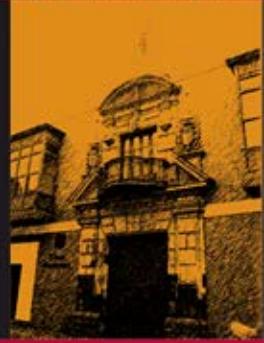


Año 1 N°5

Publicación no oficial

Palestra *del* Tribunal Constitucional

Revista mensual de Jurisprudencia



MAY | 2006


PALESTRA

DIRECTORES:
EDGAR CARPIO MARCOS
PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO

PALESTRA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Año 1 N°5

Publicación no oficial

Palestra *del* Tribunal Constitucional



Revista mensual de Jurisprudencia

PALESTRA EDITORES
LIMA - 2006

Palestra del Tribunal Constitucional

Revista mensual de Jurisprudencia

Año I, Número 5 - Mayo del 2006

DIRECTORES

Edgar Carpio Marcos

Pedro P. Grández Castro

COMITÉ ASESOR

Samuel Abad Yupanqui

Jorge Danós Ordóñez

Domingo García Belaunde

Víctor García Toma

Magdiel Gonzales Ojeda

COMITÉ DE REDACCIÓN

Luis Castillo Córdova

Luis Huerta Guerrero

Betzabé Marciani Burgos

Roberto Pereira Chumbe

Roger Rodríguez Santander

Luis Sáenz Dávalos

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Juan Manuel Sosa Sacio

© Copyright

: PALESTRA EDITORES S.A.C.
Jr. Ica 435 Of. 201 - Lima 1 - Perú
Telf. (511) 426-1363 / Telefax: (511) 427-1025
Website: www.palestraeditores.com
E-mail: palestra@palestraeditores.com

Nueva dirección:
Calle Salaverry 187 – Lima 18

DISEÑO DE CARÁTULA

: ANA CRIBILLERO C.

MOTIVO DE CARÁTULA

: CERÁMICA PINTADA. AVE MARINA. CHANCAY.
COSTA CENTRAL. S11D.C.

HECHO EL DEPÓSITO QUE ORDENA LA LEY

Cert N.º 2006-1614

Nº de registro del Proyecto Editorial: 31501010600197

ISSN: 1991-1661

Impreso en el Perú

Printed in Peru

CONTENIDO

JURISPRUDENCIA Y LA AUTONOMÍA INSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	I
VÍCTOR GARCÍA TOMA, <i>Presidente del Tribunal Constitucional</i>	
JURISPRUDENCIA DEL MES	
(Sentencias y resoluciones del mes de mayo ordenadas cronológicamente)	
02 de mayo	9
03 de mayo (STC 489/2006 a STC 493/2006)	17
04 de mayo (STC 494/2006 a STC 506/2006)	28
05 de mayo (STC 507/2006)	64
08 de mayo (STC 508/2006)	67
09 de mayo (STC 509/2006 a STC 517/2006)	130
10 de mayo (STC 518/2006 a STC 519/2006)	151
11 de mayo (STC 520/2006 a STC 523/2006)	163
15 de mayo (STC 524/2006 a STC 547/2006)	173
16 de mayo (STC 548/2006 a STC 553/2006)	260
17 de mayo (STC 554/2006 a STC 563/2006)	267
18 de mayo (STC 564/2006 a STC 565/2006)	290
19 de mayo (STC 566/2006)	500
22 de mayo (STC 567/2006 a STC 569/2006)	504
23 de mayo (STC 570/2006 a STC 590/2006)	312
24 de mayo (STC 591/2006)	367
25 de mayo (STC 592/2006 a STC 593/2006)	371
26 de mayo (STC 594/2006 a STC 602/2006)	382
29 de mayo (STC 603/2006 a STC 606/2006)	404
30 de mayo (STC 607/2006 a STC 621/2006)	410
31 de mayo (STC 622/2006 a STC 629/2006)	448
Fe de erratas (STC 280/2006)	474
ESTUDIOS A LA JURISPRUDENCIA	
Orden jurídico, articulación de fuentes y función racionalizadora de la jurisprudencia (Comentario a la STC 508/2006, Exp. N.º 047-2004-AI/TC)	
Pedro P. GRÁNDEZ CASTRO	479

Caso ne bis in idem: Nadie puede ser perseguido dos veces por el mismo fundamento (Comentario a la STC 546/2006, Exp. N.º 8123-2006-PHC/TC)	489
Ricardo LEÓN PASTOR	
La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad (Comentario a la STC 353/2006, Exp. N.º 0045-2004-PI/TC)	495
Carlos BERNAL PULIDO	
La constitucionalidad de la utilización de locutorios en los centros penitenciarios (Comentario a la STC 470/2006, Exp. N.º 0774-2005-HC/TC)	509
Roberto C. PEREIRA CHUMBE	
ESTUDIOS DE DOCTRINA CONSTITUCIONAL	
50 años de jurisprudencia constitucional en Italia	
Eduardo Rozo ACUÑA	517
El proceso competencial en el Código Procesal Constitucional	
Javier ADRIÁN	541
LISTADO DE RESOLUCIONES PUBLICADAS EN LA PÁGINA WEB	
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	569
ÍNDICES	
Índice de sentencias numeradas	607
Índice de resoluciones por número de expediente	616
Índice por normas	619
Índice por temas	625
COLABORARON EN ESTE NÚMERO	633

ORDEN JURIDICO, ARTICULACION DE FUENTES Y FUNCION RACIONALIZADORA DE LA JURISPRUDENCIA

(Notas a propósito de la STC 508/2006, Exp. N.º 047-2004-AI/TC)*

PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONCEPCIÓN DE ORDEN JURÍDICO DEL TC. III. POSITIVISMO VS. PRINCIPIALISMO EN LA CONCEPCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO. IV. LAS CONSECUENCIAS DE LA CONCEPCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SU FORMULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES. V. EL RECONOCIMIENTO DE LAS ANTINOMIAS Y SU LIMITACIÓN PARA RESOLVER CONFLICTOS DE PRINCIPIOS. VI. LA JURISPRUDENCIA Y SU PAPEL EN LA “RACIONALIZACIÓN” DEL DERECHO “DISPERSO”. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. Introducción

La sentencia que suscita este breve comentario se instala entre aquellas que en los últimos años el Tribunal Constitucional viene emitiendo, en un esfuerzo por hacer “docencia constitucional” desde los *obiter* de sus decisiones. Si no fuera por la carencia real de trabajos de dogmática constitucional en nuestro medio, quizá esta labor del Tribunal no tendría por qué ser resaltada y a lo mejor debería ser hasta criticada. En efecto, en otros contextos parece claro que la labor de un Tribunal no es sustituir a la dogmática o a los esfuerzos por sistematizar el conocimiento jurídico propia de la academia y de los profesores universitarios. Lo que no impide, desde luego, que muchas veces el Tribunal, a través de auténticos *obiter dicta*, haga avanzar el derecho constitucional y la concepción de los derechos fundamentales en el país, lo cual tampoco escapa al ámbito de sus competencias institucionales.

En el caso que comentamos se trataba de resolver un conflicto de atribuciones entre el gobierno regional de San Martín y el gobierno central, en torno al nombramiento de profesores que con antelación habían aprobado un concurso público. Como quiera que tales atribuciones vienen respaldadas en normas legales, el conflicto se canaliza a través de un Proceso de Inconstitucionalidad en el que el gobierno regional de San Martín reclama para sí la competencia para nombrar a los profesores, sobre la base de lo que establece el artículo 191 de la Constitución y los artículos 46 y 47 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales; mientras que el gobierno central, a través del representante del Congreso de la República, sostiene que las competencias en materia de nombramientos de profesores han sido fijadas por la Ley y que la misma es compatible con las atribuciones que corresponden al Ejecutivo.

No obstante, el Tribunal encuentra que tal conflicto requiere previamente –y a efectos de que el “hilo argumental resulte lo más claro posible”– que se “desarrolle el mar-

* Puede consultar la STC 508/2006, Exp. N.º 0047-2004-AI/TC, publicada a texto completo en este volumen de *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (página 67 y ss.)

1 Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Co-director de la revista Palestra del Tribunal Constitucional.

co constitucional de las fuentes del Derecho”, tema al que previamente ya había dedicado algunas de sus consideraciones en la STC Exp. 005-2003-AI/TC, tal como el propio Tribunal se encarga en recordarlo. Se trata entonces de elaborar una cierta doctrina de las fuentes del derecho peruano, aspecto central en el actual constitucionalismo.

Dentro de esta estructura conceptual del Tribunal, merecen nuestra atención su concepción sobre el orden jurídico, la dimensión de las fuentes y sobre todo el rol que la jurisprudencia debe jugar en el actual Estado Constitucional.

II. La concepción de Orden Jurídico del TC

Conforme lo expresa el propio Tribunal, la sentencia bajo comentario viene a ser el desarrollo de otra anterior, donde se había ya adelantado algunas “ideas” en torno a la noción de sistema jurídico, su estructura jerárquica y sobre todo, el ideal de la coherencia y la plenitud del ordenamiento jurídico como postulados ideológicos. Estos son, no hay que olvidarlo, los presupuestos teóricos e ideológicos sobre los que luego el Tribunal va a intentar estructurar el sistema de fuentes del derecho peruano.

La sentencia a la que se remite el Tribunal es la emitida en el Exp. 005-2003-AI/TC, donde se analizó la constitucionalidad de la Ley que autorizaba la celebración de un “contrato-ley” del Estado Peruano con la Compañía Peruana de Teléfonos (hoy Telefónica S.A.A.). En dicha oportunidad el Tribunal inicia su argumentación presentando como marco conceptual su concepción sobre el orden jurídico. “El orden jurídico – sostiene el Tribunal–, es un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas”(f. j. 3)

De ese modo, el Tribunal se adhiere a una vertiente del positivismo más ortodoxo, aquel que cree en la plenitud hermética del orden jurídico, estableciendo, de manera hasta cierto punto sorprendente, la existencia del orden jurídico a partir del propio orden, capaz de producir internamente su propia validez. Dice el Tribunal, “Unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas”, estableciéndose una interdependencia cerrada dentro de un sistema de fuentes que no conoce mas que un orden positivo estático y fundamentalmente estatal. Esta postura ha sido de nuevo recogida y reiterada con mayor insistencia en la sentencia bajo comentario, al señalar que “(...)Esta normatividad sistémica se rige bajo el criterio de la unidad, ya que se encuentra constituida sobre la base de un escalonamiento jerárquico, tanto en la producción como en la aplicación de sus determinaciones coactivas” (FJ. 47). Por tanto el sistema jurídico es no sólo unitario, cerrado y coherente, sino también jerarquizado y “coactivo”.

Como para no dejar dudas sobre esta postura, el Tribunal también declara en esta sentencia una especie de petición de principio, al sostener la famosa tesis de la coherencia, es decir, “(...) la existencia de la unidad sistemática del orden jurídico, lo que, por ende, indica la existencia de una relación de armonía entre todas las normas que lo conforman” (f. j. 47)

El concepto de validez jurídica, consecuente con esta postura, es aquel que apela a un criterio de validez deductiva, o procedimental. Así, “una norma jurídica solo adquiere valor de tal, por su adscripción a un orden”, o con mayor precisión aun, “toda norma encuentra su fundamento de validez en otra superior, y así sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental” (f. j. 3, Exp. 005-2003-AI/TC).

Si bien es verdad que estas aseveraciones han planteado desde siempre encendidos debates entre los teóricos del Derecho, sorprende la forma tan honesta, y hasta cierto punto ingenua, en que aparece en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. No solo por que su formulación requeriría de una serie de precisiones que no es siempre fácil resumir en una sentencia, sino por que además resultan, como veremos, tremadamente contradictorias con la propia tradición de los Tribunales Constitucionales, máxime si se toma en cuenta que ha sido precisamente la insurgencia de la justicia constitucional la que ha supuesto, en todo Europa occidental, el desafío más notorio para las tesis que ahora con tanta claridad parece defender nuestro Tribunal.

¿Pero que supone hoy en día sostener, como lo hace el Tribunal, la tesis de la plenitud y la coherencia hermética del orden jurídico?, ¿es compatible esta tesis con el constitucionalismo de posguerra, que reconoce una sociedad plural como referente de regulación social?

Como es sabido, ni en el seno del positivismo jurídico es posible reconocer hoy en día una postura tan dogmática como la que parece sugerirnos el máximo Tribunal. Hart por ejemplo, uno de los representantes del *soft positivism* o “positivismo suave”, ha matizado varias de las concepciones iniciales de la versión dura del positivismo kelseniano, lo que ha llevado a Genaro CARRIÓN (1990, p. 336) a considerar que a partir de Hart, ya no pueda predicarse ni la coherencia ni la plenitud del orden jurídico, como tesis del positivismo jurídico puesto que, “las incertidumbres que se originan en la textura abierta del lenguaje de las leyes, y otras incertidumbres más complejas, propias del Derecho Judicial, impidan que atribuyamos dichas propiedades al orden jurídico”.

Pero además de ello, la concepción positivista de orden jurídico, forjada en plena efervescencia de los Estados nacionales, tampoco resulta hoy en día compatible con un escenario donde, más que hablar de un único “orden jurídico” estatal, habría que repensar la articulación de “órdenes” u “ordenamientos” que se forjan en estrechos vínculos desde el sistema internacional, hasta los “ordenamientos” regionales y locales, para detenerlos en los “sistemas” altamente especializados de determinados sectores o materias del Derecho (piénsese por ejemplo el orden jurídico del derecho de patentes que incorpora elementos nacionales, regionales y mundiales). De este modo, ni la ley ni el Estado nacional están ya en capacidad de totalizar y “cerrar” un sistema que se muestra más bien abierto a las influencias, no sólo de las otras fuentes *para-* o *supra*-estatales, sino muchas veces a fuentes tendencialmente contradictorias en su propio seno.

La convergencia de órdenes y sistemas de fuentes capaces de producir, alterar o desdibujar en muchos casos esa coherencia armónica o la plenitud a la que aspira la técnica jurídica, hacen de esta última solo una aspiración, un ideal al que debe orientar su tarea racionalizadora quien va a aplicar dichas fuentes. En consecuencia, como lo pone en evidencia BALAGUER CALLEJÓN (2003, p. 188), “(...) los rasgos considerados tradicionalmente como característicos del ordenamiento jurídico (unidad, plenitud, coherencia) se intentan mantener en una situación en la cual hay una diversidad de ordenamientos que existen sobre un mismo territorio, cuyas normas confluyen y a veces colisionan y en la cual hay que resolver necesariamente los conflictos de normas para que sólo una norma sea la aplicable, dentro de la pluralidad de normas que coexisten en ese territorio y que proceden de diversos ordenamientos”.

III. Positivismo vs. principialismo en la concepción del orden jurídico

La concepción positivista del orden jurídico y del sistema de fuentes parece, de este modo, entrar en contradicción con algunos de los postulados básicos del constitucionalismo actual. La primera de estas contradicciones se revela con facilidad si se considera que, con frecuencia, los Tribunales Constitucionales se resisten a considerar al sistema jurídico como un sistema de reglas cerradas, puesto que, como lo ha descrito GARCÍA FIGUEROA, el propio modelo Constitucional es un modelo *principialista*, en el sentido de que las normas constitucionales, no tienen la estructura normativa de las reglas (presupuesto-consecuencia) sino que son básicamente principios, donde muchas veces ni el presupuesto ni la consecuencia aparecen con claridad para el intérprete. Como lo ha advertido ZAGREBELSKY (1995, p.110), “(...) si el derecho actual esta compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (...)”

De este modo el *principialismo*, que se presenta en este punto como característica descriptiva del constitucionalismo actual, en cuanto técnica de regulación social, parece más coherente, en el plano teórico, para dar cuenta acerca de lo que el Tribunal Constitucional realiza todos los días. Pues bien, desde el *principialismo*, tanto la tesis de la plenitud en abstracto del sistema jurídico, como el ideal de coherencia parecen aspiraciones o ideales de otros tiempos. Así mismo, concepto de validez de la norma sólo a partir de su verificación formal de pertenencia al sistema jurídico no parece reflejar lo que en la propia práctica hace el Tribunal a diario².

El *principialismo* supone, en este punto, un sistema de regulación que no se agota en un modelo jerárquico de reglas “armónicas” y “cerradas” como propone el positivismo, sino que, al contrario, propone un modelo de Derecho abierto a influencias de distinto tipo, entre éstas, desde luego, las influencias de distintos actores sociales sin que el poder de crear normas de agote en los poderes formalmente constituidos como el Parlamento o el Ejecutivo.

El Derecho que emerge de un modelo como el del *derecho por principios*, es capaz de dejarse influenciar por la práctica social y que tiende vasos comunicantes entre Derecho, ética y política. Por ello mismo, en el constitucionalismo, la validez no puede ser un asunto solo procedural, es decir formal, sino que requiere y exige cierto esfuerzo de legitimidad argumentativa a partir de los principios y valores que se han incorporado al propio sistema a través de los procesos constituyentes.

El constitucionalismo se muestra en este sentido, más cercano al principialismo como teoría del Derecho y no al positivismo, dado que se sustenta en una concepción de sociedad democrático pluralista. En efecto, en el Estado Constitucional no existe el ideal de unidad monolítica, capaz de articular, de modo inequívoco, las fuerzas generadoras de derechos. Por ello, antes que predicar un Derecho armónico coheren-

² Un buen ejemplo de esto lo constituye la aplicación de nociones como “razonabilidad”, “proporcionalidad” o la apelación a los valores constitucionales, donde el control del tribunal no se agota en el examen formal como lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional.

te y pleno, *ex ante* y en abstracto, quizá convenga hablar de puntos de partida capaces de generar dicha unidad, no sólo a partir de unas únicas fuentes estatales, sino a partir de un discurso pluralista, en suma a partir de la Constitución. De este modo, como bien señala GARCÍA FIGUEROA, este ideal regulativo de las fuentes, se aproxima más a “la idea de *mitezza*³ íntimamente ligada a la dimensión principal del derecho y a la inadecuación de un modelo positivista de este”.

En un modelo como el del *derecho por principios* –o que incorpora principios– la coherencia supone, antes que un intento de descripción idealizada del orden jurídico, un ideal para acción de los operadores, un mandato para el razonamiento práctico, en un intento por comprender el derecho en su dimensión dinámica, poniendo los “pies sobre la tierra” y sin dejarse “desviar” por las abstracciones de los libros (*vid. ZAGREBELSKY, cit., p. 122*).

A partir de este enfoque, tanto la *coherencia* como la *plenitud* como características del orden jurídico, en un modelo que pretende definirse sólo a partir de su dimensión estática y monolítica, no parecen responder a las expectativas de una sociedad cambiante y pluralista. Una sociedad que parece abrirse, no solo a las diversas concepciones y posibilidades de lo jurídico, sino también a la pluralidad de actores capaces y competentes para insertarse en la dinámica de la creación del derecho (los abogados, los profesores de derecho, los jueces, etc.). Aquí resulta pertinente destacar la tesis de HÄBERLE (2001, p. 149 y ss.) sobre la importancia de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”. Esa visión de ver el Derecho Constitucional y sus afluentes, ya no sólo en los elementos estatales, parece una tesis sugestiva y compatible con lo que en la práctica ocurre hoy en día con la actuación judicial y, en particular, con la justicia constitucional. Como señala el profesor alemán, “(...) la interpretación constitucional no es, ni en la teoría ni en la práctica, un proceso de naturaleza exclusivamente estatal, sino que potencialmente tienen acceso a él todas las fuerzas de la comunidad política”. Los procesos constitucionales, se configuran de este modo, en una suerte de punto de encuentre entre sociedad civil y “sociedad estatal”, que permite que el Derecho no pierda su fuente sociológica por excelencia: la sociedad democrática.

La concepción de *orden jurídico* propuesto por el Tribunal se muestra, de este modo, tributario de otros tiempos e incapaz de responder a las necesidades prácticas del constitucionalismo cuya defensa le ha sido confiada desde el propio Kelsen. Es verdad que Kelsen se mostró siempre opuesto a la incorporación de los principios en los textos constitucionales, opinión en la que además comulgaba con su más claro opositor en el planteamiento de que sea el Tribunal Constitucional el defensor de la Constitución. Como es conocido, Carl Schmitt también había sostenido la imposibilidad de que los principios fueran considerados normas, mientras que para Kelsen, “las formulas constitucionales de principio resultan indeseables ya que, dada su imprecisión, abrirían las puertas al puro decisionismo judicial” (PRIETO, 1999, p. 32)

Sea como fuere, lo cierto es que las Constituciones actuales incorporan no solo una variedad de principios, muchos de ellos potencialmente incompatibles, o que

³ *Mitezza*, del italiano *mite* (maleable, dúctil), que define el modelo de Derecho postulado por Zagrebelsky en su *Derecho dúctil* y que sigue en este punto el autor citado.

pueden fácilmente entrar en contradicción en la dinámica de los casos, sino que los Tribunales Constitucionales además crean Derecho a partir de estos principios, e incluso tal creación se da en el nivel de las normas con rango constitucional (SPADARO, 2006, p. 539 y ss). Esto trastoca frontalmente, no solo la idea kelseniana en torno a los Tribunales Constitucionales, que por cierto, nunca tuvieron efectividad práctica, sino también la concepción positivista de las fuentes del Derecho y, en especial, con la posición de la jurisprudencia como derecho validado.

IV. Las consecuencias de la concepción del Tribunal Constitucional en su formulación del sistema de fuentes

Estrechamente vinculada con la concepción descrita hasta aquí, respecto del orden jurídico, está la “descripción” que intenta el Tribunal sobre el Sistema de Fuentes en la sentencia bajo comentario. De entrada hay que decir que se trata de un esfuerzo de sistematización más descriptivo que prescriptivo sobre el sistema de fuentes. Es decir, el Tribunal no nos dice cómo “deben” ser las fuentes o qué “actos” deben considerarse fuentes; su cometido es al parecer más modesto y solo hay que tomarlo como un intento por describir el fenómeno jurídico en el contexto peruano.

A diferencia de la formulación inicial sobre el orden jurídico, el Tribunal, de modo bastante coherente, matiza una concepción formal de fuente (siguiendo un esquema jerarquizado de tradición positivista) con una marcada presencia de ingredientes materiales. Esto se deja notar, desde su concepción de la misma Constitución como fuente, no solo en cuanto norma de “reconocimiento” del sistema de fuentes, sino también en cuanto fuente capaz de generar normas vinculantes directamente. La concepción material de fuente se deja notar también en el concepto de Ley, y en forma aún más explícita cuando el Tribunal establece lo que debe ser considerado “Decreto de urgencia”, pues citando a su propia jurisprudencia reitera que, “Si bien es cierto que los requisitos formales y materiales son indispensables para la producción de los decretos de urgencia, no lo es menos que, como se señaló en el caso citado, el Tribunal Constitucional ha reconocido las existencia de determinados criterios para evaluar, caso por caso, si las circunstancias fácticas que sirvieron de justificación para la expedición del decreto de urgencia respondían a las exigencias previstas por el inciso 19 del artículo 118 de la Constitución y por el inciso c del artículo 91 del Reglamento del Congreso” (f. j. 27)

Si bien el Tribunal no ha expresado un orden jerárquico irreducible en el sistema de fuentes, sí se ha dejado influenciar por un cierto “positivismo inconsciente”, al establecer en su esquema expositivo un conjunto de fuentes fundamentalmente estatales⁴, sin concebir al orden jurídico en su dimensión dinámica y, sobre todo, renunciando a poner en evidencia aquello que es hoy un lugar común en la doctrina constitucional. Esto es, la consideración de que el constitucionalismo no supone sólo un cambio de parámetro de la ley por la Constitución, sino que su real comprensión requiere, como lo ha notado Luis PRIETO (ob. cit., p. 36), “diseñar un modelo de pro-

4 La admisión en la lista de “fuentes” del contrato y la propia doctrina, más que a actos normativos generales o capaces de tener efectos dentro del sistema, está referido a una concepción de fuente como hecho generador de determinadas consecuencias y no ha merecido mayor desarrollo por parte del Tribunal. Desde luego, parece demasiado débil el argumento que sugiere el Tribunal citando a

ducción normativa notablemente mas complejo, donde todos los sujetos encuentran no un orden jerárquico unívoco, sino orientaciones de sentido conflictivo que exigen ponderación. En cierto modo, cabe decir que en las sociedades actuales el pluralismo ideológico ha reemplazado al monismo del Estado de Derecho liberal burgués(...)".

Es esta exigencia de ponderación que se plantea para la solución de casos en el contexto de los ordenamientos constitucionalizados, lo que genera la ruptura de las tesis legalistas, que pretendían resolver las confrontaciones entre reglas apelando a criterios como el de *jerarquía, especialidad o el de temporalidad*. Los conflictos entre valores o principios, requieren de otro tipo de estrategias argumentativas, para los cuales el esquema de un orden jerarquizado o la concepción de un “manojo” de fuentes preexistentes al caso planteado valen solo como referentes o puntos de partida en la argumentación. La práctica jurídica ya no se resuelve solo dentro de los referentes de las fuentes formales, puesto que las fuentes mismas deben ser muchas veces identificadas a partir de los valores expresados o implícitos en los textos constitucionales.

La pluralidad de fuentes del constitucionalismo refleja también, por otro lado, la pluralidad de la sociedad que pretende auto representarse a través de la Constitución, y supone un serio reto a la teoría actual del derecho obligándola a replantear la idea de unidad del ordenamiento; “unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta reconstruirse a partir de la Constitución como un marco de consenso y unidad, ya no formal sino material o sustantivo y sobre todo, procedural, donde han de coexistir distintas concepciones de la justicia” (L. PRIETO, cit., p. 37)

V. El reconocimiento de las antinomias y su limitación para resolver conflictos de principios.

Otro tanto abría que decir sobre el análisis de las antinomias realizado por el Tribunal y sobre las estrategias que propone para su solución. El planteamiento del problema por parte del Tribunal es de nuevo sintomático de su concepción de un modelo de Derecho que se asemeja más al modelo de reglas que al de principios. Según el Tribunal, “Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo; es decir, la acreditación de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto prescriben soluciones incompatibles entre sí, de forma tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas normas resulta imposible.

Como puede colegirse, la coherencia se afecta por la aparición de las denominadas antinomias. Estas se generan por la existencia de dos normas que simultáneamente plantean consecuencias jurídicas distintas para un mismo hecho, suceso o acontecimiento. Allí, se cautela la existencia de dos o más normas afectadas por el “síndrome de incompatibilidad” entre sí.”

Marcial Rubio, en sentido de que la doctrina es fuente de derecho por que “ha sido recogida y citada intensamente por el Tribunal Constitucional, lo que muestra reconocimiento de esta fuente del Derecho”. A nuestro parecer, aquí hay una seria confusión de lo que son las fuentes del derecho en estricto de lo que son los argumentos o las fundamentaciones de los Tribunales.

De este modo, el Tribunal parece sugerir una vez más el modelo de reglas, propio del positivismo jurídico. En un modelo de reglas, los conflictos o incoherencias se intentan solucionar en el plano de la validez jurídica, es decir, apelando a reglas del propio sistema. Si dos reglas resultan contrapuestas, ya sea en la dimensión de sus supuestos de hecho o en sus consecuencias, los criterios de solución determinan cuál de las dos reglas contrapuestas debe valer para la solución del caso y cuál de ellas debe ser aislada del sistema de fuentes. En el modelo de derecho por principios el asunto es diferente. Si dos principios convergen en la solución de un caso, prevalece el que mayor “peso” tiene en el razonamiento argumentativo de quien está llamado a solucionar el conflicto. Esto supone que las estrategias para solucionar una antinomia en el modelo de las reglas no sirven o no dan respuestas satisfactorias cuando el problema se presenta a nivel de los principios.

La distinción entre regla y principio parece fundamental para comprender la dinámica del ordenamiento jurídico en el constitucionalismo actual. Su formulación inicial, que aparece precisamente en un texto que denuncia las inconsistencias del positivismo jurídico, constituye sin lugar a dudas, el aporte más valioso de la filosofía del Derecho a la teoría del constitucionalismo contemporáneo. “Los principios –dice Dworkin (1999, p. 77)– tienen una dimensión que falta en las normas (reglas): la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”. La comprensión de un modelo de derecho basado sólo en un sistema cerrado de reglas, no contempla tal posibilidad. Como bien indica el propio Dworkin, “si se da un conflicto entre dos reglas una de ellas no puede ser válida”, o como precisa ALEXY (2002, p.89) a partir de la formulación inicial de Dworkin, mientras que “los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”.

Esta constatación fundamental en la dinámica de la justicia constitucional actual, parece no advertirla el Tribunal. La larga lista de principios que enumera para solucionar los diferentes tipos de antinomias que se presentan en el conflicto de reglas olvida un componente fundamental del orden jurídico actual, esto es, la dimensión de los principios como normas y la forma en que estos entran en permanente conflicto, desplegando la actuación del propio Tribunal. Entre las reglas que el Tribunal enumera para solucionar antinomias⁵ no hacen referencia, por ejemplo, al principio de proporcionalidad o a la ponderación, estrategias o métodos que con frecuencia aplica el propio Tribunal para solucionar conflictos que se suscitan en el nivel no de las reglas sino de los principios que integran el sistema Constitucional. Además, en dicho catálogo, se contemplan algunos principios que no se orientan necesariamente a la solución de antinomias⁶.

Por tanto, también en el enfoque de las antinomias que realiza el Tribunal se hace patente, una vez más, la concepción de un orden jurídico compacto y formado por un

⁵ a) Principio de plazo de validez; b) principio de posterioridad; c) principio de especificidad; d) principio de favorabilidad; e) principio de envío; f) principio de subsidiariedad; g) principio de complementariedad; h) principio de suplementariedad, y i) principio de ultractividad expresa (f. j. 54)

⁶ Así por ejemplo, cuando se refiere al principio de subsidiariedad, según el cual a criterio del Tribunal “(...) un hecho se encuentra transitoria o provisionalmente regulado por una norma, hasta que se

mando articulado de reglas, capaz de salir bien librado incluso ante la presencia de contradicciones internas.

VI. La jurisprudencia y su papel en la “racionalización” del Derecho “disperso”.

El reconocimiento de los principios en la estructura y funcionamiento de los sistemas jurídicos, es en buena cuenta, expresión de una cierta manera de comprender la dispersión y el pluralismo en la sociedad democrática. Los principios expresan de algún modo, una actitud de tolerancia en el campo del derecho, capaz de cobijar en el seno de un mismo orden jurídico, valores y principios muchas veces contrapuestos o que pueden entrar con facilidad en conflicto, tal como ya quedó dicho. Este dato diferencia de modo sustancial las sociedades jerarquizadas de las actuales sociedad pluralistas y con aspiración democrática. Desde luego, el riesgo es que por este camino, como anota Zagrebelsky (ob. cit., p. 129), se pierde en *ciencia*, pero se gana en *prudencia*: “La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación”.

Es en esa dimensión de la sociedad plural, que ha perdido la fe ciega en la “ciencia” y que se muestra dispuesta al contrario a confiar en la “ius-prudencia”, donde cobra especial relevancia la labor de los jueces. En un contexto en el que la razón parece haberse diluido en la multitud de fuentes y referentes normativos del Estado Constitucional, la jurisprudencia ya no debe disputar su papel de fuente formal. Ese debate de si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho, parece también un debate rezagado. Ya no es importante, hoy en día, hacerse una pregunta tal, pues la jurisprudencia parece socorrer otro tipo de angustias más urgente aún: el proporcionar racionalidad al sistema mismo.

Curiosamente el propio Tribunal advierte en este punto la trascendencia de la jurisprudencia al caer en la cuenta de la importancia práctica de la interpretación. Dice el Tribunal, “Sin interpretación la actividad de los jueces estaría condenada al fracaso, pues la Constitución y la ley no pueden prever todos los casos posibles que presenta la realidad según cada época” (f. j. 36). Con lo cual parece sugerir el Tribunal, finalmente, que el orden jurídico no es tan coherente y pleno como sugería en otro tramo de su argumentación o, en todo caso, que el ordenamiento es pleno y coherente por que existen jueces. De todas formas, la labor de cierre del sistema jurídico está en manos de los jueces, bien para colmar las lagunas, bien para racionalizar el sistema disperso y a veces nada coherente, como ya se ha dicho.

De otro lado, si el principalismo abre las puertas a la moral dentro del sistema jurídico, la amenaza de la que advertía Kelsen sobre el decisionismo judicial, debe ser considerada una amenaza latente. La obra de la jurisprudencia es por ello doble; por un lado debe racionalizar el Derecho a partir de sus fuentes de emanación, sometiéndolos a un riguroso “tratamiento” de incorporación real al orden jurídico (con lo cual, el sistema jurídico validado judicialmente es un orden jurídico racional) y al mismo tiempo, debe

dicte o entre en vigencia otra que tendrá un plazo de vida indeterminado”; en este caso, no se advierte antinomia alguna, puesto que se trata en todo caso, de una norma de vigencia determinada en un tiempo cuya incompatibilidad con otra se podría solucionar apelando al criterio cronológico.

también establecer que sus referentes (las premisas normativas) son también válidos. De este modo los jueces no solo “completan” el sistema jurídico ante la constatación de lagunas, sino que también lo legitiman y persuaden a la sociedad de su justicia.

Alexy ha presentado en este punto una sugestiva tesis, al sostener la pretensión de corrección de todo acto de habla, incluido por su puesto el lenguaje jurídico. La tesis de la pretensión de corrección de Alexy intenta resolver el viejo problema de la relación entre Derecho y moral. Según el profesor de Kiel, “Cualquiera que formule una pretensión de corrección con un acto “A”, *primero*, afirma que “A” es correcto, *segundo*, garantiza que “A” puede ser justificado y, *tercero*, espera que todos los destinatarios de la pretensión acepten “A”. (Cfr. R. Alexy, 2001.p. 99).

Parece fácil de entender que cualquier juez que emite un acto sobre la libertad o sobre la propiedad, pretende que tal acto (una sentencia) contiene una pretensión de corrección. Esto supone que el juez asume la corrección de lo que está decidiendo, o al menos debe “creer en la corrección” del acto que está produciendo. Según Alexy, a partir de la tesis de la pretensión de corrección es que resulta posible referirse a una relación de necesidad entre moral y Derecho, que permita al juez persuadir en cada caso sobre la justicia de su decisión.

Si la tesis de la pretensión de corrección es acertada, las decisiones judiciales son no solo “piezas” aisladas del sistema jurídico, sino también referentes sobre la validez y la corrección de las “piezas” o porciones del sistema jurídico que han servido de marco para la solución de un caso. Más que fuente en sentido formal, hay que hablar aquí de una suerte de “tamiz” para racionalizar las fuentes a través del discurso argumentativo del juez.

VII. Referencias Bibliográficas

ALEXY, Robert (2001) *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y Moral*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

(2002), *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valez, CEC, Madrid.

BALAGUER Callejón, Francisco (2003) "Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos", En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 23, número 69, septiembre-diciembre.

CARRIÓN, Genaro (1990). *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

DWORKIN, Ronald (1999) *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso (1997) *Principios y Positivismo Jurídico*. CEC, Madrid.

Nino, Carlos S. (2003) *La validez del Derecho*. Astrea, Buenos Aires.

PRIETO SANCHOS, Luis (1997, 1999) *Constitucionalismo y positivismo*. Fontamara, México.

(2005) *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid, Trotta.

SPADARO (2006) “Las motivaciones de las sentencias de la Corte como “técnica” de creación de normas constitucionales, En: *Palestra del Tribunal Constitucional*, Año 1, número 4, abril 2006, Palestra editores, Lima.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1995) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón, Madrid.