Quirós

de supresión total de la norma sino también la sustitución completa de la misma.

Por ello, es más propio considerar que la derogación tácita sólo resulta de la existencia de una incompatibilidad absoluta entre la norma nueva y la antigua, que determina la supresión de ésta, sin mediar un pronunciamiento explícito en torno a la derogación de la misma.

Al respecto, Ducci Claro <sup>(40)</sup> advierte que «el artículo 53 del Código Civil (chileno) -semejante a los artículos 38 del Código ecuatoriano, 72 del Código colombiano, 51 del Código salvadoreño y 10, cuarto párrafo, del Código uruguayo- dice que la derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley. Lo anterior determina la dificultad de establecer a <sup>ni</sup> veces si ha existido derogación tácita, porque para ello debe existir incompatibilidad entre preceptos cuyos presupuestos coinciden, es decir, es necesario determinar si existe contradicción entre ellos y no una simple discrepancia».

Ello explica que en ciertos casos se exija que la derogación o modificación de una norma se produzca necesariamente en forma expresa, excluyendo anticipadamente la posibilidad de

Modificación y Derogación de las Normas Legales \_\_\_\_\_

la derogación o modificación tácita, total o parcial, de una norma jurídica por efecto de la simple incompatibilidad con una posterior.

En nuestro país encontramos algunos ejemplos de este tipo de solución.

Así, la norma VI del Título Preliminar del Código Tributario (Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF de 18 de agosto de 1999), que lleva por epígrafe “Modificación y derogación de normas tributarias”, establece que:

«Las normas tributarias sólo se derogan o modifican por declaración expresa de otra norma del mismo rango o jerarquía superior.

Toda norma tributaria que derogue o modifique otra norma, deberá mantener el ordenamiento jurídico, indicando expresamente la norma que deroga o modifica».

El artículo 122 del Decreto Legislativo N° 85 -Ley General de Cooperativas- señala: «Las disposiciones de la Ley general de cooperativas se entenderán suspendidas, modificadas o derogadas solamente por normas legales que así lo establezcan, refiriéndose expresamente a la presente ley».

Por último, la Sexta Disposición Final del Decreto Legis-

<sup>(40)</sup> Ducci Claro, Carlos, op. cit., pág. 55.

lativo No. 43 - Ley de la Empresa Petróleos del Perú -PETRO PERU-, dispone lo siguiente: «El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial y sólo podrá modificarse o derogarse parcial o totalmente por Ley que expresamente se refiera a este dispositivo legal».

Dispositivos de esta clase tienen pleno valor y gozan de la gran virtud de excluir la posibilidad de dudas de interpretación en torno a la posible afectación de una norma por otras posteriores de modo tácito. Como expresa Kelsen <sup>(41)</sup>, la norma «puede determinar que podrá ser revocada solamente de una cierta manera prescrita por ella misma ».

<sup>(41)</sup> Kelsen, Hans, op. cit. en nota (21), págs. 263-264.

El planteamiento de Kelsen puede extenderse a la modificación de las normas jurídicas. Así ocurre, por ejemplo, con la Constitución del Perú de 1993, la cual establece un procedimiento especial para su reforma (artículo 206). Si el proceso de modificación se apartase de las formalidades establecidas para el efecto, la ley correspondiente sería inconstitucional. En el Perú aconteció una situación como la planteada respecto de la Constitución de 1933, la que fue reformada por efecto de un plebiscito realizado el 18 de junio de 1939. Este procedimiento se apartaba del previsto en la Constitución (artículo 236), por lo que la Ley No. 10334 de 29 de diciembre de 1945 declaró que dicho plebiscito «estuvo fuera del régimen constitucional y que, en consecuencia, a partir de la promulgación de la presente ley, recupera la plenitud de su imperio la Constitución de 9 de abril de 1933».

Sobre la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales pueden ser confrontados los siguientes textos: Bidart Campos, Germán José, *Constitución y Revolución en el Derecho argentino*. Editorial Alfa. Buenos Aires, 1959, págs. 27-37; y Roldán, Tarcisio, Alarcón, Oscar, Cancino, Antonio J., Cimaco Giraldo, J. y Gaona, Manuel, *La caída de la reforma constitucional del '79*. Editorial Temis Librería. Bogotá, 1981.

Vinculado con el tema de la derogación tácita se encuentra el de la llamada derogación expresa genérica -en oposición a la específica, que supone la indicación precisa de las normas que resultan derogadas-

Es frecuente el uso de fórmulas derogatorias en las leyes en las que se indica: «Quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente ley».

¿Cabe tipificar ello como un caso de derogación expresa, pero de carácter genérico?

Lacruz Berdejo <sup>(42)</sup>, quien distingue entre derogación expresa específica y genérica, sostiene que esta última «sólo formalmente es expresa; funcionalmente, se identifica con la tácita».

<sup>(42)</sup>

Lacruz Berdejo, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, tomo I. Parte General del Derecho Civil. Volumen primero. Introducción. Librería Bosch, Barcelona, 1982, pág. 216.

Leiva Fernández (op. cit., pág. 226) señala que “si la ley se inserta en la pirámide normativa en el contexto de un sistema con inflexión normativa, resulta harto probable que el legislador no tenga suficientemente claro cuántas y qué tipo de normas afecta la ley que dicta. Ante la duda, recurre entonces a la derogación genérica entendiendo por tal a la que omite especificar la norma que se deroga. Esta derogación genérica también se denomina innominada y se suele expresar con la oración ‘quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente ley’. Tan genérica es, que siquiera se permite afirmar la categoría de las normas que deroga, si son leyes, decretos, resoluciones, y recurre a la expresión amplia de ‘disposiciones’. Por fin puede haber un estado de duda parcial y recurrirse a la derogación expresa de una norma determinada, y añadirse -por las dudas- que también se deroga toda otra disposición que ‘se oponga a la presente’. Constituye uno de los procedimientos más utilizados. En tal hipótesis la derogación es par-

Empero, estimamos que acierta Albaladejo <sup>(43)</sup> cuando observa que la declaración genérica de derogación «huelga porque no añade fuerza derogatoria a la que tiene la incompatibilidad entre las dos leyes, y, además, no sirve -como el precepto en el que se especifican las disposiciones que se derogán- para aclarar posibles dudas sobre cuáles sean éstas».

En el mismo sentido opina Ducci Claro <sup>(44)</sup>, para quien «no constituye una derogación expresa, sino solamente la incesaria consignación por escrito de la abrogación tácita». Pescio <sup>(45)</sup> sostiene que «no constituye derogación expresa el caso en que la nueva ley se limite a declarar, con la frase que ya se ha hecho de estilo y no por eso menos inoficiosa 'quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente ley'. Sin formular esa declaración, la derogación se produce de todos modos por la incompatibilidad de la nueva ley con la antigua, incompatibilidad que constituye el fundamento de la derogación tácita».

De Ruggiero <sup>(46)</sup>, por su parte, expresa que «para dar seguridad a las relaciones y evitar controversias graves en toda ley nueva, se suele dictar una disposición derogando la anterior expresamente (...). Precisa añadir que tal fin no se consigue

cialmente innominada. Ambas derogaciones innominadas deben evitarse».

<sup>(43)</sup> Albaladejo, Manuel, op. cit., pág. 86.

<sup>(44)</sup> Ducci Claro, Carlos, op. cit., pág. 54.

<sup>(45)</sup> Pescio V., Vittorio, op. cit., pág. 258.

<sup>(46)</sup> De Ruggiero, Roberto, Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la 4a. edición italiana anotada y concordada con la legislación española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teijeiro. Volumen primero. Madrid: Instituto Editorial Reus, s.f., pág. 167.

cuando el legislador se limite a declarar derogadas todas las disposiciones contrarias a la nueva ley o incompatibles con ella; muy frecuentemente se recurre a tal fórmula que no dice nada y es superflua y ociosa con relación al principio establecido en el artículo 5 de las disposiciones preliminares» (del Código Civil italiano de 1865).

Son de opinión contraria Díez-Picazo y Gullón <sup>(47)</sup>, quienes consideran que «la derogación continúa siendo expresa por cuanto que la voluntad derogatoria ha sido expresamente manifiesta. Sin embargo, la indeterminación relativa de las disposiciones que se entienden derogadas -las que se 'opongan o sean incompatibles con la presente ley' - plantea un delicado problema de interpretación que tendrá que ser en cada caso resuelto por el intérprete».

No participamos del planteamiento transcrito en último término, pues consideramos que la derogación expresa importa necesariamente una manifestación explícita, pormenorizada, exhaustiva de las normas que quedan derogadas, lo que excluye toda duda acerca de cuáles dejan de tener vigencia. En cambio, resulta incuestionable que en la llamada derogación expresa genérica se presentarán las mismas dificultades de interpretación que suscita la derogación tácita. Por tal razón, es «aconsejable que las derogaciones sean expresas y precisas», como sugiere Batlle Vásquez <sup>(48)</sup>.

<sup>(47)</sup> Díez-Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, op. cit., pág. 116.

<sup>(48)</sup> Batlle Vásquez, Manuel, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (dirigidos por Manuel Albaladejo), Tomo I, EDERSA, Madrid, 1978, pág. 73. En el mismo sentido se pronuncia De Ruggiero, op. cit., pág. 167.

Tapia Valdés <sup>(49)</sup>, afirma con razón que ese tipo de derogación «coloca al intérprete frente a un verdadero 'puzzle de reconstrucción legal' e introduce un factor de incertidumbre de perniciosos efectos. Ninguna disposición hasta entonces vigente puede, en hipótesis, aplicarse sin un examen previo de su contenido y de verificar que él no se contrapona con el de la nueva ley. Sería de suma importancia emplear una fórmula más precisa en que se hiciera referencia expresa y completa a todos los textos legales que se derogan, para hacer lo cual bastaría una investigación cuidadosa encargada a personal especializado».

## V. LA DEROGACION INDIRECTA.

Como una modalidad de derogación tácita puede considerarse la que se produce cuando se deja sin vigencia una norma en función de la cual otras cobraban sentido. En otras palabras, derogada la norma principal, el efecto derogatorio alcanza automáticamente a las que se encuentran supeditadas a ella (accesorias) aun cuando no se haga mención expresa a éstas.

Este concepto no sólo se aplica al caso de normas jerárquicamente inferiores respecto de otras (caso de los Decretos Supremos reglamentarios frente a las leyes), sino también al supuesto de leyes que desarrollan conceptos o instituciones establecidas por otras leyes.

Messineo califica este caso como uno de «abrogación indirecta» y lo define del siguiente modo <sup>(50)</sup>: «consiste en quitar eficacia a las normas de ley (o equiparadas) que dependen de institutos expresa o tácitamente derogados y cuya supervivencia no sólo carecería de fundamento, sino que estaría en pugna con las innovaciones legislativas introducidas. Así, aun cuando no hayan sido expresamente abrogadas, las normas del Código Civil que contemplan el matrimonio del Rey o de la familia real y las normas corporativas, deben igualmente considerarse no susceptibles de ulterior aplicación, es decir, indirectamente abrogadas, por haber desaparecido los institutos, algunos de cuyos aspectos se regulaban en dichas normas».

En el mismo sentido se expresa Branca cuando afirma <sup>(51)</sup>: «Excepcionalmente, la ley puede perder eficacia ... (cuando) se haya producido tal cambio en el ordenamiento jurídico, que se haya tornado incompatible con él (por ej. las leyes relativas a la monarquía, al feudalismo, etc.)».

---

<sup>(49)</sup> Tapia Valdés, Jorge A., *La técnica legislativa*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1960, pág. 52.

---

<sup>(50)</sup> Messineo, Francesco, op. cit., pág. 87.

<sup>(51)</sup> Branca, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Privado*. Traducción de la sexta edición italiana por Pablo Macedo. Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, pág. 11.

## VI. NORMAS GENERALES Y NORMAS ESPECIALES.

De acuerdo con Albaladejo <sup>(52)</sup>, «se llama general a la norma que contiene una regla general. (...) Las normas -relativas a ciertas clases especiales de personas, cosas o relaciones- que se apartan de la regla general para mejor aplicar el principio que la preside a aquellas clases especiales, se denominan normas especiales ...».

Las cuestiones principales que suscitan estas normas son las relativas a si una norma general posterior afecta o no la vigencia de una especial anterior y si una norma especial posterior afecta siempre a la general anterior.

Para resolverlas, ha sido lo usual apelar a los aforismos «generi per speciem derogatur», «lex specialis posterior derogat generali» o «lex posterior generalis non derogat legi priori specialis». Sin embargo, ciertos autores <sup>(53)</sup> advierten acertadamente que tales aforismos son falsos.

Se trata, en efecto, de problemas de orden interpretativo, «que se resuelven por la indagación de la voluntad legislativa» <sup>(54)</sup>.

<sup>(52)</sup> Albaladejo, Manuel, op. cit., pág. 21.

<sup>(53)</sup> Por ejemplo: De Ruggiero (op. cit., pág. 168), Albaladejo (op. cit., pág. 87) y León Barandiarán (op. cit., pág. 7).

<sup>(54)</sup> De Ruggiero, Roberto, op. cit., pág. 168.

Así también opina Coviello (op. cit., págs. 104-105): «Si a una ley general sucede otra ley general, la incompatibilidad resulta fácilmente. Pero si a una ley general sucede una de índole especial, no hay incompatibilidad, siendo posible la coexistencia de las excepciones con la regla, sólo que la que antes era regla absoluta, se convierte en regla limitada por excepciones. En fin,

Como explica Benettini <sup>(55)</sup>: «La cuestión de si la norma especial deroga siempre a la general y la general no deroga nunca a la especial no es susceptible de una solución *a priori*

aun en la hipótesis inversa en que a una ley de índole especial sucede una ley de índole general, se debe crear por la misma razón que no hay incompatibilidad, y que la ley antigua continúa rigiendo al lado de la nueva. Pero cuando la nueva regla general esté concebida de modo de excluir cualquiera excepción, o enunere en forma taxativa las únicas excepciones de que es susceptible, surge evidente la incompatibilidad con la ley especial. Todo depende, pues, del examen de la intención del legislador, por lo cual no siempre es verdadera la máxima 'lex posterior generalis non derogat priori specialis'». Luis Moisset de Espanés (Automotores y Motorvehículos. Dominio. Víctor P. de Zavallá S.A., Buenos Aires, 1992, pág. 509) propone los siguientes casos:

- a) Existe una ley 'general', y se sanciona luego una 'especial'. Esta última no sustituye a la ley anterior, sino que solamente introduce una solución de excepción para el caso que contempla, y en el resto de las hipótesis continuará aplicándose la ley general.
- b) La ley antigua contempla sólo un caso 'especial', y la nueva ley, con una solución distinta, trata de todos los casos de ese género; aquí es donde la labor del intérprete se torna más difícil, aunque sea correcto sostener como regla que la ley especial mantiene su vigencia, si no ha mediado derogación expresa. Y decimos 'como regla', pues en algunos casos puede resultar muy clara la 'intención de la ley' de someter todas las hipótesis a la misma normativa, reformando la ley anterior y englobándola en el nuevo dispositivo; en tal caso, a pesar de su carácter 'especial', la ley antigua habrá quedado derogada por una ley 'general', en razón de que el 'supuesto de hecho' que ella contemplaba está claramente comprendido en el nuevo dispositivo.
- c) Cuando existe una ley 'general' antigua, y se dicta una nueva ley 'general' para el mismo supuesto de hecho, tampoco será necesaria la derogación expresa.

- d) La sanción de una nueva ley 'especial', destinada a regir el mismo tema que la anterior, también pone fin a su vigencia».

<sup>(55)</sup> Cit. por León Barandiarán, José, Comentarios al Código Civil Peruano. Tomo IV. Librería e Imprenta Gil, S.A., Lima, 1952, págs. 7-8.

Para Du Pasquier (Introducción al Derecho. Traducción del francés y notas por Julio Ayasta González. Tercera edición. Lima, 1983, pág. 83): «Si la (ley) más antiguas general (por ejemplo: todas las personas morales deben

sobre la base de las gastadas máximas *generi per speciem derogatur* y de *lex specialis non derogat generali* ... es una cuestión de interrelación que sólo puede ser resuelta buscando con los criterios de interpretación corriente, la *mens legis*; las máximas arriba citadas no pueden sino proporcionar al intérprete un criterio de orientación en su búsqueda de la *mens legis*.

En consecuencia, no puede resolverse el asunto planteado por anticipado, en forma segura y categórica, de acuerdo con principios generales. Obviamente no se presentará dificultad alguna en caso de mediar un pronunciamiento explícito del legislador. Pero en el supuesto de no contarse con él, «corresponderá al intérprete pronunciar la última palabra, ponderadas todas las circunstancias que concurran» <sup>(56)</sup>.

La antigua Ley de Introducción del Código Civil del Brasil de 1916 se ocupa del tema que abordamos en su artículo 4, cuyo tenor es el siguiente: «La ley sólo se revoca o deroga por otra ley; mas la disposición especial no revoca la general, ni la general revoca la especial, sino cuando a ella o a su materia

pagar el impuesto) mientras que la más reciente es especial (las instituciones de utilidad pública están exentas de impuesto), es evidente que la segunda aporta una excepción a la primera: *specialia generalibus derogant*. Pero si la regla reciente es general y la más antigua es especial, se puede raciocinar de dos maneras: o bien se considera la regla nueva como suprimiendo todo lo que le es contrario; o bien se sobreentiende la fórmula -frecuentemente expresada- «bajo reserva de las excepciones ya consagradas»: *generalia specialibus non derogant*. Entre estas dos interpretaciones opuestas es el estudio de las dos leyes que deberá inspirar la respuesta: el fin perseguido por el legislador cuando ha dictado la nueva ley suministra la clave».

<sup>(56)</sup> Puig Brutau, José, op. cit., pág. 179.

se refiere, alterándola explícita o implícitamente».

Comentando este precepto, Bevilacqua indicaba <sup>(57)</sup>: «El segundo precepto del artículo es un elemento de conciliación entre los dispositivos de las leyes diversas que componen un sistema legislativo, haciendo desaparecer las antinomias aparentes entre las mismas. La ley posterior revoca a la anterior cuando así lo declara, o tácitamente cuando hay incompatibilidad entre las respectivas disposiciones. Pero si la segunda ley es especial, si dispone para un caso particular o para un determinado instituto, se entiende que apenas establece una excepción a una regla general. También si las leyes especiales regulan una institución o una relación particular, es principio de derecho que la ley general posterior le permite la subsistencia cuando no la revoca expresa o tácitamente, porque la regla divergente ya existía, y si debiese desaparecer lo diría claramente la ley nueva, o dispondría de modo contrario, regulando el mismo asunto».

La vigente Ley de Introducción del Código Civil del Brasil (Decreto Ley N° 4657 de 4 de septiembre de 1942) no ha reproducido literalmente la regla contenida en su antecedente inmediato, limitándose a establecer en su artículo 2, párrafo 2, lo siguiente: «La ley nueva, que establece disposiciones generales o especiales respecto de las ya existentes, no revoca ni modifica la ley anterior».

<sup>(57)</sup> Cit. por León Barandiarán, op. cit. en nota (55), pág. 7.

Empero, no cabe la menor duda de que la regla transcrita no operará en caso de que la alteración de las normas anteriores surja expresa o tácitamente del texto de la nueva norma.

En el mismo sentido se pronuncian, el Código Civil de Paraguay (artículo 7, segundo párrafo) y el Código Civil de Portugal (artículo 7, parágrafo 3). Igualmente contempla esa solución el artículo X, primer párrafo, del Título Preliminar del Proyecto de Gásperi de Código Civil paraguayo y el párrafo único del artículo 4 del Anteproyecto de Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas del Profesor Haroldo Valladao.

En cambio, exigen declaración expresa de la ley general posterior para derogar la especial anterior, los Códigos de Ecuador (artículo 39) y El Salvador (artículo 50, último párrafo).

Para concluir este punto, es interesante citar la siguiente ejecutoria suprema de 25 de setiembre de 1987, dictada por la Segunda Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en el expediente N° 1068-87 sobre acción de amparo:

«VISTOS; con lo expuesto por el Señor Fiscal; por sus fundamentos pertinentes; y CONSIDERANDO además: que el Decreto Ley número veintidós mil trescientos cuarentidós cuyos artículos cinco y seis otorgan incentivos para la comercialización al exterior de productos de Exportación No Tradicional no ha sido objeto de derogación expresa; que si bien el artículo primero del Título Preliminar del Código Civil consigna otras formas de derogación de las leyes (incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla), no debe perderse de vista que relacionándose las leyes especiales a determinadas materias en

forma privativa, es evidente que sus mandatos crean situaciones jurídicas peculiares por cuya razón no es admisible la derogación tácita; y, desde este punto de vista el régimen de incentivos que contiene dicho Decreto Ley está vigente; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientos treintiséis, su fecha nueve de abril de mil novecientos ochentisiete que, confirmando la apelada de fojas doscientos doce, fechada el treintiuño de octubre de mil novecientos ochentiseis, declara FUNDADA la acción de amparo interpuesta a fojas ciento ochenticuatro y, por tanto, que no es aplicable a «Concentrados Marinos Sociedad Anónima» el Decreto Supremo número ciento uno ochenticinco ICT/CO de nueve de agosto de mil novecientos ochenticuatro; DISPUSIERON se publique en el Diario Oficial «El Peruano» dentro del término que establece el artículo cuarentidós de la Ley número veintitres mil quinientos seis; en los seguidos por Concentrados Marinos Sociedad Anónima contra el Estado; sobre acción de amparo; y los devolvieron.

S.S. ESPINOSA S.; CASTAÑEDA L., MANRIQUE D.; SILVA V.; VÁSQUEZ V.».

La decisión transcrita incurre en error, pues descarta de plano la derogación tácita de una norma especial anterior por una general posterior, circunstancia que puede producirse perfectamente (y que en el caso particular glosado efectivamente aconteció). Obviamente, para llegar a la conclusión de que tal derogación tácita se ha producido en un caso en especial, será preciso establecer, a través de la interpretación de las normas, cuál fue el propósito del legislador. Esta circunstancia lamentablemente se omitió en el caso mencionado.

## VII. FUERZA DEROGATORIA DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El artículo I del Título Preliminar del Código Civil de 1984, no contempló como causa de derogación de una ley la situación prevista por la Constitución de 1979 en el caso de que el Tribunal de Garantías Constitucionales declarara la inconstitucionalidad de una norma. Con la vigencia de la Constitución de 1993, atendiendo a lo establecido en el tercer párrafo de su artículo 103, que establece que la ley también queda «sin efecto» -debió decir derogada- por sentencia que declara su inconstitucionalidad, el artículo I mencionado ha quedado tácitamente modificado en lo que concierne a su párrafo primero y, por tanto, ampliados sus alcances.

El artículo 204 de la Constitución de 1993 establece lo siguiente:

«La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal».

Precisa señalarse que el Tribunal Constitucional es competente para conocer, en instancia única, de la acción de inconstitucionalidad, la misma que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de

urgencia, tratados internacionales que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo (artículos 202, inciso 1, y 200, inciso 4, de la Constitución, concordantes con los artículos 2, primer párrafo, y 20 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435).

Esta solución supera largamente la prevista por los artículos 301 y 302 de la Constitución de 1979.

El artículo 301 establecía lo siguiente:

«El Tribunal comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de **normas emanadas del Poder Legislativo**. El Congreso por el mérito del fallo aprueba una ley que deroga la norma inconstitucional.

Transcurridos cuarenta y cinco días naturales, sin que se haya promulgado la derogatoria, se entiende derogada la norma inconstitucional. El Tribunal ordena publicar la sentencia en el diario oficial».

Por su parte, el artículo 302 señalaba lo siguiente:

«Cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de **normas que no se originan en el Poder Legislativo**, ordena

————— Carlos Cárdenas Quirós —————  
la publicación de la sentencia en el diario oficial, la que tiene valor desde el día siguiente de dicha publicación».

El Tribunal de Garantías Constitucionales <sup>(58)</sup> era competente para declarar la inconstitucionalidad parcial o total de leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales violatorias de la Constitución (artículo 398, inciso 1).

No obstante lo expresado, el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales N° 23385 de 1982 (derogada por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435 que entró en vigencia el 11 de enero de 1995) estaba redactado de la siguiente manera:

«El Tribunal comunica al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad **cuando se trate de leyes o decretos legislativos**. El Congreso, por el mérito del fallo, aprueba una ley que derogue (sic) la norma inconstitucional.

Transcurridos cuarenta y cinco días naturales sin que se haya promulgado la norma derogatoria, se considera derogada

————— Modificación y Derogación de las Normas Legales —————  
la norma inconstitucional. El Tribunal ordena la publicación de la sentencia en el diario oficial».

El artículo 36 de la Ley N° 23385 agregaba «cuando el Tribunal declare la inconstitucionalidad **de normas regionales o municipales**, ordena la publicación de la sentencia en el diario oficial y un diario donde se publiquen los avisos judiciales de la respectiva circunscripción. La sentencia surte efecto al día siguiente de la publicación oficial.

En circunscripciones donde no exista diario que publique los avisos judiciales, la sentencia se dá a conocer además del diario oficial, mediante bandos y carteles fijados en lugares públicos».

El artículo 35 incurrió en el exceso de comprender en sus alcances a los decretos legislativos, que no eran normas originadas en el Poder Legislativo, sino que eran dictados por el Poder Ejecutivo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y con cargo de dar cuenta al Congreso (artículos 211, inciso 10, y 218, inciso 2, de la Constitución de 1979), previa delegación de facultades legislativas por aquél (artículo 188, primer párrafo, de la misma Constitución).

Aun cuando los decretos legislativos estaban sometidos en cuanto a su promulgación, vigencia y efectos a las mismas normas que rigen para la ley (segundo párrafo del artículo 188), ello no significaba, ni podía significar, que «emanaran del Poder

<sup>(58)</sup> Cfr. Cárdenas Quirós, Carlos, «El Tribunal de Garantías Constitucionales y la Constitución Política del Perú de 1979», *Revista del Foro*, Colegio de Abogados de Lima, Año LXVIII, No. 2, Julio-Diciembre, 1981, págs. 7 a 24.

Legislativo». Resulta lógico por ello que, no originándose en el Poder Legislativo (sólo la ley habilitante tiene ese carácter), la declaración de inconstitucionalidad de los decretos legislativos debería haber seguido el procedimiento fijado por el artículo 302 de la Constitución de 1979 para el caso de normas que «no se originan en el Poder Legislativo», y no el que fijaba el artículo 301, que la Ley N° 23385 hizo extensivo a los decretos legislativos, rebasando notoriamente el texto constitucional <sup>(59)</sup>.

Conforme se aprecia en el artículo 301 de la Constitución de 1979, tratándose de normas emanadas del Poder Legislativo (expresión que, según se ha visto, comprendía a los decretos legislativos de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales), la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de las mismas no operaba efectos derogatorios inmediatos necesariamente. Dicha sentencia debía ser comunicada al Congreso para que éste procediera a aprobar una ley derogatoria de aquella declarada inconstitucional, la que debía ser promulgada dentro del plazo de cuarenta y cinco días naturales.

<sup>(59)</sup> Cabe hacer notar que en el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales elaborado por el autor que fue sometido al Senado como iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo- y que constituye el antecedente inmediato de la Ley No. 23385, no se presentaba la violación constitucional anotada. En efecto, los artículos 38 y 39 del Proyecto se limitaban a reproducir los artículos 301 y 302 de la Constitución. El texto del Proyecto referido apareció publicado en el diario oficial «El Penasco» en su edición del sábado 24 de enero de 1981, páginas 2 y 4.

Se optó en consecuencia, en el caso particular que se analiza, por atribuir al propio órgano del que emanó la norma inconstitucional la decisión en torno a su derogación, si bien sometida a un plazo, en aras de afirmar, posiblemente, la pretendida preeminencia del Parlamento respecto de los otros Poderes. Empero, la vigencia de la norma durante ese lapso, esperando ser derogada, resultaba injustificada, máxime si con ello podía ocasionarse efectos negativos irreparables.

Obsérvese además que la Constitución de 1979 refería que la ley derogatoria debía **promulgarse** dentro del plazo de cuarenta y cinco días naturales (se entiende siguientes a la comunicación de la sentencia del Tribunal al Presidente del Congreso), lo que significa que hasta que su publicación se efectuara y operara el efecto derogatorio correspondiente podía transcurrir todavía un plazo mayor.

Ha señalado por ello Hans Kelsen <sup>(60)</sup>, que «este órgano (aquél del que ha emanado el acto inconstitucional) puede, sin embargo, estar jurídicamente obligado por la decisión del otro órgano de anular el acto considerado irregular <sup>(61)</sup> y el cumplimiento de esta obligación puede incluso estar ligado a un plazo.

<sup>(60)</sup> Kelsen, Hans, op. cit. en nota (27), pág. 127.

<sup>(61)</sup> Precisa aclararse que en Austria, cuando el Tribunal Constitucional estima que una ley es inconstitucional, la anula, lo que no ocurre en el caso del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Pero tampoco esta variante ofrece una garantía suficiente y no hace falta demostrarlo con gran detalle. Esta garantía no existe más que si la anulación del acto irregular es dictada inmediatamente por un órgano completamente diferente e independientemente de aquél del que ha emanado un acto irregular<sup>(62)</sup>. Y más adelante agrega<sup>(63)</sup>: «No hay supuesto de garantía de la regularidad en el que exista mayor tentación de confiar la anulación de los actos irregulares al mismo órgano del que han emanado

-

<sup>(62)</sup> Esta es la solución de la Constitución española (artículo 164. 1) y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 (artículo 38, 1). De acuerdo con esta última norma: «Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado».

«Cuando el Tribunal Constitucional (español) lleva a cabo la declaración de inconstitucionalidad de una ley, y su consiguiente nulidad, a diferencia de lo que sucede con la derogación, aquella se retrotrae al momento de su entrada en vigor. La sentencia de 29 de abril de 1981 recoge claramente esta diferencia, en términos de comparación de ambas instituciones, cuando afirma: 'El tratamiento de la derogación y el de la inconstitucionalidad varían porque la derogación priva de eficacia a la norma desde la vigencia de la disposición derogatoria, mientras que la inconstitucionalidad de las leyes posteriores a la Constitución conlleva la sanción de nulidad con ineffecticia originaria, si bien dentro de un respeto a situaciones consolidadas en los términos que se coligen de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC'» (Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, op. cit., pág. 154).

En cambio, la Constitución italiana establece en su artículo 136: «Cuando la Corte (Constitucional) declara la ilegitimidad constitucional de una norma de ley o de un acto con fuerza de ley, la norma cesa de tener eficacia a partir del día siguiente a la publicación de la decisión».

Sobre los alcances de esta última norma, cfr. Guarino, Giuseppe, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, IUS, Revista di Scienze Giuridiche, Nuova Serie, Anno II, Fasc. I, Marzo, 1951, Miliano, págs. 356-386.

<sup>(63)</sup> Kelsen, Hans, op. cit. en nota (27), pág. 129.

que el de la garantía de la Constitución. Pero en ningún otro estaría más contraindicado este procedimiento. Porque la única forma en la que se podría ver en cierta medida una garantía eficaz de la constitucionalidad -declaración de la irregularidad por un órgano distinto y obligación para el órgano autor del acto irregular de anularlo- es aquí impracticable, porque el Parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de forma eficaz. Sería además, una ingenuidad política pensar que el Parlamento anularía una ley que él mismo ha votado porque otro órgano la haya declarado inconstitucional. En realidad, el órgano legislativo se considera a sí mismo como un libre creador del Derecho y no como un órgano de aplicación del Derecho, vinculado a la Constitución, como teóricamente, aunque en una medida relativamente limitada lo está. No es, pues, con el propio Parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su subordinación a la Constitución. Es a un órgano diferente del Parlamento, independiente de él, y por consiguiente también de cualquier otra autoridad estatal, a quien hay que encomendar la anulación de sus actos inconstitucionales: es decir, a una jurisdicción o tribunal constitucional».

De aprobar el Congreso la ley derogatoria, promulgarse ésta dentro del plazo de cuarenta y cinco días referido y publicarse en el diario oficial, la derogación se producirá siguiendo la regla del artículo I del Título Preliminar del Código Civil.

Sólo si la ley derogatoria no era aprobada por el Congreso y promulgada dentro del plazo señalado, la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad originaba la derogación de la norma respectiva en forma automática («se entiende derogadas es la expresión que utilizaba la Constitución de 1979), sin que

fuera necesario para que ello ocurriese que previamente se procediera a su publicación en el diario oficial.

En cambio, tratándose de normas no emanadas del Poder Legislativo (concepto que involucraba a las normas regionales de carácter general <sup>(64)</sup> y ordenanzas municipales <sup>(65)</sup> y que debiera comprender también a los decretos legislativos, lo que no ocurre por las razones explicadas antes), la derogación operaba directamente por efecto de la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial.

Esta solución, que es la correcta, ha sido extendida por la Constitución de 1993 a todos los casos, conforme resulta de su artículo 204 transcripto anteriormente.

En concordancia con dicha norma, el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435, establece lo siguiente:

<sup>(64)</sup> De acuerdo con el Texto Único Ordenado de la Ley de Bases de Regionalización No. 24650, aprobado por Decreto Supremo No. 071-88-PCM y derogado por la Ley Marco de descentralización N° 26922 de 2 de febrero de 1998, la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales -léase Tribunal Constitucional- procedía contra las leyes regionales (artículo 70, inciso 1).

Las leyes regionales eran definidas como las disposiciones con jerarquía de ley que la Asamblea Regional expedía por delegación expresa del Poder Legislativo (artículo 60, primer párrafo).

<sup>(65)</sup> Las Ordenanzas son normas generales que regulan la organización, administración o prestación de los servicios públicos locales, el cumplimiento de las funciones generales o específicas de las Municipalidades o establecen las limitaciones y modalidades impuestas a la propiedad privada (artículo 110, primer párrafo, de la Ley Orgánica de Municipalidades No. 23853).

“Artículo 35.- Efectos de la sentencia. Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación conforme al siguiente párrafo.

Las sentencias se publican en el diario oficial dentro de los tres días siguientes al de la recepción de la transcripción remitida por el Tribunal. En su defecto el Presidente del Tribunal ordena que se publique en uno de los diarios de mayor circulación nacional, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

Quando las sentencias versen sobre normas regionales o municipales, además de la publicación a que se refiere el párrafo anterior, el Tribunal ordena la publicación en el diario donde se publican los avisos judiciales de la respectiva circunscripción. En circunscripciones donde no exista diario que publique los avisos judiciales, la sentencia se da a conocer, además del diario oficial o de circulación nacional, mediante bandos y carteles fijados en lugares públicos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos precedentes, el Tribunal debe difundir la parte resolutive de las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad de una norma, a través de los diarios de mayor circulación nacional”.

Adicionalmente, el artículo 36 de la misma ley dispone lo siguiente:

“Artículo 36.- Efectos de las sentencias tratándose de normas tributarias. Las sentencias declaratorias de

inconstitucionalidad, en todo o en parte, de una norma la dejan sin efecto desde el día siguiente de su publicación, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo anterior.

Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo.

Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia”.

El artículo 74 de la Constitución al que hace referencia el artículo transcrito en último término señala que:

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

Los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener efecto confiscatorio. Los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. Las leyes de presupuesto no pueden contener normas sobre materia tributaria.

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

## VIII. EL CASO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA (ARTICULO 118, INCISO 19, DE LA CONSTITUCION).

El inciso 19 del artículo 118 de la Constitución establece que corresponde al Presidente de la República, «dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta a l Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia».

Las medidas extraordinarias a que se refiere el texto transcrito tienen el valor de leyes -y, por tanto, pueden derogar o modificar normas de ese rango-.

Su carácter extraordinario determina que su expedición responde a circunstancias anormales e imprevistas que exigen una acción inmediata, cuando así lo requiere el interés nacional.

Pueden referirse sólo a materia económica y financiera. Empero, de acuerdo con el tercer párrafo del artículo 74 de la Constitución de 1993, los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria.

Finalmente, deben dictarse con cargo de dar cuenta al Congreso, lo que no significa que su vigencia, por temporal, se encuentre condicionada al pronunciamiento posterior o a la

\_\_\_\_ Carlos Cárdenas Quiroß \_\_\_\_\_  
ratificación del Poder Legislativo <sup>(66)</sup>.

La Ley N° 25397 de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República de 3 de febrero de 1992, regulaba el tema que abordamos en relación con lo que establecía el inciso 20 del artículo 211 de la Constitución de 1979. Su vigencia, particularmente en lo que concierne a la materia que se comenta, con arreglo a los términos de la

- <sup>(66)</sup> A diferencia de las Constituciones de otros países, la del Perú no exige que los decretos con fuerza de ley sean sometidos a debate y votación del Poder Legislativo, a fin de que éste se pronuncie sobre su convalidación o derogación. Simplemente exige que tales normas se dicten con cargo de dar cuenta al Congreso, el que podrá modificarlas o derogarlas, como lo contempla de manera expresa la propia Constitución.
- No obstante, el artículo 91 del Reglamento del Congreso contempla un procedimiento para el control parlamentario de los decretos de urgencia en los siguientes términos:
- “El Congreso ejerce control sobre los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:
- a) Dentro de las veinticuatro horas posteriores a la publicación del decreto de urgencia, el Presidente de la República dará cuenta por escrito al Congreso o a la Comisión Permanente, según el caso, adjuntando copia del referido decreto.
  - b) Recibido el oficio y el expediente mediante el cual el Presidente de la República da cuenta de la expedición del decreto de urgencia y a más tardar el día útil siguiente, el presidente del Congreso enviará el expediente a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso, para su estudio dentro del plazo improrrogable de quince días útiles.
  - c) La comisión informante calificará si el decreto de urgencia versa sobre las materias señaladas en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política y se fundamenta en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles cuyo riesgo inminente de que se extiendan constituye un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Sólo presentará dictamen si considera que las medidas extraordinarias adoptadas mediante el decreto de urgencia no se justifican o exceden el ámbito material señalado en el

\_\_\_\_ Modificación y Derogación de las Normas Legales \_\_\_\_\_  
Constitución de 1993, resulta cuando menos dudosa.

El artículo 4 de la ley referida, establecía la vigencia

- d) inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, recomendando su derogación.
- Si el Pleno del Congreso aprueba el dictamen de la Comisión informante, el Presidente debe promulgarlo por ley”.
- La Constitución italiana (artículo 77) establece que «los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días de su publicación». Como es de verse, la pérdida de eficacia, por falta de conversión legal, operará retroactivamente (ex tunc).
- En el caso de la Constitución española (artículo 86.2), «los decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviera reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación ...».
- La Constitución colombiana (artículo 122, parágrafo) señala que los decretos legislativos que dicte el Presidente de la República deben ser enviados a la Corte Suprema de Justicia para que ésta decida sobre su constitucionalidad. Adicionalmente, expresa (artículo 122, tercer párrafo) que «el congreso podrá en todo tiempo y a iniciativa propia, derogar, modificar o adicionar las materias específicas de los decretos a que se refiere este artículo».
- La Constitución argentina vigente (artículo 99, inciso 3), prevé entre las atribuciones del Presidente, que “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de Ministros que deberán referendarlos, conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros. El jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la comisión bicameral permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del

temporal de los decretos supremos extraordinarios -que es la forma normativa que deben revestir las medidas extraordinarias

Congreso”.

La ley especial referida no ha sido dictada hasta la fecha. En artículo reciente, N. Guillermo Molinelli (Los decretos de necesidad y urgencia. La Nación. Buenos Aires, 29 de julio de 1999) se ocupa del contenido que podría tener la ley en cuestión y propone, entre otros aspectos, que “debería establecer que, si en un cierto plazo el Congreso no aprueba el decreto expresamente, éste quedará derogado en forma automática, sin perjuicio de la validez de los actos realizados durante su vigencia”.

La Constitución griega (artículo 44, 1) establece que los actos de contenido legislativo dictados por el Presidente de la República en circunstancias extraordinarias, deben ser sometidos al Parlamento para su ratificación, dentro de los cuarenta días de su expedición o de la convocatoria a sesiones parlamentarias. Si no fueran sometidos al Parlamento dentro de esos plazos o si no fueran ratificados dentro de los tres meses de su presentación al Parlamento, su vigencia cesará.

La Constitución de Austria contempla (artículo 18, 4) que los denominados «decretos transitorios de modificación de las leyes» deben ser presentados inmediatamente por el Gobierno federal al Consejo Nacional, «el cual deberá ser convocado por el Presidente federal en el caso de que en ese momento no esté celebrando sesión; si estuviera reunido, lo convocará el Presidente del propio Consejo Nacional para uno de los ocho días consecutivos a la propuesta. Dentro de las cuatro semanas siguientes a la propuesta deberá el Consejo Nacional aprobar en sustitución del decreto una ley federal correlativa o bien expresar mediante resolución la solicitud de que el Gobierno federal deje inmediatamente sin efecto el decreto. En el último supuesto deberá el Gobierno federal dar satisfacción sin demora a esta exigencia. Con el fin de que el Consejo Nacional pueda adoptar resolución dentro de plazo, deberá su Presidente someter la propuesta a votación a más tardar el penúltimo día del plazo de cuatro semanas. El Reglamento interior establecerá las modalidades de aplicación. Si el decreto fuese dejado sin efecto por el Gobierno federal con arreglo a los preceptos antecedentes, entrarán de nuevo en vigor el día mismo en que surta efecto el levantamiento las disposiciones legales que hubieren sido derogadas por el decreto».

La Constitución brasileña de 1988 (artículo 62) prescribe que las medidas provisionales con fuerza de ley adoptadas por el Presidente de la República,

conforme a dicha ley-, por no más de seis meses, previéndose sólo la posibilidad de suspensión de los efectos de una ley

deben ser sometidas de inmediato al Congreso Nacional. Tales medidas «perderán eficacia, desde su edición, si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación...».

La anterior Constitución brasileña de 1967 (artículo 55, parágrafo 1 -redacción según la Enmienda Constitucional No. 22/82-), establecía que los decretos leyes debían ser sometidos al Congreso Nacional, para ser aprobados o rechazados dentro de los sesenta días a contar de su recepción, no pudiendo enmendarlos. Si en ese plazo no se producía la deliberación correspondiente, debía aplicarse el artículo 51, 3. Este artículo señalaba lo siguiente: «A falta de deliberación dentro de los plazos establecidos en este artículo y en el parágrafo anterior, cada proyecto será incluido automáticamente en el orden del día, en régimen de urgencia, en las diez sesiones subsiguientes en días sucesivos; si, al final de esas, no fuese discutido, se considerará definitivamente aprobado».

Como es de verse, la mayoría de Constituciones mencionadas, establece la necesidad de someter los decretos de urgencia a un proceso de convalidación o ratificación.

En algunos supuestos, como los de las Constituciones de Italia, Grecia o Brasil (de 1988), la falta de pronunciamiento dentro del plazo fijado en ellas, determina la pérdida de vigencia de los decretos. En el caso italiano, ella operará con efectos retroactivos.

La pérdida de vigencia también podrá producirse como consecuencia del rechazo del decreto por el Poder Legislativo o de su derogación mediante una ley.

No obstante no estar previsto constitucionalmente un procedimiento de revisión de los decretos de urgencia en nuestro país, es perfectamente posible que el Congreso apruebe una ley que derogue un decreto de esa clase. Sin embargo, como lo advierte Sagüés (Los decretos de necesidad y urgencia: derecho comparado y derecho argentino. En: La Ley. Revista jurídica argentina de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Año L, No. 222. Buenos Aires, viernes 15 de noviembre de 1985, pág. 44), «esta derogación no será siempre fácil, puesto que el Poder Ejecutivo puede vetar el proyecto de ley derogatorio y bastará que un voto sumado a un tercio de un sola sala del Congreso comparta la tesis del Poder Ejecutivo, para que naufrague la iniciativa de ley derogatoria (en tal caso, por cierto, esa sala no arrimará los dos

cuando fuera necesario dictar medidas económicas y financieras sobre los siguientes aspectos:

- a) Reestructurar los gastos del gobierno central y las empresas del Estado, establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, siempre que las disposiciones presupuestarias impidan la aplicación de las medidas extraordinarias;
- b) Modificar o suspender tributos en forma temporal - posibilidad que está descartada ahora por el tercer párrafo del artículo 74 de la Constitución de 1993;

tercios de votos necesarios para superar el veto presidencial.» (En el caso del Perú, para la reconsideración del proyecto de ley observado se requiere el voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso-artículo 108, tercer párrafo, de la Constitución-.)

De prosperar la derogación, en el caso del Perú ella no tendrá eficacia sino hacia el futuro (ex nunc) y, por tanto, no alterará las consecuencias producidas durante la vigencia del decreto.

Un decreto con fuerza de ley podrá ser derogado también por otro de su mismo rango en el caso de que «hubiese otra situación de necesidad y urgencia que demandase la abolición de aquel decreto-ley por otro decreto-ley de la Presidencia» (Sagüés, Néstor Pedro, op. cit., pág. 44). Como es evidente, igualmente podrá ser modificado por otro.

Lo normal será que el decreto pierda vigencia por desaparecer las circunstancias de orden pasajero que dieron lugar a que fuese dictado. Se tratará de una causa intrínseca de cesación de vigencia.

————— Modificación y Derogación de las Normas Legales —————

- c) Disponer operaciones de emergencia en materia de endeudamiento interno y externo, para proveer de recursos financieros al Estado destinados a la atención y satisfacción impostergable de necesidades públicas;
- d) Intervenir la actividad económica de conformidad con el artículo 132 de la Constitución Política posibilidad que también está descartada ahora al no haber reproducido la Constitución vigente lo establecido en el artículo mencionado de la Constitución de 1979-.

No se aprecia razón alguna que justifique negar la posibilidad de que resulte necesario derogar una ley mediante un decreto de urgencia.

No obstante, debe reconocerse que las medidas extraordinarias tienen carácter provisional, pues han de referirse a acontecimientos transitorios, por lo que su vigencia dependerá del tiempo que dure la eliminación de las causas que dieron origen a su dación. Ello podría explicar el hecho de considerar que su vigencia debiera producir sólo la suspensión de determinadas normas y no su derogación.

Por ejemplo, si se produce una calamidad pública es justificado que se dicten medidas destinadas a ofrecer socorro y alivio a las poblaciones afectadas, autorizando inclusive la

suspensión de la aplicación de determinadas leyes y, como expresa De Ruggiero <sup>(67)</sup>, «suministrando excepcionalmente normas provisionales que se adaptan mejor que las comunes a un estado de cosas excepcional y transitorio».

Ahora bien, considerando que las medidas a que se refiere el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución tienen fuerza de ley, en principio se encuentran en aptitud de derogar, modificar o suspender los efectos de una ley, si bien es cierto, la Ley N° 25397, conforme se ha indicado, contempló sólo que se produjera la suspensión. Se trata de actos del Poder Ejecutivo de carácter legislativo que pueden ser origen, en nuestra opinión, de una excepción más a la regla general prevista en los artículos I del Título Preliminar del Código Civil y 103, tercer párrafo, de la Constitución.

<sup>(67)</sup> De Ruggiero, Roberto, op. cit., pág. 98.

Los párrafos primero y tercero del artículo 121 de la Constitución de Colombia señalan a este respecto lo siguiente: «En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la república o parte de ella. Mediante tal declaración, el gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para tiempos de guerra o de perturbación del orden público y las que, conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes, rigen para la guerra entre naciones. (...)». El gobierno no puede derogar las leyes por medio de los expresados decretos. Sus facultades se limitan a la suspensión de las que sean incompatibles con el estado de sitio (...).».

## IX. EFECTO DE LA SENTENCIA QUE AMPARA LA ACCION POPULAR.

De acuerdo con el inciso 5 del artículo 200 de la Constitución, «son garantías constitucionales:

(...)

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

Por tanto, la acción popular podrá dirigirse contra los Decretos Supremos que dicta el Presidente de la República con el propósito de reglamentar las leyes al amparo del inciso 8 del artículo 118 de la Constitución, así como contra las Resoluciones Supremas y Ministeriales cuando contengan normas de carácter general.

También procederá contra los edictos y decretos de Alcaldía que aprueben normas de aplicación de las ordenanzas o resuelvan cualquier asunto de carácter general en contravención con las normas legales vigentes (artículo 124, inciso 2 de la Ley N° 23853) <sup>(68)</sup>.

<sup>(68)</sup> Los edictos son normas generales por cuya virtud se aprueban los tributos municipales y el Reglamento de Organización Interior (artículo 110, segundo párrafo, de la Ley Orgánica de Municipalidades No. 23853). Los decretos establecen normas de ejecución de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios a la administración municipal o resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario (artículo 111, primer párrafo, de la Ley No. 23853).

Igualmente podrá plantearse contra las resoluciones dictadas por personas de derecho público como el Banco Central de Reserva del Perú, Superintendencia de Banca y Seguros, Contraloría General, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV), etc.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley procesal de la acción popular N° 24968, «la sentencia que ampara la acción popular, a partir de la fecha que quedó consentida o ejecutoriada, determina la inaplicación total o parcial, según corresponda, y con efectos generales, de la norma materia del proceso cuya inconstitucionalidad o ilegalidad se haya declarado. La sentencia tiene valor desde el día siguiente de su publicación».

¿Cuál es el alcance de tal inaplicación, total o parcial, con efectos generales?

En el fondo, importa una derogación, en la medida en que la norma cuya inconstitucionalidad o ilegalidad ha sido declarada pierde completamente toda vigencia efectiva.

Esta conclusión se vé ratificada por lo establecido en el segundo párrafo del artículo 26 de la Ley N° 24968:

«Las sentencias recaídas en los procesos de acción popular constituyen normas prohibitivas para que cualquier órgano del Estado, bajo responsabilidad, emita nueva norma con contenido parcial o totalmente idéntico a la derogada por mandato judicial, en tanto no sea derogada o modificada la norma

constitucional o legal infringida».

El contenido del párrafo reproducido confirma que la acción popular determina la cesación de vigencia de la norma inconstitucional o legal que fue materia del proceso.

Se trata, por consiguiente, de otro supuesto en que la derogación de una norma (si bien de categoría inferior a la ley) no se produce por imperio de una de rango equivalente o superior, sino en razón de una decisión judicial.

## X. CLASES DE MODIFICACION.

A diferencia de la derogación, en que se produce exclusivamente la supresión de una norma anterior, la modificación importa, además, la sustitución de ella. Con la modificación surge una nueva regulación de una materia de la que antes se ocupaba la norma sustituida.

Al igual que en la derogación, la modificación puede ser total o parcial. La primera, implicará la sustitución completa de una norma anterior por otra. La segunda, en cambio, afecta a la norma precedente, sólo en algunas partes.

Empero, la modificación puede tener también carácter aditivo (vid. *supra* III).

Adicionalmente, la modificación puede ser expresa o tácita con alcances semejantes a los referidos antes cuando nos ocupamos de los tipos de derogación (vid. *supra* IV).

Como en el caso de la derogación, se presenta la duda acerca de si es factible sostener la existencia de una modificación expresa genérica.

Es usual que las leyes consignen un texto igual al siguiente: «Quedan derogadas o modificadas en su caso las disposiciones que se opongan a la presente ley».

Como se concluyó al analizar el tema en materia de derogación, este caso no constituye un supuesto de modificación expresa, pues no hay un pronunciamiento explícito del legislador en torno a qué normas, específicamente consideradas, quedan modificadas.

Las clases de modificación a que se ha hecho referencia (total o parcial, de un lado, y expresa o tácita, del otro) pueden

a su vez combinarse. Así, por ejemplo, la modificación total tácita resultará del hecho de que la nueva norma es absolutamente incompatible con la anterior, sin mediar una indicación precisa y explícita del legislador en tal sentido. Sin embargo, también constituirá un caso de modificación total tácita el supuesto en que, a decir de Ruggiero<sup>(69)</sup>, «no habiendo incompatibilidad, siendo regulada la materia toda por la nueva disposición, se revela la intención del legislador de querer sustituir la vieja por la nueva regulación». Se produce así un caso de absorción completa de la norma anterior por la posterior, que determina la supresión de la primera y su sustitución por la segunda, no obstante no existir propiamente incompatibilidad entre ellas.

Ducci Claro<sup>(70)</sup> considera este caso como uno de «derogación orgánica». Sin embargo, teniendo en cuenta que la nueva norma no se limita a suprimir completamente la antigua, sino que también la sustituye íntegramente, no puede considerarse un supuesto de simple derogación, sino de modificación total tácita (vid. *supra* IV).

Por último, conviene señalar que participamos de la opinión de Messineo<sup>(71)</sup> acerca de que «cuando la nueva norma sea compatible con la norma antigua, o cuando la norma no regula la materia completa ya regulada por la norma antigua, hay lugar a la coexistencia de varias normas y al consiguiente y delicado (y con frecuencia arduo) problema de su coordinación, o -eventualmente- conciliación».

<sup>(69)</sup> De Ruggiero, Robero, op. cit., pág. 167.

<sup>(70)</sup> Ducci Claro, Carlos, op. cit., pág. 55.

<sup>(71)</sup> Messineo, Francesco, op. cit., pág. 87.

## XI. MODIFICACION O DEROGACION DE LEYES ORGANICAS.

La Constitución Política del Perú de 1993, como lo hizo antes la de 1979 (artículo 194), inspirándose en las Constituciones de Francia -de 1958- (artículo 46),<sup>1</sup> Venezuela -de 1961- (artículo 163) y España -de 1978- (artículo 81), ha consagrado la existencia de las denominadas leyes orgánicas, distinguibles de las leyes ordinarias.

A ellas se refiere su artículo 106, cuyo tenor es el siguiente:

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

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

La Constitución de 1993 ha superado parcialmente las dudas que originaba el artículo 194 de la Constitución de 1979, que no definía cuándo una ley era orgánica y si la mayoría calificada prevista para su aprobación era exigible para su

reforma o derogación.

En el caso del artículo 46 de la Constitución francesa, puede derivarse que se considera leyes orgánicas a las que la Constitución confiere ese carácter, las cuales deben ser votadas y modificadas de acuerdo con los requisitos establecidos en el mismo artículo 46.

La Constitución venezolana, por su parte, establece en su artículo 163 lo siguiente:

«Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución y las que sean investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley.

Las leyes que se dicten en materias reguladas por leyes orgánicas se someterán a las normas de éstas».

Finalmente, la Constitución española, puntualiza en su artículo 81:

«1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.»

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

Antes de entrar en vigencia la Constitución de 1979, fueron dictadas bajo la denominación de orgánicas, diversas leyes, que tenían fundamentalmente por propósito regular la organización y funcionamiento de entidades del Estado o establecer los lineamientos generales de ciertas materias a cuyos alcances debían sujetarse las leyes posteriores.

Así, por ejemplo, cabe mencionar la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, la Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de la República, etc. Empero, ellas no se encontraban sometidas a un tratamiento especial en relación con las demás leyes. La única nota diferenciadora residía en su denominación, que era atribuida en forma absolutamente arbitraria por el legislador.

Debe destacarse, que la Constitución vigente califica puntualmente como orgánicas ciertas leyes: la que establece las condiciones y procedimientos para la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (artículo 31, primer párrafo); la que define las condiciones para la utilización de los recursos naturales y de su otorgamiento en concesión a particulares (artículo 66, segundo párrafo); las relativas a la Contraloría General de la República (artículo 82, primer párrafo); Banco

Central de Reserva del Perú (artículo 84, primer párrafo); Poder Judicial (artículo 143, segundo párrafo); Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150, segundo párrafo); Defensoría del Pueblo (artículo 161, segundo párrafo); Municipalidades (artículo 196, primer párrafo); Regiones (artículo 198, primer párrafo); y Garantías Constitucionales (artículo 200, segundo párrafo).

No obstante, teniendo en cuenta que también son orgánicas las leyes que regulan la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, igualmente tendrán ese carácter, entre otras, las relativas al Tribunal Constitucional, Ministerio Público, Superintendencia de Banca y Seguros, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Registro Nacional de identificación y Estado Civil, etc.

Atendiendo a lo establecido en el texto constitucional vigente, cabe afirmar que las leyes orgánicas son propiamente leyes excepcionales, por lo que las Cámaras no se encuentran en aptitud de denominar y aprobar como tales leyes distintas de las comprendidas en el artículo 106. Esta interpretación restrictiva se justifica plenamente, pues una calificación dejada al libre arbitrio de las Cámaras, «podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozaren de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para presupuestos

tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas», como lo señaló el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 13 de febrero de 1981, que resolvió la acción de inconstitucionalidad promovida contra la ley orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares<sup>(72)</sup>.

En este orden de ideas, cabe sostener que la ley ordinaria constituye la regla. En ella, el proceso previsto para su aprobación es más flexible. La ley orgánica es la excepción, lo que explica un proceso más exigente para ser aprobada.

Por cierto que en torno a este último respecto, tiene razón Fernández cuando señala: «La adición de un cierto porcentaje de votos a la mayoría simple no asegura de ninguna manera una mayor justicia de la decisión. No es más justo, en absoluto, que sesenta, setenta o, incluso, cien hombres maltraten a otro que lo hagan solamente cincuenta y uno. Es, en cambio, indiscutiblemente, más peligroso. Exactamente lo mismo puede decirse de este tipo de leyes, porque la exigencia de un porcentaje adicional de votos reduce las posibilidades de cambio, limita el libre juego del principio de igualdad de chance, que es consustancial a la democracia, falsea la alternancia en el poder y, sobre todo, destruye la confianza en el legislador ordinario, a quien

tiende a presentar como un sospechoso permanente, con lo cual se socavan y aun destruyen los fundamentos mismos del sistema, que, faltando esa confianza, no pueden ya funcionar correctamente»<sup>(73)</sup>.

¿Tiene la ley orgánica rango superior a la ley ordinaria?

Constitucionalmente, la diferencia entre una y otra se plantea simplemente en razón de las materias de las que privativamente puede ocuparse la primera en los casos explícitamente previstos en la Constitución, cuya aprobación exige una mayoría calificada.

Participamos en este sentido de la opinión de Fernández<sup>(74)</sup>, en cuanto a que «la ley ordinaria no puede ... invadir el campo constitucional reservado al legislador extraordinario, pero no puede hacerlo no ya porque su rango normativo sea inferior al de la Ley orgánica que a éste corresponde aprobar, sino, más bien ..., porque el legislador ordinario carece, en definitiva, de competencia *ratione materiae* para ello».

Por ello, si una ley ordinaria se ocupa de una materia reservada a una ley orgánica, dicha ley ordinaria será inconstitucional.

<sup>(72)</sup> Cit. por Fernández, Tomás-Ramón, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1981, pág. 90.

<sup>(73)</sup> Cisc. Fernández, Tomás-Ramón, op. cit., págs. 33-34.

<sup>(74)</sup> Fernández, Tomás-Ramón, op. cit., pág. 80.

En consecuencia, que la Constitución exija una mayoría especial para la aprobación de ley orgánica, no otorga a ésta un rango normativo de privilegio respecto de la ley ordinaria <sup>(75)</sup>.

La reforma o derogación de las leyes orgánicas requerirá de la misma mayoría calificada exigida para su formación.

Si bien es cierto el artículo 106 de la Constitución se refiere a la aprobación o modificación de los proyectos de leyes orgánicas, aparece como evidente que, con mayor razón, habrá que entender el requisito de la mayoría calificada para la aprobación a los casos en que se busque derogar una ley

orgánica.

En consecuencia, una ley ordinaria que pretendiera modificar o derogar aquélla tendría necesariamente que ser calificada como inconstitucional.

Debe mencionarse que el segundo párrafo del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435 establece que “el Tribunal puede declarar inconstitucionales por contravenir el artículo 106 de la Constitución las normas de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica, en el caso de que dichas disposiciones hubieren regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter”.

Conviene señalar que la aprobación de las leyes orgánicas constituye atribución exclusiva del Congreso. Así resulta de lo establecido en los artículos 101, segundo párrafo, inciso 4, y 104, segundo párrafo, de la Constitución.

El primero de los artículos nombrados establece que «son atribuciones de la Comisión Permanente:

(...)

4. Ejercitar la delegación de facultades legislativas que el Congreso le otorgue. No pueden delegarse a la Comisión Permanente materias relativas a reformas constitucionales, ni a la aprobación de (...) leyes orgánicas (...)».

<sup>(75)</sup>

En ese mismo sentido opina García Belaunde (Funciones Legislativas del Ejecutivo moderno: El caso peruano. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 3. Comisión Andina de Juristas. Lima, agosto de 1989, pág. 27): «Si lo analizamos con detenimiento, podremos ver que la diferencia sustancial que existe entre la ley ordinaria y la ley orgánica, es la referida al procedimiento, esto es, a la forma de ser sancionada. Así, mientras que en términos generales la Constitución se desarrolla y es completada por leyes sancionadas normalmente por el Parlamento, en determinadas materias la Constitución exige que el iter legislativo tenga un quorum especial, es decir, un quorum fuerte, exigiendo una mayor presencia y participación de los representantes, y nada más. Pero esta diferencia de procedimiento se puede reducir a uno de sus aspectos, cual es el quorum, que debe ser computado expresamente. Pero no hay más: (...) Y en cuanto a su modificación, lo pueden ser con la misma rapidez que las leyes ordinarias (aun cuando observando el quorum calificado). Si tenemos en cuenta que lo que diferencia formalmente a la Constitución del resto de las normas, es su rigidez para el cambio (sobre todo en nuestra tradición occidental) y que en su modificación las leyes orgánicas están en el mismo nivel que las ordinarias, tenemos que llegar a la conclusión, ineludible por lo demás, de que ellas no representan categoría aparte, superior o inferior a las demás leyes emanadas del parlamento».

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 104, referido a la delegación de facultades legislativas por el Congreso al Poder Ejecutivo, señala que «no pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente».

Finalmente, cabe mencionar que mediante la Ley N° 26303 de 4 de mayo de 1994 se dispuso que “para los efectos de su clasificación en el ordenamiento jurídico nacional, las Leyes Orgánicas a que se refiere el artículo 106 de la Constitución Política del Estado, se designan con la expresión ‘Ley Orgánica’, seguida del número ordinal que le corresponde”.

Posteriormente, la Ley N° 26303 de 9 de diciembre de 1997, estableció que “las leyes orgánicas tendrán una numeración especial a partir de la presente ley” (artículo 4, parágrafo 4.2).

## **XII. FUERZA DEROGATORIA O MODIFICATORIA DE LA CONSTITUCION RESPECTO DE LAS NORMAS LEGALES PRECONSTITUCIONALES.**

La Constitución, como norma suprema y primera entre todas las que integran el ordenamiento jurídico de un país, prevalece sobre toda otra norma legal. Así lo puntualiza el artículo 51 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Desde su entrada en vigencia, ella puede ser aplicada directamente, lo que supone reconocerle necesariamente una eficacia derogatoria respecto de las disposiciones anteriores a ella que se le opongan en función del principio *lex posterior derogat priori*.

En este sentido, como lo aprecia Lacruz Berdejo <sup>(76)</sup>, «la virtualidad derogatoria de la legislación anterior a su entrada en vigor que tiene la Constitución es idéntica a la de una ley ordinaria en aquellos preceptos inmediatamente aplicables y capaces de sustituir el régimen en vigor por otro; siendo esto más discutible en cuanto a los meramente programáticos o de principio, sin perjuicio de la influencia que deben tener en la interpretación de la ley vigente».

En el caso peruano, la Constitución no ha incluido una regla que señale que quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en ella. Obviamente ello no excluye el hecho de que tal efecto se produzca efectivamente. La

<sup>(76)</sup> Lacruz Berdejo, José Luis, op. cit., pág. 144.

Decimosexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución se ha limitado a señalar: «Promulgada la presente Constitución, sustituye a la del año 1979». Es de advertir que la promulgación se efectuó el 29 de diciembre de 1993 y la publicación el día 30 del mismo mes y año, por lo que si se tiene en cuenta su propio artículo 51, según el cual “la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del estado”, es razonable considerar procedente la aplicación por analogía de su artículo 109 y concluir que propiamente entró en vigencia a partir del 31 de diciembre de 1993, es decir, el día siguiente de su publicación en el diario oficial.

No ocurre lo mismo en el caso de la Ley Fundamental alemana (que en su artículo 123 señala: «El Derecho en vigor antes de la reunión del Parlamento Federal continúa rigiendo siempre que no esté en contradicción con la presente Ley Fundamental») y con la Constitución española (que contiene una Disposición derogatoria con tres párrafos, el último de los cuales tiene el siguiente texto: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución»)<sup>(77)</sup>.

En verdad, una declaración de ese tipo, conforme se expresó anteriormente (vid. *supra* IV), no origina alcances distintos de los que operan con la derogación tácita. Las dificultades para esclarecer qué normas se ven afectadas por una disposición semejante serán exactamente las mismas.

La sentencia del Tribunal Constitucional español de 28 de enero de 1982 señala a este respecto que «para que opere la derogación ... sobre una ley, la desconformidad de ésta ha de darse en términos de oposición con la Constitución y sólo podrá declararse cuando su incompatibilidad con la norma suprema resulte indudable por ser imposible interpretarla conforme a la Constitución...»<sup>(78)</sup>.

A nuestro entender, el proceso de verificación de la vigencia o no de una norma preconstitucional importará necesariamente una evaluación previa de su constitucionalidad o no, esto es, de su conformidad o no con la Constitución<sup>(79)</sup>.

Confirmando este parecer, la sentencia del Tribunal Constitucional español de 8 de abril de 1981, de la que fue ponente el profesor Luis Díez-Picazo, sostiene: «Hay que señalar que no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema constitucionalidad-inconstitucionalidad. No es enteramente exacta la opinión de que el tema de la vigencia o derogación es previo al de la constitucionalidad,

<sup>(77)</sup> Singularmente, el artículo 35 del Código Civil panameño establece lo siguiente: «La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra y espíritu se desechará como insubsistente». El texto transcrito reproduce el artículo 9 de la Ley Colombiana No. 133 de 1887.

<sup>(78)</sup> Cit. por Arce y Flórez-Valdés. Joaquín, op. cit. en nota (5), pág. 139.

<sup>(79)</sup> Císe. Sanaolalla, Fernando, Vinculación de la Constitución y control de las leyes. En: Revista de las Cortes Generales. Núm. 5, segundo cuatrimestre 1985. Publicaciones del Congreso de los Diputados. Madrid, págs. 208-209.

porque respecto de normas derogadas no cabe ni siquiera plantearse el tema de su constitucionalidad. En puridad, ocurre más bien lo contrario. En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino, simplemente, la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad»<sup>(80)</sup> (81).

Por cierto que, en el caso de las normas preconstitucionales respecto de las cuales se concluye que son inconstitucionales y que, por tanto, quedaron derogadas al entrar en vigencia la Constitución, el pronunciamiento correspondiente tendrá un efecto puramente declarativo y no constitutivo. Así se pronunció el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 21 de

(80) Cit. por García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, S.A., segunda edición, 1982, Madrid, pág. 90.

(81) Una sentencia anterior, la de 2 de febrero de 1981, había señalado lo siguiente: «La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una ley superior -criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevvenida, y consiguientemente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación. Esta pérdida de vigencia se encuentra expresamente preceptuada por la disposición derogatoria de dicha norma fundamental... La lectura de esta disposición evidencia que las leyes anteriores que se opongan a lo dispuesto en la Constitución quedan derogadas...» (Cit. por Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, op. cit., págs. 139-140).

Modificación y Derogación de las Normas Legales  
julio de 1983.

En consecuencia, hablar de inconstitucionalidad sobrevvenida tiene sentido respecto de las normas preconstitucionales, en la medida en que el juicio sobre la conformidad o no de éstas con la Constitución será previo e indispensable para concluir -en vía puramente declarativa- que la norma correspondiente quedó derogada<sup>(82)</sup>.

Es menester puntualizar que la derogación por inconstitucionalidad sobrevvenida no operará por la sola circunstancia de que el proceso de formación de las normas

(82) Lacruz Berdejo es de opinión contraria: «Son distintos, a) el efecto derogatorio que tiene la Constitución sobre la legislación anterior, y que pueden apreciar los jueces, y b') la inconstitucionalidad de una ley. La inconstitucionalidad supone que una ley es inválida; la derogación, que ha dejado de estar vigente. Para que la inconstitucionalidad se produzca, la ley ha de estar ya promulgada y no derogada; es ésta una situación que afecta sólo al Derecho posterior al texto constitucional, mientras que la derogación afecta al *ius vetus*, o sea al que, contrario a la Constitución, es anterior a ella» (op. cit., pág. 145).

En el mismo sentido se pronunció Rubio Llorente en el voto particular que formuló a la sentencia del Tribunal Constitucional español de 2 de febrero de 1981 (cfse. García de Enterría, Eduardo, op. cit., pág. 91).

Marcial Rubio Correa (op. cit. en nota 3, pág. 194) opina que "bien puede suceder que la Constitución derogue una ley, por raro que ello pueda suceder. Pero tal vez lo más importante es que si una ley era válida frente a la Constitución vigente en el momento de su aprobación y después, al producirse un cambio constitucional queda en incompatibilidad con las nuevas normas, no ha sido exactamente derogada pero sí es inválida. Por ello, hubiera sido mejor tratar el tema como uno de invalidez, diciendo que ésta se produce tanto por otra ley, como por sentencia competente, como por incompatibilidad con norma posterior de rango superior. Esta es toda la gama de posibilidades que se debe legislar y no sólo la de derogación. (...) En función de lo anterior, tal vez podríamos decir que un texto más adecuado (del tercer párrafo del artículo 103 de la Constitución) es: 'una norma jurídica general originalmente válida es inválida al ser derogada o modificada por norma de rango igual o

(especialmente las leyes) sea contrario al actualmente previsto por la Constitución. Esta consideración tiene particular importancia en el caso de nuestro país en relación con los decretos leyes dictados por el denominado Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada entre el 3 de octubre de 1968 y el 27 de julio de 1980. Igualmente con aquellos dictados por el denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional instituido el 5 de abril de 1992.

Enfáticamente debe sostenerse que tales normas constituyen leyes en sentido material, no requieren de ratificación y se mantienen vigentes en tanto no resulten derogadas o modificadas por otras normas.

Señala Bidart Campos <sup>(83)</sup> que «dentro de la vida del Estado, la transitoriedad de un gobierno -ya sea legal o de facto- no aparta la transitoriedad de sus actos. La idea de continuidad es la que funda, en muchos casos, la necesidad de admitir soluciones que, en el ámbito de lo existencial, protegen

superior; al ser invalidada por resolución de tribunal competente o al devenir incompatible con otra superior dictada con posterioridad' (Porque si fue dictada en incompatibilidad con norma superior desde el principio, ya no es necesaria disposición alguna al estar vigente el artículo 51 de la Constitución)».

<sup>(83)</sup> Bidart Campos, Germán José, op. cit., pág. 23.

En el mismo sentido: González Arzac, Felipe, El derecho de autoridad y la legitimación de los gobiernos de facto. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1966; y Dictamen No. 356 de la Comisión de Constitución en los pedidos de acusación constitucional contra los funcionarios de facto. Segunda Legislatura Ordinaria de 1981. Cámara de Diputados. Lima, 21 de abril de 1982.

A propósito de los decretos leyes dictados por el denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, la Ley Constitucional aprobada por el Congreso Constituyente Democrático el 6 de enero de 1993, resolvió lo siguiente:

mejor al público y al bien común. No hay razón, entonces, en provocar una ruptura en esa continuidad, negando la supervivencia de los decretos-leyes de un gobierno de facto, y sosteniendo su caducidad *ipso iure*. La alteración sería caótica, para citar nada más que un argumento de conveniencia a favor de nuestra tesis».

Para quedar derogadas, las normas preconstitucionales tienen que ser materialmente opuestas a la Constitución <sup>(84)</sup>. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español en

“Artículo 1. Declárase la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979, dejando a salvo los Decretos Leyes a que se refiere el art. 2 de esta Ley Constitucional y demás disposiciones contenidas en el Reglamento que aprueba el Congreso Constituyente Democrático.

Artículo 2. Los Decretos Leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional a partir del 5 de abril de 1992 hasta el 30 de diciembre del mismo año, mantienen plena vigencia en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático. (...)”.

<sup>(84)</sup> Cfse. Arce y Flórez-Valdés, Joaquín, op. cit., pág. 143, y García de Enterría, Eduardo, op. cit., pág. 87.

De acuerdo con Rubio Llorente, «al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del Derecho, la Constitución opera sólo ex nunc y no deroga en absoluto las normas producidas válidamente según el modo de producción anterior. Una vez promulgada la Constitución no hay más normas legítimas que las que nacen por las vías constitucionalmente previstas, pero siguen siendo formalmente válidas todas las que lo fueron conforme al sistema anterior» (Cit. por Lacruz Berdejo, José Luis, op. cit., pág. 143).

Como ejemplo de derogación por incompatibilidad material con la Constitución, cabe mencionar que, al entrar en vigencia a plenitud la anterior Constitución del Perú el 28 de julio de 1980, quedó automáticamente derogado el Decreto Ley No. 17063 de 3 de octubre de 1968 que aprobó el Estatuto del Gobierno Revolucionario, que en su artículo 5 establecía que dicho gobierno actuaría conforme a las disposiciones del Estatuto y «a las de la Constitución del Estado (se refería a la de 1933), leyes y demás disposiciones en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario». También quedaron derogadas automáticamente, a partir de esa fecha, las normas del Código Civil de 1936 contrarias, por ejemplo, a la igualdad entre los hijos. Así lo ratifica el artículo 2116 del Código Civil vigente de 1984.

su sentencia de 8 de abril de 1981.

La duda acerca de la vigencia o no de una norma preconstitucional deberá ser decidida por los jueces ordinarios.

A este respecto, no creemos que resulte aplicable lo establecido por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, según el cual: «En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces preferirán la primera. Igualmente, preferirán la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior». En efecto, la norma legal a la que alude el texto constitucional es la que en principio resulta aplicable al caso, lo que implica necesariamente que se encuentra vigente. Si la norma preconstitucional quedó derogada-conclusión a la que arribará el juez después de evaluar si era conforme o no con la Constitución-, no cabe hablar de preferir ésta respecto a aquella, precisamente por haber cesado la vigencia de esta última. En tal hipótesis, el juez aplicará la Constitución, apelará a la analogía, si fuera el caso, o recurrirá directamente a los principios generales del derecho y al derecho consuetudinario (artículos 139, inciso 8, de la Constitución y VIII del Título Preliminar del Código Civil).

En otras palabras, consideramos que el segundo párrafo del artículo 138 contempla un supuesto de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal que no se haya visto afectada por inconstitucionalidad sobrevenida, pues de haber ocurrido ello, operó su derogación automática al entrar en vigencia la Constitución.

Por último, cabe señalar que la derogación de una norma preconstitucional importará la de todas aquellas que tengan

carácter reglamentario de la primera o que constituyan simple desarrollo de sus principios.

En cuanto a la eficacia modificatoria de la Constitución, sus normas sustituirán automáticamente aquellas otras preconstitucionales respecto de las cuales haya incompatibilidad. Se trata de un caso de modificación tácita, que implicará necesariamente la derogación total o parcial de la norma primitiva.

Así ocurrió, por ejemplo, en relación con el artículo 139, inciso 8, de la Constitución Política del Perú de 1993 que a la letra dice:

«Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

Esta norma, al entrar en vigencia el 31 de diciembre de 1993, modificó tácitamente el artículo VIII del Título Preliminar del Código civil de 1984 que establecía:

«Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano»

La modificación determinó la supresión de la mención a los principios generales del derecho que inspiran el derecho peruano y la inclusión de la referencia al derecho consuetudinario.

### XIII. CAUSAS INTRÍNSECAS DE CESACION DE VIGENCIA DE LAS NORMAS LEGALES.

Según se ha analizado (vid. *supra* III), la extinción de las normas jurídicas puede operar en razón de una causa exterior (extrínseca) a la propia norma: una ley posterior, por ejemplo, deroga una anterior en forma expresa.

Distinto es el caso de aquellas normas que pierden vigencia en razón de una circunstancia inherente a ella misma. Por consiguiente, no será necesaria su derogatoria formal para que concluya su vigencia. En ese supuesto se habla de causas intrínsecas de cesación de vigencia.

Ello acontece cuando la ley establece un término de vigencia, sea en forma expresa o tácita (normas temporales).

La sentencia de 14 de enero de 1958 del Tribunal Supremo español <sup>(85)</sup> señala sobre el particular que, «excepcionalmente un acto legislativo puede perder su eficacia sin necesidad de la promulgación de una nueva ley, como sucede en el caso de leyes temporales, las cuales tienen fijado un término de manera explícita o implícita (en cuanto el término es deducible de la naturaleza misma de la norma, preordenada a un fin no permanente o duradero, sino transitorio o provisional), que constituye el hecho que conduce a la derogación de la ley, pues al llegar

a ser el objeto materialmente imposible, tiene por consecuencia el fin de la ley, independientemente de toda disposición de Derecho positivo».

En el mismo sentido opina Batlle Vázquez <sup>(86)</sup> cuando señala: «Hay, sin embargo, un caso en que no será necesaria una ley ulterior para que quede sin efecto otra, cuando ésta lleve en su propio seno la indicación de su cese. Así sucederá cuando una ley tenga carácter temporal y marque el término de su vigencia. Vencido éste cesará la ley por su propia virtualidad. Lo mismo sucederá si ha sido dictada expresamente para una determinada circunstancia y la circunstancia desaparece por completo» <sup>(87)</sup>.

En consecuencia, la norma podrá perder su vigencia, por causas intrínsecas, en forma expresa, cuando haya transcurrido el término final de duración que ella misma fijó explícitamente (lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de las leyes anuales de presupuesto); o, tácitamente, cuando habiéndose dictado en función de una determinada circunstancia de carácter pasajero

<sup>(86)</sup> Batlle Vázquez, Manuel, op. cit., pág. 72-73.

<sup>(87)</sup> Albaladejo (op. cit., pág. 86) aclara que «no cesa de regir la ley (salvo que se la derogue), aunque desaparezcan los motivos o circunstancias a los que, aun habiendo impulsado a dictarla (ocasio legis), no se ligó aquella». Ello se presenta en el caso citado por Barbero (op. cit., pág. 136): «Si la duración de la ley -como, por ejemplo, el Código militar de guerra- no está específicamente ligada a una determinada situación de guerra, el fin de una guerra no suprime la ley, sino que suspende su eficacia, que, por consiguiente, podrá reanudarse con el inicio de otra guerra».

<sup>(85)</sup> Cit. por Puig Brutau, José, op. cit., pág. 180.

(calamidad pública, guerra, revolución, por ejemplo) o encontrándose ligada a cierto propósito o finalidad o resultando del objeto mismo de la norma su carácter temporal -como sucede, por ejemplo, en el caso de las disposiciones o leyes transitorias «dictadas para regular el tránsito de una legislación vieja a una nueva»<sup>(88)</sup> -desapareciera tal circunstancia, o se lograra (o no) su propósito: *cessante racione legis, cessat et ipsa lex*<sup>(89)</sup> o se cumpliera su objeto.

La temporalidad de tales normas, en consecuencia, responderá a un criterio de plazo o de materia.

#### XIV. SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA DE LAS NORMAS LEGALES.

No es inusual, especialmente en nuestro medio, que se dicten normas con un contenido semejante al siguiente: «Deróganse, modifíquense o **déjanse en suspenso** las disposiciones legales y administrativas que se opongan a la presente ley».

¿Qué valor cabe atribuir a esa declaración genérica de suspensión? Resulta severamente discutible que tenga alguna consecuencia, en la medida en que si existe oposición entre la norma anterior y la nueva el efecto directo e inmediato de la vigencia de ésta es la derogación o modificación, en su caso, de la primera.

En otras palabras, la suspensión de la eficacia de una norma -no de su vigencia, pues la norma continúa perteneciendo al ordenamiento jurídico, pero sin desplegar sus efectos de manera temporal- requiere necesariamente de una declaración explícita del legislador: Normalmente ella se sustenta en circunstancias de carácter extraordinario que obligan a alterar temporalmente la eficacia de una norma, determinando que durante un cierto tiempo se detenga. La suspensión no importa la extinción de la norma. Cesada la causa de la suspensión, transcurrido el plazo de duración que se hubiera fijado para ella o derogada la norma que la impuso, la suspensión termina y automáticamente la norma suspendida recobra a plenitud sus efectos, sin necesidad de requisito adicional alguno<sup>(90)</sup>.

<sup>(88)</sup> De Ruggiero, Roberto, op. cit., pág. 166. En el mismo sentido: León Barandiarán, José, op. cit. en nota (55), pág. 7, y Coviello, Nicolás, op. cit., pág. 105.

<sup>(89)</sup> Ducci Claro, refiriéndose al caso de realización del fin que se proponía la ley, menciona como ejemplo el de «una ley que autoriza una expropiación por causa de utilidad pública, (la que) una vez realizaba la expropiación pierde su vigencia, pues ya se realizó el fin para el cual fue dictada» (op. cit., pág. 56).

<sup>(90)</sup> No será necesario, por tanto, restablecer la eficacia de la norma suspendida en forma expresa. En cambio, cuando se produce la derogación de una norma que, a su turno, derogó o modificó otra y se busca que ésta recobre su vigencia, es preciso un pronunciamiento explícito en tal sentido (vid. *infra* XV). La diferencia de tratamiento responde a que en un caso, el primero, la norma sigue vigente si bien tiene suspendida su eficacia, mientras que en el otro, la norma cesó de tener vigencia y se busca restablecer ésta.

Puede acontecer que la suspensión no esté vinculada a una causa específica o no se encuentre sujeta a plazo determinado alguno. En ese supuesto, si bien, al menos teóricamente, la norma suspendida puede recobrar eficacia en algún momento por efecto de la cesación de la vigencia de la norma que estableció la suspensión, la duración indefinida de ésta acerca la situación a un caso de derogación.

#### XV. DEROGACION DE LA NORMA DEROGATORIA O MODIFICATORIA: NO REVIVISCENCIA DE LA NORMA DEROGADA O MODIFICADA.

La derogación de la norma que derogó o modificó otra no implica que ésta recobre automáticamente vigencia en sus términos originales. Dice Batlle Vázquez<sup>(91)</sup>: «La derogación de una ley no implica la reviviscencia del estado anterior a ella con todas sus consecuencias». Como expresa De Ruggiero<sup>(92)</sup>: «para que la primera ley derogada recobre su vigor, precisa una declaración expresa del legislador, y este es el oficio de las leyes llamadas restablecedoras o restauradoras ...».

En el mismo sentido se pronuncia Messineo<sup>(93)</sup>: «...la abrogación de una norma abrogante no tiene la función de volver a su anterior estado a la norma abrogada por esta última, salvo que se disponga expresamente para tal caso (norma repristinatoria o reintegratoria)».

De igual parecer son Ducci Claro<sup>(94)</sup>, Pescio<sup>(95)</sup>, Lacruz Berdejo<sup>(96)</sup>, Albaladejo<sup>(97)</sup>, De la Vega<sup>(98)</sup>, Coviello<sup>(99)</sup> y

<sup>(91)</sup> Batlle Vázquez, Manuel, op. cit., pág. 74.

<sup>(92)</sup> De Ruggiero, Roberto, op. cit., pág. 169.

<sup>(93)</sup> Messineo, Francesco, op. cit., pág. 88.

<sup>(94)</sup> Ducci Claro, Carlos, op. cit., pág. 56.

<sup>(95)</sup> Pescio V., Victorio, op. cit., pág. 260.

<sup>(96)</sup> Lacruz Berdejo, José Luis, op. cit., pág. 218.

<sup>(97)</sup> Albaladejo García, Manuel, op. cit., pág. 87.

<sup>(98)</sup> De la Vega Benayas, Carlos, Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil, Editorial Civitas, S.A., Madrid. 1976, pág. 109.

<sup>(99)</sup> Coviello, Nicolás, op. cit., págs. 106-107.

**UNIDAD II: LA ACEPTACIÓN SOCIAL O LEGITIMIDAD  
SOCIAL COMO PREMISA PARA LA VALIDACIÓN DE TODA  
NORMA JURÍDICA**

**Lectura Obligatoria:**

ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. Teoría del Derecho. Primera Edición. Fondo Editorial de la Universidad Católica. Lima. Perú. Abril de 2013 (Páginas 23 a 52).

## EL DERECHO COMO NORMA

2

### 1.1. EL DERECHO ES LO QUE ESTÁ PLASMADO EN LA NORMA

Solo se puede aportar una definición del *derecho* a partir de lo que está plasmado en sus propias normas. El derecho es una construcción y creación humana, lo que implica que su ámbito de actuación únicamente puede ser predeterminado por órganos o personas designados legítimamente para crear o aplicar normas. Una relación o un hecho, de los muchos que existen en nuestro día a día, serán calificados como jurídicos si están regulados o no en una norma jurídica.

El cumplimiento de la formalidad (procedimientos y órganos legitimados para la incorporación de las relaciones humanas a la normatividad jurídica) y la existencia de la norma (reglas que realman su supervivencia, esto es, si ha sido derogada, inaplicada o si todavía no entra en vigencia) son los únicos requisitos para identificar qué es el derecho. Por lo demás, queda claro que estas formalidades han de ser impuestas también por seres humanos que conviven en sociedad.

Por ejemplo, la prohibición de no fumar en lugares públicos sería una conducta proscrita que solo se transformará en parte del derecho cuando conste en una norma jurídica emitida por los órganos legitimados. Por tanto, cuando un sujeto quiera aplicar la prohibición de fumar a otro, lo hará porque la norma jurídica le está atribuyendo ese poder (derecho) y porque la misma le está obligando al otro a cumplir la prohibición (deber).

Oprimos por una definición descriptiva del derecho, porque resulta más fiable que una interpretación funcional de este. Al ser una construcción de hombres para ordenar conductas humanas, lo más sensato es atender qué es el derecho desde él mismo ya que las funciones pueden ser tan diversas como los propios seres humanos. Así, una *meza* puede describirse en torno a sus elementos materiales como «una tabla sostenida por patas para separarla del suelo». Sin embargo, si queremos definirla por su función, podríamos decir que esta «sirve para tomar alimentos, para trabajar, para poner adornos» y todas aquellas funciones que el ser humano le quiera reconocer a su obra. De este modo, cerramos este primer punto con la evidencia de que el derecho es la norma jurídica o el conjunto de ellas.

## 1.2. LAS DEFINICIONES DEL DERECHO DESDE LOS PRINCIPIOS TRASCENDENTALES. VISIÓN CRÍTICA.

Desde antiguo se ha intentado definir al derecho como un orden normativo subordinado a principios trascendentales como *el bien común*, *la justicia* o *la libertad*. Las corrientes que han intentado influir desde esta perspectiva se han denominado *iusnaturalistas*. Al respecto, no es posible hablar de una sola concepción iusnaturalista puesto que presenta varias adecuaciones históricas. Por ejemplo, en la Grecia antigua o en el Imperio romano la visión del jurista iusnaturalista se apoyaba en la experiencia así como en el medioevo se respaldaba en la fe; no obstante, será en el mundo moderno cuando la filosofía racionalista intentará buscar principios trascendentales, eternos y universales, en la propia razón. Filósofos como Kant, Locke o Hobbes pertenecen a este último grupo de iusnaturalismo racionalista.

En relación con lo que nos interesa en este apartado, esta vertiente tiende a conceptualizar el derecho desde la perspectiva de un derecho ideal. Parte de la premisa de que existe un derecho *divino*, podríamos llamarlo también *perfecto*, que siempre ha de conseguir la justicia, por cuanto el derecho de las normas (construido por humanos) solo tiene que transcribir

el primero para hacerlo efectivo. Por tanto, los hombres no tendríamos discrecionalidad para regular las conductas de los seres humanos, ya que existe un derecho previo y superior que predetermina las características de cualquier concepto jurídico.

Con todo, este enfoque lo podemos refutar desde dos razones:

- En primer lugar, nadie niega que el derecho quiera perseguir siempre principios trascendentales de naturaleza abstracta, pero no podemos perder de vista que este nace de la propia realidad en la que vivimos los seres humanos. Como ya se dijo, se trata de una creación de hombres. Tanto un legislador como un juez realizan sus actos normativos condicionados por factores personales o internos (creencias religiosas, políticas, ideológicas, etcétera) o por factores externos (intereses sociales poderosos). En otras palabras, que las normas jurídicas no lleguen a contemplar el derecho ideal o divino no es culpa de los órganos o personas legitimadas para dictarlas, sino que es imposible hacerlo en la realidad social en la que este se construye.

- En segundo lugar, además de la compleja realidad social en la que se construye el derecho de normas, también hay que recordar que ni siquiera en el ámbito iusnaturalista existen conceptos unívocos de los principios trascendentales. Esto quiere decir que aun cuando solucionemos este problema, no queda claro si de verdad existe un derecho ideal. Por ejemplo, ¿alguien puede afirmar que los parámetros de justicia en el Imperio incaico son los mismos en el Perú de estos tiempos? O, ¿un socialista utópico puede tener el mismo concepto de justicia que un neoliberal? Considero que esta segunda razón/crítica, que pone en cuestión la eternidad y universalidad de los principios trascendentales, golpea en la misma línea de flotación a toda la argumentación iusnaturalista.

Finalmente, lo que queda claro es que el derecho es lo que señala la norma jurídica, sin admitir valoración alguna. De este modo, para

convertirse en objeto de estudio de cualquier ciencia debe presentarse con sus elementos configuradores, eliminando toda presencia de estimaciones que puedan terminar por confundir al jurista.

### 1.3. LAS DEFINICIONES DEL DERECHO DESDE LAS RELACIONES SOCIALES. VISIÓN CRÍTICA

Una confrontación directa al concepto de derecho como norma jurídica, y con más argumentos que el iusnaturalismo, viene desde las novedosas corrientes del realismo jurídico. Desde comienzos del siglo XX se han articulado conceptos de esta disciplina en los que se resalta la idea de que la norma jurídica recoge los hechos o relaciones sociales. Esto quiere decir que la realidad, en atención a la trascendencia de los hechos, actos o relaciones para la vida en común o la convivencia, y no la formalidad contenida en una norma, marca la pauta de lo que es o no es derecho.

Detrás de esta corriente de pensamiento lo que se busca es reducir la norma jurídica a una simple manifestación de lo que ya está predeterminedo en la sociedad. El derecho, en consecuencia, provendría de la necesidad de lograr la paz social, lo cual implica que las normas únicamente se limitan a recoger formalmente las regulaciones que puedan asegurar esta función. Por esta razón, el realismo considera al derecho como toda norma que asegura de manera eficaz la función de paz social.

Por ejemplo, la regulación de los efectos patrimoniales del matrimonio debe hacerse por normas jurídicas, ya que este es un tema importante para mantener la paz social. Por un lado, mediante esta reglamentación se puede proteger al conyugue más débil y, por el otro, se ofrecen las garantías económicas adecuadas para que los seres humanos no tengan reparos en casarse. Como se ve, la trascendencia del tema para el derecho, según los realistas, no proviene de la discrecionalidad del legislador, sino de la misma realidad. El legislador solo formaliza lo que es importante en la realidad para la convivencia.

Han sido muchas las escuelas realistas que han resaltado la eficacia del derecho para el cumplimiento de la función de paz social. Entre otras,

tenemos la teoría de la experiencia jurídica, sustentada por Díez-Picazo, que señala al derecho «como un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de series de decisiones sobre conflictos de intereses» (1987, p. 9). La exigencia de solución del conflicto de intereses, en el marco de un grupo social que tiene efectos importantes para la continuidad del grupo o para su convivencia, es de naturaleza social y no jurídica. Las normas, simplemente, recogen lo que ya está identificado como jurídico en la realidad. En esta visión funcionalista del concepto podemos encontrar a los funcionalistas americanos Parsons y Bredemeier, a Luhmann e incluso a Marx, con su teoría de la sociedad como conflicto de clases.

Particular interés me causó la teoría de la instrucción trabajada por estos autores. *Institución* no es otra cosa que «toda formación social que tiene un centro de poder en torno al cual gravitan las adhesiones de los individuos, que todas juntas dan lugar a una situación estable» (citados en Treves, 1978, p. 67). Nuevamente el orden social preanunciado de una organización respaldada por un poder es el único que puede crear un ordenamiento jurídico. Las normas lo único que hacen es formalizar lo que ha de señalar la organización o un orden social sistematizado, cuyo fin es la subsistencia como cuerpo social. Como se ve, con esta teoría, se racionaliza la función de paz social que debe mantener el derecho dentro de la organización o institución. Ejemplo de *institución* puede ser el Estado o una asociación civil, sin embargo las uniones de individuos sin organización o estructura interna no pueden ser institución.

Al respecto, creo que el aporte fundamental de esta teoría es descubrir que pueden existir tantos ordenamientos como centros de poder organizados hay en la sociedad. Quizá el Estado pueda ser el centro de poder más importante dentro de una sociedad; no obstante, no es el único. Las organizaciones de particulares que cuenten con una organización de la cual emana un poder también pueden ser productoras de derecho desde esta concepción.

No perdamos, por tanto, de vista esta importante teoría de la instrucción que me parece compatible con la postura que hemos asumido del «derecho como norma jurídica». Las razones de esta opinión, las abordaremos más adelante.

A pesar de la indudable trascendencia de las teorías realistas, las cuales han ayudado a desparatar concepciones del derecho reduccionistas, como que el derecho es universal y eterno o que este solamente emana del Estado, insistimos en que la norma jurídica no puede convertirse en simple producto de la realidad social. En consecuencia, sustentamos esta opción metodológica en las siguientes razones:

- Primero—como ya se dijo cuando hablamos del iusnaturalismo—, el insistir en una teoría normativista del derecho no supone ignorar el gran condicionamiento que tiene la realidad social sobre la norma. Ciertamente, la función de paz social y de superación de los conflictos deja una huella imborrable sobre las normas; sin embargo, no podemos afirmar científicamente que ello siempre sea así. Por ejemplo, antes hablábamos de la regulación de los efectos matrimoniales y de la trascendencia social que ello tiene, pero podríamos preguntarnos: ¿por qué el derecho no regula los efectos patrimoniales de los matrimonios o de las uniones de hecho homosexuales? ¿Acaso la trascendencia del conflicto social en este caso no llevaría automáticamente a la exigencia de solucionar el problema? Si las relaciones sociales son neutras, ¿por qué el derecho no asume lo que ya está aceptado como trascendente en el plano social? Creo que no lo hace porque el derecho es autónomo de las relaciones sociales. Por eso sigo pensando que lo más sensato es preguntarle a las normas jurídicas: ¿qué es derecho?, ya que todo observador externo (sociólogo, antropólogo, etcétera) respecto del ordenamiento jurídico podría incorporar a este concepto sus propias valoraciones. Y ello implicaría que se confundiera la naturaleza objetiva de un concepto científico.

- Segundo, el realismo funda su construcción en el respeto eficaz de una función social que se asocia con el derecho: crear un orden jurídico que sirva de instrumento a la paz social. Así como existe esta función social del derecho que es atribuida por seres humanos, se pueden buscar para el ordenamiento jurídico otras funciones sociales u ontológicas (fortalecer a grupos menos favorecidos en la sociedad, limitar el poder estatal, fomentar la productividad empresarial, etcétera). Creo que la realidad social cuenta con poderes políticos, religiosos, ideológicos, sociales, políticos, etcétera, que hacen imposible que el derecho pueda conseguir una sola función. Volvamos a preguntarnos: ¿por qué si la función social del derecho es asegurar una convivencia pacífica entre los miembros de una sociedad no regula los efectos patrimoniales de una unión homosexual? Creo que no lo hace porque el derecho, en uso de su autonomía, decide atender a otras funciones o valores, como por ejemplo, los de orden religioso. En suma, solo podemos saber qué es *derecho*, si, como decíamos al inicio, se lo preguntamos a sus elementos configuradores, esto es, a las normas jurídicas.

#### 1.4. EL PROBLEMA DEL RAZONAMIENTO CIRCULAR Y LA IMPOSIBILIDAD DE DEFINIR QUÉ ES UNA NORMA JURÍDICA

La conclusión que podemos obtener de lo que hemos dicho hasta ahora es que el derecho es lo que las normas jurídicas dicen que es. No obstante, este concepto de derecho aportado desde una perspectiva interna, tiene el inconveniente de caer en un razonamiento circular sin salida. Decir que el derecho es lo que plasman las normas jurídicas en sí mismas sería adecuado si contamos a su vez con un concepto de norma jurídica. De lo contrario solo estaríamos diciendo: derecho es lo que dicen las normas jurídicas que es y normas jurídicas son las que dicen qué cosa es derecho.

Pero, entonces, ¿qué es una norma jurídica? En principio, como ya se dijo, se podría alegar que es la norma emitida siguiendo los procedimientos formalizados en otras normas jurídicas y cuya validez depende de un sistema también formalizado en otras normas jurídicas (por ejemplo, jerarquía de normas o reglas de derogación). De no cumplir las formalidades especificadas en el ordenamiento, se puede calificar como jurídica a una norma que ya está derogada o a una que ha sido publicada sin cumplir el procedimiento legislativo. Como se ve, definirla es imposible, si no lo hacemos en relación con otras normas que ofrece el ordenamiento. Obsérvese que las normas pueden calificarse como jurídicas siempre que pertenezcan a un ordenamiento jurídico.

Ahora bien, antes de entrar a estudiar lo que es un ordenamiento jurídico, solamente quiero aclarar que las *normas jurídicas* son distintas a las de las *leyes de la naturaleza*. Las primeras son construcciones de hombres que sirven para regular sus conductas como parte de un *deber ser*, mientras las segundas son enunciados referidos a la realidad concreta como parte de un *ser*. Para las primeras, su incumplimiento supone una reacción del ordenamiento, pero nadie discute su vigencia. En cambio, para las segundas, su inobservancia supone su invalidez como norma. Si, por ejemplo, un día, soltamos una manzana y ella no cae al suelo por efecto de la ley de la gravedad, entonces eso quiere decir que esa ley natural ya es inválida. Lo mismo no se puede decir de la ley que obliga a no fumar en lugares públicos, pues aun cuando alguien incumpla el deber la norma seguirá existiendo.

## DE LA NORMA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

### 2.1. CONCEPTO DE ORDENAMIENTO JURÍDICO. LA TESIS NORMATIVO-INSTITUCIONAL

Dado que el concepto de derecho se deriva de lo que digan las normas jurídicas válidas y teniendo en cuenta que el requisito de autenticidad de las leyes jurídicas solo puede determinarse desde el ordenamiento en su conjunto, corresponde ahora profundizar en el concepto de *ordenamiento* para luego enfocar desde él los criterios de validez de las normas jurídicas.

El *ordenamiento jurídico* no es un simple agregado de normas, sino un sistema organizado racionalmente. Para la teoría institucional de Hauriou y Santi Romano, la esencia de un concepto de derecho no puede estar en la norma jurídica, en la medida que lo que permite llegar a un sistema organizado de normas es una institución: el grupo social estructurado en torno a una idea o finalidad común para todos los individuos que lo conforman. Es decir, se requiere un grupo humano que tenga un orden (fines) y que se autoorganice. Ahora bien, el medio indispensable para que el grupo social pueda estructurarse o alcanzar su finalidad común es el poder. Obviamente, el poder no será uno arbitrario, dado que su función estará limitada a estructurar y lograr la finalidad del grupo social. En otras palabras, todo centro de poder organizado en torno a fines del grupo será derecho.

De esta manera, para la teoría de la institución, solo puede existir derecho en el marco de un grupo organizado. En los grupos inorgánicos, como todos los sujetos que viven terno, no puede existir derecho. La voluntad de los individuos para estructurarse en torno a una finalidad común es determinante para la existencia de una institución.

Evidentemente, todo este armazón teórico de la teoría de la institución tiene como fundamento la siguiente afirmación: «[A]ntes que las normas, existe la institución». Es decir, el grupo social siempre será previo al derecho. Entendemos la postura de estos autores dado que su fundamento es realista. Sin embargo, también hay que decir que la teoría de la institución no se opone necesariamente a una visión normativa del derecho. Vamos a explicar por qué.

Como ha señalado Bobbio:

Si bien es cierto que la producción de normas, de cualquier clase que sean, no es suficiente para crear una institución, es también cierto que una institución no puede ser creada sin una producción de normas. La transición de un grupo social de lo inorgánico a lo organizado, supone necesariamente un mínimo de reglamentación sobre los fines de la organización, los medios para lograr aquellos y la distribución de funciones entre los miembros del grupo social. Lo anterior quiere decir que el proceso de institucionalización y el proceso de producción de normas (sean escritas o no) no pueden ir separados (1997, pp. 12-13).

Por esta razón, creemos que el concepto de derecho puede tener una visión normativa, en coherencia con nuestra opción, que se sustente a su vez en la teoría de la institución. En definitiva, para nosotros, el *ordenamiento jurídico* es «un conjunto de normas emanadas de un centro de poder jurídicamente institucionalizado». Es, pues, de un conjunto de normas en cuanto a su estructura que tiene por función organizar un grupo social.

Así, el ordenamiento jurídico por excelencia es el estatal. Todos los que conformamos un país nos organizamos en torno a una idea del mismo o a una finalidad común. Y, para ello, en conjunto admitimos la formación

del Estado como depositario del poder que nos permitirá llegar al objetivo común. Hasta aquí todo es claro; no obstante, el Estado como centro de poder debe sujetarse a los límites y marcos jurídicos (decididos por todos a su vez) para lograr el fin general como país. Esto implica, por ejemplo, establecimiento de objetivos conjuntos, respeto de la voluntad general, separación de poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), etcétera. En efecto, si el poder estatal no se ordena a través de normas (proceso de juridificación), no podemos hablar de institucionalización del país.

## 2.2. EL PROBLEMA DE LA PERTENENCIA DE UNA NORMA JURÍDICA A UN ORDENAMIENTO O EL PROBLEMA DE VALIDEZ DE LA MISMA

Una vez definido el concepto de ordenamiento jurídico estamos en condiciones de preguntarnos ¿cuándo una norma pertenece a determinado ordenamiento? O, lo que es lo mismo, ¿cuándo una norma es válida para un ordenamiento? Por lo demás, como ya se dejó anotado, la respuesta a esta pregunta es clave para hallar el concepto de derecho.

Creo que el momento en que el ordenamiento jurídico dota de validez a las normas que lo conforman es cuando el grupo social «pacta» jurídicamente la institucionalización de sí mismo. Esto significa que cuando dicho grupo, en principio desorganizado, inicia su proceso de autoreglamentación, está creando un poder distinto a todos sus miembros que goza de legitimidad y que puede imponerse contra el miembro del grupo que se quiera apartar de la finalidad común. Las reglas mínimas de organización del grupo social, sean escritas o no, ya configuran normas del ordenamiento jurídico que dotan de validez a otras.

De esta manera, todo ordenamiento jurídico nace estableciendo sus fines, pero, además, nombrando personas u órganos encargados de *crear y aplicar* normas. Estos fines o reglas mínimas de organización del grupo social conforman un sistema que solo puede ser conocido en su integridad por quien aplica las normas. Esta visión interna desde dentro del sistema, que parte de personas que «trabajan con el sistema»,

es la única que permitiría descubrir qué normas pertenecen a él y cuáles no. Es decir, todo ordenamiento, como parte de la organización del grupo social, instruye requisitos de validez a sus normas, que de no cumplidos acarrearían la exclusión de estas últimas de la realidad del primero.

Es bueno notar que las normas de validez no son las mismas en todo ordenamiento jurídico. Su simpleza o complejidad dependerán del tipo de estructura que tenga el ordenamiento. Para nadie es un misterio que pueden existir ordenamientos jurídicos simples y complejos. Por ejemplo, uno simple estaría representado por una sociedad monárquica, mientras que uno complejo, por una sociedad republicana y democrática (con separación de poderes incluida). En un ordenamiento jurídico simple, el pacto jurídico de institucionalización del grupo social reconoce implícitamente toda atribución del poder a una autoridad semidivina que es el monarca. El monarca es quien «dice y aplica» el derecho. Las reglas de validez formal de las normas del ordenamiento las determina él mismo y, por tanto, es el único que decide los linderos del sistema normativo. No obstante ello, en un Estado republicano y democrático, las normas de validez formal de las normas del ordenamiento son determinadas por el acuerdo del grupo social. Este grupo de manera general identificará sus normas mediante alguna característica especial. La mayoría de las veces esta característica supone la atribución de poder normativo, mediante procedimientos preestablecidos, a distintas autoridades, personas u órganos que conforman el Estado. Y de allí, la necesidad de establecer prioridades (jerarquías y competencias) entre los productos normativos emanados de las diversas autoridades, personas u órganos que conforman el Estado. La multitud de centros de poder normativo, atribuidos desde el acuerdo del grupo social, hacen de este un ordenamiento jurídico más complejo. El poder normativo está repartido en varias manos, órganos y niveles. Así, en este caso, existirá un frondoso conjunto de normas que de cumplirse en el caso de una disposición normativa determinarán pertenencia al ordenamiento jurídico o su validez formal (que sea emitida por un órgano legitimado,

que no haya sido derogada, que siga el procedimiento legislativo predefinido, que respete el principio de jerarquía, etcétera).

Entonces, lo que se quiere resaltar es que en un ordenamiento simple, la atribución del centro de poder a un solo individuo u órgano en el pacto jurídico de institucionalización del grupo social estaría designando claramente desde un principio quién va a decidir la validez de las normas jurídicas particulares. En cambio, en el complejo, las reglas de validez formal de las normas hay que articularlas y estructurarlas con mayor detalle. Lo cual implica que sea imposible estructurar todas esas reglas de validez desde el pacto jurídico de institucionalización del grupo social. Obviamente, muchas de estas reglas constarán por escrito en el inicio de la vida del grupo organizado, pero muchas otras serán el fruto de la decisión, creación o interpretación de los jueces (vía jurisprudencia). Claro, los jueces no solo aplican los criterios de validez dictados en la norma constitucional, sino también, como quiera que conocen los fines del sistema jurídico en el que trabajan, pueden decidir si una norma en concreto se encuentra en coincidencia con estos fines o no. Si no hay coincidencia, los jueces deberían inaplicar esa norma (caso de control difuso).

Para Hart, las reglas de validez de un ordenamiento jurídico derivan de una regla de reconocimiento, que no es otra cosa que la aceptación social para determinar los criterios de pertenencia de las normas al derecho vigente. El grupo social en su conjunto decide qué es y qué no es derecho, porque la regla de reconocimiento es efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del ordenamiento<sup>1</sup>. Esto no tiene mayor misterio si estos criterios de pertenencia de las normas al ordenamiento jurídico son formalizados por escrito (caso de la ley, por ejemplo) y son claros en su aplicación. Sin embargo, el problema viene cuando el criterio o criterios

<sup>1</sup> Tanto el legislador como el juez no pueden traicionar el acuerdo marco del grupo social. Ambos pueden tener ideas contrarias a los fines generales del grupo social, pero en el momento que actúan como operadores del sistema tienen que aplicar los fines y valores del mismo. Es decir, guardarán para sí las creencias personales, dado que deben actuar como defensores del grupo social y del sistema.

no está(n) formalizado(s) por escritos (prácticas o costumbres) o existe duda en su aplicación a pesar de estar formalizados por escrito. En estos casos, sobre todo, se requiere que los jueces, como cuerpo de funcionarios, perfilen la aplicación o la creación de las reglas de validez formal. Por tanto, en último término los magistrados de manera objetiva y como conocedores de los fines que inspiran el sistema jurídico, vendrían a «encarnar» la aceptación social de la regla de reconocimiento<sup>2</sup>. En este sentido, existen hasta tres supuestos que revelan la importancia de la actuación judicial.

- En primer lugar, puede suceder que una norma formalmente válida, ya publicada, sea derogada por un tribunal porque se ha detectado el incumplimiento de la regla de validez (por ejemplo, ley que es derogada por contradecir la Constitución). En otras palabras, el tribunal decide si la norma es válida o no. En la misma línea está el caso de una norma formalmente válida, pero que en el devenir del tiempo ha caído en desuso en la realidad social. ¿Será válida o inválida?, ¿es parte del derecho o no? Aquí, como en el primer caso, el juez deberá tomar su decisión.
- En segundo lugar, pensemos en las costumbres que pueden considerarse jurídicas. En efecto, la Constitución peruana más de una vez menciona a la costumbre como norma, pero nunca delinea su procedimiento de incorporación al ordenamiento. En consecuencia, ¿cómo darnos cuenta de que una práctica social tiene aceptación

<sup>2</sup> La aceptación social de los criterios de identificación de las reglas pertenecientes al sistema puede medirse únicamente por mecanismos formales del propio sistema. Es decir, el representante de la voluntad general (legislador) y los jueces. Incluso, cuando existe contradicción entre la opinión del legislador y los jueces, prevalecerá la opinión de estos últimos, ya que son los llamados a aplicar finalmente los criterios de validez de las normas. Obviamente, no puede tratarse de una opinión arbitraria de un solo juez, sino que se trata de una opinión estandarizada entre ellos (jurisprudencia). Para terminar, hay que destacar que la opinión general sobre qué es derecho o no (es decir, la opinión de sujetos que no somos ni legisladores ni aplicadores del derecho) no tiene ninguna relevancia para determinar la validez de una norma del sistema. Esto, evidentemente, a efectos de preservar la certeza en el ordenamiento.

en el grupo y, por tanto, es parte de la regla de reconocimiento? ¿Qué procedimiento debe seguir una norma social para ser admitida como tal por un ordenamiento jurídico y, por ende, beneficiarse del poder de coacción estatal? Este es un tema que la misma jurisprudencia ha definido, aceptando entre otros requisitos los de trascendencia social de la costumbre y su repetición por dos años (en beneficios laborales de periodicidad anual, por ejemplo).

- En tercer lugar, puede suceder que la regla de reconocimiento sea enunciada de manera oscura o ambigua, en cuyo caso los jueces deben aclarar su significado antes de aplicarla. De hecho, la interpretación de los jueces será esencial para determinar qué normas jurídicas son válidas.

Para Hart, en último término, los jueces cumplirían en un sistema complejo el mismo papel que cumpliría el monarca en un sistema simple<sup>3</sup>. Decidirían la validez o invalidez de una norma a través de la jurisprudencia (aceptación oficial o comparada de la regla de reconocimiento por todos los jueces). La única forma de alejar de la vaguedad o generalidad al término *aceptación social* es concretándola en la decisión judicial. En otras palabras, para determinar la validez de una norma no es suficiente analizar las reglas de validez expresas de un ordenamiento jurídico, sino también es importante evaluar la concreción que los jueces hacen de aquellas o la creación de los mismos jueces cuando dichas reglas no existen. Como se ve, parte importante de la validez de las normas es el reconocimiento de su eficacia por parte de los magistrados.

<sup>3</sup> No obstante lo dicho, hay que tener cuidado con caer en un «totalitarismo judicial» y por eso Hart sugiere que las reglas de conducta válidas en un ordenamiento también deben gozar de una aceptación y obediencia ciudadana. Esto puede suceder en supuestos cuando la población ya no tiene obediencia respecto de normas que son válidas según los criterios de validez usados por los tribunales. Aquí lo que se puede poner en riesgo, incluso, es la propia existencia del ordenamiento jurídico. Tal ruptura, para Hart, puede ocurrir en revoluciones o en tiempos de guerra. Sobre el tema de las patologías de un sistema jurídico (1980, pp. 146-149).

Finalmente, con las advertencias hechas, estamos en capacidad de entender en qué casos una norma jurídica goza de validez formal. La norma goza de validez formal cuando cumple con todos los requisitos que el ordenamiento jurídico dispone como condición para que forme parte de él. En un esquema de ordenamiento complejo, como puede ser el del Estado peruano, las condiciones normalmente son las siguientes:

- a) Que la norma en cuestión haya sido dictada por el órgano competente para hacerlo (tal y como lo afirman los artículos 102, 104, 118.8 y 118.19 de la Constitución del Perú).
- b) Que la norma haya respetado el procedimiento establecido para la creación del tipo de norma del que se trate (como lo indica el artículo 107 de la Constitución peruana).
- c) Que la norma no haya sido derogada por otra posterior (según el artículo 103 de la Constitución peruana).
- d) Que la norma no sea incompatible con otra jerárquicamente superior dentro del mismo ordenamiento (como señala el artículo 51 de la Constitución peruana).

Cumplidas estas condiciones, sin olvidar que algunas otras pueden ser perfiladas por la jurisprudencia, la norma será válida y los órganos de aplicación de la misma podrán utilizar el poder de coacción para instaurar su cumplimiento. Pero no solo eso: de la validez de las normas también se podrá determinar el contenido del derecho. En otras palabras, y uniendo lo dicho hasta aquí, estamos también en capacidad de dar un concepto totalizador de derecho.

### 2.3. CONCEPTO DE DERECHO

Por *derecho* entendemos, entonces, lo que plasman las normas válidas que pertenecen a un conjunto de normas emanadas todas ellas de un centro de poder jurídicamente institucionalizado.

### 2.4. FUNDAMENTO DE VALIDEZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO: EL PROBLEMA DE LA JUSTIFICACIÓN PARA EJERCER LA COACCIÓN

Hay un tema que ha generado mucha controversia entre juristas y filósofos del derecho: el fundamento de validez del ordenamiento jurídico. Si hemos dicho que las normas jurídicas son válidas cuando cumplen las condiciones para pertenecer a un ordenamiento, el problema que se plantea lógicamente es ¿por qué el ordenamiento jurídico habría de ser válido? ¿Por qué el poder puede utilizar legítimamente la fuerza o la coacción con el fin de hacer cumplir las normas jurídicas?

Siendo nuestra pretensión probar la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, pensamos que para ello debemos indagar el fundamento de validez de las reglas de validez formal o de la regla de reconocimiento. Dado que ella dota, como ya se dijo, de autenticidad a las normas jurídicas, habría que preguntarse: ¿y quién dota de validez a la regla de reconocimiento o de validez formal a un ordenamiento? De encontrar una respuesta a esta pregunta, habremos encontrado por fin el fundamento último de la existencia de un ordenamiento y la legitimidad para ser impuesto por la coerción.

Con todo, las reglas de validez formal, algunas reconocidas expresamente como normas y otras construidas por los jueces o tribunales, dotan de autenticidad a las normas jurídicas del ordenamiento. Sin embargo, no se puede hablar de la validez o invalidez de una regla de reconocimiento, ya que ella es en sí misma correcta. Simplemente, se acepta como adecuada para sustentar la validez de las normas que pertenecen a un ordenamiento jurídico. La regla de reconocimiento de un ordenamiento jurídico o la aceptación social para determinar los criterios de pertenencia de una norma a su ordenamiento se admite, pero no puede ser demostrada, pues es tan igual como el metro patrón de París, en la medida que todos lo admitimos como criterio último de corrección del sistema métrico aunque no podamos demostrarlo (Hart, 1980, p. 135).

Precisamente, la aceptación social del grupo va a sustentar la presión social insistente y sería que este ejerce para que se cumpla la regla

de reconocimiento. La intención de la aceptación social no puede ser otra que preservar la cohesión del grupo. Es decir, las reglas de validez son el fundamento para el uso de la fuerza frente a los incumplimientos. No obstante, esto no implica que todos los sujetos nos sintamos obligados a cumplir el ordenamiento jurídico por miedo a una sanción, pues también podemos sentirnos constreñidos por inercia, admiración, tradición y hasta por la obligación moral de obedecer el sistema<sup>4</sup>. Es más, en un caso radical, puede suceder que un juez no esté de acuerdo moralmente con el contenido de una norma, pero debe considerarla válida si es que cumple los requisitos de la regla de reconocimiento o de validez.

Y esta postura que asumimos debe ser considerada dentro de un concepto descriptivo de validez del ordenamiento, en la medida que encuentra respaldo en él (sin recurrir a fundamentos morales o funcionales, externos al ordenamiento) (Nino, 1991, pp. 134-135). Recuérdese que el grupo social, desde el momento que se conforma se estructura sobre la base de fines o funciones que contienen acuerdos sobre la validez de sus normas. Nótese que es una respuesta centrada en el propio ordenamiento jurídico o en sus funcionarios dedicados a aplicarlo, como son los jueces (visión interna), que se inspira en el acuerdo del grupo social al margen de la moralidad<sup>5</sup>. En conclusión, un ordenamiento jurídico como tal es válido porque encarna un pacto mínimo de convivencia del grupo social.

<sup>4</sup> El sujeto perteneciente a un grupo social respeta la regla de derecho y acepta la presión social seria e insistente, porque entiende que la obligación jurídica busca preservar el grupo social. No actúa por miedo o amenaza de la sanción solamente, sino por este convencimiento que se haya en la aceptación social de las reglas. El legislador muchas veces puede tener decisiones que van en contra de la moral de las personas; sin embargo, el fin que él busca no es hacer cumplir la moral, sino preservar la vida del grupo (lo cual es ya una decisión política).

<sup>5</sup> Podría suceder que el grupo social cambie rápida y radicalmente los fines de su aceptación social. Imaginemos un caso de manipulación de la opinión pública. En este caso, mientras no se cambien los fines formalizados en el acuerdo del grupo social, tanto el legislador como el juez se deben a la estructura del sistema y no al cambio repentino de la opinión pública. Sólo una revolución, con cambio formalizado del pacto del grupo social, puede generar un cambio de sistema jurídico que comprometa la decisión del legislador y los jueces.

Esta tesis supera el argumento de que existe una norma fundamental, como lo propone Kelsen, en la que se sostiene todo el ordenamiento. La norma fundamental es una regla no escrita que le atribuye al poder constituyente la facultad de producir normas jurídicas, con lo cual genera un doble efecto: primero, atribuye a los ordenamientos constitucionales la facultad de emitir normas válidas y, segundo, le impone a todas las personas el deber de obedecerlas (Bobbio, 1997, p. 168). Esta regla no escrita, que legitima al poder constituyente como uno jurídico, tiene el gran inconveniente de ser un presupuesto abstracto; es decir, viene impuesta desde fuera del ordenamiento jurídico (visión externa). Como se ve, el gran problema de Kelsen es haber buscado en la norma fundamental el sustento jurídico/normativo del poder constituyente, pues ¿cómo encontrar el fundamento normativo en una «norma abstracta presupuesta» que no es parte del ordenamiento jurídico?

Entiendo que Kelsen afirmó ello tratando de encubrir una realidad que quedó al desnudo en su argumentación: la organización social precede al orden jurídico. Visión esta que hemos criticado desde un concepto normativista del derecho. Aun cuando Hart encuentra la regla de reconocimiento dentro del mismo ordenamiento jurídico y por ello nos parece más completa su propuesta, no hay que perder de vista que su propuesta tiene otra virtud, pues se puede aplicar al ordenamiento jurídico estatal como a otras sistematizaciones que se desprenden de grupos sociales organizados o institucionalizados. Por esta doble razón, preferimos deducir la validez del ordenamiento en su conjunto y, con ello, el uso legítimo de la fuerza o coacción para imponer sus normas, desde la tesis de la regla de reconocimiento hartiana.

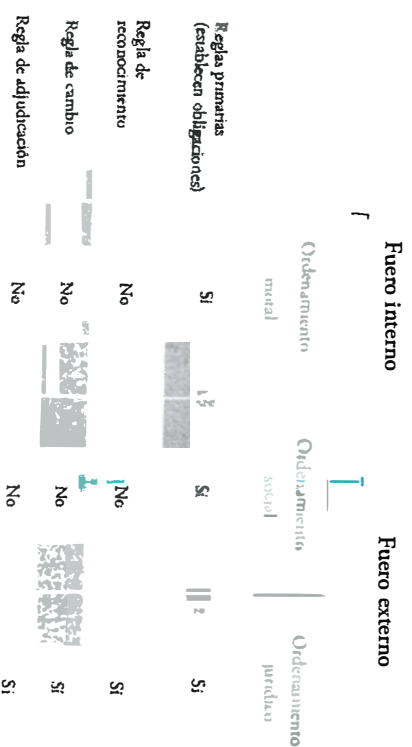
Finalmente, se ha criticado a Hart alegando que la tesis de fundamentar la regla de reconocimiento en sí misma es inviable, ya que todo ordenamiento jurídico se puede validar con la ayuda de un fundamento externo valorativo. Es decir, para algunos autores, sobre todo naturalistas, el ordenamiento no puede recurrir a sí mismo para determinar su validez. Como dice Radbruch:

[E]l derecho es obra humana y como toda obra humana solo puede ser comprendida a través de su idea [...]. Una consideración ciega para el fin, es decir, para el valor, es pues imposible ante una obra humana, y por consiguiente también, una consideración ciega al valor del derecho o de cualquier fenómeno jurídico aislado (1999, pp. 4-5).

El valor del derecho, como obra humana, bien puede ser la realización de la justicia dentro del grupo social que regula o bien convivencia pacífica de los miembros de dicho grupo. Obviamente, la obra humana no llegará a conseguir nunca el valor, pero sí se encaminará o se esforzará por conseguirlo. Nuevamente estamos ante un intento de dotar de validez al derecho desde una visión externa del mismo. Son estas opiniones respetables, solo que no las compartimos, según lo dicho en el primer capítulo.

## 2.5. LA DIFERENCIA CON OTROS ÓRDENES NORMATIVOS QUE REGULAN CONDUCTAS HUMANAS: LA MORAL Y LO SOCIAL. ¿QUÉ PASA CON LA COSTUMBRE JURÍDICA?

Figura 1. Diferencias entre los ordenamientos moral, social y jurídico



Para cerrar el análisis del concepto de derecho es necesario sumar a lo dicho, más referido al concepto de derecho «hacia adentro» o «de lo que es», una perspectiva que abarca el ordenamiento jurídico «desde lo que no es». El derecho no es un sistema moral ni un sistema social de normas. ¿Por qué?

Desde que nos levantamos hasta que nos acostamos, los seres humanos somos centros de aplicación de normas de conducta provenientes de distintos ordenamientos o sistemas. Por ejemplo, cada una de nuestras familias tiene una hora y forma determinada de tomar el desayuno. Y, tal como en el ámbito familiar, en nuestra vida universitaria también debemos emplear ciertas pautas: en el transporte hacia nuestro centro de estudios debemos ceder el asiento a las personas mayores que viajan y, obviamente, pagar nuestro pasaje. Para ingresar a la universidad debemos presentar nuestro carné, de lo contrario no nos dejarán entrar. Si tenemos que presentar un trabajo o dar un examen no debemos plagiar. No debemos comer alimentos en un aula. Debemos almorzar siguiendo las mínimas normas de urbanidad. No podemos apoderarnos de lo que no es nuestro. Y el listado puede seguir con un largo etcétera. Sin embargo, lo que queda claro es que, en general, todas nuestras acciones están reguladas por normas de todo tipo.

No vamos a decir que toda esta lista de deberes, que vistos al contrario generan derechos en otros sujetos, provienen de normas jurídicas. No; las normas jurídicas son algunas. Incluso hay casos en que simultáneamente pueden jugar estas al lado de normas morales o sociales («no podemos apoderarnos de lo que no es nuestro» es una norma jurídica, pero, al mismo tiempo, moral y social). Ahora bien, en la medida que estamos en una Facultad de Derecho, las normas que nos interesan son las jurídicas.

La existencia de un poder, como ya se ha dicho, es inherente a un ordenamiento jurídico, el cual lo institucionaliza a través de sus normas jurídicas. Junto a la presencia de la regla de reconocimiento, un ordenamiento realiza esta acción mediante reglas de cambio (regulan el procedimiento de modificación o derogación que sigue el órgano legislativo) y de adjudicación (conceden poder a los jueces para que

apliquen derecho). Obsérvese que estos tres tipos de reglas confieren potestades: organizan un sistema para la preservación del grupo social que debe seguir sus fines. Por eso, el poder jurídico que emana de un ordenamiento está limitado y no es arbitrario.

Esta es precisamente la gran diferencia entre el ordenamiento social y el jurídico: el primero no está organizado, mientras el segundo sí. Entendemos por ordenamiento social aquel que genera normas que se originan en hechos espontáneos y que gozan de una admisión común en una sociedad determinada, que no predeterminan la sucesión de normas (no hay reglas de cambio) ni adjudican la aplicación del derecho (tampoco hay reglas de adjudicación). Seguidamente, los hechos espontáneos comprenden los comportamientos que no tienen intención de crear la norma social. Estas normas pueden ser reglas de simples hábitos (comer a determinadas horas en un país o hacer la llamada *siesta*), de trato social (cortesía, decoro, urbanidad, etcétera) o de moralidad colectiva (prohibir o restringir la violencia, promover formas de honestidad, impedir la destrucción de bienes ajenos, etcétera). Obviamente, todas estas normas gozan de una aceptación social, pero no están formalizadas ni unificadas en un sistema de aplicación de ellas. El ordenamiento social, al no estar jurídicamente institucionalizado (sistemizado en reglas primarias y secundarias), no puede identificarse con certeza las reglas pertenecientes al ordenamiento social ni tampoco puede confiar a un órgano concreto la aplicación de las mismas. Es totalmente imprevisible y abierto, a diferencia del poder de coacción jurídico que está claramente regulado.

Por ejemplo, hacer la cola del pan es una regla de urbanidad que pertenece al ordenamiento social. Si yo incumplo esa regla social, las demás personas (colectivo indeterminado) pueden mirarme mal o insultarme. No existe un sistema organizado que delegue facultades de aplicar la regla a sujetos determinados (como serían los jueces en el ordenamiento jurídico).

El problema de las normas sociales está en que no todas cuentan con la misma importancia para el grupo social. La importancia se mide en función de la aceptación general que tiene la regla para cumplir

con el fin del grupo: preservar la vida en comunidad. Obviamente, no es lo mismo incumplir un deber de urbanidad que desobedecer una norma, aunque social, que tenga trascendencia para preservar la vida del grupo. O no es lo mismo hacer caso omiso a las reglas de etiqueta social en un restaurante de cinco tenedores, que llevarse los tenedores de plata en los bolsillos. En el segundo caso, aun cuando nunca llegue la policía, el rechazo social será mayor<sup>6</sup>. Es por esta razón, que desde el derecho nos interesan sobre todo estas normas sociales con esta importancia, dado que por su trascendencia para la vida en común del grupo muchas veces son respaldadas por la presión social sería que imprime el ordenamiento jurídico. Es verdad, que la mayoría de reglas sociales trascendentes para la vida en comunidad ya han sido recogidas por el ordenamiento jurídico, sin embargo, en muchos casos cuando todavía no lo son se puede formar lo que se denomina *costumbre jurídica*.

La costumbre jurídica ya no es solo una norma social, sino que también es una norma jurídica cuya presencia depende de la aceptación social que tenga la práctica (regla de reconocimiento). En concreto, el artículo 139.8 de la Constitución peruana autoriza a los jueces a aplicar costumbres cuando no exista ley expresa que regule el tema. Obviamente, se refiere a costumbres con relevancia social y no a simples usos o reglas de cortesía.

<sup>6</sup> En relación con las normas que contienen aceptación social fuerte y no están dentro de un sistema institucionalizado de derecho, hay quienes dicen que deberían incorporarse al concepto de *moral colectiva*. Son normas que tienen un grado de aprobación importante y su actuación es permanente en la vida de la comunidad. La sociedad puede tener también una moralidad propia que incluso puede ser contraria a las convicciones morales de muchos de sus integrantes. Por ejemplo, «respetar a las demás personas» o «no matar» son normas que tienen estas características. Su diferencia con el derecho está también en el hecho de que pertenecen a un sistema que no está institucionalizado. La moralidad social muchas veces puede estar en contra del derecho, pero, como ya se dijo, sus fines son diferentes. El derecho busca preservar la unidad del grupo. Imaginemos que, en una sociedad, la moral indica que debe prohibirse la homosexualidad; sin embargo, el legislador puede decidir no prohibirlo a efectos de no generar grietas en la convivencia social (su decisión es una de tipo político).

De otra parte, resta diferenciar al ordenamiento moral y al jurídico. Ambos son ordenamientos normativos, articulados en función a normas; no obstante, se les diferencia porque el primero no cuenta con una regla de reconocimiento. Dado que el primero actúa sobre el fuero interno del individuo, no juega la aceptación social como criterio de validez de sus normas. El propio individuo, con respaldo en su libertad de conciencia y de pensamiento, es quien elige sus normas morales. Mientras que en las normas sociales y jurídicas la validez de las mismas la definen los criterios de identificación aceptados socialmente (desde fuera del individuo), en las morales, la identificación de las mismas es interna. En los primeros existe una presión social del entorno, ya organizada (jurídico) o ya desorganizada (social), mientras en los segundos la presión se agota en la conciencia individual. El derecho no debe penetrar en estas esferas individuales, ya que toda persona tiene derecho al libre pensamiento y a la libertad de conciencia.

En este sentido, es correcta la distinción que procede de Aristóteles en la que se dice que la diferencia entre *moral* y *derecho* es la misma que existe entre el hombre bueno y el buen ciudadano. A mayor abundamiento, también se ha dicho que la moral es puramente imperativa, solo reconoce deberes; sin embargo, el derecho, al momento que instituye deberes, crea paralelamente derechos en otros.

A pesar de estas diferencias, la moral, lo social y lo jurídico no son ordenamientos cerrados sin conexión. Al contrario, las normas jurídicas que pertenecen a un ordenamiento normalmente derivan de normas morales o sociales. Por ejemplo, la norma «no robar» es un imperativo que se halla en los tres ordenamientos. Es más, cuando el derecho emite normas jurídicas fundadas en normas morales o sociales su poder de eficacia se refuerza. Por ello, el legislador de normas jurídicas, aunque no tenga obligatoriedad de hacerlo, debe intentar seguir las normas morales o sociales, porque de ello también dependerá en parte su eficacia reforzada.

## MONISMO Y PLURALISMO JURÍDICO

### 3.1. ¿ES EL ESTADO EL ÚNICO QUE PUEDE EMITIR NORMAS JURÍDICAS?

Según el concepto de derecho al que hemos arribado, por él entendemos «lo que plasman las normas válidas que pertenecen a un conjunto de normas emanadas todas ellas de un centro de poder jurídicamente institucionalizado». En consecuencia, solo pueden emitir normas jurídicas —o si se quiere derecho— los centros de poder jurídicamente institucionalizados.

Dijimos también que institucionalizar un poder supone que debe estar regulado y, con ello, legitimado frente a todos los miembros del grupo social. Seguidamente, la regulación del poder puede ser muy diversa, dependiendo si es un grupo social simple o complejo. Sin embargo, entre las condiciones mínimas de regulación estará la existencia real de un grupo humano, la determinación del fin o fines de la organización y el órgano u órganos que han de legislar y aplicar las normas jurídicas. Demás está decir que en algunos ordenamientos, por la diversidad de órganos legislativos que tienen, se deben regular también las reglas básicas de validez de las normas jurídicas.

En conclusión, repasando nuestra sociedad contemporánea, nos damos cuenta de que el Estado no es el único centro de poder que existe,

que a su lado conviven tantos ordenamientos jurídicos como centros de poder jurídicamente institucionalizados. La diferencia con el ordenamiento estatal es que la voluntad de formar la organización social viene de particulares (autonomía privada).

Las asociaciones deportivas o culturales, los sindicatos, las iglesias, las universidades, la familia, la representación estudiantil en la universidad y todas aquellas organizaciones con dimensión social y jurídica que dan vida a un centro de poder forman ordenamientos jurídicos. Como se sabe, una asociación de deportes cuenta con fines de naturaleza deportiva y con estatutos que determinan los órganos encargados de legislar la vida asociativa de los miembros. Es más, ningún estatuto deja de instituir tribunales encargados de imponer sanciones o declarar expulsiones cuando así lo considere necesario. Puede, incluso, que la asociación no tenga estatutos, pero si, verbalmente, el grupo de seres humanos que lo conforman persigue un fin deportivo y ha delegado funciones legislativas y resolutorias sobre personas, también se habrá creado un ordenamiento jurídico. Por tanto, este ordenamiento emanado de la asociación ¿se diferencia en algo de la estructura del estatal? Creo yo que la diferencia solo reside en la institución que lo crea, pero la estructura es la misma.

Nadie puede negar que el Estado, por mucho tiempo, monopolizó la creación de normas jurídicas, pues prácticamente fue fundado en las filosofías de Hobbes o Hegel en las cuales el Estado es considerado poco menos que un dios terrenal, que subordina y minimiza el papel de los grupos de particulares. Actualmente, sin embargo, la visión es distinta: al lado del ordenamiento estatal floran miles de ordenamientos jurídicos. De esta manera, asistimos al paso de una visión monista (el derecho solo lo crea el Estado) a una pluralista (el derecho lo crea el Estado y toda organización social reglamentada jurídicamente).

Finalmente, lo que queda por decir en este apartado es que los tipos de ordenamientos jurídicos de la autonomía privada se clasifican respecto del estatal en tres tipos:

- a) Ordenamientos subordinados al Estado, tal es el caso, por ejemplo, de los reglamentos de disciplina de una universidad que, aun cuando tengan discrecionalidad para crear sus propias normas, se ven limitados por la normativa estatal.
- b) Ordenamientos ignorados por el Estado (ya que no le disputan ni cuestionan su poder), como pueden ser las reglas de juego de un partido de fútbol.
- c) Ordenamientos excluidos totalmente del estatal, entre los cuales el ejemplo por excelencia sería el derecho canónico, que en muchos casos puede entrar en franca contradicción con las normas gubernamentales<sup>1</sup>.

### 3.2. RELACIONES ENTRE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

La tipología que hemos presentado al terminar el primer punto de este capítulo, es decir, la referida a los tipos de ordenamientos respecto del Estado, se entiende solo si se asume que la entidad del poder que tiene cada ordenamiento lo calificará a su vez de subordinado o de excluido. No hay que buscar características especiales de los ordenamientos jurídicos no estatales para definirlos como subordinados o excluidos, sino que todo dependerá de su peso político en la realidad.

Así, un ordenamiento jurídico como el de la Iglesia católica, que cuenta en algunos países con un respaldo poblacional equivalente al del Estado, puede hacer prevalecer su independencia. Esto quiere decir que su poder es tal, que su ordenamiento jurídico bien puede contener normas contrarias a las estatales y, sobre la base de su fuerza social, imponerlas. A pesar del poder estatal, el ordenamiento católico puede disponer sus normas sin intromisión de este. Por ejemplo, el Concilio Vaticano II (1962-1965) a través del decreto *optatum totius* reforzó por escrito la obligación

<sup>1</sup> Sobre los diversos tipos de relaciones entre ordenamientos, véase Bobbio (1997, pp. 245 y ss.).

del clero a cumplir con la ley religiosa del celibato sacerdotal. ¿Esta norma sería compatible con el derecho de toda persona al desarrollo de su libre personalidad que defiende la normativa constitucional de cualquier Estado actual? Y si no fuera así, ¿por qué no interviene el Estado? Quizá si el poder político de la Iglesia católica en el Perú fuera más débil el Estado hubiera intervenido; sin embargo, no lo hace y respeta su autonomía con el fin de evitar un conflicto político.

Ahora bien, el respeto del Estado muchas veces abarca hasta los sujetos u órganos que reciben por delegación los Poderes Legislativos o Judiciales dentro de la organización de la Iglesia católica. Por ejemplo, un párroco o el director de un colegio religioso pueden dictar normas que impidan participar de las actividades del colegio a los niños cuyos padres no se hayan unido mediante matrimonio religioso. Está medida discriminatoria, desde la óptica de la normativa estatal, usualmente es respetada, ya que emana de una autoridad que goza de un poder delegado de la Iglesia católica.

No obstante, el ordenamiento jurídico del club de fútbol de mi barrio, aunque sea independiente y autónomo, por una cuestión de poder real, siempre estará subordinado al Estado. ¿Qué pasa si me discriminan por no ser un hijo legítimo? Obviamente, podré recurrir a un juez del Estado para que aplique a mi caso el ordenamiento jurídico estatal que prohíbe la discriminación. Y lo haré, en este caso, porque el poder político del club de fútbol es inexistente si lo comparamos con el de la Iglesia católica. Que luego el club de fútbol crezca y se una con otros clubes para formar una asociación civil más grande es algo posible. Tanto es así que, si se convierte en un centro de poder, valga la redundancia, «poderoso» podrá imponer sus normas respecto del Estado, transformándose, de ese modo, ahora, en un ordenamiento jurídico excluido. Este quizá bien puede ser el caso de una asociación civil como la FIFA, que más de una vez ha impuesto sus criterios normativos a diferentes Estados.

En la Constitución peruana resalta un ejemplo de ordenamiento jurídico subordinado al del Estado, pero solo parcialmente. El artículo 149 menciona que «las autoridades de comunidades campesinas y nativas,

con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales de la persona [...]».<sup>149</sup> Obsérvese, que la subordinación no es total sino que solo se restringe al respeto de los derechos fundamentales. Es decir, en las comunidades campesinas y nativas se aplican sus propias costumbres, consolidadas por el paso del tiempo, y se respeta a las autoridades de esos lugares como órganos de aplicación de las mismas. En consecuencia, son centros de poder jurídicamente institucionalizados cuya independencia es respetada por el Estado, siempre que no violen los derechos fundamentales.

Como se ve, las relaciones entre ordenamientos jurídicos no están reguladas y se aplica simplemente la «ley del más fuerte» como en una selva. No existen jerarquías, ni mucho menos reglas de supremacía, ya que ello solamente es posible si existiera un centro de poder superior al del Estado. El propio Estado solo puede regular sus relaciones con los ordenamientos jurídicos menores o débiles bajo la fórmula de dotarlos de competencia normativa. De esta manera, el Estado los somete y los absorbe dentro de su propio ordenamiento jurídico.

### 3.3. ESTADOS Y NUEVOS CENTROS DE PODER EN LA SOCIEDAD CONTEMPORÁNEA

Durante mucho tiempo el Estado fue el centro de poder más fuerte dentro de una concepción del mundo construida a partir de territorios nacionales. Excepcionalmente, su poder supremo era disputado solo por un puñado de instituciones globalizadas como la Iglesia católica, una incipiente organización política supranacional o entidades deportivas como la FIFA. Sin embargo, actualmente, en tiempos de globalización, los poderes mundiales que disputan la supremacía política al Estado son cada vez más. Mención aparte merecen los poderes económicos que representan las empresas transnacionales o los de facto de ciertas asociaciones para delinquir en fase multinacional. Las primeras —creo que en términos

de tendencia— actúan dentro del propio ordenamiento estatal, condicionando al legislador para que emita leyes favorables a sus intereses (*lobbies*). Con ello, evita crear un ordenamiento jurídico paralelo al del Estado y opta por transformar el estatal de acuerdo a sus intereses. Las segundas sí crean espacios diferentes al del Estado. Los ordenamientos jurídicos que pueden crear estas organizaciones delictivas son muchas veces tan poderosos que imponen sus normas a pesar de la fuerza estatal policial (aplican sus sanciones, comúnmente la muerte, a los miembros de sus organizaciones mafiosas). Incluso, llegan a crear territorios liberados donde el poder de coacción del Estado es reemplazado por las normas y el poder análogo de la asociación ilícita.

Un apartado como este no tiene en la actualidad mucha literatura jurídica, quizá porque el avance de la concepción pluralista del derecho está avanzado a paso lento. Sin embargo, es hora de reflexionar si podemos continuar cegados ante esta realidad que ya no responde al clásico papel del Estado como único productor de normas jurídicas.

•

## EL DERECHO COMO OBJETO Y LAS CIENCIAS QUE COMPRENDEN SU ESTUDIO

### 4.1. EL DERECHO COMO OBJETO DE ESTUDIO Y LOS CONDICIONAMIENTOS EXTERNOS QUE LO MODULAN

Hasta ahora hemos intentado dotar al derecho de un concepto propio e interno. Una visión desde él mismo que nos permita separarlo de cualquier valor o fin trascendental y de cualquier función social que se le pudiera atribuir. Los elementos externos han sido excluidos de nuestra definición porque consideramos que aquellos son normalmente mutables de sociedad en sociedad y de tiempo en tiempo. Lo único inmutable, desde nuestro punto de vista, es que el derecho es y será siempre norma incorporada a un ordenamiento jurídico.

¿Por qué los valores o fines y las funciones sociales del derecho son cambiantes? Precisamente porque el derecho es obra de seres humanos. Y los seres humanos tenemos prejuicios, ideologías, conciencia y mil variables más que dan cuenta de diversas ideas de lo que debe ser esta disciplina. Luego, las normas, lo que será derecho en estricto, decidirán a modo de «dios terrenal» qué principios axiomáticos y qué funciones sociales reinarán. Obviamente, decir que las normas toman la decisión final es un eufemismo, ya que es bien sabido que los que verdaderamente deciden son los poderes fácticos que integran un grupo social jurídicamente institucionalizado.

### UNIDAD III: INVALIDEZ NORMATIVA

**Lectura Obligatoria:**

RUBIO CORREA, Marcial. La vigencia y validez de las jurídicas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Themis, Revista de Derecho, N° 51. Lima. Dic. 2005. Pág. 7-18.

# LA VIGENCIA Y VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Marcial Rubio Correa \*

*La norma jurídica tiene un lugar protagónico en todo ordenamiento jurídico. Es por esto que Marcial Rubio, con la claridad que lo caracteriza, dedica el presente artículo a hacer un detallado análisis sobre la vigencia, validez, y eficacia de las normas jurídicas, a la luz de reciente jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano. Este análisis se realiza abarcando interesantes temas, tales como la aplicación ultractiva de una norma derogada o la validez de una ley de reforma constitucional.*

*Consideramos que la precisión en el uso de los términos jurídicos presentados hará de éste un artículo de consulta continua y obligatoria para quien quiera hacer una aplicación correcta del Derecho peruano.*

\* Vicerrector académico y profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La norma jurídica no mereció casi atención en la literatura y la jurisprudencia peruana. La excepción es el Tribunal Constitucional que sí enfrenta este tema teórico y de intensa aplicación práctica dentro de sus resoluciones. Los siguientes son comentarios a sus aportes sobre los temas de vigencia y validez de las normas jurídicas, acompañados de un intento de sistematización de las ideas, necesariamente dispersas por la naturaleza jurisprudencial de su producción.

En este trabajo sólo tratamos de *normas generales*, no de normas particulares. La diferencia entre ambas es formal y de contenido. Desde el punto de vista formal, las normas generales pertenecen a la legislación que es el conjunto de reglas aplicables a todas las personas de la sociedad que caigan bajo sus supuestos. Desde el punto de vista de contenido, las normas generales son aquellas de cuyo texto no aparecen las personas específicas a las cuales su cumplimiento está destinado (cosa que sí ocurre con las normas particulares).

Es norma general: "Toda persona tiene derecho a la vida". Es norma particular: "Reconózcase a tal persona tantos años de servicios al Estado"; u, "otórguese indulto a tal reo".

## 1. VALIDEZ, VIGENCIA Y EFICACIA DE LA NORMA JURÍDICA

Estos tres son conceptos generales conocidos y utilizados por todo aquel que se interna en materia jurídica. Se recurre a ellos desde el primer curso de estudios de Derecho en una universidad. Sin embargo, no es fácil discriminar sus contenidos y, muchas veces, son utilizados como sinónimos. El Tribunal Constitucional ha hecho un trabajo de deslinde entre ellos, precisando su contenido y diferenciándolos unos de otros para, luego, aplicar este marco conceptual a consecuencias normativas muy concretas.

Las citas jurisprudenciales que estimamos más importantes en relación con el tema son las siguientes:

"Sin embargo, la validez de una norma no debe confundirse con la cuestión relativa a su "pertenencia" al sistema normativo. Esta última incluye a las normas válidas e, incluso, a las inválidas, pues, tratándose de estas últimas, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare como inválida. Y es que si bien, por definición, toda norma válida se considera vigente, no

necesariamente toda norma vigente es una norma válida.

Para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica (STC N.º 0010-2002-AI/TC).

Por ello es que la pertenencia de una norma al sistema jurídico atañe, incluso, a las normas derogadas, siempre que éstas tengan una vocación de aplicación ultractiva. De modo que, pese a no estar vigentes, puede confirmarse que pertenecen al ordenamiento jurídico"<sup>1</sup>.

Para desarrollar debidamente este texto debemos trabajar con los siguientes conceptos:

- Vigencia de la norma.
- Validez (e invalidez) de la norma.
- Norma derogada con aplicación ultractiva.
- Pertenencia de la norma al sistema normativo.

Veámoslos sucesivamente.

### 1.1 La vigencia de la norma

La *vigencia* está suficientemente descrita en el segundo párrafo de la cita. El Tribunal Constitucional exige para que una norma jurídica esté vigente que "(...) haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente".

Puede verse que el concepto de *vigencia* es elemental, mínimo, un concepto que está al nivel del *piso* y no del *techo* en lo que atañe a la conceptualización de la norma jurídica.

En realidad, el concepto de *vigencia* no estudia detalles ni entra en profundidades (ello se hará cuando se analice la *validez* de la norma). La vigencia es, prácticamente, una circunstancia de hecho en relación con el nacimiento de la norma: si la dictó el órgano competente siguiendo el procedimiento establecido y

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 10 de diciembre del 2003 en el expediente 0014-2003-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Alberto Borea Odría y más de cinco mil ciudadanos contra el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993" (sic).

la promulgó el órgano a su vez competente para ello, entonces la norma está vigente.

Hay aquí que abordar la diferenciación conceptual entre *vigencia* y *eficacia* de la norma jurídica porque, en nuestro criterio, el Tribunal Constitucional ha abierto una brecha conceptual que debe ser cerrada. Nótese que en el texto que acabamos de repetir tres párrafos arriba, la jurisprudencia no exige expresamente, para la vigencia, que la norma haya sido dada a publicidad. Esto es importante porque el artículo 51 de la Constitución, en su parte final dice: “La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”. Esto anunciaría que el Tribunal Constitucional la ha incorporado a la publicación, tácitamente, en la parte en que expresa la necesidad de que la norma jurídica “(...) haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos necesarios previstos en el ordenamiento jurídico (...)”. Sin embargo, no es muy claro que en esta parte de la cita jurisprudencial se refiera a la publicación de la norma, desde que todavía está tratando de los prolegómenos y, recién luego, se refiere a la necesidad de que la norma haya sido *aprobada* por el órgano competente. No ha habido claridad en este punto.

Por otra parte, el mismo Tribunal ha hecho mención expresa a que la publicación o no publicación de una norma jurídica tiene que ver con su eficacia y, simultáneamente, con su vigencia:

“4. Por lo tanto, los cuestionamientos que puedan surgir en torno a la publicación de una norma, no deben resolverse en clave validez o invalidez, sino de eficacia o ineficacia. Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquello que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un proceso de inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento jurídico aquello que nunca perteneció a él”<sup>2</sup>.

Es evidente que el punto de partida del Tribunal Constitucional, integrando las dos citas que llevamos hechas en sus partes pertinentes, consiste en que la vigencia de una norma jurídica depende de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y que haya sido publicada cumpliendo el mandato del artículo 51 de la Constitución. Sólo entonces, la norma será también *eficaz*. De esta manera, el efecto práctico de la *vigencia* de una norma es su *eficacia*. Que una norma sea *eficaz* quiere decir

que es de cumplimiento *exigible*, es decir, que debe ser aplicada como un mandato dentro del Derecho.

Hay que notar, sin embargo, que la norma que goza del atributo de estar *vigente* porque fue aprobada, promulgada y publicada de acuerdo a los mínimos exigidos por el Derecho, puede tener vicios tales como contradecir una norma superior, o no haber cumplido con algún detalle importante de procedimiento al ser dictada. Esto porque, al estudiar si la norma está vigente, debe analizarse los requisitos formales *mínimos* de su elaboración, según vimos en la cita del Tribunal Constitucional.

Puede por tanto suceder que una norma *vigente*, y por tanto *eficaz*, tenga algún vicio jurídico que debiera conducir a que no sea aplicada. Para evitar la *eficacia*, esto es, la *exigibilidad* de una norma jurídica *vigente* porque atenta contra el Derecho, debemos recurrir al concepto de *validez*.

## 1.2 La validez de la norma

La cita número 1 de este trabajo, que viene dando el eje estructural a nuestro desarrollo, tiene elementos de juicio para definir este concepto. Dice, a propósito de la norma jurídica, que: “(...) su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica (...)”.

El Derecho es un sistema jerárquico de normas. La primera norma escrita que tiene supremacía normativa y que da base a todo el resto del sistema jurídico es la Constitución. Luego vienen en segundo nivel las normas con rango de ley y luego diversas disposiciones de carácter general dictadas por la Administración Pública. Todo ello está señalado en el artículo 51 de la Constitución que dice:

“Constitución, artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”.

De esta manera, la validez de una norma inferior en rango depende de que tanto su forma como su contenido guarden una relación adecuada de subordinación con las normas de categoría superior. Esta *adecuada subordinación* no ha sido claramente establecida en la Constitución pero puede inferirse de los artículos 200 inciso 4 y 138 de la Constitución que dicen lo siguiente:

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 24 de junio del 2004 en el expediente 0021-2003-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Biólogos y el Colegio de Arquitectos del Perú contra la Ordenanza Municipal 006-2002-MPP.

“Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

(...)

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

“Artículo 138.- (...)

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

El artículo 200 inciso 4 de la Constitución establece el control de constitucionalidad concentrado para aquellos casos en los que las normas inferiores *contravienen* a las superiores. El artículo 138 es más preciso al establecer el control difuso para los casos en los que exista *incompatibilidad* entre la norma superior y la inferior. En realidad, lo correcto desde el punto de vista constitucional es exigir la incompatibilidad. El Tribunal lo ha establecido así:

“La validez en materia de justicia constitucional, en cambio, es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). Constatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente al de la publicación de la sentencia de este Tribunal que así lo declarase (artículo 204 de la Constitución)”<sup>3</sup>.

De manera que podemos tener una norma vigente y por tanto exigible que, sin embargo, sea inválida por ir contra una norma superior por el fondo o por la forma. En tal caso, como norma vigente será exigible por principio y la única manera de evitarlo será proceder al control de rango superior: control de constitucionalidad si se trata de normas inferiores a la Constitución o, también, control de legalidad si se trata de normas de tercer nivel (decretos y resoluciones). Ello a través del control difuso o concentrado, según sea el caso.

### 1.3 Norma derogada con aplicación ultractiva y su efecto en las sentencias que pasaron en calidad de cosa juzgada

El Tribunal Constitucional ha resuelto casos en los cuales una norma ya derogada producía sin embargo efectos ultractivos y, por consiguiente, estaba en el sistema normativo aun cuando ya no tenía vigencia.

El caso más reciente fue el de la Ley 28568 que modificó el artículo 47 del Código Penal dándole la siguiente redacción: “El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención (...)”.

Al 21 de julio del 2005, cuando el proceso de inconstitucionalidad estaba a resolverse, la Ley 28568 había sido ya derogada mediante la Ley 28577 publicada el 9 de julio del 2005.

El Tribunal se planteó el problema de si podía declarar la inconstitucionalidad de una ley derogada y, tomando un precedente de su propia jurisprudencia, consideró que sí debía hacerlo. Dijo lo siguiente:

“5. Sobre el particular, cabe recordar lo establecido por este Colegiado en el Caso ITF (STC 0004-2004-AI/ acumulados), en el sentido de que: (...) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria” (Fundamento 2).

En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de setiembre del 2004 en el expediente 0004-2004-AI/TC y otros acumulados, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por diversos colegios profesionales contra diversos artículos del Decreto Legislativo 939 y otros dispositivos legislativos.

sobre materia penal o tributaria (artículo 83 del Código Procesal Constitucional).

De ahí que el artículo 204 de la Constitución establezca:

“La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto”.

6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia<sup>4</sup>.

La tesis sostenida por el Tribunal en relación con este caso, como a su turno lo había dicho ya en el caso anterior citado por su propia resolución aquí transcrita, consiste en que sus sentencias no tienen efecto retroactivo salvo en materia penal cuando favorecen al reo, o cuando se trata del último párrafo del artículo 74 de la Constitución (aplicación concordada del artículo 204 y el 103 de la Constitución, y dado el caso de su artículo 74, así como de los artículos 81 y 83 del Código Procesal Constitucional).

Cuando una norma jurídica es declarada inconstitucional y la sentencia respectiva empieza a surtir sus efectos<sup>5</sup>, dicha norma no puede ser aplicada en adelante. Esto, sin embargo, debe ser aclarado desde el punto de vista de su conexión con la aplicación en el tiempo. Para ello es necesario diferenciar dos posibles situaciones:

- La primera es aquella en la cual la norma declarada inconstitucional fue ya aplicada por una sentencia que pasó en calidad de cosa juzgada. En tal caso, esa sentencia es inmodificable y seguirá rigiendo aun cuando se fundó en una norma inconstitucional, debido a la necesidad de respetar

la inmodificabilidad de la cosa juzgada que manda el artículo 139 inciso 2 de la Constitución. Las únicas excepciones son dos: la primera, aquel caso en el que la sentencia se fundó en una norma penal que agrava la condición del reo: en tal situación se aplicará la retroactividad benigna de la sentencia de declaración de inconstitucionalidad y se modificará la sentencia (con efecto penal más grave) que ya había pasado en calidad de cosa juzgada; la segunda excepción consiste en que se declare inconstitucional una norma de naturaleza tributaria pues, según la parte final del artículo 74 de la Constitución, “No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”. Todo esto ha sido expresamente mandado, por su parte, en el artículo 83 del Código Procesal Constitucional que, en la parte pertinente, dice: “Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución (...)”.

En otras palabras, las sentencias que pasaron en calidad de cosa juzgada son inmodificables por las sentencias de declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad de una norma<sup>6</sup> salvo en los casos de retroactividad benigna y de invalidación de disposiciones tributarias que contrarían los mandatos del artículo 74 de la Constitución.

- La segunda situación es aquella en la cual hay un procedimiento en trámite y se va a aplicar dentro de él la norma declarada inconstitucional (o ilegal, según hemos visto en la nota de pie de página inmediatamente anterior). En este caso, la norma que ha quedado sin efecto no puede ser aplicada y, en consecuencia, la sentencia de inconstitucionalidad produce efectos inmediatos sobre las resoluciones jurisdiccionales y administrativas que se dicte a futuro. Es, precisamente, el caso de la aplicación de la Ley 28568 al que ya nos referimos anteriormente y que fue expresamente resuelto en este sentido por el Tribunal Constitucional.

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de julio del 2005 en el expediente 0019-2005-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más del veinticinco por ciento del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley 28568, cuyo artículo único modifica el artículo 47 del Código Penal.

<sup>5</sup> El primer párrafo del artículo 204 de la Constitución indica cuándo comienza a surtir efectos dicha sentencia de inconstitucionalidad: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto (...)”. Esta disposición se halla ratificada en el primer párrafo del artículo 81 del Código Procesal Constitucional y es extendida, a su vez, a los efectos de la sentencia que declara fundada la acción popular contra normas generales de rango inferior al de la ley.

<sup>6</sup> Nos referimos a las “sentencias de declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad” porque hay que recordar que el artículo 83 del Código Procesal Constitucional es aplicable tanto al Proceso de Inconstitucionalidad de las Leyes como al Proceso de Acción Popular. El primero tramita pretensiones de inconstitucionalidad de las normas de rango de ley en tanto que el segundo tramita pretensiones de inconstitucionalidad de normas inferiores al rango de ley que, por consiguiente, pueden ser tanto inconstitucionales como ilegales (entendiendo por este último término su incompatibilidad con las normas con rango de ley).

Un tercer caso *sui generis* de efectos de las sentencias que pasaron en calidad de cosa juzgada, también analizado por el Tribunal Constitucional, no tiene que ver con la declaración de inconstitucionalidad de normas de rango inferior a la Constitución, sino con los efectos de una modificación constitucional sobre las sentencias dictadas bajo la norma constitucional previa y que debieran seguir produciendo efectos. El problema se presentó a raíz de la modificación de la Primera Disposición Final de la Constitución mediante la Ley 28389. La versión original de esta disposición final establecía que en materia de reglas sobre pensiones de seguridad social regía el principio de los derechos adquiridos. La modificación constitucional, declarada válida por el Tribunal en una sentencia sobre proceso de inconstitucionalidad, estableció que en adelante regiría para materia pensionaria el principio de los hechos cumplidos.

Así, ocurrió que antes de la Ley 28389 el Tribunal había seguido una consistente línea jurisprudencial de defensa de los derechos adquiridos en toda la aplicación de las normas pensionarias de los Decretos Leyes 19990 y 20530. La Ley 28389 y las normas que la siguieron modificando el régimen pensionario establecieron límites a las pensiones máximas a pagar por el Estado e, inclusive, dictaron normas para la reducción progresiva de las pensiones más altas en vigencia. Esto generó que pensionistas que habían recibido antes sentencias que mandaban respetar sus derechos adquiridos, exigieran que dichas sentencias se siguieran cumpliendo luego de la Ley 28389 por el principio de la cosa juzgada.

El Tribunal Constitucional rechazó esta pretensión diciendo lo siguiente:

“9.- (...) Es conveniente determinar, vistos los argumentos de los demandantes, si este Colegiado se encuentra vinculado en su actuación a las sentencias emitidas cuando estaban vigentes las normas constitucionales modificadas. Es decir, si se encuentra condicionado por la jurisprudencia dictada cuando regía la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que consagraba un régimen de derechos adquiridos para los pensionistas de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530.

Como bien se acaba de mencionar, para resolver la presente controversia constitucional sólo se podrán usar las normas que no están sujetas a escrutinio jurisdiccional, y siempre que se pudiera haber producido

una grave y clara violación al “contenido fundamental” de la Constitución. Por ello, la interpretación realizada por este Tribunal respecto a las normas que sí están sujetas a control sólo pueden ser consideradas como válidas relativamente, lo cual condiciona la inexistencia de cosa juzgada respecto a su jurisprudencia (*Vid., fundamento 116*).

Si bien, como señala el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, “(...) las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos”, no podrá ser considerado como válido que este Colegiado se supedita a su jurisprudencia cuando el parámetro normativo constitucional que los demandantes invocan para resolver sus demandas ya ha sido modificado”<sup>7</sup>.

El primer párrafo de la cita presenta el problema y lo hemos transcrito por su carácter descriptivo. El segundo párrafo, al menos para nosotros, es sumamente oscuro o, tal vez, tiene un error de redacción que le quita sentido. Pero el tercero es muy claro: el principio constitucional cambió con la Ley 28389 desde los derechos adquiridos hacia los hechos cumplidos y, en la aplicación a futuro de las normas jurídicas, estos dos principios son excluyentes entre sí. Por consiguiente, al haber cambiado la norma constitucional, las sentencias anteriores fundadas en el principio previo ahora inexistente quedan sin sustento constitucional de cumplimiento a pesar de ser cosa juzgada.

La argumentación del Tribunal Constitucional continúa de esta manera:

“116.- (...) Casi toda la jurisprudencia emitida en materia previsional antes de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (incluida la de este Colegiado), se fundamentaba en la teoría de los derechos adquiridos, y, en los casos correspondientes, en el derecho a la nivelación de las pensiones. Tales exigencias formaban parte del parámetro constitucional entonces vigente y, consecuentemente, los órganos de administración de justicia (entre los que se encuentra este Tribunal) tenían el deber de aplicarlas y de declarar la inconstitucionalidad de los actos que pretendiesen desconocerlas.

¿Significa ello que a las personas que hayan sido favorecidas por dichas resoluciones judiciales no les

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 03 de junio del 2005 en el expediente 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco, por el Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra las leyes 28389 y 28449.

resulta aplicable la reforma constitucional aprobada a pesar de que este Tribunal la encuentre válida? Desde luego, la respuesta es negativa.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, como todo derecho fundamental, no es ilimitado. Las resoluciones judiciales no sitúan al vencedor en juicio en una suerte de 'ordenamiento aislado' que impida que a éste alcancen las modificaciones jurídicas que puedan tener lugar luego de expedida la sentencia que le favoreció. En efecto, en tanto que las resoluciones judiciales se fundamentan en presupuestos fácticos y jurídicos que condicionan la estimación de una determinada pretensión, la extinción que a posteriori y dentro del marco constitucional opere en relación con alguno de tales fundamentos, condicionan y en algunos casos impiden su ejecución. Dicho de otra manera, en estos supuestos, la Constitución admite que una resolución puede devenir en inejecutable"<sup>8</sup>.

El Tribunal Constitucional tenía el deber de aplicar la teoría de los derechos adquiridos antes de la Ley 28389 porque ése era el parámetro constitucional vigente. Sin embargo, al haber variado las normas constitucionales, entonces estas nuevas disposiciones deben ser aplicadas también a los beneficiarios de las sentencias anteriores y las razones que da el Tribunal para ello son fundamentalmente dos:

- La primera, que ningún derecho es ilimitado y que tampoco lo es el de la cosa juzgada (ha repetido esto una y otra vez en sus sentencias a propósito de diversos derechos).
- La segunda, que quienes recibieron sentencias basadas en los derechos adquiridos pensionarios en el pasado no están en un *ordenamiento jurídico aislado* sino que se rigen siempre por el orden constitucional. Al variar éste, varía también la condición de sus derechos (no *ilimitados*). Cuando los fundamentos constitucionales de una sentencia cambian, la aplicación de dicha sentencia tiene que modificarse para adaptarse a los nuevos principios constitucionales en vigencia.

Y añade aun el Tribunal lo siguiente:

"116.- (...) Así las cosas, no es que la reforma constitucional acarree la nulidad de resoluciones judiciales ni mucho menos que desconozca el principio de cosa juzgada. Lo que ocurre es que algunos de los fundamentos jurídicos que condicionaron que las

resoluciones judiciales a las que hacen alusión los demandantes sean estimatorias, han sido modificados, e incluso, expresamente proscritos constitucionalmente (así resulta del nuevo contenido de los artículos 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución). En consecuencia, han devenido en inejecutables.

No obstante, es necesario precisar que dado que la reforma constitucional no tiene efectos retroactivos, debe reconocerse los plenos efectos que cumplieron dichas resoluciones judiciales durante el tiempo en que la Ley N° 28389 aún no se encontraba vigente. De modo tal que, por ejemplo, si antes de la fecha en que la reforma cobró vigencia una persona resultó favorecida con una resolución judicial que ordenaba la nivelación de su pensión con la del trabajador activo del mismo cargo o nivel en el que cesó, dicha persona tiene derecho a una pensión nivelada hasta el día inmediatamente anterior a aquel en que la reforma pasó a pertenecer al ordenamiento jurídico-constitucional"<sup>9</sup>.

Aquí el Tribunal Constitucional diferencia los efectos de la reforma constitucional en el tiempo: no puede modificar lo que ya sucedió, pero afecta lo que suceda en adelante que es, precisamente, la característica de la teoría de los hechos cumplidos. Ella sostiene que cada hecho que ocurre en la realidad se rige por la norma vigente en su momento. Esto quiere decir que la Ley 28389, al modificar la Constitución, no puede enmendar los cobros anteriores que hayan hecho los pensionistas (sobre la base de la teoría de los derechos adquiridos), pero sí puede modificar los cobros que vayan a hacer inmediatamente después que ella entró en vigencia.

Por lo dicho en todas estas resoluciones, queda claro que dentro del sistema normativo están no sólo las normas vigentes sino también aquellas otras que, aunque derogadas, siguen produciendo efectos jurídicos ultractivos.

La consecuencia práctica es que estas normas ultractivas ya derogadas pueden por tanto ser sometidas a control de constitucionalidad. Si fueran declaradas inconstitucionales (como fue el caso de la ya derogada Ley 28568), sus efectos ultractivos cesan desde el día siguiente al de publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional. Fue lo que ordenó este órgano en el caso que venimos comentando:

"61. Así las cosas, si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos

<sup>8</sup> Idídem.

<sup>9</sup> Idídem.

beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando.

Y es que, tal como quedo dicho en el Fundamento 5, *supra*, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula los efectos de la norma, o lo que es lo mismo, su capacidad reguladora, por lo que, una vez declarada su inconstitucionalidad, será imposible aplicarla.

62. En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo 82 del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales<sup>10</sup>.

Finalmente, es importante señalar que las sentencias que pasaron en calidad de cosa juzgada permanecen como normas aplicables a las partes en el sistema normativo, hasta que una modificación constitucional las haga inaplicables porque cambian los fundamentos en que se sustentaron. En tal caso, las sentencias existentes deberán ser adaptadas a la nueva normatividad constitucional o, si no pueden ser aplicadas en su totalidad, deberán ser dejadas de lado para aplicar las nuevas normas constitucionales.

Nos parece que debemos entender, para completar el argumento, que si la modificación normativa es de naturaleza inferior al rango constitucional, las sentencias que queden contradichas con los contenidos de la nueva ley o decreto permanecerán en vigencia porque el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada tiene rango constitucional y las modificaciones de las normas inferiores no pueden afectarlo.

#### 1.4 Pertenencia de la norma al sistema normativo

Buscando sintetizar lo visto hasta aquí, podemos decir que pertenecen al sistema normativo todas las disposiciones vigentes y aun las que ya fueron derogadas, siempre que estén produciendo efectos

ultractivos. Algunas de estas normas podrán tener vicio de invalidez por ser incompatibles con normas de rango superior, por el fondo o por la forma. En tales casos habrá que recurrir al control difuso o al control concentrado para lograr que la norma inválida no sea aplicada.

El control de constitucionalidad y el de legalidad pueden ser ejercitados por los órganos jurisdiccionales tanto contra las normas vigentes, como contra las normas derogadas que estén produciendo efectos jurídicos ultractivos.

Las sentencias se aplican a las partes cuando pasaron en calidad de cosa juzgada. Sin embargo, si una sentencia de estas se fundó en principios y normas constitucionales que han cambiado de contenido por la reforma constitucional, y dicha sentencia aún produce efectos, estos deben ser adecuados a las nuevas normas constitucionales a partir del momento en que ellas entran en vigencia.

## 2. LA VALIDEZ DE LAS LEYES DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Según el Tribunal Constitucional, todas las leyes están sometidas al control de constitucionalidad. No escapan siquiera las leyes de reforma constitucional.

La fundamentación más detallada está en la sentencia recaída en el expediente 014-2002-AI/TC del 21 de enero del 2002 pero, a nuestro juicio, los argumentos centrales están condensados en el siguiente texto:

“2. Que dado que la norma impugnada es una ley de reforma constitucional, es pertinente evaluar si este Tribunal es competente para admitir la demanda interpuesta y ejercer el control de constitucionalidad sobre dicha ley. En primer lugar, porque ella no se encuentra expresamente enumerada en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución como supuesto normativo pasible de impugnación. En segundo lugar, porque cuando el Congreso del República expide una ley de reforma constitucional, lo hace en ejercicio del poder de reforma constitucional que le confía el artículo 206° de la misma Norma, desplegando su capacidad de modificar elementos de la propia Constitución, que es el parámetro de control de este Colegiado, conforme al artículo 1° de la Ley N.° 28301 –Orgánica del Tribunal Constitucional–.

3. Que respecto al primer tema, este Tribunal ha tenido oportunidad de precisar que la lista de normas

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de julio del 2005 en el expediente 0019-2005-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más del veinticinco por ciento del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley 28568, cuyo artículo único modifica el artículo 47 del Código Penal.

contempladas en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución como susceptibles de ser impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad, tiene un carácter estrictamente enunciativo, mas no taxativo (STC N.° 0010-2002-AI/TC, Fundamento N.° 21). Un criterio distinto implicaría reconocer la existencia de normas eventualmente infractoras del ordenamiento constitucional y que, sin embargo, se encuentran exentas de ser sometidas a un juicio de constitucionalidad, lo que a todas luces resulta inaceptable en un Estado de Derecho basado en el principio jurídico de supremacía constitucional, como disponen los artículos 45° y 51° de la Constitución.

Conviene enfatizar que es deber de este Colegiado preservar el mencionado principio de supremacía jurídica de la Constitución, haciendo respetar los valores constitucionales –función valorativa–, expulsando la norma contraria a la Constitución –función pacificadora–, y restableciendo la racionalidad y unidad del ordenamiento jurídico-constitucional –función racionalizadora–.

4. Que, por otra parte, a pesar de que, como quedó dicho, las leyes de reforma constitucional tienen la capacidad de incorporarse e innovar la Constitución (parámetro y no objeto de control en un proceso de inconstitucionalidad), este Tribunal considera que es posible asignar a tales leyes la calidad de fuentes normativas susceptibles de control de validez, debido a que, si bien es cierto que la Constitución es creación de un Poder Constituyente, también lo es que las leyes de reforma constitucional son creación de un Poder Constituyente Constituido y, consecuentemente, restringido en su actuación por los límites jurídicos contemplados con antelación por la fuente que lo constituye.

Este Colegiado ha tenido oportunidad de advertir que el poder de reforma constitucional se encuentra sometido tanto a límites formales como materiales. Mientras que los primeros aluden a los requisitos competenciales y de procedimiento para que la reforma prospere, los segundos se refieren a los valores materiales y principios fundamentales que dan identidad y constituyen la esencia del texto constitucional, pudiendo ser tanto expresos como implícitos (STC N.° 0014-2002-

AI/TC, Fundamentos 71 y ss.).

Por todo lo dicho, una ley de reforma constitucional sí es susceptible de ser impugnada en un proceso de inconstitucionalidad”<sup>11</sup>.

El Tribunal Constitucional considera en primer lugar que la Constitución no es solamente un texto formal, sino que tiene *valores y principios*. Estos forman un núcleo central normativo que siempre debe ser respetado y al que la doctrina denomina *núcleo duro*:

“122. En cuanto a la reforma total o parcial, a juicio del Tribunal Constitucional, el factor numérico de los artículos constitucionales no es necesariamente el factor determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total. Tampoco lo es el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual. Por ende, ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el contenido del texto propuesto: si se varía en este nuevo texto lo que en doctrina se llama “núcleo duro” de la Constitución (o la Constitución histórica, como se refiere a él la ley impugnada) será una reforma total, aunque no se modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente.

123. En consecuencia, cuando el Tribunal alude a una reforma total, ésta será aquella que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993. En cambio, cuando se refiera a una reforma parcial, ésta será aquella que no modifica tales principios y fundamentos”<sup>12</sup>.

No todo es igual y de valor parejo en la Constitución: existen *normas regla* y *normas principio*. Las normas regla contienen estipulaciones que pueden ser modificadas y, aun, aclaradas o precisadas por las normas de rango inferior<sup>13</sup>. Las *normas principio*, por el contrario, son normas que se aplican extensivamente en todos los casos y que sirven como reglas hermenéuticas que dan significado a todo el conjunto constitucional.

Pero, además, existen determinados principios que deben ser escrupulosamente observados porque fueron establecidos por el constituyente *originario*

<sup>11</sup> Resolución del Tribunal Constitucional emitida el 17 de diciembre del 2004 en el expediente 0050-2004-PV/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 28389.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero del 2002 en el expediente 0014-2002-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600.

<sup>13</sup> El Tribunal ha dicho lo siguiente: “El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Los “silencios” constitucionales no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efectos de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. Allí donde las “normas regla” previstas en la Constitución omiten precisiones, la ley o, en su caso, el Reglamento parlamentario están obligados a estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las “normas principio” contenidas en la propia Norma Fundamental” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 01 de diciembre del 2003 en el expediente 0006-2003-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República contra el inciso j del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República).

(desarrollamos este concepto unos párrafos después) y no pueden ser modificados en reformas constitucionales parciales. El Tribunal ha hecho una enumeración genérica de ellos en la siguiente sentencia:

“35.- (...) El Congreso de la República no puede hacer uso de la reforma constitucional para variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen ‘representativo’, para modificar la Constitución económica o para alterar el principio de alternancia del gobierno, a tenor de los artículos 1, 3, 43 y 58 de la Constitución.

Precisamente, para evitar que los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado que le ha sido acordado constitucionalmente, produzcan cualquier modificación de esos principios sustanciales, estos han quedado fuera del alcance del constituyente derivado. Los derechos fundamentales son consustanciales al Estado social y democrático de derecho”<sup>14</sup>.

Además ha dado, cuando menos, dos casos específicos de *núcleo duro* constitucional. El primero es el siguiente:

“39.- (...) Es decir, la reforma será inconstitucional, desde el punto de vista material, si el legislador como constituyente derivado, modifica el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, siempre y cuando este hecho constituya un elemento vulnerador de la dignidad de la persona humana, y termine, por lo tanto, desvirtuando la eficacia de tal derecho”<sup>15</sup>.

Y el segundo ejemplo es el que sigue:

“(…) cuando el artículo 27º de la Constitución establece que la ley otorgará “adecuada protección frente al despido arbitrario”, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que

dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles”<sup>16</sup>.

Hay en todos estos ejemplos una superposición de conceptos entre el *núcleo duro* de la Constitución y el *contenido fundamental*<sup>17</sup> de los derechos constitucionales. No es éste el lugar de estudiar a fondo estos dos conceptos pero, sin embargo, es evidente que el contenido fundamental de los derechos es siempre perteneciente al *núcleo duro* constitucional de manera que el resultado último es el mismo.

Lo cierto es que una Ley de Reforma Constitucional no podrá alterar ni el núcleo duro de la Constitución ni el contenido fundamental de los derechos. Si lo hace será inconstitucional.

Todo ello tiene que ver con los dos conceptos ya antes anunciados de *poder constituyente originario* y de *poder constituyente derivado*.

Haciendo un análisis dialéctico entre ambos conceptos el Tribunal Constitucional ha dicho:

“Como bien refiere, a guisa de ejemplo, Guillermo Calandrino (“Reforma Constitucional”, en AA.VV. Curso de Derecho Constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires 2001) “El poder constituyente originario es aquel que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón y columnas), en tanto que el poder constituyente reformador es aquel que se ejerce para modificar el orden en que recibimos una casa (anular una ventana, abrir una puerta, recortar el jardín)”.

80. En efecto, si el poder de la reforma constitucional es una competencia jurídica, una reforma que pretendiera la sustitución integral de la Carta, incluyendo la propia cláusula que autoriza tal competencia, implica un acto de revolución y es, por ello, antijurídica”<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 03 de junio del 2005 en el expediente 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco, por el Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra las leyes 28389 y 28449.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de julio del 2002 en el expediente 1124-2001-AA/TC sobre acción de amparo interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A.

<sup>17</sup> El *contenido esencial* de un derecho está a nuestro juicio bien definido en el siguiente texto: “El contenido esencial de un derecho fundamental es aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 06 de diciembre del 2002 en el expediente 1042-2002-AA/TC sobre acción de amparo interpuesta por don Miguel Cabrera León contra la Municipalidad Distrital del Rímac).

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero del 2002 en el expediente 0014-2002-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600.

El poder constituyente originario está exclusivamente en el pueblo como gestor del orden político a establecer. Lo puede ejercitar directamente o puede encargarlo a una Asamblea Constituyente<sup>19</sup>. Es un poder especial que requiere de una representación extraordinaria como señaló Sieyès, clásico autor muchas veces citado por el Tribunal en sus sentencias<sup>20</sup>.

Por el contrario el *poder constituyente derivado* es un encargo del *originario* pero dentro de ciertos límites de forma y de fondo y no puede confundirse con este último porque el *originario* es más poder que el *derivado*. Por consiguiente, "(...) la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales)"<sup>21</sup>.

Solo con un poder especial emergente del poder constituyente originario se puede establecer una nueva Constitución, una que cambie los aspectos fundamentales de la existente. Con el poder constituyente derivado, el *núcleo duro* y el *contenido fundamental* de los derechos no pueden ser cambiados.

Es por ello que, según el Tribunal Constitucional, las leyes de reforma de la Constitución pueden ser estudiadas en su constitucionalidad y, eventualmente, se podrá declarar que son inválidas para modificar la Constitución, caso en el cual ésta permanecerá con su contenido previo al intento de modificación.

Es interesante notar que el Tribunal Constitucional sostiene que aun el pueblo es *poder constituyente*

*derivado* cuando actúa a través del referéndum. El fundamento de esta afirmación consiste en que el párrafo final del artículo 32 dice: "No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor". El razonamiento del Tribunal fue el siguiente: si el referéndum no puede modificar determinados aspectos de la Constitución, entonces no es poder constituyente originario sino derivado.

En nuestro criterio, salvo las limitaciones expresamente consideradas en la Constitución, el pueblo puede aprobar reformas por el procedimiento del referéndum en todos los demás aspectos constitucionales. En este sentido es probable que el pueblo, mediante referéndum, tenga mayor libertad de modificar la Constitución que el Congreso mediante votaciones con mayoría calificada de acuerdo al artículo 206 de la Constitución. Es decir, consideramos que al controlar la constitucionalidad de una Ley de Reforma Constitucional, el Tribunal deberá exigir al pueblo cuando se pronuncia mediante referéndum solo la observancia del párrafo final como límite a su atribución de modificar la Constitución. En cambio, al Congreso le podrá exigir que no modifique aspectos más amplios de la Constitución desde que es un poder constituido y por tanto derivado pero, además, representativo y no el pueblo mismo. En el plano constitucional, siempre tiene más autoridad el pueblo expresando su voluntad directamente, que expresándola a través de sus representantes.

De manera que, concluyendo, podemos decir que tampoco están necesariamente dentro del

<sup>19</sup> "112. En cambio no sucede lo mismo si el Pueblo encomienda la elaboración y aprobación de un distinto ordenamiento constitucional, en exclusiva, a la Asamblea Constituyente, pues en este caso, este órgano *ad hoc* es la expresión del auténtico Poder Constituyente Originario, ya que el contenido de su obra sólo depende de sí mismo" (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero del 2002 en el expediente 0014-2002-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600).

<sup>20</sup> Dijo Sieyès: "Con ayuda de estos esclarecimientos podemos responder a la pregunta que nos hemos hecho. Es notorio que las partes de lo que creéis ser la constitución francesa no están de acuerdo entre sí. ¿A quién, pues, corresponde decidir? A la nación, independiente, como necesariamente lo es, de toda forma positiva. Aun cuando la nación tuviera esos Estados generales regulares, no sería ese cuerpo constituido quien hubiera de pronunciarse sobre una diferencia que toca a su constitución. Habría en ello una petición de principios, un círculo vicioso.

Los representantes ordinarios de un pueblo están encargados de ejercer, en las formas constitucionales, toda esta porción de la voluntad común que es necesaria para el mantenimiento de una buena administración. Su poder está limitado a los asuntos del gobierno.

Representantes extraordinarios tendrán un nuevo poder tal como plazca a la nación dársele. Puesto que una gran nación no puede reunirse ella misma en realidad todas las veces que circunstancias fuera del orden común pudieran exigirlo, es menester que confíe a representantes extraordinarios los poderes necesarios en esas ocasiones. Si pudiera reunirse ante vosotros y expresar su voluntad, ¿osaríais disputársela porque no la ejerce en una forma más bien que en otra? Aquí la realidad es todo y la forma nada.

Un cuerpo de representantes extraordinarios suple a la asamblea de esta nación. No tiene necesidad, sin duda, de estar encargado de la plenitud de la voluntad nacional; no necesita más que un poder especial, y en casos raros; pero reemplaza a la nación en su independencia de toda clase de formas constitucionales. No hay necesidad aquí de tomar tantas precauciones para impedir el abuso de poder; estos representantes no son diputados sino para un solo asunto y por un tiempo solamente. Digo que no están constreñidos a las formas constitucionales sobre las cuales tienen que decidir: 1. Eso sería contradictorio, pues esas formas están indecisas y ellos tienen que regularlas. 2. Ellos no tienen nada que decir en el género de asuntos para el que se habían fijado las formas positivas. 3. Están puestos en lugar de la nación misma que tiene que regular la constitución. Son independientes de esta como ella. Les basta querer como quieren los individuos en el estado de naturaleza. De cualquier manera que sean diputados, que se reúnan y que deliberen, con tal que no se pueda ignorar (¿y cómo lo ignoraría la nación que los comisiona?) que obran en virtud de una comisión extraordinaria de los pueblos, su voluntad común valdrá por la de la nación misma". SIEYÈS, Emmanuel. "¿Qué es el Tercer Estado?". Capítulo V. Madrid: Aguilar. 1973. pp. 82-84.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero del 2002 en el expediente 0014-2002-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600.

ordenamiento jurídico las leyes de reforma de la Constitución. Ellas podrán ser inválidas frente al texto constitucional existente, debido a problemas de invalidez de fondo o forma. Corresponde al Tribunal

Constitucional declarar la eventual inconstitucionalidad en estos casos. La ley de reforma constitucional, una vez declarada inválida, no surte efecto y no puede modificar la Constitución.

## UNIDAD IV: LAGUNAS Y ANTINOMIAS

### **Lectura Obligatoria:**

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-1287/01.  
Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 431 y 495 de la Ley 522 de 1999, 283 del Decreto 2700 de 1991 y 267 y 337 de la Ley 600 de 2000 (parciales).

## ANEXO VIII

### SENTENCIA DEL TC COLOMBIANO

#### Sentencia C-1287/01

#### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241-1 de la Constitución Política, los ciudadanos Rodrigo Martínez Silva y Marcela Juana Paola Casabianca Zuleta demandaron la inexecutable de las expresiones “*de consanguinidad*” y “*primero civil*”, contenidas ambas en los artículos 431 y 495 de la Ley 522 de 1999 “*Código Penal Militar*”, 283 y 358 del Decreto 2700 de 1991 “*Código de Procedimiento Penal*” y 267 y 337 de la Ley 600 de 2000 “*Nuevo Código de Procedimiento Penal*”.

Mediante Auto del 31 de mayo de 2001, el despacho del suscrito magistrado sustanciador resolvió rechazar la demanda presentada contra la expresión “*de consanguinidad*”, contenida en los artículos 431 y 495 de la Ley 522 de 1999, 283 del Decreto 2700 de 1991 y 267 y 337 de la Ley 600 de 2000. En la misma providencia, se rechazó la demanda presentada contra el artículo 358 del Decreto 2700 de 1991.

En consecuencia del rechazo y en vista de que, contra el mismo, no se interpuso recurso alguno, la demanda de la referencia únicamente fue admitida en relación con la expresión “*primero civil*” contenida en los artículos 431 y 495 de la Ley 522 de 1999, 283 del Decreto 2700 de 1991 y 267 y 337 de la Ley 600 de 2000. En este sentido, a dichas normas se circunscribe el análisis de constitucionalidad que habrá de adelantarse en este fallo.

Cumplidos además los trámites procesales y legales propios del proceso de constitucionalidad, la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, procede a decidir acerca de la demanda de referencia.

#### II. TEXTO OBJETO DE REVISION

Se transcribe a continuación el texto de las disposiciones pertinentes, y se subrayan y resaltan las expresiones demandadas.

**“Decreto 2700 de 1991”**

*“Código de Procedimiento Penal”*

(Julio 24)

*por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.*

El Congreso de Colombia

*“Artículo 283. Excepción al deber de declarar. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o **primero civil**.*

*Este derecho se le hará saber por el funcionario respectivo a todo imputado que vaya a ser interrogado, y a toda persona que vaya a rendir testimonio.”*

**“Ley 522 de 1999”**

*“por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”*

*“Artículo 431. Excepción al deber de declarar. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o **primero civil**.*

*“Este derecho se le hará conocer por el juez respectivo a todo imputado que vaya a ser interrogado y a toda persona que vaya a rendir testimonio.”*

*“Artículo 495. Advertencias previas al indagado. Previamente al interrogatorio previsto en los artículos siguientes, se le advertirá al indagado que se le va a recibir una declaración sin juramento; que es voluntaria y libre de todo apremio; que no tiene obligación de declarar contra sí mismo ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, **primero civil** o segundo de afinidad, ni contra su cónyuge, o compañero o compañera permanente; que tiene derecho a nombrar un defensor que lo asista procesalmente y que en caso de no hacerlo, se le designará de oficio.*

*“Si la persona se niega a rendir indagatoria, se tendrá por vinculada procesalmente y el funcionario le advertirá que su actitud afecta los fines de la diligencia como medio de defensa.*

*“De todo esto se dejará expresa y clara constancia desde el comienzo de la diligencia.”*

**“Ley 600 de 2000”**

*“por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”*

*“Artículo 267. Excepción al deber de declarar. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañera o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o **primero civil**.*

*“El servidor público informará de este derecho a toda persona que vaya a rendir testimonio.”*

*“Artículo 337. Reglas para la recepción de la indagatoria. La indagatoria no podrá recibirse bajo juramento. El funcionario se limitará a informar al sindicado el derecho que le asiste de guardar silencio y la prohibición de derivar de tal comportamiento indicios en su contra; que es voluntaria y libre de todo apremio; no tiene la obligación de declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o **primero civil**, ni contra su cónyuge, compañero o compañera permanente; le informará la prohibición de enajenar bienes sujetos a registro durante el año siguiente y el derecho que tiene a nombrar un defensor que lo asista, y en caso de no hacerlo, se le designará de oficio. Pero si el imputado declare contra otro, se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo.*

*“Si la persona se niega a rendir indagatoria, se tendrá por vinculada procesalmente y el funcionario le advertirá que su actitud la podrá privar de este medio de defensa.*

*“De todo esto se dejará expresa y clara constancia desde el comienzo de la diligencia.”*

### III. LA DEMANDA

Los demandantes sostienen que la expresión “*primero civil*” contenida en las normas acusadas, es violatoria de los artículos 13 y 42 de la Constitución Política, porque a pesar de reproducir lo establecido en el artículo 33 de la Carta Fundamental, quebranta la interpretación global que debe dársele al texto constitucional y que se deriva de armonizar entre sí la totalidad de los artículos que la componen.

Así las cosas, cuando las normas acusadas indican que nadie está obligado a declarar contra sus parientes en primer grado civil, incurren en discriminación inconstitucional, porque en el caso del parentesco por consanguinidad el grado hasta el cual no existe dicha obligación es el cuarto.

En dichos términos, aseguran los demandantes, una persona estaría obligada a declarar contra sus parientes en segundo, tercero y cuarto grado civil, pero no contra sus pariente en segundo, tercero y cuarto grado de consanguinidad, lo cual constituye un tratamiento discriminatorio en detrimento de los familiares constituidos como tales por virtud de la adopción, por cuanto establece diferencias de régimen jurídico derivadas del origen familiar del individuo.

Los demandantes señalan que el artículo 42 Constitucional, al referirse de manera especial a los hijos adoptivos, es enfático al advertir que éstos tienen los mismos derechos y deberes que los hijos procreados de manera natural, pero sostiene que tal igualdad ha sido vulnerada por las normas acusadas, al incluir criterios de diferenciación no autorizados por la Carta Política.

### VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

#### Competencia

1. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 241 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para resolver definitivamente sobre la exequibilidad de los apartes demandados, por estar insertos en un decreto que tienen fuerza de ley y en leyes de la República.

#### **Cuestión previa: competencia de la Corte Constitucional para pronunciarse respecto de una norma que hace parte del Decreto 2700 de 1991.**

2. El Decreto 2700 de 1991 mediante el cual se adoptó el Código de Procedimiento Penal, perdió vigencia el pasado 24 de julio de 2001, fecha en la cual entró a regir en nuevo estatuto que regula la materia, contenido en la Ley 600 de 2000. Siendo ello así, la Corte debe definir si conserva competencia para efectuar un pronunciamiento de fondo en relación con el aparte acusado del artículo 283 del referido Decreto.

Conforme con la jurisprudencia precedente, en principio, por carencia de objeto, la Corte debe inhibirse para proferir decisiones de fondo respecto de aquellas disposiciones que por haber sido derogadas no están dentro del ordenamiento jurídico. No obstante, dicho pronunciamiento resulta

ser necesario si a pesar de la derogatoria de la norma acusada, ésta continua produciendo efectos jurídicos o es susceptible de llegar a producirlos.

En esta oportunidad, el aparte acusado del artículo 283 del Decreto 2700 de 1991 si puede estar produciendo efectos jurídicos o ser susceptible de llegar a producirlos, porque, en cuanto limita el alcance de la excepción al deber de declarar, restringiéndolo al primer grado de parentesco civil para el caso de la familia adoptiva, es posible que dentro del trámite de algún proceso penal en curso, obren declaraciones obtenidas con fundamento en lo prescrito por tal disposición, las cuales pueden llegar a servir de fundamento probatorio a futuras decisiones judiciales aun no adoptadas. En tal virtud, es menester que la Corte lleve a cabo el examen de constitucionalidad que se le pide.

Adicionalmente, tratándose de normas que han perdido vigencia durante el trámite de la acción pública de inexecuibilidad, como sucede en este caso<sup>1</sup>, la jurisprudencia ha estimado que la Corte, en aplicación del principio de la "*perpetuatio jurisdictionis*" acogido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía el control de constitucionalidad de las leyes<sup>2</sup>, y adoptado igualmente por esta Corporación<sup>3</sup>, no debe inhibirse para fallar de fondo.

De esta manera, a fin de dar efectividad al derecho constitucional fundamental de acceso a la justicia constitucional a través de la interposición y decisión de acciones públicas que la Carta Política garantiza a todo ciudadano, la Corte se pronunciará sobre la constitucionalidad del aparte acusado del artículo 283 del decreto 2700 de 1991.

### **El alcance del principio de no incriminación y el problema jurídico que se plantea en la demanda.**

3. Las normas acusadas repiten textualmente el artículo 33 de la Constitución. Este artículo consagra el llamado *principio de no incriminación*, que constituye una excepción al deber de declarar en juicio, deber que emana del de colaboración con la justicia a que hace alusión el numeral 7° del artículo 95 de la Constitución. Como tal, el *principio de no incriminación* es a su vez expresión concreta del valor superior de la dignidad humana y de los principios constitucionales de respeto a la autonomía de la voluntad, a la libertad de conciencia y de protección a la unidad e intimidad familiares.

En efecto, como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional, "*al tenor de lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana. La dignidad, como es sabido, equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. Equivale, sin más, la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera,*

---

<sup>1</sup> La presente demanda fue presentada el 15 de mayo de 2001, antes de la pérdida de vigencia del decreto 2700 de 1991, cosa que ocurrió el 24 de julio siguiente.

<sup>2</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia No. 15 de marzo 3 de 1987 y sentencia No. 71 de mayo 31 de 1990, entre otras.

<sup>3</sup> Cf. Sentencia C-541 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

*la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano.”<sup>4</sup>*

En desarrollo y aplicación de la primacía de la dignidad humana, el moderno derecho penal, abandonando definitivamente los métodos de averiguación de la verdad que prescindiendo de este concepto admitían cualquier forma de llegar a ella, proscriben las presiones ejercidas sobre los acusados o sus familiares, que bajo el apremio del juramento o cualquier otra forma de intimidación moral, conduzcan al declarante a confesar su delito o a delatar a aquellos con quienes está unido por vínculos muy cercanos de parentesco. Por ello, el principio de no incriminación recogido en el canon 33 superior, concreta en una regla jurídica la exigencia de un trato acorde con el merecimiento de respeto que tiene toda persona.

De otro lado, el principio de autonomía de la voluntad y el derecho fundamental a la libertad de conciencia se ven también desarrollados en la norma superior que consagra la excepción al deber declarar en juicio contra sí mismo y contra los más próximos familiares. La libertad moral o libertad de conciencia a que alude el artículo 18 de la Constitución, encuentran una garantía complementaria en el principio de no incriminación, impidiendo presiones sobre la conciencia de los individuos llamados a deponer en esas circunstancias.

Finalmente, también la protección especial que el Constituyente dispensa a la familia se ve reforzada con la norma contenida en el artículo 33 de la Constitución. Los naturales vínculos de solidaridad y afecto que se dan dentro de ella son respetados por el orden jurídico, que al consagrar la excepción aludida se abstiene de invadir la esfera íntima de las relaciones familiares, en aras de preservar la armonía y unidad de esta célula básica de la sociedad.

Así pues, con el artículo 33 superior el Constituyente quiso de un lado respetar la dignidad y garantizar la autonomía de la voluntad del individuo llamado a declarar en juicio contra sí mismo o contra sus familiares más próximos, y de otro, proteger la armonía y la unidad familiar que puede verse amenazada si se impone la obligación de declarar en contra tales parientes, proscribiendo toda actuación de las autoridades que busque obtener la confesión involuntaria de quien es parte en un proceso, o la denuncia penal de los familiares cercanos, en las mismas circunstancias de involuntariedad.

Ahora bien, a pesar de que la redacción del artículo 33 de la Carta pareciera dar a entender que la garantía que contiene resulta aplicable a cualquier tipo de declaraciones en juicio, la jurisprudencia de esta Corporación, con fundamento en la interpretación histórica de la norma, y en otros argumentos complementarios, ha precisado que su alcance se restringe a las declaraciones que deben producirse en asuntos penales, correccionales y de policía. En efecto, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 202 y 203 del Decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil), referentes al interrogatorio y careo de las partes por decreto oficioso del juez y al interrogatorio a instancia de parte, respectivamente, dentro del proceso civil, la Corte, en la

---

<sup>4</sup> Sentencia SU-062 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Sentencia C-426 de 1997<sup>5</sup>, descartó el cargo de inconstitucionalidad esgrimido en contra de dichas normas por desconocimiento del artículo 33 de la Constitución, considerando que esta disposición superior no resultaba aplicable a tal procedimiento. En sustento de esta conclusión formuló las siguientes consideraciones:

“Partiendo de la interpretación literal del artículo 33 de la Constitución, el actor sostiene que los artículos 202 y 203 del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970 modificado por el Decreto 2282 de 1989), son inexecutable, porque la prohibición establecida en el mencionado artículo 33 es general, y no está limitada a los asuntos criminales, correccionales o de policía.

...

“Para la Corte Constitucional, es claro que la garantía establecida en el artículo 33 de la Constitución, se limita a los asuntos criminales, correccionales o de policía. Así lo demuestran los argumentos que a continuación se expondrán.

**“1º) La tradición constitucional.-**

“El principio establecido en el artículo 33 de la Constitución vigente, no es nuevo. Se plasmó en algunas de las Constituciones, desde el pasado siglo, pero siempre limitado a los asuntos penales, en general, es decir, a aquellos en que se ejerce el poder punitivo del Estado.

2En la “Constitución de la República de Colombia”, aprobada en Cúcuta en 1821, en el artículo 167, se consagró así:

“... y ninguno será admitido ni obligado en juramento, ni contra sí mismo, en causa criminal; ni tampoco lo serán recíprocamente entre sí los ascendientes y descendientes, y los parientes hasta el cuarto grado civil de consanguinidad y segundo de afinidad”.

2En la “Constitución de la República de Colombia”, sancionada en 1830, en el artículo 142, se dispuso:

“Ningún colombiano será obligado con juramento ni otro apremio a dar testimonio en causa criminal contra sí mismo, contra su consorte, sus ascendientes o descendientes y hermanos”.

“En el artículo 188 de la “Constitución del Estado de la Nueva Granada” (1832), se ordenó:

“Ningún granadino dará testimonio en causa criminal contra su consorte, sus ascendientes, sus descendientes y hermanos, ni será obligado con juramento u otro apremio a darlo contra sí mismo”.

---

<sup>5</sup> M.P Jorge Arango Mejía

Después, en el artículo 160 de la “Constitución Política de la República de la Nueva Granada”, en 1843, se mantuvo la garantía, así:

“Ningún granadino está obligado a dar testimonio en causa criminal contra sí mismo, ni contra su consorte, ascendientes, descendientes o hermanos”.

“En la “Constitución de la República de Colombia”, de 1886, se aprobó el artículo 25, que se conservó, con idéntica redacción, hasta 1991, pese a las innumerables reformas de la Constitución. Establecía el artículo 25:

“Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad”.

2Sobre la razón de ser de esta norma, escribió don José María Samper:

“En otras Constituciones de la República había figurado esta disposición, y era necesario mantenerla o restablecerla, dado que es abiertamente inmoral que la ley obligue a alguna persona, contra natura, a declarar, en asunto de que pueda resultar pena (criminal, correccional o de policía), contra sí mismo o contra sus parientes más cercanos, que son los clasificados dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad. Innecesario nos parece demostrar, ni aun brevemente, la justicia de esta prohibición, exigida por los más elementales principios de moral y de humanidad, y adoptada en la legislación criminal de todos los pueblos civilizados, y entre las garantías civiles consagradas por gran número de constituciones. La garantía es de derecho natural.

“Naturalmente, para hacerla efectiva, en el caso de disposición testimonial (no de confesión o declaración en asunto propio), la ley ha de exigir la comprobación del parentesco, así como la clara determinación de la naturaleza **criminal** del asunto”. (Derecho Público Interno de Colombia, Editorial Temis. Bogotá, 1982, pág. 329).

“Queda claro, en consecuencia, que en Colombia, durante su vida independiente, jamás se ha pretendido darle al actual artículo 33 de la Constitución el alcance general que el actor le asigna.

“No se entendería, con estos antecedentes, que de la noche a la mañana, sin exponer razón alguna y sin que mediara el menor debate, los constituyentes de 1991 hubieran decidido generalizar esta prohibición, sin tener en cuenta que de hacerlo irían en contravía de otros principios consagrados en la Constitución.

En la misma Sentencia antes transcrita, esta Corporación recordó como la h. Corte Suprema de Justicia, habiéndose presentado durante la vigencia de la Constitución anterior una demanda contra el artículo 748 del Decreto 624 de 1989, examinó esa norma a la luz del artículo 33 de la Constitución ya vigente al momento de dictarse la sentencia, y determinó que la garantía

constitucional sólo regía en asuntos criminales, correccionales o de policía.<sup>6</sup> Además llevó a cabo consideraciones fundadas en principio de la buena fe (C.P art. 83) y en su aplicación dentro del procedimiento civil, que la llevaron igualmente a afirmar que la garantía de no incriminación a que se refiere el artículo 33 de la Carta, opera únicamente en materia penal, correccional y de policía.<sup>7</sup>

4. Como antes se dijo, el texto de esta norma superior, constituye una excepción al deber de declarar, deber que emana de la obligación general de colaborar con la justicia a que se refiere el numeral séptimo del artículo 95 de la Constitución.<sup>8</sup> Como toda norma exceptiva, es de interpretación restringida, por lo cual debe entenderse que sólo se está eximido de declarar en los casos taxativamente enumerados por la disposición, es decir contra uno mismo o contra el *“cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.”*

En la determinación de los casos en que se exime del deber de declarar, la Constitución ha hecho distinciones según se trate de familiares vinculados por parentesco de consanguinidad o por parentesco civil. En el primer caso, la excepción al deber de declarar es más amplia, pues se extiende hasta el cuarto grado. En el segundo caso sólo llega hasta el primero. Es decir, el propio constituyente ha establecido una regla para la familia consanguínea y otra diferente para la familia adoptiva, a sabiendas de que el parentesco por adopción en el régimen legal vigente, no se circunscribe a la relación entre adoptante y adoptado, es decir no se limita al primer grado, sino que se extiende a todos los parientes consanguíneos del adoptante.

---

<sup>6</sup>Cf. Sentencia 129 de octubre 17 de 1991, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia hace un pormenorizado examen de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, que la llevan a afirmar lo siguiente: “Las publicaciones reseñadas no le permiten a la Corte concluir que hubiese en el Constituyente el ánimo de modificar el texto del antiguo artículo 25 y dejar abierta la posibilidad de aplicar la prohibición de declarar a asuntos distintos.” (Se refiere a asuntos distintos de los penales, correccionales y de policía.)

<sup>7</sup> Sobre el particular la Sentencia en comento hizo, entre otras las siguientes consideraciones: “Pues bien: sería un contrasentido sostener que a pesar de que el artículo 83 de la Constitución impone a todos la obligación de actuar de buena fe, alguien se escudara en el artículo 33, para basar la estrategia de su defensa en el ocultamiento de la verdad. Quien actúa de buena fe en un proceso civil, ¿cómo podría negarse a responder preguntas relativas a la cuestión controvertida, preguntas que se suponen encaminadas a establecer la verdad?”

La actuación de las partes en el proceso civil, al igual que en el laboral y en el administrativo, no puede basarse en artimañas, reticencias y engaños encaminados a ocultar la verdad. Por esto, “El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes”, según el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil.

Sin que sobre anotar que la ley procesal ha hecho la necesaria salvedad en lo tocante a las preguntas que puedan comprometer la responsabilidad penal del interrogado. En efecto, el inciso cuarto del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil, establece que “las preguntas relativas a hechos que impliquen responsabilidad penal se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas”.

<sup>8</sup> Quien omite declarar la comisión de un delito ajeno, estando obligado a ello, puede incurrir en uno de los delitos que contempla el Título XVI del Nuevo Código Penal –Ley 599 de 2000-, cuales son los de omisión de denuncia de particular, falso testimonio o encubrimiento.

En efecto, de conformidad con lo prescrito por el Código del Menor, las consecuencias inmediatas de la adopción consisten en establecer la relación de padre o madre a hijo, pero más allá de ello es también una forma de incorporar al adoptivo a la familia del adoptante, por lo cual el artículo 100 de dicho Código reza: “La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos de éste.”

El Código del Menor, que contiene el régimen legal vigente en materia de adopción, fue expedido mediante el Decreto 2737 de 1989, y en lo concerniente a este tema derogó la Ley 5ª de 1975 y reguló íntegramente la materia, suprimiendo la distinción entre la adopción simple y la adopción plena, conservando únicamente esta última. Por ello, ahora el adoptivo deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco de consanguinidad respecto de ella, (salvo en el caso en que el adoptante sea el cónyuge del padre o madre de sangre del adoptivo, pues en este evento tales efectos no se producen respecto de este último). También por ello, como se dijo, la adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de este (Código del Menor, artículo 100).

**Este régimen de la adopción plena es preconstitucional pues data de 1989, por lo cual cuando el constituyente de 1991 adoptó el artículo 33 superior, sabía que el parentesco civil no se restringe al primer grado, sino que se extiende a todos los demás; no obstante lo cual sólo autorizó la excepción al deber de declarar hasta dicho grado, al paso que, tratándose de la familia consanguínea, dicha excepción la extendió hasta el grado cuarto.**

Frente a esta realidad normativa, aparece de otro lado que la misma Carta en el cuarto inciso del artículo 42 expresamente prescribe que “(l)os hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.” Disposición esta que concreta el *principio de igualdad* consagrado en el artículo 13 superior, aplicándolo específicamente a la no discriminación por el origen familiar, y que claramente indica que no habrá diferencias jurídicas entre los hijos procreados naturalmente, con asistencia científica o adoptados.

Resulta entonces claro, que a pesar de la expresa prohibición constitucional de establecer diferencias jurídicas con fundamento en el origen familiar de las personas, la misma Carta lo hace en el artículo 33 cuando determina un trato jurídico diverso para los parientes adoptivos y los biológicos, frente al deber de declarar en contra de sus familiares más próximos. Esta discriminación perjudica a los parientes adoptivos, respecto de quienes se dispensa un trato menos garantista en cuanto a la aplicación del principio de no incriminación de familiares.

Así las cosas, la Corte detecta la presencia de una antinomia constitucional, es decir de una contradicción interna de la Constitución, que impone una labor hermenéutica de las disposiciones superiores implicadas, previa a la definición de exequibilidad de los artículos acusados.

## Las antinomias constitucionales en la doctrina jurídica

5. El problema de las antinomias o contradicciones internas del ordenamiento jurídico, y específicamente el de las antinomias constitucionales, ha sido abordado usualmente por la doctrina a partir de la connotación de *sistema* que se predica del ordenamiento jurídico, y que exige la coherencia interna del mismo.

**A juicio de Bobbio, “un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Aquí, “sistema” equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas. Si en un ordenamiento existieren dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta relación es un relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad.”...en este sentido, no todas las normas producidas por las fuentes autorizadas serían normas válidas, sino sólo aquellas que fuesen compatibles con las demás”<sup>9</sup>**

En virtud del anterior postulado, Bobbio afirma que “*el derecho no admite antinomias*”, entendiendo por antinomia, propiamente hablando, aquella situación en la que se dan dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento y tienen un mismo ámbito de validez<sup>10</sup>. Para resolver las antinomias acude entonces a ciertos criterios tradicionales, entre los cuales menciona el cronológico<sup>11</sup>, el jerárquico<sup>12</sup> y el de especialidad<sup>13</sup>. Sostiene enseguida, que tratándose de normas del mismo nivel, es decir del mismo rango en la escala normativa y contemporáneas, es decir que ninguna es posterior a la otra, con igual grado de generalidad, debe admitirse que ambas tienen igual validez, en el sentido de que ambas están válidamente incorporadas al sistema; Empero, las dos no pueden ser contemporáneamente eficaces, es decir, no pueden ser aplicadas simultáneamente. En este caso, y sólo en este, la coherencia no sería condición de validez, más si de eficacia<sup>14</sup>. Bobbio llama a este tipo de antinomias, *antinomias insolubles*<sup>15</sup>.

6. Por fuera de la perspectiva de esta analítica jurídica de corte positivista, otros sectores de la doctrina jurídica contemporánea hacen un análisis descriptivo del ordenamiento distinguiendo en él la presencia de distintos tipos de normas. Así por ejemplo, Dworkin, dentro del clásico debate que sostuvo con Hart, expuso que el ordenamiento jurídico no se agota en *estándares* que

---

<sup>9</sup> Bobbio, Norberto. TEORÍA GENERAL DEL DERECHO. Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1994, pág. 183.

<sup>10</sup> Se refiere a ámbitos de validez temporal, espacial, personal y material, es decir a que las normas se apliquen en el mismo tiempo, en el mismo lugar, a las mismas personas y regulen la misma materia.

<sup>11</sup> La norma posterior prevalece sobre la anterior.

<sup>12</sup> La norma superior prevalece sobre la inferior

<sup>13</sup> La norma especial prevalece sobre la general

<sup>14</sup> Entendiendo la eficacia jurídica como la posibilidad de que la disposición produzca efectos jurídicos

<sup>15</sup> En este tipo de antinomias, Bobbio sugiere que el intérprete tiene la posibilidad de eliminar una de las normas, eliminar las dos, o conservar las dos, acudiendo principalmente al principio de favorabilidad.

funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como “*principios, directrices políticas y otros tipos de pautas*”<sup>16</sup>, a los cuales llamó genéricamente “*principios*.” Estos tipos de estándares jurídicos, o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.<sup>17</sup>

La diferencia entre *principios* y *reglas* es para Dworkin una diferencia lógica. Las reglas son aplicables “*a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.*”<sup>18</sup> En cambio los principios no “*establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas*”<sup>19</sup>, puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares.

De manera general, la filosofía jurídica contemporánea, con miras a establecer fórmulas para la resolución de antinomias, especialmente de las que se presentan dentro de las constituciones, se ha preocupado por precisar la diferencia que existe entre los *valores*, los *principios* y las *reglas* constitucionales.

En lo que concierne a la noción de *valores constitucionales*, es posible apreciar un acuerdo en cuanto al contenido esencial de dicha noción en los autores que abordan el tema. En primer lugar la doctrina coincide en considerar que las normas que reconocen valores son de naturaleza abstracta e inconcreta; para algunos son normas que orientan la producción e interpretación de las demás normas, y que en tal condición fijan criterios de contenido para otras normas; para otros, las normas que reconocen *valores* al igual que las que consagran *principios*, determinan el contenido de otras normas, y aquéllas sólo se diferencian de éstas por su menor eficacia directa, aplicándose estrictamente en el momento de la interpretación. Lo cierto es que en todas las anteriores formulaciones subyace la idea de que las normas que reconocen valores condicionan las demás normas, y tienen un contenido abstracto y abierto, es decir, están formuladas como cláusulas generales que determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento.<sup>20</sup>

*Frente a las disposiciones que reconocen valores, las que consagran los principios también serían normas que condicionan las demás normas, pero con mayor grado de concreción y por lo tanto de eficacia, alcanzando por sí mismos proyección normativa. Así, finalmente la distinción entre principios y valores, sería una diferencia de grado de abstracción y de apertura normativa. Las normas que reconocen valores serían normas más abstractas y abiertas que las que consagran principios. Éstas, por ser más precisas, tendrían proyección normativa, es decir aplicabilidad*

---

<sup>16</sup> Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Ed. Ariel, S.A. Barcelona 1995, pág. 72

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

<sup>18</sup> Dworkin, Ronald. LOS DERECHOS EN SERIO. Ed. Ariel, S.A. Barcelona 1995, pág. 75

<sup>19</sup> *Ibidem*

<sup>20</sup> Cf. Parejo Alfonso, Luciano. CONSTITUCIÓN Y VALORES DEL ORDENAMIENTO. Artículo incluido en ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. HOMENAJE AL PROFESOR EDUARDO GARCÍA DE ENTRERRÍA. Tomo I págs 122 y siguientes. Ed. Civitas, Madrid 1991. En este artículo, el autor analiza las posiciones doctrinales de Eduardo García de Entrerría, Gregorio Peces Barba, A. Pérez Luño, M. Aragón, L. Prieto Sanchiz, y Ronald Dworkin.

concreta o eficacia.<sup>21</sup> En lo que concierne a las reglas, tales serían las disposiciones jurídicas en las que se “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social”<sup>22</sup> Es decir, virtud de esta estructura lógica, las reglas operan como silogismos.

Sobre la distinción entre reglas y principios, Alexy señala que “las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas “mandatos definitivos”. Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios”.<sup>23</sup> (Destaca la Corte)

Por su parte, para este mismo autor, la diferencia entre valores y principios viene dada porque los primeros tienen un carácter axiológico al paso que los segundos lo tienen deontológico. En tal medida, los principios entendidos como conceptos deontológicos, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos. Los valores, como conceptos axiológicos expresan en sí mismos algo bueno. Por ello afirma que “lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie lo debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente lo debido”.<sup>24</sup>

Ahora bien, como se ha dicho, la doctrina jurídica expuesta propone que cuando surgen conflictos entre normas que reconocen valores o principios, es decir cuando parece contraponerse, es menester acudir a la ponderación para lograr su armonización. Así las cosas, la distinción entre las nociones mencionadas, acaba siendo un método de interpretación constitucional válido para lograr la coherencia interna práctica de las normas superiores, que supera el criterio formalista de prevalencia de la especialidad sobre la generalidad.

---

<sup>21</sup> Cf. Ibídem

<sup>22</sup> Parejo Alfonso, Luciano. CONSTITUCIÓN Y VALORES DEL ORDENAMIENTO. Artículo incluido en ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. HOMENAJE AL PROFESOR EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. Tomo I págs 123

<sup>23</sup> Alexy, Robert. EL CONCEPTO Y LA VALIDEZ DEL DERECHO. Editorial Gedisa, S.A. Barcelona 1994. pág 75

<sup>24</sup> Alexy, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

## Los valores y los principios en la Constitución Política

7. La Constitución Política no es exclusivamente un catálogo de reglas jurídicas en el sentido explicado. Ella obedece a una axiología claramente definida especialmente en su Preámbulo, en donde se reconocen explícitamente como valores fundamentales la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, la libertad, la paz, la democracia, la unidad nacional, la participación, etc. Además, la Constitución incluye un título que bajo el epígrafe “Principios Fundamentales” enuncia cuales son las bases de la organización política, los fines esenciales del Estado, la misión de las autoridades constituidas, el concepto de soberanía que determina el ejercicio del poder, la primacía de los derechos inalienables de las personas, etc. De otro lado trae un catálogo no taxativo de derechos fundamentales, normas que por su carácter deontológico deben ser entendidas también como expresiones de principios fundamentales.

Es clara pues la existencia de *normas que reconocen valores* y de *normas de principios* dentro de nuestra Constitución, cuya ubicación inicial dentro de su texto y la forma abierta de su redacción, no dejan duda acerca de su papel como referente hermenéutico, que determina el sentido en que deben ser interpretadas todas las demás normas del texto superior y del ordenamiento jurídico en general, en cuanto señalan, con diverso grado de concreción, los fines esenciales por los que propende el Estado. Esta realidad ha sido admitida sin ambages por la jurisprudencia<sup>25</sup>, que en lo que concierne a la fuerza normativa de las disposiciones superiores que consagran *valores* o *principios*, ha dicho lo siguiente:

“Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico<sup>26</sup> pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política.

“De este tipo son los valores de convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz plasmados en el preámbulo de la Constitución. También son valores los consagrados en el inciso primero del artículo 2 de la Constitución en referencia a los fines del Estado: el servicio a la comunidad, la prosperidad general, la efectividad de los principios, derechos y deberes, la participación, etc. Todos ellos establecen fines a los cuales se quiere llegar. La relación entre dichos fines y los medios adecuados para conseguirlos, depende, por lo general, de una elección política que le corresponde preferencialmente al legislador. **No obstante el carácter programático de los valores constitucionales, su enunciación no debe ser entendida como un agregado simbólico, o como la manifestación de un deseo o de un querer sin incidencia normativa, sino como un conjunto de propósitos a través de los cuales se deben mirar las relaciones entre los gobernantes y los gobernados, para que, dentro de las**

---

<sup>25</sup> Sobre la naturaleza jurídica de los valores y principios constitucionales, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-406 de 1992, C-546 de 1992, T- 079 de 1995, C- 445 de 1999, C-690 de 1996 y C-126 de 1998

<sup>26</sup> R. Dworkin, *Questioni di principio*; Il Saggiatore, Milano 1985, p. 5 y ss

**limitaciones propias de una sociedad en proceso de consolidación, irradian todo el tramado institucional.**

“Su condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa; la Corte Constitucional debe ser respetuosa de la prerrogativa legislativa que consiste en establecer el alcance general de los mismos. Esto no impide que la Corte pueda, e incluso deba, en ciertos casos, valerse de ellos para resolver una situación específica o para valorar otras normas o instituciones; sin embargo, ello sólo sería posible dentro de una interpretación global de los hechos y del derecho y no como normas de aplicación inmediata suficientes por sí solas para fundamentar la decisión judicial. Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto.

**“Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.** Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. **Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser.** Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

**“Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental.** Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o

menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa.”

*La igualdad en la Constitución Política, en relación con el origen familiar.*

8. La Constitución Política consagra la igualdad como un derecho fundamental; en efecto, el artículo 13, que expresamente hace esta consagración, se ubica en el capítulo relativo a esta clase de derechos. Por este aspecto, la Constitución de 1991 es innovadora, pues la precedente de 1886, incluyendo sus reformas, no tuvo nunca una norma destinada a hacer el reconocimiento expreso de este derecho.

Pero la igualdad no solamente se erige en la Constitución como un derecho fundamental, y por lo tanto como un *principio*, sino que es también un *valor* superior. Desde el mismo preámbulo, la Carta enuncia que ella se promulga con el fin, entre otros, “*de fortalecer la igualdad*”; y más adelante, el artículo 5° refuerza el carácter de *principio* que tiene la igualdad, cuando establece como tal el de la no discriminación en la primacía de los derechos inalienables de la persona.<sup>27</sup> Dicha disposición, ubicada en el Título de los “*Principios Fundamentales*”, a continuación del “Preámbulo”, literalmente expresa lo siguiente:

*“El Estado reconoce, **sin discriminación alguna**, la primacía de los derechos inalienables de la persona...”*

La igualdad es entonces, simultáneamente, un valor, un principio y un derecho fundamental. La Asamblea Nacional Constituyente expresamente consideró que la igualdad era al mismo tiempo un derecho y un principio, no obstante lo cual, en aras de su efectividad y de la posibilidad de su protección a través de la acción de tutela, decidió hacer énfasis en su connotación de derecho, por lo cual adoptó el texto del actual artículo 13. Lo anterior se refleja en las siguientes expresiones de la asambleísta Maria Isabel Carranza:

*“en los principios se aprobó un derecho a la igualdad que fue considerado, según tengo entendido, en la Comisión Codificadora, y no se tuvo en cuenta el que había elaborado la Comisión Primera como derecho. Entonces, en ese sentido, el doctor Carlos Lleras de la Fuente pide que este artículo que presentamos en este momento no sea tenido en cuenta porque ya figura en los principios. La Comisión Accidental estudió este planteamiento, del delegatario Lleras, y llegó a la conclusión de que es un derecho sumamente importante y es la manera como va a recibir la protección del recurso de tutela. O sea que se decidirá si queda en principio y en derechos, pero la comisión solicita que quede en derechos...”<sup>28</sup>*

---

<sup>27</sup> Sobre el sentido de la prohibición de discriminación, la Corte ha hecho ver que dicho principio “*es identificado con el perfil negativo de la igualdad, puesto que, ante todo, se destaca su carácter eminentemente prohibitivo de tratos injustificados;*” Sentencia C-410 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>28</sup> María Mercedes Carranza Coronado, Plenaria Primer Debate, 14 de junio de 1991. Tomado de Cepeda E. Manuel José. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991. Ed. Temis, Bogotá 1997.

La misma estructura del artículo 13, que como se dijo consagra la igualdad primordialmente como derecho, en su contenido expresa también las referidas condiciones de *valor* y de *principio* reconocidas a la igualdad. En efecto, si la igualdad formal radica en la posibilidad que tienen las personas de exigir un mismo trato jurídico, es decir un mismo trato frente a la ley, de manera que ésta se aplique en todos los casos que caen bajo sus supuestos de hecho, es evidente que el contenido del artículo 13 rebasa esta expectativa y presenta a la igualdad como la posibilidad reconocida a todos de tener las mismas oportunidades vitales, posibilidad por la cual el Estado debe propender. No a otra cosa puede referirse dicho artículo, cuando expresa que “(e)l Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”. Sin duda pretende que, por lo menos en lo que se refiere a la primacía de los derechos fundamentales (artículo 5°), la igualdad no se limite al reconocimiento formal por parte del ordenamiento jurídico, sino a la efectiva realización de la misma en el terreno fáctico, es decir a la igualdad sustancial. Se pasa entonces al terreno del *telos* o finalidad que persigue el Estado, asunto que rebasa la noción de igualdad formal como derecho, entendida como facultad radicada en cabeza de las personas de exigir un trato igual por parte de las autoridades.

Aceptada como *principio* y como *valor*, la igualdad no sólo exige que las leyes sean aplicadas a todos los casos que caen bajo sus supuestos de hecho, (igualdad ante la ley en sentido estricto), sino que implica también que la igualdad debe estar presente en la formulación del derecho<sup>29</sup>. Esto hace que, dirigida al legislador, la igualdad le imponga no establecer diferenciaciones arbitrarias. Estas son aquellas en las cuales no existe una razón de rango constitucional para establecer la diferencia de trato. El mismo artículo 13 superior enuncia algunos de los criterios de diferenciación que pueden considerarse arbitrarios, cuando dice que todas las personas “gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica,” enumeración de motivos discriminatorios fundados en cualidades humanas inmutables como el sexo o la raza, o en otras razones históricas de discriminación, como la religión o la particular postura política o religiosa .

9. Ahora bien, dentro de las distinciones arbitrarias, el origen familiar como criterio para establecer un trato desigual, está expresamente prohibido por la Constitución. Ya se dijo como el artículo 42 superior concreta en una regla el principio de igualdad en este punto, cuando afirma:

*“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

⋮

*“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”*

---

<sup>29</sup> Cf. Alexi, Robert. TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

La hermenéutica de la anterior disposición lleva a concluir que el constituyente quiso expresamente otorgar reconocimiento jurídico a la familia que proviene de la adopción, y ubicarla en un pie de igualdad respecto de la familia que se constituye a partir del matrimonio o de la unión libre entre compañeros permanentes, por lo cual rechazó las diferencias de trato fundadas en el origen familiar. Los antecedentes de la disposición, en la Asamblea Constituyente, no permiten arribar a una conclusión diferente. En efecto, se dijo entonces lo siguiente:

“No es necesario discutir... por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad. Se reconoce a ella éste lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia.

“**Las personas** unidas entre sí por vínculos naturales, como los diferentes grados de consanguinidad; o **unidas por vínculos jurídicos, que se presentan** entre esposos, afines o **entre padres e hijos adoptivos**, o por la voluntad responsable de constituirlos, en los casos en que un hombre y una mujer se unen con la decisión de vivir juntos, **tienen pleno derecho a conformar y desarrollar esta base de la sociedad, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre** ni contractuales formales, si llenan los requisitos de la ley, su conciencia, sus costumbres o tradiciones, su religión o sus creencias.

**“Siendo ello así, es apenas obvio determinar la protección del Estado y la sociedad para esa familia y fijar la inviolabilidad para su honra, dignidad e intimidad, así como sentar las bases de su absoluta igualdad de derechos y deberes.”<sup>30</sup>**

Visto entonces que la igualdad, como principio y como valor constitucional prohíbe establecer diferencias legales de trato fundadas en motivos arbitrarios, y que el artículo 43 superior concreta en una regla la prohibición de discriminación por el origen familiar, no obstante lo cual el artículo 33 superior lo hace en relación con la aplicación del principio de no incriminación de familiares, pasa la Corte a realizar el examen de constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

#### **Examen de constitucionalidad de las disposiciones acusadas**

---

<sup>30</sup> Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria. Gaceta Constitucional No. 85. Pág. 5.

10. Las normas demandadas reproducen textualmente la Constitución, y en tal virtud no pueden ser declaradas inconstitucionales. Su validez sustantiva o validez en estricto sentido, entendida como el hecho de que una norma de inferior jerarquía no contradiga las disposiciones superiores, en principio está fuera de discusión. No puede haber contradicción entre dos normas, cuando una es idéntica a la otra. La identidad excluye lógicamente la contraposición. De otro lado, la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos acusados significaría declarar, de contera, la inexequibilidad del propio artículo 33 de la Constitución, cosa que no cae bajo la competencia de esta Corporación.

Sin embargo, la Corte si puede, en virtud de su función de guardiana de la Carta, interpretar sus normas; y también puede estudiar aquellas que han sido objeto de acusación, a fin de fijar el sentido en que mejor desarrollan los postulados superiores en el momento de su aplicación. Y al hacerlo, entiende que todas las disposiciones superiores deben ser tenidas en cuenta en su integridad, eludiendo la hermenéutica descontextualizada de normas **aisladamente consideradas. Debe, por** lo tanto, hacer una lectura de la preceptiva superior que integre todas las disposiciones, a fin de obtener un entendimiento sistemático y coherente del estatuto fundamental.

Se ha dicho también, que los valores y principios fundamentales son normas que orientan la producción, aplicación e interpretación de las demás normas; que determinan criterios interpretativos del resto del ordenamiento constitucional, y que en caso de conflicto entre los distintos valores o principios superiores, el intérprete debe acudir a la ponderación de los mismos a fin de lograr su máxima efectividad. Respecto de la igualdad, se ha afirmado que ella no es solamente un derecho fundamental sino un valor y un principio constitucional que implica la proscripción del trato arbitrario. Estos criterios servirán para llevar a cabo el examen de constitucionalidad de las normas demandadas.

*En el presente caso, la Corte aprecia una colisión entre dos reglas constitucionales. De un lado está la contenida en el artículo 33 superior, el cual, aunque está ubicado dentro del capítulo de los Derechos Fundamentales, se estructura como una típica regla de derecho, y no como un valor o principio. Su tenor literal indica que “(n)adie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.” Como puede verse, la disposición contempla: i) un supuesto de hecho –ser pariente en los grados de consanguinidad, afinidad o parentesco civil que se mencionan, y haber sido requerido por la autoridad judicial para declarar en contra de tales parientes-, y ii) una consecuencia jurídica que es la imposibilidad en que están las autoridades de obligar a declarar en tales circunstancias. En tal virtud responde exactamente a la definición doctrinaria de regla, que tiene por tal a aquella disposición que “define, en forma general y abstracta, un supuesto de hecho y se determina la consecuencia o consecuencias jurídicas que se derivan de la realización del mismo; una disposición, pues, derechamente construida para regular u ordenar de forma directa la vida humana, la realidad social”<sup>31</sup>*

Frente a esta regla está la del inciso 4º del artículo 42 de la Carta, según el cual, *“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”*. Regla esta que también contempla un supuesto de hecho - la presencia de hijos de cualquier categoría de las enunciadas – y una consecuencia jurídica cual es la titularidad de los mismos derechos en cabeza de ellos.

La contradicción entre las antedichas reglas se evidencia con un ejemplo hipotético: conforme a la del artículo 33, un hijo adoptivo estaría llamado a declarar en contra de su abuelo o su hermano adoptivo, pues tales parientes están respecto de él en el segundo grado de parentesco civil, y por lo tanto la situación de hecho no caería bajo el supuesto normativo de la disposición. Al paso que conforme a la regla del artículo 43 superior debe entenderse que si un hijo matrimonial o extramatrimonial no está llamado a declarar contra su abuelo o hermano consanguíneo, el hijo adoptivo del ejemplo propuesto tampoco lo está, pues *“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”*.

Ahora bien, bajo las dos reglas anteriores subyacen varios principios constitucionales entendidos como arriba fueron explicados. En efecto, bajo la regla del artículo 43 está el principio general de igualdad a que se refiere el artículo 13 constitucional, pudiéndose afirmar, como antes se dijo, que aquella regla no es más que la concreción, en el terreno de las relaciones familiares, del referido principio de igualdad contenido en ésta última norma superior. De otro lado, el principio que motiva la regla del artículo 33 de la Carta es el de no incriminación de familiares, fundamentado a su vez en los valores y principios más generales de respeto a la dignidad de la persona humana, respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad de conciencia, y en la protección especial a la intimidad y unidad de la familia. No obstante, la redacción de esta última norma (la del artículo 33) limita la vigencia de los aludidos principios en relación con los hijos adoptivos, pues respecto de ellos la excepción al deber de declarar se restringe al primer grado de parentesco civil, como ya se

---

<sup>31</sup> Parejo Alfonso, Luciano. CONSTITUCIÓN Y VALORES DEL ORDENAMIENTO. Artículo incluido en ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. HOMENAJE AL PROFESOR EDUARDO GARCÍA DE ENTRERRÍA. Tomo I págs 123

ha explicado. Para esta categoría de hijos, el artículo parece dar preferencia al principio general que obliga a todas las personas a colaborar con la administración de justicia, deber de rango constitucional del cual se desprende el de declarar en juicio cuando se es requerido para ello. (C.P. artículo 95)

Así pues, sintetizando el problema que se analiza, puede decirse que en relación con los hijos adoptivos el artículo 33 de la Constitución ha restringido el alcance de los principios de no incriminación de familiares, respeto a la intimidad familiar, de protección a la familia y respeto a la dignidad humana, para hacer prevalecer la obligación de colaborar con la recta administración de justicia. (C.P artículo 95). De otro lado, el artículo 43 superior, antes aludido, parece ubicarse en una posición más garantista del derecho a la igualdad, afirmando categóricamente que en todos casos los hijos adoptivos tendrán iguales derechos que los demás.

Visto lo anterior, estima la Corte que es necesario llevar a cabo una labor de interpretación, aplicando el criterio de armonización, que ponderando los distintos principios constitucionales implicados en el presente asunto, maximice su efectividad a la hora de aplicar las normas acusadas. Ponderar, a voces del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua significa, entre otras cosas, “contrapesar o equilibrar”. Y justamente eso es lo que el intérprete autorizado de la Constitución debe hacer en el presente caso: fijar cuál es la interpretación de las normas acusadas, que permita que al ser aplicadas se equilibre y armonice la aplicación de todos los principios constitucionales implicados en ellas.

La armonización de los distintos principios constitucionales que están en juego en este caso, en el momento de aplicar las normas acusadas implica necesariamente hacer operantes los principios de igualdad, no discriminación por el origen familiar, dignidad, libertad de conciencia y respeto a la intimidad y unidad familiar. Por lo tanto tales normas no pueden ser interpretadas únicamente a la luz de la restricción que para los hijos adoptivos establece la regla del artículo 33 superior. Esta restricción del alcance de la excepción al deber de colaborar con la recta administración de justicia, que obliga a declarar en contra de ciertos parientes muy próximos, si se aplica sin equilibrarla con la regla que fija el artículo 42 de la Carta, conduce a una restricción desproporcionada del derecho a la igualdad y a la dignidad de los hijos adoptivos, y cercena la protección a la intimidad y unidad familiar por la que propende también la Constitución. Por eso los hijos adoptivos deben ser llamados a declarar contra sus parientes más próximos en las mismas condiciones en que son llamadas las demás categorías de hijos. Esto, sin duda, significa un recorte de la obligación de colaborar con la administración de justicia, pero este sacrificio de tal deber constitucional, (aceptado por las normas superiores en relación con las demás categorías de hijos), se revela menos lesivo de derechos y principios fundamentales, que el de la aplicación imponderada de la regla contenida en el artículo 33 en relación con los hijos adoptivos.

11. No es la primera vez que la Corte armoniza distintos principios constitucionales implicados en la aplicación de las normas jurídicas. Así lo hizo, por ejemplo, en la Sentencia C-225 de 1995<sup>32</sup> cuando ponderó el principio de obediencia debida de los militares a que se refiere el inciso

---

<sup>32</sup> M.P. Alejandro Martínez Caballeo

segundo del artículo 91<sup>33</sup> de la Constitución, con los principios también superiores de dignidad e integridad de la persona humana. En esa ocasión se expresó de la siguiente manera:

“Estas consideraciones muestran que no se puede interpretar el artículo sobre la obediencia militar debida (CP art. 91) en forma aislada, sino que es necesario determinar su sentido de manera sistemática. Es pues necesario poner en relación este principio con los otros principios, derechos y deberes consagrados por la Carta, y en particular se requiere armonizar su alcance con las obligaciones mínimas impuestas a las partes en conflicto por el derecho internacional humanitario con el fin de proteger, en todo momento, la dignidad y la integridad de la persona humana, puesto que la obediencia militar no puede ser ciega frente a órdenes claramente contrarias a estos valores. Ya esta Corporación había señalado que la fuerza irradiadora de los derechos fundamentales, "por el lugar prioritario que ocupan en el orden político, económico y social justo, limita entre otros, el alcance del artículo 91 de la Constitución"<sup>34</sup>.

En tales circunstancias, una conclusión se impone: no se puede invocar la obediencia militar debida para justificar la comisión de conductas que sean manifiestamente lesivas de los derechos humanos, y en particular de la dignidad, la vida y la integridad de las personas, como los homicidios fuera de combate, la imposición de penas sin juicio imparcial previo, las torturas, las mutilaciones o los tratos crueles y degradantes. Esta conclusión no sólo deriva de la importancia de estos valores en la Constitución colombiana y en el derecho internacional humanitario sino que, además, coincide con lo prescrito por otros instrumentos internacionales en la materia que obligan al Estado colombiano.”

**Y en otra oportunidad, la Corte igualmente recurrió a la ponderación y armonización de principios y normas constitucionales, a fin de fijar la interpretación de disposiciones legales sometidas a su examen, que más se acomodaba a la Carta:**

“En lo que sí le asiste razón al demandante es en que existe una incongruencia de carácter constitucional entre la disposición que le asigna a la Policía Nacional naturaleza civil (art. 218 C.N.) y la que ordena que los delitos cometidos por sus miembros en servicio activo y por razón del mismo, sean de conocimiento de las cortes marciales o tribunales militares (art. 221 C.N.) pues, siendo coherentes, tal juzgamiento debería estar a cargo de autoridades civiles. Sin embargo, esta evidente anomalía no puede ser corregida por la Corte Constitucional a quien se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos a que aluden los artículos 241 y ss. del Estatuto Máximo, sino mediante una reforma constitucional utilizando cualquiera de los mecanismos que el Constituyente ha consagrado para ello. (art. 374 ibidem).

---

<sup>33</sup> “ARTICULO 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.”

<sup>34</sup> Sentencia T-439/92. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

**“Ante casos como éste la Corte debe dar aplicación al denominado "principio de armonización"<sup>35</sup>, para lograr mediante una interpretación sistemática hacer congruentes los distintos preceptos constitucionales que regulan el asunto materia de debate, teniendo en cuenta que, aún ante la incongruencia anotada, la Corporación no puede desconocer el contenido del artículo 221 Superior, disposición que no resulta irreconciliable con la contenida en el artículo 218 ibidem que consagra el carácter civil de la Policía Nacional.**

De otro lado, cabe aclarar al demandante que la teoría alemana de las "antinomias constitucionales"<sup>36</sup>, que considera la posibilidad de que existan normas constitucionales inconstitucionales, no tiene cabida en este proceso, pues ella se funda en la jerarquía entre disposiciones constitucionales (v.g. supremacía de normas dogmáticas sobre normas orgánicas), y está destinada a aplicarse sólo en aquellos casos extremos en los que la contradicción normativa impide al intérprete aplicar el principio general de armonización.”<sup>37</sup>

Visto lo anterior, la Corte entiende que el artículo 33 de la Constitución, debe ser interpretado en armonía con el valor y principio de igualdad, concretamente en cuanto tiene el alcance de proscribir las diferencias de trato por el origen familiar (artículo 42 C.P). Así, su lectura literal debe complementarse con la prohibición referida, de donde se deduce que, para efectos de aplicar las normas acusadas que lo reproducen, es menester extender el alcance de la excepción al deber de declarar, de manera que cobije a los parientes adoptivos hasta el cuarto grado. Esta interpretación armónica de las normas superiores, tiene en consideración del carácter fundamental y de aplicación inmediata que tiene el derecho que reconoce el inciso 4° del artículo 42 de la Constitución Política (derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones familiares). Como tal, la efectiva aplicación de tal derecho no está condicionada a la intervención del legislador.

Conforme con todo lo que se ha expuesto hasta ahora, el problema jurídico que se plantea en la presente oportunidad no es un problema de inconstitucionalidad de las disposiciones acusadas, porque reproducen el artículo 33 de la Carta, sino de integración sistemática de las normas constitucionales implicadas en el momento de su aplicación.

## VII- DECISIÓN

---

<sup>35</sup>Cf. Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987. p. 291-192: “Una norma constitucional no debe ser interpretada de forma aislada; la constitución constituye una unidad...Las normas constitucionales están en una relación de tensión recíproca, tienen que ser ‘armonizadas’, ser puestas en concordancia la una con la otra...De la unidad de la constitución se deduce la tarea de optimización o armonización de las normas constitucionales...”

<sup>36</sup>La teoría es defendida en la actualidad especialmente por Peter Häberle. Una exposición sucinta de su contenido se encuentra en Klaus Stern, op. cit. p. 293.

<sup>37</sup> Sentencia C-444 de 1995. M.P Carlos Gaviria Díaz. En esta Sentencia la Corte examinó unas disposiciones de los Decretos 041 de 1994 y 2550 de 1988 que extendían el fuero penal militar a los miembros de la Policía Nacional, normas que habían sido acusadas de contrariar la naturaleza civil que la Constitución le reconocía a esa institución en el artículo 218.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

**RESUELVE**

**Primero:** Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones “*primero civil*” contenidas en los artículos 283 del Decreto 2700 de 1991, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999 y 267 y 337 de la Ley 600 de 2000.

**Segundo: Declarar que en la aplicación de las normas legales antes mencionadas se deberá hacer una integración de las mismas con lo previsto en el inciso 4° del artículo 42 de la Constitución Política.**

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (e)

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

CLARAINÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que la H. Magistrada Doctora Clara Inés Vargas Hernández, no firma la presente sentencia por cuanto se encontraba en comisión oficial en el exterior, debidamente autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

## Salvamento parcial de voto a la Sentencia C-1287/01

**ANTINOMIA CONSTITUCIONAL**-Armonización por aplicador de la ley (Salvamento parcial de voto)

**NORMA CONSTITUCIONAL**-Incompetencia para determinar interpretaciones ajustadas o no a la Constitución (Salvamento parcial de voto)

**NORMA CONSTITUCIONAL**-Reproducción por norma legal/**NORMA CONSTITUCIONAL**-No señalamiento de exequibilidad (Salvamento parcial de voto)

**NORMA CONSTITUCIONAL**-No existencia de interpretaciones que la contradigan (Salvamento parcial de voto)

*Nuestro ordenamiento se erige sobre el principio lógico de que no hay normas constitucionales inconstitucionales, lo cual incluye las interpretaciones que se hagan de ellas: no hay interpretaciones de normas superiores que contradigan la propia Constitución. En efecto, la voluntad del constituyente primario no puede ser sustituida por el querer del juez, así se trate de la cabeza de la jurisdicción constitucional.*

**ANTINOMIA CONSTITUCIONAL**-Resolución por el aplicador de la norma frente al caso concreto (Salvamento parcial de voto)

*Si bien la Corte puede afirmar, en gracia de discusión, que las disposiciones son antinómicas, no es ella, como máximo intérprete constitucional, la encargada de resolver tal antinomia, pues esa labor compete exclusivamente al aplicador de las normas frente a un caso concreto. Aun cuando la norma constitucional sea interpretada de cierta manera, el precepto de rango legal que la reproduce textualmente debe aplicarse de esa forma, pero en ningún momento la hace constitucional o inconstitucional.*

Referencia: expediente D-3549

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 431 y 495 de la Ley 522 de 1999, 283 del Decreto 2700 de 1991 y 267 y 337 de la Ley 600 de 2000 (parciales).

Actor: Rodrigo Martínez Silva y Marcela Juana Paola Casabianca Zuleta

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

El suscrito votó afirmativamente el artículo primero de la parte resolutive de la sentencia C-1287, en la que la Corte declaró la constitucionalidad de la expresión “primero civil” contenida en los artículos 283 del Decreto 2700 de 1991, 431 y 495 de la ley 522 de 1999 y 267 y 337 de la ley 600 de 2000. Sin embargo, con el debido respeto me permito salvar el voto respecto del artículo segundo de la decisión, según la cual la corporación ordena

**“Declarar que en la aplicación de las normas legales antes mencionadas se deberá hacer una integración de las mismas con lo previsto en el inciso 4° del artículo 42 de la Constitución Política.”**

Las razones por las cuales me separo de esa decisión mayoritaria son las siguientes:

1. No es necesario tomar la determinación de la cual me aparto, toda vez que el encargado de aplicar la ley es quien debe armonizarla con todas las normas de la Constitución (no sólo con el artículo 42) y las demás normas legales.

2. El artículo 33 de la Constitución Política consagra el principio de no incriminación, según el cual “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.” Cada una de las normas demandadas, como se advierte en la sentencia, reproduce de manera literal el canon constitucional citado.

El examen de constitucionalidad que debe efectuar la Corte, al tenor del artículo 241 Superior, consiste en determinar si una *ley* o una *norma con fuerza de ley* se ajusta o no a la *Constitución Política*, lo cual se traduce en la labor de verificar una posible contradicción entre una norma de inferior jerarquía, expedida por el legislador ordinario o extraordinario, frente a una disposición superior, fruto de la voluntad del constituyente. En consecuencia, no le es dado a la Corte determinar si frente a una norma superior hay interpretaciones que se ajustan a la Constitución y otras que la contradicen, pues ello equivale a decidir si un canon constitucional debe estar contenido en la Carta Política o no, lo cual, por supuesto, implica un desbordamiento de las funciones que el constituyente le asignó a esta corporación.

Una sentencia modulativa o interpretativa implica la determinación de que existen, frente a una norma X, una interpretación a, b y c, de las cuales sólo una o más de ellas son constitucionales, mientras que la otra o las otras interpretaciones contradicen la Carta Política.

Ahora bien, sostener, como hace la mayoría, que una norma de rango legal que reproduce literalmente una disposición constitucional tiene una interpretación que se ajusta a la Carta y otra que la contradice, es claramente una forma de decir que la propia norma constitucional tiene una interpretación que es executable y otra que no lo es. Lo anterior es tanto como sostener que la Constitución, interpretada de cierta manera, puede ser inconstitucional.

En el sistema jurídico colombiano, la Corte no tiene la facultad para determinar si una norma de rango constitucional debe ser retirada de la Carta Política por inconstitucionalidad material, ni si una o varias interpretaciones que se hagan de ella son inconstitucionales. Aun cuando tiene la función de control constitucional sobre los actos reformativos de la Carta Política, es un control que se limita a la verificación de los requisitos de procedimiento en su formación.

En efecto, nuestro ordenamiento se erige sobre el principio lógico de que no hay normas constitucionales inconstitucionales, lo cual incluye las interpretaciones que se hagan de ellas: no hay interpretaciones de normas superiores que contradigan la propia Constitución. En efecto, la voluntad del constituyente primario no puede ser sustituida por el querer del juez, así se trate de la cabeza de la jurisdicción constitucional.

Así lo dispone el artículo 241 Superior, según el cual a la Corte “se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”. Con tal fin, entre otras, cumple la función de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes y contra los decretos con fuerza de ley, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

En ejercicio de estas precisas funciones, la corporación tiene ciertos límites pues, como se ha insistido en otros salvamentos de voto, es un órgano constituido, no constituyente, razón por la cual se encuentra sometida al artículo 121 de la Constitución, que establece que “ninguna autoridad del estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.”

Con fundamento en lo anterior, mal haría la Corte en determinar que una norma contenida en la Constitución Política, promulgada por el órgano constituyente, es inconstitucional. Por supuesto, esto no se afirma expresamente en el fallo del cual me separo parcialmente pero, como se vio, tal decisión deja abierta la posibilidad de que el juez constitucional suplante al constituyente al determinar que una norma constitucional tiene una interpretación que ajusta a la Carta Política y otra u otras que la contradicen.

3. Al afirmar que en la aplicación de las normas legales demandadas “se deberá hacer una integración de las mismas con lo previsto en el inciso 4° del artículo 42 de la Constitución Política”, la Corte confundió el problema de la **constitucionalidad** de las normas con el de su **aplicabilidad**.

Si bien la Corte puede afirmar, en gracia de discusión, que las disposiciones son antinómicas, no es ella, como máximo intérprete constitucional, la encargada de resolver tal antinomia, pues esa labor compete exclusivamente al *aplicador* de las normas frente a un caso concreto. Aun cuando la norma constitucional sea interpretada de cierta manera, el precepto de rango legal que la reproduce textualmente debe **aplicarse** de esa forma, pero en ningún momento la hace **constitucional** o **inconstitucional**. En este sentido, la corporación no debió atar la constitucionalidad de las normas impugnadas a la “integración de las mismas con lo previsto en el inciso 4° del artículo 42 de la Constitución Política”.

Las antinomias existentes en el ordenamiento jurídico, por lo general, son aparentes. En tales casos, existen reglas que permiten establecer criterios para resolver la supuesta

contradicción, vr.gr. la norma superior prevalece sobre la de inferior jerarquía, la especial sobre la general y la posterior sobre la anterior. La misma Carta Política, en su artículo 4º, establece que “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

El verdadero problema para quien *aplica* el ordenamiento jurídico se presenta cuando enfrenta verdaderas normas antinómicas, esto es, disposiciones de igual jerarquía y expedidas en el mismo momento, esto es, con identidad cronológica. En estos casos, se insiste, el problema no radica en la constitucionalidad de las normas sino en su aplicabilidad, y ahí radica la confusión en que incurrió la facción mayoritaria de la Corte.

La teoría pura del derecho enseña que el problema que enfrenta esta ciencia no radica en la disyuntiva basada en juicios de verdad y de falsedad, como ocurre con los sistemas basados en la lógica formal. En estos sistemas una disposición X, si es falsa, no puede ser verdadera, así como una disposición Y, si es verdadera, no puede ser falsa, lo que se conoce como el principio de no contradicción.

En el derecho, las normas no son falsas y otras verdaderas; de éstas sólo puede predicarse su validez y su vigencia. Dentro de un sistema jurídico es posible que dos normas, igualmente válidas y vigentes, se opongan entre sí y por lo mismo sean contradictorias. Por ejemplo, la norma A puede decir: “El que vaya al bosque no puede cortar flores” y la norma B, igualmente válida y vigente, de la misma jerarquía y expedida en el mismo tiempo, puede decir lo contrario: “El que vaya al bosque puede cortar flores”.

Aquí no se trata de que una norma sea verdadera y la otra falsa, pues no se aplican las reglas de la lógica formal. Como lo afirma Kelsen, “un conflicto entre normas no es una contradicción lógica ni ninguna otra cosa que pueda compararse con ésta.” Citando a Arthur Drew, agrega que “el principio de no contradicción expresa una relación entre dos juicios. (...) De dos juicios de los cuales uno afirma aquello que el otro niega, uno de los dos debe ser falso.” Y concluye que “el principio de no contradicción sólo es aplicable a la relación entre juicios, no a la relación entre normas”.<sup>38</sup>

Cuando se presentan dos normas igualmente válidas que se oponen, como las del ejemplo, el problema es de aplicación de la norma jurídica. En el caso que nos ocupa, la contradicción aparente o real de normas constitucionales no hace inconstitucional a ninguna de las normas que se oponen.

En síntesis, el problema del derecho radica en la forma como han de *aplicarse* de manera armoniosa las distintas normas en casos concretos. En este orden de ideas, y siendo el control de constitucionalidad de carácter abstracto, resulta improcedente incluir en la parte resolutive de la sentencia una declaración sobre cómo ha de aplicarse la ley, pues ello corresponde a la autonomía del juzgador en el caso concreto.

---

<sup>38</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General de las Normas*. Editorial Trillas, México, 1994. Pg. 131.

4. En conclusión, con la decisión de la Corte en el artículo segundo de la parte resolutive se deja abierta la posibilidad de que un precepto de la Constitución, en este caso el 33, pueda ser parcialmente inconstitucional, en virtud de que puede tener al menos una interpretación que vulnera el Estatuto Fundamental.

Además, la Corte confunde la constitucionalidad de las normas acusadas con la aplicabilidad de las mismas, lo cual compete a su aplicador, no al tribunal constitucional, a quien compete decidir si las leyes y las normas con fuerza de ley se ajustan a la Carta Política.

Por las anteriores razones, respetuosamente me separo de la decisión mayoritaria contenida en el artículo segundo de la parte resolutive de la sentencia.

Fecha ut supra.

JAIME ARAUJO RENTERIA  
Magistrado

#### **Salvamento Parcial de voto a la Sentencia C-1287/01**

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**-Carácter abstracto/**ANTINOMIA CONSTITUCIONAL**-Resolución por aplicador de la ley frente al caso concreto (Salvamento parcial de voto)

*Si la Constitución atribuye a la Corte en el ejercicio de la función de control de la constitucionalidad de las leyes hacer una confrontación sobre la validez de las mismas con respecto a la Carta Política, ese control es de carácter abstracto y, en consecuencia, resulta por completo improcedente la inclusión en la parte resolutive de la sentencia de una declaración que indica cómo ha de aplicarse la ley, pues a mi juicio ello corresponde a la autonomía del juzgador sin que pueda de antemano y con antelación indicársele cómo proceder en cada caso concreto desde la Corte Constitucional.*

El suscrito magistrado, con el debido respeto por las decisiones de la Corporación, en este caso me veo precisado a salvar parcialmente mi voto, por las razones que van a expresarse:

1ª. En la Sentencia con la cual culmina este proceso, se declara la exequibilidad de la expresión “primero civil”, que aparece contenida en los artículos 283 del Decreto-Ley 2700 de 1991, 431 y 495 de la Ley 522 de 1999, 267 y 337 de la Ley 600 de 2000, decisión está que comparto.

2ª. Con todo, en la parte resolutive del fallo al cual se refiere este salvamento de voto se agrega que en la aplicación de dichas normas ha de realizarse por los encargados de la

misma una integración con lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución en cuanto hace referencia a la protección de la integridad familiar.

3ª. En cuanto a la decisión acabada de mencionar en el numeral que precede, salvo el voto pues, resulta claro que si la Constitución atribuye a la Corte en el ejercicio de la función de control de la constitucionalidad de las leyes hacer una confrontación sobre la validez de las mismas con respecto a la Carta Política, ese control es de carácter abstracto y, en consecuencia, resulta por completo improcedente la inclusión en la parte resolutive de la sentencia de una declaración que indica cómo ha de aplicarse la ley, pues a mi juicio ello corresponde a la autonomía del juzgador sin que pueda de antemano y con antelación indicársele cómo proceder en cada caso concreto desde la Corte Constitucional, pues el artículo 228 de la Carta con absoluta claridad establece que las decisiones de los jueces “son independientes” y el artículo 230 de la misma tan sólo lo somete “al imperio de la ley”.

En tal virtud, si el juez considera en un caso particular y concreto que pueda existir antinomia entre lo dispuesto en el artículo 42 y lo preceptuado por el artículo 33 de la Carta Política, a él y no a otro ente judicial le corresponderá decidir en Derecho sin sometimiento previo a ninguna otra autoridad.

Fecha ut supra.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA