



**UNIVERSIDAD NACIONAL TORIBIO RODRIGUEZ DE
MENDOZA DE AMAZONAS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

**LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS
MANIPULATIVAS Y EL ROL DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO**

Autor: Bach. Milagritos Zadith Gomez Huaman

Asesores: Ma.Cs. Línder Cruz Rojas Gómez

M.Sc. Julio César Ruíz Rosas

CHACHAPOYAS - PERÚ

2020



**UNIVERSIDAD NACIONAL TORIBIO RODRIGUEZ DE
MENDOZA DE AMAZONAS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA**

**LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS
MANIPULATIVAS Y EL ROL DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO**

Autor: Bach. Milagritos Zadith Gomez Huaman

Asesores: Ma.Cs. Línder Cruz Rojas Gómez

M.Sc. Julio César Ruíz Rosas

CHACHAPOYAS - PERÚ

2020

DEDICATORIA

A Dios.

Quien es mi guía en cada paso que doy y por cuidar de mis seres queridos.

A mi Padre.

*A mi padre **Cirilo Gómez Gupioc**, por su amor incondicional y por su apoyo constante en el desarrollo de mi vida profesional.*

A mi Madre.

*A mi madrecita **Consuelo Huamán Ventura**, por su amor, dedicación y por sus valores inculcados para ser una persona de bien.*

Milagritos.

AGRADECIMIENTO

A Dios: Por sus inmensas bondades en el transcurrir de mi vida.

A mis hermanas: Kelly, Madeleyne, y Heydi por su apoyo incondicional en el desarrollo de mi carrera profesional.

A mis sobrinos: Fernanda y Bryan, que son mi mayor alegría.

A la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, mi alma mater, que por intermedio de con sus profesionales me inculcaron conocimientos, experiencias en el desarrollo de mi carrera profesional, para ser una abogada de éxito.

A mis asesores, Ma.Cs. Línder Cruz Rojas Gómez y M.Sc. Julio César Ruiz Rosas, por su guía y dedicación, a quienes expreso mi respecto y agradecimiento.

Milagritos.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD

Dr. Policarpio Chauca Valqui

Rector

Dr. Miguel Ángel Barrena Gurbillón

Vicerrector Académico

Dra. Flor Teresa García Huamán

Vicerrectora de Investigación

Dr. Bartón Gervasi Sajami Luna

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

VISTO BUENO DEL ASESOR

El Ma.Cs. Línder Cruz Rojas Gómez, identificado con DNI N° 33720109 (docente nombrado de la UNTRM), en calidad de asesor de la bachiller Milagritos Zadith Gómez Huamán, declara dar EL VISTO BUENO a la tesis titulada: “LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS MANIPULATIVAS Y EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO”, a fin de que sea sometido a la revisión del Jurado Evaluador, comprometiéndose a supervisar el levantamiento de observaciones para su posterior sustentación y aprobación.

POR LO TANTO:

Firma la presente para mayor constancia;



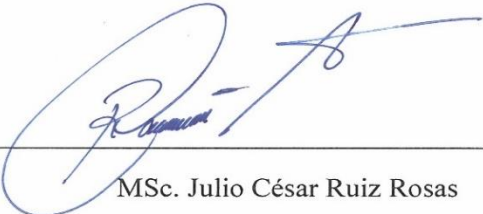
Ma.Cs. Línder Cruz Rojas Gómez
DNI N° 33720109

VISTO BUENO DEL ASESOR

El MSc. Julio César Ruiz Rosas, identificado con DNI N° 43581067, en calidad de asesor de la bachiller Milagritos Zadith Gómez Huamán, declara dar EL VISTO BUENO a la tesis titulada: “LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS MANIPULATIVAS Y EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO LEGISLADOR POSITIVO”, a fin de que sea sometido a la revisión del Jurado Evaluador, comprometiéndose a supervisar el levantamiento de observaciones para su posterior sustentación y aprobación.

POR LO TANTO:

Firma la presente para mayor constancia;



MSc. Julio César Ruiz Rosas

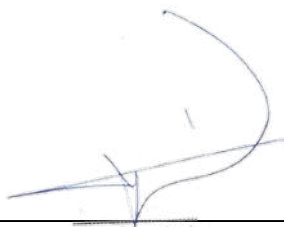
DNI N°: 43581067

JURADO EVALUADOR



Mg. Pilar Mercedes Cayllahua Dioses

Presidente



Mg. Segundo Roberto Guevara Aranda

Secretario



Mg. GERMÁN AURIS EVANGELISTA
DOCENTE-FADCIP
Código de Escalafón N° 0523

Mg. Germán Auris Evangelista

Vocal



ANEXO 3-K

**DECLARACIÓN JURADA DE NO PLAGIO DE TESIS
PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL**

Yo MILAGRITOS ZADITH GOMEZ HUAMAN
identificado con DNI N° 47337722 Estudiante ()/Egresado (X) de la Escuela Profesional de
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS de la Facultad de:
DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
de la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas.

DECLARO BAJO JURAMENTO QUE:

- Soy autor de la Tesis titulada: "LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS
MANIPULATIVAS Y EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO
LEGISLADOR POSITIVO"
que presento para
obtener el Título Profesional de: ABOGADA
- La Tesis no ha sido plagiada ni total ni parcialmente, y para su realización se han respetado las normas internacionales de citas y referencias para las fuentes consultadas.
- La Tesis presentada no atenta contra derechos de terceros.
- La Tesis presentada no ha sido publicada ni presentada anteriormente para obtener algún grado académico previo o título profesional.
- La información presentada es real y no ha sido falsificada, ni duplicada, ni copiada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo toda responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la Tesis para obtener el Título Profesional, así como por los derechos sobre la obra y/o invención presentada. Asimismo, por la presente me comprometo a asumir además todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse para la UNTRM en favor de terceros por motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontraren causa en el contenido de la Tesis.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que la Tesis para obtener el Título Profesional haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones civiles y penales que de mi acción se deriven.

Chachapoyas, 14 de FEBRERO de 2020


Firma del(a) tesista



ANEXO 3-N

**ACTA DE EVALUACIÓN DE SUSTENTACIÓN DE TESIS
PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL**

En la ciudad de Chachapoyas, el día 15 de setiembre del año 2020, siendo las 10:00 horas, el aspirante Bach. Milagritos Zadith Gomez Huaman

defiende en sesión pública la Tesis titulada:
Las sentencias interpretativas manipulativas y el rol del Tribunal Constitucional como legislador positivo

para obtener el Título Profesional de Abogada
a ser otorgado por la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, ante el Jurado Evaluador, constituido por:

Presidente : Mg. Pilar Mercedes Cayllahua Dioses

Secretario : Mg. Segundo Roberto Guevara Aranda

Vocal : Mg. German Auris Evangelista



Procedió el aspirante a hacer la exposición de la Introducción, Material y método, Resultados, Discusión y Conclusiones, haciendo especial mención de sus aportaciones originales. Terminada la defensa de la Tesis presentada, los miembros del Jurado Evaluador pasaron a exponer su opinión sobre la misma, formulando cuantas cuestiones y objeciones consideraron oportunas, las cuales fueron contestadas por el aspirante.

Tras la intervención de los miembros del Jurado Evaluador y las oportunas respuestas del aspirante, el Presidente abre un turno de intervenciones para los presentes en el acto, a fin de que formulen las cuestiones u objeciones que consideren pertinentes.

Seguidamente, a puerta cerrada, el Jurado Evaluador determinó la calificación global concedida la Tesis para obtener el Título Profesional, en términos de:

Aprobado () Desaprobado ()

Otorgada la calificación, el Secretario del Jurado Evaluador lee la presente Acta en sesión pública, A continuación se levanta la sesión.

Siendo las 11:05 horas del mismo día y fecha, el Jurado Evaluador concluye el acto de sustentación de la Tesis para obtener el Título Profesional.


SECRETARIO


Mg. GERMAN AURIS EVANGELISTA
DOCENTE-PARTICIPANTE
Código de Funcionario N° 0523
VOCAL


PRESIDENTE

OBSERVACIONES: _____

INDICE DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD.....	v
VISTO BUENO DEL ASESOR DE TESIS	vi
VISTO BUENO DEL ASESOR DE TESIS	vii
JURADO EVALUADOR	viii
DECLARACIÓN JURADA DE NO PLAGIO DE TESIS	ix
ACTA DE EVALUACIÓN DE SUSTENTACIÓN DE TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL.....	x
INDICE DE CONTENIDO.....	xi
RESUMEN.....	xii
ABSTRACT.....	xiii
I. INTRODUCCIÓN.....	14
II. MATERIAL Y MÉTODOS.....	17
III. RESULTADOS	21
IV. DISCUSIÓN	100
V. CONCLUSIONES	109
VI. RECOMENDACIONES.....	110
VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS.....	111

RESUMEN

El Tribunal Constitucional Peruano, al emitir pronunciamiento respecto a la constitucionalidad de la ley en las llamadas sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, modifica vía interpretación el texto normativo de dichas disposiciones.

El objetivo general de la presente tesis es construir una definición teórica que justifique el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano para crear sentencias interpretativas manipulativas reductoras, aditivas y sustitutivas, desde un nuevo paradigma jurídico sustentado en tres aspectos fundamentales de la tesis de Herbert Hart. En ese sentido, se planteó como pregunta de investigación: ¿cuál es el fundamento teórico que justifica el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano para crear sentencias interpretativas manipulativas reductoras, aditivas y sustitutivas?, siendo la hipótesis: El fundamento teórico que justifica el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano para crear sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, se sustenta en la identificación de las fuentes del derecho a través de la regla de reconocimiento, la textura abierta del derecho y la discrecionalidad judicial

Asimismo, se planteó como objetivos específicos: 1). Identificar los vacíos normativos en la justificación del rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional para crear sentencias interpretativas manipulativas reductoras, aditivas y sustitutivas. 2). Explicar que la teoría de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano, no constituye un fundamento idóneo para justificar el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional. 3). Proponer una definición teórica de fuente del derecho que justifique el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano.

Palabras clave. Sentencias interpretativas manipulativas, fuentes del derecho, textura abierta del derecho, regla de reconocimiento, creación judicial del derecho.

ABSTRACT

The Peruvian Constitutional Court, when issuing a pronouncement regarding the constitutionality of the law in the so-called manipulative interpretative judgments: reducing, additive and substitutive, modifies the normative text of said provisions via interpretation.

The general objective of this thesis is to construct a theoretical definition that justifies the role of positive legislator of the Peruvian Constitutional Court to create reductive, additive and substitutive manipulative interpretative sentences, from a new legal paradigm based on three fundamental aspects of Herbert Hart's thesis. In that sense, it was posed as a research question: what is the theoretical foundation that justifies the role of positive legislator of the Peruvian Constitutional Court to create reductive, additive and substitutive manipulative interpretative sentences? The hypothesis being: The theoretical foundation that justifies the role of positive legislator of the Peruvian Constitutional Court to create manipulative interpretative sentences: reducing, additive and substitutive, is based on the identification of the sources of law through the rule of recognition, the open texture of the law and judicial discretion

Likewise, the following specific objectives were proposed: 1) Identify the normative gaps in the justification of the role of positive legislator of the Constitutional Court to create reductive, additive and substitute manipulative interpretative sentences. 2). Explain that the theory of the sources of law in the Peruvian legal system does not constitute an ideal basis to justify the role of positive legislator of the Constitutional Court. 3). Propose a theoretical definition of the source of law that justifies the role of positive legislator of the Peruvian Constitutional Court.

Keywords. *Interpretative manipulative sentences, sources of law, open texture of law, rule of recognition, judicial creation of law.*

I. INTRODUCCIÓN

Las sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, independientemente de su clasificación como estimativas o desestimativas, suponen no solo la modificación de la norma, entendida como interpretación de un determinado dispositivo legal (enunciado textual) de rango constitucional, sino también la modificación del propio enunciado textual, en tanto y cuanto, el Tribunal Constitucional, en este tipo de sentencias modifica las disposiciones sometidas a su examen, de manera que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y contenido diferente al original. O, más claramente, que con ellas el Tribunal Constitucional asume la tarea de modificar directamente la disposición, que se declara nula en cuanto no se entienda corregida en el sentido indicado por el Tribunal. La contrariedad radica en que no cabe hablar de normas sin disposición legal, no hay norma sin formulación lingüística, por lo que, en este tipo de sentencias se hace necesario la creación de un nuevo enunciado.

Entonces, el Tribunal Constitucional al formular vía interpretación un nuevo alcance del texto legal, para hacerlo compatible con la Constitución, actúa ya no como mero legislador negativo, sino como auténtico legislador positivo, al asumir un rol que le corresponde al Parlamento. Actuación, que no tiene sustento Constitucional, desde la perspectiva de la teoría positivista del Derecho defendida por Hans Kelsen, que define el derecho como un sistema escalonado de normas, cuya validez se encuentra en una norma positiva superior, la Constitución. Tesis que en el ordenamiento jurídico peruano encuentra sustento en el artículo 51° de la Constitución, desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 047-2004-AI/TC.

Consecuentemente, si aceptamos el concepto de sentencia manipulativa, en el sentido que éstas, transforman o modifican el significado normativo de un texto, dado que, lo manipulan, sustituyen o adicionan un significado para que dicho texto diga algo diferente a lo que decía. Entonces, cabe cuestionar, *prima facie*, la validez de este tipo de sentencias, desde dos puntos de vista: 1) desde la consideración de la función positiva o creadora con efecto *erga omnes*, realizada por estas sentencias, en contraste con la función negativa que corresponde al Tribunal Constitucional, invadiendo por tanto las competencias del legislativo. 2) solución del dilema: si la norma aplicable está presente en el sistema, corresponde a los jueces obtenerla; si no está presente, corresponde al legislador introducirla.

En ese sentido, siguiendo la tesis de la jerarquía normativa de Hans Kelsen, podríamos concluir, *prima facie*, que, en caso de no encontrar una fuente de validez constitucional, que justifique la actuación del Tribunal Constitucional, para crear dispositivos legales no previstos por el legislador, *ex novo*. Entonces, las sentencias manipulativas que reducen, amplían o reconstruyen el texto normativo de las normas con rango de ley, carecerían de validez constitucional y, por lo tanto, no constituirían normas que forman parte del ordenamiento jurídico peruano.

Así pues, la justificación de la facultad normativa del Tribunal Constitucional para crear nuevos dispositivos legales, a través de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, exige una nueva forma de entender y definir las fuentes del derecho, diferente, a la tesis de la jerarquía normativa planteada por Hans Kelsen, por lo que, en el presente trabajo de investigación se propone una nueva conceptualización de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano, sustentada en tres aspectos de la tesis de H.A.L Hart: La identificación de las fuentes del derecho a través de la regla de reconocimiento, la definición de casos difíciles o de penumbra y la discrecionalidad judicial.

Bajo esta premisa, para demostrar nuestra hipótesis, se revisará conceptos importantes de la tesis de Herbert Hart tales como: reglas primarias y secundarias, regla de reconocimiento, indeterminación, discrecionalidad judicial, casos difíciles, textura abierta del derecho y creación judicial del derecho. Conceptos que constituye la base para construir una definición teórica que justifique el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano para crear sentencias interpretativas manipulativas.

Con este fin, en el presente trabajo a efectos de dotar de rigurosidad científica a la investigación, se destaca los aspectos metodológicos del mismo; también se establecen los resultados del trabajo de investigación, destacando para ello, las bases teóricas que sustentan la hipótesis de trabajo, se ejecutó un estudio doctrinal explícito de las sentencias manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, se analizó casos concretos resueltos por el Tribunal Constitucional; asimismo, siguiendo la concepción positivista del derecho de Hans Kelsen, se identificó las principales características de la teoría normativa jerarquizada de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano; de otro lado, en base a la tesis de la textura abierta, la definición del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, la indeterminación del derecho, la discrecionalidad judicial al momento de resolver casos difíciles y la regla de reconocimiento formulado por Herbert

Hart, se especificó el valor de fuente *erga omnes* de las sentencias interpretativas manipulativas; se resaltó la discusión crítica del trabajo de investigación; también, se anotaron las conclusiones de la investigación, recomendaciones del trabajo de investigación y finalmente, las referencias bibliográficas.

II. MATERIAL Y MÉTODOS

2.1. DE ACUERDO AL FIN QUE SE PERSIGUE

La presente investigación es básica, no experimental. Busca incrementar el conocimiento del rol del Tribunal Constitucional peruano en la creación del derecho a través de las sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, y el cambio de paradigma respecto a la tesis de la jerarquía normativa de Hans Kelsen desarrollada por la Constitución Política en su artículo 51°.

2.2. DE ACUERDO AL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

La investigación es propositiva. Se elabora una propuesta teórica doctrinal argumentativa basada en tres aspectos de la teoría de Herbert Hart: la regla de reconocimiento, la textura abierta del derecho y la discrecionalidad judicial, a efectos de justificar el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano en la creación de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas.

2.3. DE ACUERDO A LOS MÉTODOS Y PROCEDIMIENTOS QUE SE UTILIZA

El enfoque de la investigación es cualitativo. Pues, la identificación, formulación y solución del problema, se sustentan en la argumentación e interpretación jurídica. A través del análisis interpretativo de la jurisprudencia y doctrina comparada, se propone una reconstrucción crítica del concepto de fuente del derecho basada en tres aspectos de la teoría de Herbert Hart: la regla de reconocimiento, la textura abierta del derecho y la discrecionalidad judicial, que nos permita justificar el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano en la creación de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas.

2.4. POBLACIÓN Y MUESTRA

2.4.1. POBLACIÓN

No se considera por tratarse de una investigación cualitativa. La identificación, formulación del problema y su solución se sustenta en la argumentación e interpretación jurídica, más que en el análisis de casos.

2.4.2. MUESTRA

No se considera por tratarse de una investigación cualitativa. La identificación, formulación del problema y su solución se sustenta en la argumentación e interpretación jurídica, más que en el resultado de análisis de casos concretos.

No obstante, en el presente trabajo de investigación, se analizaron algunas sentencias manipulativas dictadas por el Tribunal Constitucional a manera de ejemplo: 02, reductoras, 02 aditivas y 02 sustitutivas. Precisando que los resultados de la tesis no dependen de dicho análisis referencial.

2.5.MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

2.5.1. MÉTODOS GENÉRICOS

1. Método de análisis – síntesis

Es aquel que posibilita descomponer el objeto que se estudia en sus elementos para luego recomponerlo a partir de la integración de éstos, y destacar el sistema de relaciones existentes entre las partes y el todo.

En esa perspectiva, a fin de entender la definición de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, se estudió el concepto de supremacía constitucional y control de constitucionalidad y se efectuó un análisis concreto de sentencias resueltas por el Tribunal Constitucional. De igual forma se estudió el concepto de fuente del derecho según la tesis de la jerarquía normativa de Hans Kelsen en base al artículo 51° de la Constitución Política y jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional que explica la creación de sentencias manipulativas de carácter *erga omnes*. Individualizando elementos importantes de su tesis: sistema normativo, norma jurídica, norma fundamental, validez del derecho, fuentes normativas jerarquizadas, y validez de las fuentes normativas.

Todos estos conceptos, fueron relaciones con la naturaleza positivista del sistema jurídico peruano, y reconstruidos a partir de la regla de reconocimiento, la textura abierta del derecho y la discrecionalidad judicial Hartiana.

2. Método inductivo – deductivo

El proceso de inducción fue empleado en el estudio de casos concretos de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas resueltas el Tribunal Constitucional, lo cual contribuyó a establecer su rol de legislador positivo, al modificar el texto normativo de las normas con rango de ley. Asimismo, contribuyó en la sistematización del concepto de teoría jerarquizada de las fuentes del derecho;

definición del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, regla de reconocimiento, indeterminación del derecho, discrecionalidad judicial y fuentes sociales del derecho. Todo ello, por intermedio del análisis de las posturas doctrinales de Hans Kelsen y Herbert Hart.

2.5.2. MÉTODOS PROPIOS DEL DERECHO

1. Hermenéutica jurídica

La hermenéutica jurídica, desempeñó un rol importante en la interpretación lógica, gramatical, sistemática y teleológica de los conceptos de fuente del derecho, sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, regla de reconocimiento, el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, indeterminación del derecho y discrecionalidad judicial, tanto a nivel normativo, doctrinal, como a nivel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

2. Argumentación jurídica

Este método, nos ayudó a construir un fundamento teórico, doctrinal argumentativo que nos permita justificar el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano en la creación de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas.

2.6. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

2.6.1. TÉCNICA DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Se empleó la técnica de fichaje o recopilación documental para captar la información existente del problema de estudio. Esta técnica sirvió para seleccionar, sistematizar y analizar los argumentos contenidos en las posturas normativas, doctrinales y jurisprudenciales sobre la definición de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, la tesis de la jerarquía normativa de las fuentes del derecho, la definición del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, la regla de reconocimiento, la indeterminación del derecho y la discrecionalidad judicial.

2.6.2. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Se utilizó las fichas en sus diversas modalidades, preferentemente las bibliográficas y de contenido: textuales y de resumen; las mismas que nos sirvieron para elaborar la bibliografía final, las citas correspondientes y anotar las ideas extraídas de los trabajos relacionados con la definición de sentencias interpretativas manipulativas:

reductoras, aditivas y sustitutivas, la tesis de la jerarquía normativa de las fuentes del derecho, la definición del derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, la regla de reconocimiento, la indeterminación del derecho y la discrecionalidad judicial.

III. RESULTADOS

Los resultados de la investigación, que dan sustento al problema, objetivos e hipótesis de trabajo planteado, tienen como fuente principal de referencia, el contraste argumentativo doctrinal, entre la tesis de la jerarquía normativa de Hans Kelsen, plasmada en el artículo 51° de la Constitución Política de 1993, desarrollada por el Tribunal Constitucional peruano en la STC N° 047-2004-AI/TC, y la tesis de Herbert Hart resumida en tres aristas fundamentales: regla de reconocimiento, indeterminación del derecho y discrecionalidad judicial. Aspectos argumentativos doctrinales, que nos permitieron redefinir el concepto de Derecho, a efectos de justificar el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional en la creación de sentencias interpretativas manipulativas. Argumentos que no fueron considerados por el Tribunal Constitucional al momento de justificar la creación de sentencias interpretativas manipulativas. Avoquémonos en ello.

3.1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Con la finalidad de entender el rol del Tribunal Constitucional como legislador positivo en la creación de sentencias interpretativas manipulativas (reductoras, aditivas y sustitutivas) y su impacto en la teoría de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano, a continuación, se desarrolla tres aspectos teóricos de vital importancia: Supremacía constitucional, control de constitucionalidad y teoría de las fuentes del derecho peruano.

3.1.1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Hans Kelsen, en su obra “La Teoría Pura del Derecho” señala que la Constitución es la principal norma positiva de un ordenamiento jurídico, norma superior, que se encuentra en la cúspide de la jerarquía normativa, y dota de validez a todo el ordenamiento jurídico. Por lo que, toda norma que contradice la norma superior, carece de fuerza normativa y adolece de un vicio de invalidez (Kelsen, 2003).

La tesis propuesta por Hans Kelsen, está íntimamente relacionada con el artículo 51° de la Constitución Política de 1993, dispositivo Constitucional, que determina la jerarquía normativa del sistema jurídico peruano, en el sentido que: La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía,

y así sucesivamente. Postura desarrollada por el Tribunal Constitucional en la STC N° 047-2004-AI/TC.

Por tanto, decir que en un sistema jurídico existe el principio de supremacía constitucional, significa que la Constitución es la norma positiva de mayor jerarquía, es decir, el primer referente del sistema; y, por tanto, la fuente de creación del resto de las normas del sistema jurídico (Kelsen, 2003).

Bajo tal perspectiva, la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51°), como aquella subjetiva, en cuyo mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45°) o de la colectividad en general (artículo 38°) puede vulnerarla válidamente, (STC N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 6 de la sentencia).

Al respecto, Miguel Carbonell sugiere que para entender cabalmente el concepto de “supremacía constitucional”, tenemos que entender la relación que existe entre una jerarquización progresiva del ordenamiento jurídico, y el concepto de “validez normativa”. Así, tenemos que el derecho fundamenta la validez de las normas del sistema a través de una relación de supra a subordinación, lo cual supone la existencia de una norma superior o fundamental, de la que deriva la validez del resto de las normas que integran un sistema jurídico determinado (Carbonell, 2004, pág. 67).

De esta manera, Carbonell destaca que el concepto de ‘validez normativa’ suele referirse a dos aspectos: a) un aspecto formal, que alude a la validez de las normas jurídicas sí y sólo sí se ajustan a los procedimientos de creación previstos por la norma suprema, independientemente de sus contenidos, y b) un aspecto material, el cual vincula la validez de las normas jurídicas, además del aspecto formal, al reconocimiento y coherencia con aspectos materiales de la norma suprema, como lo son los derechos fundamentales. Carbonell destaca que esta distinción es primordial, pues algunos tratadistas vinculados con la concepción Kelseniana de Constitución, la siguen concibiendo como un dato eminentemente formal para la creación de las normas del sistema (Carbonell, 2004, pág. 68).

A juicio de Carbonell, la superioridad constitucional deriva de varios datos ineludibles a saber: “a) La Constitución crea a los poderes públicos del Estado; b) delimita sus funciones positiva y negativamente; c) recoge los procedimientos de creación normativa; d) establece los derechos fundamentales de los habitantes del

Estado, y por último e) incorpora los valores esenciales o superiores de la comunidad a la que rige” (Carbonell, 2004, pág. 69).

Según Carbonell, la Constitución es superior al resto de las normas, además de que es creada por un poder constituyente, porque regula tanto el procedimiento de creación como los contenidos posibles de las mismas. Igualmente, señala que la supremacía constitucional, les presta una doble resistencia a los derechos fundamentales frente al resto de las normas jurídicas del sistema; una resistencia pasiva, mediante la cual no pueden ser limitados, derogados o violados por ninguna normatividad o acto de autoridad; y una resistencia activa en tanto pueden derogar, limitar o contrariar cualquier norma o acto de autoridad que no sea conforme a su contenido. Por tanto, para que sean factibles esos dos tipos de resistencia, se tiene que considerar a la Constitución en serio, esto es, que sus contenidos no se queden como un simple programa político o un listado de buenas intenciones, es menester aplicarla bajo el aspecto formal y material aludidos (Carbonell, 2004, pág. 70).

El principio de supremacía de la Constitución y el control de la constitucionalidad, tienen un estrecho vínculo, mientras que, la supremacía constitucional se encarga de ser el parámetro para que ningún acto de autoridad, ley o tratado pueda contravenir la ley fundamental, el control o la jurisdicción constitucional se encarga de hacer efectivo dicho principio, al otorgar los mecanismos efectivos para garantizar la supremacía constitucional. En concreto, para que ésta pueda existir requiere la existencia de procesos constitucionales destinados a fortalecer las instituciones aseguradas y organizadas en el texto constitucional (Arroyo, 2003).

La precisión del concepto de supremacía constitucional es importante para determinar la creación del derecho por parte del Tribunal Constitucional al momento de decidir si una determinada norma es compatible o no con la Constitución (Arroyo, 2003).

Como es fácil de advertir, la Constitución no es una norma más del ordenamiento de cualquier país en el cual se haya optado por un sistema constitucional, sino que es su norma fundamental, una *Lex superior*. Por estas razones, es innegable que ninguna otra norma podrá transgredir lo establecido por ella, ya sea que se trate de algún aspecto formal o sustancial.

Finalmente, cabe señalar que la supremacía de la Constitución se complementa con el instituto de la rigidez constitucional que supone que la Constitución establece sus propios procedimientos de reforma, diferenciándose así de las fuentes legales e

impidiendo que la modificación de sus preceptos pueda ser llevada a cabo por el legislador. Es más, la Constitución se agota en el acto constituyente (Callejón, 1999, pág. 109).

3.1.2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad de la ley tiene como finalidad el examen de constitucionalidad del texto legal sometido a jurisdicción constitucional en base a un canon valorativo constitucional – *función de valoración* -. Sin embargo, el efecto más notorio de dicho proceso de control se expresa en la expulsión de una norma legal del ordenamiento jurídico cuando es declarada inconstitucional – *función pacificadora* -. Esta decisión de eliminación tiene efectos vinculantes para todos los aplicadores, públicos y privados de las normas jurídicas – *función ordenadora* (Arroyo, 2003, pág. 171).

El control de constitucionalidad, constituye un procedimiento que tiene como propósito, *prima facie*, el respeto de la regularidad en la producción normativa al interior del ordenamiento jurídico, lo que solo acontece si no se vulnera la supremacía de la Constitución, de la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente (STC N° 00007-2007-P/TC, fundamento 10). En esa lógica, la Constitución Política en el artículo 202°, reconoce al Tribunal Constitucional como órgano de control constitucional encargado de resolver, en única y definitiva instancia, las acciones de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley. Estableciendo a su vez, en el artículo 200° inciso 4, 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).

En esa perspectiva, el artículo 75° del Código Procesal Constitucional (CPConst), establece que el proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a las infracciones de su jerarquía normativa. En esa línea, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que:

La validez en materia de justicia constitucional (...) 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 que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g., la Constitución (STC N° 0003-2006-PI/TC, fundamento 10).

En ese contexto, el ordenamiento jurídico peruano ha previsto constitucionalmente dos formas de defensa de la supremacía normativa de la Constitución: El control difuso y el control concentrado.

1. Control difuso

El “control difuso de la constitucionalidad de las leyes” nace, como lo reconoce de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, con la célebre sentencia expedida en el caso *Marbury vs. Madison*, en una acción de *Writ of Mandamus*, bajo la presidencia del Chief Justice John C. Marshall, en la cual se sentó el precedente vinculante (*stare decisis*) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de “legislatura repugnante” y, por lo tanto, como teoría fundamental, nula e ineficaz ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita y, que por ello mismo, la Suprema Corte Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho (León, pág. 218).

El llamado “Sistema difuso” o de “*Judicial Review*” de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra espacial; a saber: la primera, que se halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional “innominado” de toda Constitución escrita. Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, ello aparece expresamente y siempre dentro del Capítulo del Poder Judicial (por eso la denominación de “sistema difuso”, esto es, atributo “distribuido” o “difundido” entre todos los órganos del Poder Judicial, entre todos los agentes del Poder Judicial en cuanto funcionen u operen como tales. Se dice “difuso” porque no hay ni un órgano específico ni un procedimiento directo para tal, pues se halla difuminado, difundido entre todos los Jueces del Poder Judicial). El control difuso sólo será constitucionalmente válido y jurídicamente posible, en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineluctablemente la controversia judicial. Esto es, el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley, será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, sólo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible (León, págs. 218-219).

El artículo 138°, *in fine* de la Constitución, prescribe: “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 Tribunal Constitucional en la STC N° 4663-2012-PA/TC, sentencia que anuló la competencia de los tribunales administrativos para aplicar control difuso, precisó que los alcances de esta disposición en el mejor de los casos pueden ser extensivos a todos los jueces que desempeñan una función jurisdiccional, por mandato de la Constitución (Tribunal Constitucional, jurisdicción arbitral y militar), pero en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativo.

El control difuso a diferencia del control concentrado, es un método para la defensa de la Constitución que se traduce en la inaplicación en el caso concreto de una norma sin que esto implique su expulsión del ordenamiento.

2. Control concentrado

El control concentrado es el otro mecanismo de defensa de la supremacía normativa de la Constitución, previsto en los artículos: 200° inciso 4¹, 202° inciso 1², 203°³ y artículo 204°⁴ de la Constitución Política. Su utilización, supone la existencia de un órgano independiente: el Tribunal Constitucional. Éste es el encargado y entre otras

¹ Artículo 200°. - Garantías Constitucionales

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 el fondo.

² Artículo 202°. – Atribuciones del Tribunal Constitucional

Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad.

³ Artículo 203°. – Accionantes de inconstitucionalidad

Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad

1. El Presidente de la República;

2. El Fiscal de la Nación;

3. El Defensor del Pueblo;

4. El veinticinco por ciento del número legal de los congresistas;

5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultada para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.

6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo con su Consejo, en materias de su competencia.

7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

⁴ Artículo 204°. – Publicación de la sentencia.

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 la inconstitucionalidad, en todo o en parte, una norma legal.

atribuciones, la expulsión del ordenamiento de normas contrarias a la Constitución. Así, esta entidad “constituiría la medida técnica más eficiente para garantizar la eficacia de la Constitución, mediante la anulación de las leyes inconstitucionales de las transitorias mayorías parlamentarias” (Arroyo, 2003, pág. 62).

En ese orden de ideas, el control concentrado ejercido en forma exclusiva por el Tribunal Constitucional implica el control constitucional de las normas con rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, que vulneran la Constitución en la forma o en el fondo), artículo 200° inciso 4 de la Constitución.

Este mecanismo de control constitucional, a diferencia de lo que sucede en el caso del control difuso de las normas, expulsa del ordenamiento a la norma declarada incompatible con la Constitución, con lo que no se deja posibilidad a la existencia de fallos contradictorios por parte de los jueces.

Mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política del Estado ha confiado al Tribunal Constitucional, el control de constitucionalidad de las leyes y de las normas con rango de ley. Se trata de un control abstracto de normas que se origina no en función de un conflicto de intereses concretos, para cuya solución sea menester dilucidar con carácter previo el acomodo a la Constitución de la norma de decisión, sino simplemente en una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación a su compatibilidad con una ley singular. En consecuencia, se trata de un proceso objetivo, ya que los legitimados no adoptan la posición estricta del demandante que llega a la instancia a pedir la defensa de un derecho subjetivo, sino que por el contrario actúan como defensores de la supremacía jurídica de la Constitución. Es decir, estamos ante un procedimiento que tiene como propósito, *prima facie*, el respeto de la regularidad en la producción normativa al interior del ordenamiento jurídico, lo que sólo acontece si no se vulnera la supremacía de la Constitución, de la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente, (STC N° 00007-2007-PI/TC, fundamento 10).

No obstante, aun cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, (STC N° 00007-2007-PI/TC, fundamento 11).

Debe recordarse que tal como establece el artículo 75° del Código Procesal Constitucional (CPConst), el proceso de inconstitucionalidad tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a las infracciones contra su jerarquía normativa. Es por ello que el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que:

La validez en materia de justicia constitucional (...) 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), STC N° 0003-2006-PI/TC, fundamento 10.

Finalmente, cabe precisar que antes de que el Tribunal Constitucional emita pronunciamiento respecto a la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, tiene el deber principal de salvar la constitucionalidad de la ley, de buscar en primer lugar una vía interpretativa que concuerde positivamente a la ley cuestionada con la Constitución. La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente es equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante grave, que extirpa por vía “quirúrgica” del Sistema Jurídico la ley cuestionada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea “quirúrgica” que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el “hueco” que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una “situación de mayor inconstitucionalidad” en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba (León, pág. 216).

Es este “*horror vacui*” el que determina el principio formulado por el Tribunal Constitucional Federal alemán: “es válido el principio de que la Ley no debe ser declarada nula (inconstitucional) cuando puede ser interpretada en consonancia o conforme con la Constitución” (León, pág. 216).

El mismo Tribunal Constitucional Federal alemán, así como el Supremo Tribunal Norteamericano, no han dudado en conectar este principio con la “presunción de constitucionalidad de las leyes”, no como una simple afirmación formal de que toda ley se tendrá por válida hasta que no se logre declarar válidamente su inconstitucionalidad, sino que implica materialmente; i) la confianza que se otorga al legislativo en la observancia y en la interpretación adecuada de los principios y postulados constitucionales; ii) una ley no será declarada inconstitucional a menos que no exista en el Juez Constitucional ninguna “duda razonable” sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución; y, iii) cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que permita una interpretación inconstitucional se habrá de presumir, siempre que sea “razonablemente posible”, que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha norma legal es precisamente aquella que le permita mantenerse dentro de los límites constitucionales (León, págs. 216-217).

En este sentido García de Enterría manifiesta que:

"(.. .) Antes de que una Ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la Constitución. La anulación de una Ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica. El legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos (...)

Es este *horror vacui* el que determina el principio formulado por el Tribunal Federal Constitucional alemán: "es válido el principio de que una Ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución" (Enterría E. G., 1985, págs. 95-96).

En efecto, la interpretación conforme con la Constitución se encuentra estrechamente vinculada con la presunción de constitucionalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico, por lo que, conforme con dicha presunción, una norma solamente podrá ser declarada inconstitucional en el caso en que se hayan agotado todas las posibilidades para darle un sentido acorde con la norma suprema y, por lo tanto, se presumirá que el legislador al momento de emitir la norma, lo hizo

otorgándole aquel sentido conforme con la Constitución (Enterría E. G., 1985, pág. 96).

Con la aplicación de una técnica como la descrita (interpretación conforme con la Constitución), se arriba a la preservación e integración del ordenamiento en su totalidad, ya que no parte de una división normativa caracterizada por el establecimiento de compartimentos estancos sin ningún tipo de conexión el uno con el otro, sino que se supone un orden sistemático en búsqueda de la armonía que debe caracterizar a las normas de un país.

Es en este contexto, que nacen las llamadas sentencias interpretativas y manipulativas, las cuales tienen como finalidad mantener la vigencia de la norma, pero sujetas a algunos límites, a los cuales haremos referencia en los puntos siguientes. Cabe precisar, que este tipo de sentencias son un medio para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, a tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de supremacía de la Constitución; son en manos del Tribunal Constitucional, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso, (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 139).

1. Las sentencias interpretativas en el marco de la tipología de las sentencias constitucionales

El estudio de las sentencias interpretativas pone de relieve problemas profundos que afectan el núcleo de la interpretación constitucional y más en concreto, a la interpretación constitucional de la ley, en definitiva, a la interpretación de todo el ordenamiento conforme con la norma fundamental. Esta necesaria adecuación interpretativa o “interpretación adecuadora” de la norma a la Constitución, que es un remedio previo que ha de utilizarse con preferencia a la declaración de inconstitucionalidad siempre que sea posible. Exige diferenciar entre disposición, texto o enunciado, por un lado, la interpretación del mismo o contenido normativo, por otro (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 32 y 51).

a. El objeto del control de constitucionalidad: ¿disposición o norma?

En todo precepto legal puede distinguirse conceptualmente entre disposición, texto o enunciado, por un lado, la interpretación del mismo o contenido normativo, por otro. El problema de cuál de ellos o bien los dos, sea realmente el objeto de control de constitucionalidad es esencial para el estudio de las sentencias interpretativas. En primer lugar, porque su análisis ayuda a precisar el propio concepto de sentencia interpretativa. En segundo lugar, porque apunta algunas ideas para el posterior

estudio de la legitimidad de este tipo de sentencias, más exactamente, de qué supuestos se pueden reconocer que son admisibles desde el punto de vista de las funciones y posición que constitucionalmente posee el Tribunal. Y, en tercer lugar, en relación con lo anterior, porque del resultado de este análisis dependerá algunas conclusiones sobre la posición del Tribunal Constitucional ante el legislador, y ante los órganos judiciales encargados ordinariamente de la interpretación y aplicación de las leyes. Por todo ello, es imprescindible tratar este problema con carácter previo al estudio detallado de las sentencias interpretativas (Díaz Revorio J. F., 2003, págs. 51-52).

a.1. Concepto de disposición y norma

Javier Díaz Revorio, en su obra titulada “La Interpretación Constitucional de la ley. Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional”, precisa:

Puede entenderse por “disposición” cualquier enunciado lingüístico que forma parte de un documento normativo, esto es, cualquier enunciado del discurso de las fuentes; “norma” sería cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito de una o varias disposiciones o fragmentos de disposiciones. La disposición sería por tanto el texto, el conjunto de palabras que forman una oración, mientras que la norma sería su significado, esto es, el resultado de su interpretación. Interpretar, es en efecto, atribuir sentido o significado a un texto normativo. No puede haber norma sin previa actividad interpretativa; ni puede hablarse ya de disposición (sino de norma) para referirse al resultado de dicha actividad o proceso. Desde el punto de vista de la interpretación, las disposiciones constituyen su objeto, y las normas su resultado (Díaz Revorio J. F., 2003, págs. 52-53).

Desde luego, no hay duda de que la distinción apuntada no implica que disposición y norma tengan una existencia independiente; al contrario, ambas están estrechamente relacionadas (como más allá del ámbito jurídico, sucede con el “significante” y el o los “significados” que éste exprese): la norma necesita el “soporte” de la disposición para existir, y la disposición encuentra su sentido porque permite expresar una o varias normas. Pero ello no permite renunciar a la distinción aludida, ya que, a pesar de la interrelación aludida, disposición y norma son conceptos y realidades diferentes, lo cual, como veremos, no está desprovisto de consecuencias (Díaz Revorio J. F., 2003, págs. 53 - 54).

Para empezar, la distinción que venimos comentando permite apreciar que la relación entre disposición y norma no siempre es unívoca, es decir, no siempre a cada disposición le corresponde una y solo una norma, ni cada norma es consecuencia de una sola disposición. Así, pueden existir disposiciones complejas, de las que derivan varias normas de forma alternativa (una u otra); disposiciones sinónimas, en cuyo caso de varias disposiciones deriva la misma norma o parcialmente sinónimas, cuando de cada una de las disposiciones derivan conjuntamente varias normas, alguna de las cuales coinciden. También puede haber normas que deriven de una pluralidad de disposiciones consideradas conjuntamente, o incluso normas implícitas, que al menos aparentemente no derivan de ninguna disposición concreta (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 54).

Aunque, como ya se ha repetido, se está empleando un concepto de norma jurídica que se identifica con el significado atribuido a una disposición normativa como consecuencia de su interpretación, la relación entre disposición y norma no es biunívoca, es decir, cada disposición no sería expresión de una única norma, ni cada norma el único significado de una disposición (Ganuzas, 2006, pág. 43).

Entonces, si se acepta el concepto de norma jurídica aquí propuesto, se comprenderá que la posibilidad de que una disposición exprese una única norma es prácticamente inexistente. Incluso, aunque el significado prima facie de la disposición, obtenido por medio de su interpretación literal, no suscitara discrepancia alguna entre los operadores jurídicos, es preciso tener en cuenta que la duda interpretativa puede surgir de otras causas además de la redacción de la disposición. Una disposición con un significado meridianamente claro desde el punto de vista lingüístico, puede convertirse en dudosa por comparación, por ejemplo, de ese significado literal con el de otra disposición del sistema. Esta circunstancia impide hablar de disposiciones “claras en sí”, de significados incontrovertidos de las disposiciones o de normas “claramente” expresadas por ellas (Ganuzas, 2006, pág. 43).

Esta conclusión se corrobora con el carácter dinámico de la actividad interpretativa y, en consecuencia, con la posible mutabilidad de los significados atribuidos (por el mismo o por diferentes intérpretes) a una misma disposición. Estas modificaciones de los significados (de las normas) con el transcurso del tiempo pueden tener dos causas: En primer lugar, la evolución de “la realidad social” tomada como criterio interpretativo. La denominada “interpretación

evolutiva” justifica ir adaptando el significado de las disposiciones a los cambios sociales, por lo tanto, sin que una disposición sea modificada, las normas que se le atribuyen pueden ir cambiando, incluso aunque su redacción no plantee la más mínima duda de significado (Ganuzas, 2006, págs. 43 - 44).

La segunda causa de modificación de las normas atribuidas a una disposición como consecuencia del transcurso del tiempo son los cambios normativos que pueden producirse en el sistema jurídico por la incorporación de nuevas disposiciones al mismo y/o por la derogación de otras. Dado que la norma se obtiene, frecuentemente, por la combinación de varias disposiciones, es decir, por medio de su interpretación conjunta, siempre que se modifique una de esas disposiciones, se modificará la norma o normas resultantes (Ganuzas, 2006, pág. 44). Este efecto puede representarse simbólicamente así:

$D1 \rightsquigarrow N1 \quad D2 \rightsquigarrow N2 \quad D1+D2 \rightsquigarrow N3$

Cada una de las dos disposiciones D1, D2 y D1+D2 expresa una norma y, además, la combinación de ambas expresa una tercera norma. Si una de las disposiciones es derogada (por ejemplo, D2), no sólo resultará derogada la norma que individualmente expresa (N2), sino también N3, de tal modo que el significado de D1 también se verá alterado. Si una de las disposiciones (por ejemplo, D2), es sustituida por otra disposición D3, pueden producirse los siguientes cambios: aparecerá una nueva norma N4 expresada por D3 y, vamos a suponer, otra norma N5, fruto de la interpretación combinada de D1 y D3: (Ganuzas, 2006, pág. 44).

$D1 \rightsquigarrow N1 \quad D3 \rightsquigarrow N4 \quad D1+D3 \rightsquigarrow N5$

Consecuentemente, si se concibe la norma jurídica como el significado obtenido por medio de la interpretación de una disposición de un documento normativo perteneciente a una fuente del Derecho, no cabe hablar de normas sin disposición: la norma es el significado de una disposición y, en consecuencia, sin disposición no hay norma. En consecuencia, no hay norma sin formulación lingüística. Cualquier norma de las consideradas implícitas o inexpresas puede ser referida en última instancia o a una disposición concreta o a un conjunto de disposiciones. Al menos la mención de una disposición es precisa para justificar la norma, ya que de lo contrario no sería posible determinar su origen ni, consecuentemente, su validez como norma jurídica (Ganuzas, 2006, págs. 56-57).

La hipótesis de una norma jurídica desvinculada completamente de alguna disposición sería equivalente a reconocer la posibilidad de normas no producidas

por ninguna fuente del Derecho o, en todo caso, por alguna fuente misteriosa diferente de las producidas por las autoridades normativas. La prueba de las anteriores afirmaciones la proporciona el análisis de los efectos de los instrumentos de interpretación jurídica y/o de integración del Derecho considerados habitualmente idóneos para producir normas inexpresas o implícitas: la analogía, el argumento *a fortiori*, el argumento *a contrario* y los principios jurídicos (Ganuzas, 2006, pág. 57).

No es casual que todos estos instrumentos sean asimismo considerados como medios para la solución de lagunas jurídicas, ya que la única razón para aceptar la existencia en el sistema jurídico de las llamadas “normas implícitas” es dar regulación, a través de ellas, a situaciones o supuestos de hecho no contemplados expresamente por las disposiciones del sistema (o que, aun contemplado el supuesto de hecho, no prevean una consecuencia jurídica). De este modo puede cumplirse con el deber judicial de resolver los asuntos para los que sean competentes ateniéndose al sistema de fuentes del Derecho, incluso en supuestos de “silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley”, (Ganuzas, 2006, págs. 57 -58). En definitiva, todo proceso de inconstitucionalidad implica inevitablemente un proceso de interpretación de la Constitución, con efectos sobre la inconstitucionalidad o constitucionalidad tanto de la disposición, como de la norma o normas, indistintamente.

Así pues, cualquier disputa interpretativa sobre el significado de una disposición, debido a la mayor o menor vaguedad de su significado, necesariamente, implica una decisión discrecional por parte del juzgador (Hart H. L., 1961).

b. Sentencias interpretativas

Según Díaz Revorio, sentencias interpretativas en sentido estricto son solo las recaídas en los procesos de inconstitucionalidad. La sentencia que resuelve un proceso de inconstitucionalidad tiene la peculiaridad de estar encaminada directamente a controlar la constitucionalidad de la norma con rango de ley, y en sentido estricto sólo será sentencia interpretativa la que, resolviendo un procedimiento de este tipo, contenga un fallo que, afectando al contenido normativo de un proceso legal, deje inalterado su texto (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 44).

Contrario a la tesis de Díaz Revorio, en el presente trabajo de investigación, se considera que en la práctica las sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, constituyen una modificación textual del dispositivo

normativo interpretado, en tanto y en cuanto, no es factible la existencia de norma sin disposición normativa. Ergo, el Tribunal Constitucional, actúa ya no como mero legislador negativo, sino como legislador positivo, al asumir un rol que le corresponde al Parlamento. Actuación, que no tiene sustento Constitucional, desde la perspectiva de la teoría positivista del Derecho defendida por Hans Kelsen, que define el Derecho como un sistema escalonado de normas, cuya validez en último grado se encuentra en una norma positiva superior – la Constitución (Kelsen, 1994). Tesis que en el ordenamiento jurídico peruano encuentra sustento en el artículo 51° de la Constitución, adoptada por el Tribunal Constitucional en la STC N° 047-2004-AI/TC, que define las fuentes del Derecho en el ordenamiento jurídico peruano.

1.1. Sentencias interpretativas estimativas y desestimativas

Las sentencias interpretativas se clasifican en; estimativas y desestimativas, dependiendo de haber encontrado o no una interpretación a la norma cuestionada que pueda ser considerada constitucional. En ese sentido, las sentencias desestimativas, rechazan la demanda de inconstitucionalidad, declarando la constitucionalidad del precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considere como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados (Díaz Revorio J. F., 2003, págs. 118-119). Por su parte las sentencias estimativas son las que declaran formalmente la inconstitucionalidad de una disposición y/o norma con rango legal. Sin embargo, este tipo de sentencias, podrían utilizarse para conseguir los mismos efectos señalados en una sentencia desestimativa. Ello sucedería si se declara que el precepto impugnado es inconstitucional “si se interpreta...” en determinado sentido, o “salvo que se interprete...” en un sentido (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 83).

Por lo que, independiente de sus denominación – estimativas, desestimativas – las sentencias interpretativas, recaen normalmente sobre disposiciones ambiguas, de las que pueden derivar varias normas alternativamente, aunque también pueden recaer sobre disposiciones complejas, de las que derivan varias normas conjuntamente (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 81).

Sobre este tema en particular, se considera que las decisiones que puedan adoptarse siempre representarán una conjugación de ambos tipos de sentencias interpretativas, estimativas y/o desestimativas, indistintamente. Debido a que, en muchas de las sentencias en las que se encuentra una interpretación constitucional (desestimativa), se declara explícitamente la inconstitucionalidad de algunas otras interpretaciones

posibles a la norma (estimatoria). Asimismo, puede darse el caso en que se declare la inconstitucionalidad de una interpretación de la norma con lo que implícitamente se estaría dejando abierta la posibilidad de utilizar cualquiera de las demás interpretaciones posibles para ella (Romboli, 1996, pág. 64).

En fin, como veremos, en muchos casos una sentencia interpretativa puede adoptar formalmente una u otra decisión (estimación o desestimación), llegando por ambas vías a la misma conclusión de entender que una norma, parte de ella, o varias no son acordes con la Constitución. En efecto, dicha conclusión puede expresarse diciendo que una disposición es constitucional interpretada en el sentido X (si no se interpreta en el sentido Y), o bien que dicha disposición es inconstitucional interpretada en el sentido Y (por tanto, no, si se interpreta en el sentido X). De forma que, en ocasiones, las sentencias interpretativas de desestimación o de estimación son en cierto sentido “intercambiables” desde el punto de vista lógico (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 103). Por ello se ha destacado, sobre todo en Italia, que la elección entre un tipo u otro de pronunciamiento obedece a razones de oportunidad (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 104)

En conclusión, sentencias interpretativas en sentido estricto, serían aquellas que (con independencia de su fallo sea *formalmente* estimatorio o desestimatorio) “eligen” entre las varias interpretaciones derivadas alternativamente de una disposición, aquella o aquellas conformes a la Constitución, o “descartan” la o las inconstitucionales, (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 98).

1.2.Sentencias manipulativas

Las sentencias manipulativas, implican un paso más con respecto a la sentencia interpretativa, puesto que nacen justamente en el caso en que de la letra de la ley no es posible encontrar interpretación alguna que tenga conformidad con la Constitución (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 208).

Con la utilización de sentencias manipulativas, “se procede a una modificación e integración de las disposiciones sometidas a su examen, de manera que estas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y un contenido diferente al original” (Romboli, 1996, pág. 64).

A través de las sentencias interpretativas en general y de manera más pronunciada cuando se trata de sentencias manipulativas, el Tribunal Constitucional aparece ya no únicamente como intérprete de la Constitución, sino que, a su vez, termina como

intérprete de la ley; y, en ocasiones, “dando origen” a nuevas normas de carácter general (Eguiguren, 2002, pág. 399).

Al referirse a este tipo de sentencias, César Landa (Arroyo, 2003, pág. 176), señala que están vinculadas a los casos de inconstitucionalidad parcial de las normas, dado que lo que se verifica es una técnica por la cual se salva una norma que no es completamente inconstitucional, por lo que se toma la parte que sí guarda consonancia con la Constitución y se reformula su complemento, llegándose a una solución totalmente constitucional.

Según Díaz Revorio, materialmente las sentencias manipulativas se definen como aquellas que establecen (ya sea de forma explícita o de manera implícita) la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo conjuntamente derivado de una disposición, (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 208).

En ese sentido, las sentencias manipulativas proceden a la transformación del significado de la ley, más que a su eliminación o su interpretación conforme a la Constitución; o bien que proceden a una modificación e integración de las disposiciones sometidas a su examen, de manera que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y contenido diferente del original. O, más claramente, que con ellas el Tribunal Constitucional asume la tarea de modificar directamente la norma, que se declara nula en cuanto no se entienda corregida en el sentido indicado por el Tribunal (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 208).

Consecuentemente, si aceptamos el concepto de sentencia manipulativa, en el sentido que éstas, transforman o modifican el significado normativo de un texto, dado que, lo manipulan, sustituyen o adicionan un significado para que dicho texto diga algo diferente a lo que decía. Entonces, cabe cuestionar, *prima facie*, la validez de este tipo de sentencias, desde dos puntos de vista: 1) desde la consideración de la función positiva o creadora con efecto *erga omnes*, realizada por estas sentencias, en contraste con la función negativa⁵ que corresponde al Tribunal Constitucional, invadiendo por tanto las competencias del legislativo. 2) solución del dilema: si la norma aplicable está presente en el sistema, corresponde a los jueces obtenerla; si no está presente, corresponde al legislador introducirla (Díaz Revorio J. F., 2003, págs. 209-210). Trataremos estas cuestiones más detenidamente en el desarrollo del acápite

⁵ Artículo 204° de la Constitución. – La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el Diario Oficial. Al día siguiente de su publicación, dicha norma queda sin efecto.

correspondiente a las fuentes del Derecho, tanto desde la perspectiva de Hans Kelsen como de Herbert Hart.

Siendo ello así, en el presente trabajo de investigación, se adopta como premisa de trabajo la clasificación de sentencias manipulativas realizada por Díaz Revorio (Díaz Revorio J. F., 2003, págs. 212-251) en tres tipos: Reductoras, aditivas y sustitutivas. La cual difiere de la clasificación realizada por el Tribunal Constitucional Peruano en las sentencias: STC N° 010-2002-AI/TC (aditivas, sustitutivas y exhortativas), STC N° 004-AI/TC (reductoras, aditivas, sustitutivas, exhortativas y estipulativas)⁶. Desde nuestro punto de vista, el Tribunal Constitucional hizo bien al incluir dentro de su clasificación a las sentencias reductoras que habían sido olvidadas por la STC N° 010-2002-AI/TC, pero cometió un error al incluir a las sentencias exhortativas y, peor aún, a las del tipo estipulativo, en su clasificación de sentencias manipulativas. Esto es así, puesto que las sentencias exhortativas, no constituyen de ninguna manera una manipulación de la norma, sino que establecen una gama de soluciones dependiendo del tipo de exhortación que establezca, por ejemplo, poniendo un plazo, para su aplicación. Esto, es más evidente, en el caso de las sentencias estipulativas, las cuales sólo traen consigo un desarrollo de una institución del derecho, mas no una interpretación propiamente dicha de la norma y/o disposición.

1.2.1. Sentencias manipulativas reductoras

Esta variante de las sentencias del tipo manipulativo puede darse ya sea con la declaración de inconstitucionalidad de una parte del texto de la norma, como con una interpretación que restrinja su aplicación a una serie de supuestos en particular, sin incidir, necesariamente, directamente en su literalidad. Como consecuencia, de la declaración de inconstitucionalidad, este tipo de sentencias, conllevan una reducción de la extensión del contenido normativo de la disposición. El fallo de este tipo de sentencias puede adoptar diversas formas, entre las cuales las más frecuentes suponen la declaración de inconstitucionalidad del precepto “en cuanto incluye”, “en cuanto es aplicable”, o “en la parte en que prevé”, o “en la parte que no excluye” su

⁶ Cuando emitió el fallo relativo al expediente N° 004-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional realizó una categorización y conceptualización mucho más clara y profunda sobre el tema. En esa ocasión, se estableció un argumento mucho más sólido sobre la importancia de este tipo de decisiones como medio destinado a evitar la creación de vacíos normativos que pueden ser mucho más perjudiciales que la propia vigencia de la norma inconstitucional. Así, estableció su fundamento en: (i) el principio de conservación de la ley; y (ii) principio de interpretación desde la constitución, este último supone interpretar la norma dándole coherencia con el texto constitucional.

aplicación a cierto supuesto, o en general a cierta norma (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 212).

En principio ha de considerarse admisible que el Tribunal Constitucional declare la inconstitucionalidad de parte del contenido normativo, aunque ello no tenga traducción en el texto del precepto impugnado. Las sentencias reductoras suelen recaer sobre preceptos que pecan de demasiada generalidad, ambigüedad o exceso, que el principio de conservación de la ley, la conveniencia de evitar vacíos innecesarios, e incluso exigencias de seguridad jurídica, justifican que se “salve” la parte del contenido conforme a la Constitución (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 214).

1. Análisis de sentencias manipulativas reductoras:

Caso resuelto por el Tribunal Constitucional: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil, contra la violación de los artículos 105°, 2.16 y 70° de la Constitución de la Ley N.º 30114, (Caso FONAVI 2014). Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP N° 0012-2014-PI/TC.

Hechos

Con fecha 04 de junio de 2014, más de cinco mil ciudadanos, interponen demanda de inconstitucionalidad, tras alegar la violación de los artículos 105°, 2.16 y 70° de la Constitución, solicitando que se declare inconstitucional por la forma y el fondo de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria final de la Ley N° 30114. La disposición vulneraría el derecho a la propiedad al disponer que la devolución de dinero del Fondo Nacional de Vivienda (Fonavi) sólo corresponderá a quienes se registraron el 31 de agosto de 2014 en el padrón de beneficiarios, y al circunscribir la devolución de aportes únicamente a las contribuciones recaudadas de los trabajadores, sin incluir los aportes efectuados por los empleadores, el Estado y otras instituciones.

El Congreso contestó la demanda a través de su apoderado, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, en base a los siguientes argumentos:

- Que, con relación a la inconstitucionalidad formal, la disposición impugnada no se encontraba en el texto original de la Ley N° 30114, ello no constituye un quebrantamiento al procedimiento legislativo, pues está fue materia de debate en la Sesión del Pleno del Congreso del 28 de noviembre de 2013.

- Que, con relación al fondo, el circunscribir la devolución a los aportes de los trabajadores, el Estado y otras entidades no afectaron directa ni indirectamente el patrimonio de los beneficiarios de la Ley N° 29625, de la devolución de dinero de Fonavi a los trabajadores que contribuyeron el mismo.

El Tribunal Constitucional analizará el artículo objeto de impugnación constitucional, partiendo por el examen formal para luego pasar a uno de fondo, con los argumentos siguientes:

En la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final; la devolución a la que se refiere la Ley N° 29625, comprenderá la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes, de acuerdo con la información del Ministerio de Economía y Finanzas, el Banco de la Nación y la SUNAT, siendo los beneficiario aquellos que hayan registrado hasta el 31 de agosto de 2014 y que se encuentren en el respectivo padrón de beneficiarios que elabore la Comisión a que se refiere la Ley N° 29625.

La Comisión a que se refiere la Ley N° 29625 se aprobará semestralmente, mediante resolución, el padrón de beneficiarios, para la devolución de aportes priorizando a los mayores de 65 años o personas con discapacidad, entre 55 y 65 años de edad y los menores de 55 años de edad.

Todas las entidades públicas y privadas deberán remitir, a solo requerimientos, la información de los beneficiarios de la Ley N° 29625.

En cuanto a la restricción de la devolución únicamente a los que aportaron los fonavistas, en primer lugar, se ha negado respecto a su naturaleza que el Fonavi tenga condición de tributo, pues no fue expresamente definido como tal por el legislador (principio de reserva de la ley previsto en el artículo 74° de la Constitución); su administración fue delegada en su momento al Banco de Vivienda, persona jurídica distinta del Estado y solo estaba destinada a la satisfacción de la necesidad de vivienda de los trabajadores.

Por otro lado, el Tribunal fue muy claro al establecer la devolución individual de los aportes realizados por el Estado, los empleadores, u otras entidades, no es constitucional, toda vez que la devolución de aquellos aportes que no afectaron el patrimonio de los fonavistas sería contraria al deber del Estado de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (artículo 44° de la Constitución).

El Tribunal Constitucional, considera que la regulación de la Septuagésima Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30114 en el extremo referido a los aportes que serán materia de la devolución prevista en la Ley N° 29625, que solo abarca la totalidad de las contribuciones recaudadas de los trabajadores dependientes e independientes.

El Tribunal Constitucional, en su momento valoró que la tutela a la propiedad de los accionantes no implica el reconocimiento de la devolución de los aportes realizados por el Estado, los empleadores u otras entidades, a favor de los Fonavistas, al tratarse de aportes que no afectaron su patrimonio.

La exclusión a los fonavistas no inscritos hasta el 31 de agosto del 2014, al respecto, se sostiene que los aportantes constituyen una obligación del Estado frente a los trabajadores aportantes la devolución del mismo.

El Tribunal advierte que la medida objeto de impugnación efectivamente restringe el derecho de propiedad que tiene un grupo de aportantes sobre dichos fondos. Cabe precisar que la sola restricción o limitación de un derecho constitucional por parte del legislador, no amerita calificar a la medida en inconstitucional. Ya que ningún derecho tiene carácter absoluto, por lo que se puede ser restringido.

Respecto a la necesidad de emitir una Sentencia Manipulativa Reductora, el Tribunal Constitucional, en conformidad con la tipología de sentencias desarrolladas por la legislación comparada, desarrolladas en el marco de la colaboración que corresponde a los poderes del Estado en la defensa de los derechos fundamentales y la primacía constitucional. A través de las sentencias interpretativas y exhortativas, este Colegiado sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, puede alertar al legislador con la finalidad de promover su actuación en determinado sentido, a efectos, de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad. Criterios jurídicos 29 de la sentencia.

Argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para justificar su decisión

El Tribunal, considera que es indispensable la emisión de una sentencia del género manipulativa, específicamente una sentencia de integración constitucional o también llamada, “manipulativa de acogimiento parcial o reductora”.

Lo que resulta inconstitucional es el primer párrafo de la septuagésima segunda disposición final de ley de presupuesto para el año 2014, en cuanto dispone excluir a los aportantes al FONAVI que no se inscribieron al 31 de agosto de 2014, y no el resto de su contenido normativo que se desprende del primer párrafo de la disposición

cuestionada, por lo que en lugar de la expulsión del ordenamiento de todo el texto, e mejor proceder únicamente a extraer el enunciado lingüístico "...se hayan registrado hasta el 31 de agosto de 2014 y que se encuentren...". Fundamento jurídico 33 de la sentencia.

Análisis

La emisión de una sentencia interpretativa manipulativa reductora, por considerarse indispensable ya que aquellas señalan que el precepto es inconstitucional "*En la parte en que...*" o "*en cuanto...*" prevé o excluye algo contrario a la norma fundamental. En este caso la inconstitucionalidad no afecta al texto, pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional por exceso.

Este tipo de sentencias encuentran fundamento normativo en diversas disposiciones constitucionales. Dado que el parlamento le confiere legitimidad democrática directa como representante de la Nación. Como es el caso del juez que imparte justicia en nombre del pueblo y bajo el ordenamiento jurídico constitucional; es por eso, que el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que solo pueda inaplicarla (*control difuso*) o dejarla sin efecto (*control concentrado*), cuando su inconstitucionalidad se manifiesta.

El fundamento constitucional de las sentencias interpretativas propiamente dichas se encuentra en los artículos siguientes: 45°, 51°, 138° y 202.1 de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica suprema, interpretable; así como en el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93° de la Constitución".

Por lo que el Tribunal considera que la emisión emitir una sentencia interpretativa manipulativa reductora.

2. Análisis de sentencias manipulativas reductoras:

Caso resuelto por el Tribunal Constitucional: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación, don José Antonio Peláez Bardales, contra algunas disposiciones de la Ley N.º 29703 que modifica el artículo 384 del Código Penal (delito de Colusión) y el artículo 401 del Código Penal (delito de tráfico de influencias). Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP N° 00017-2011-PI/TC.

Hechos

El Fiscal de la Nación, Don José Antonio Peláez Bardales, interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29703, Ley que modifica el Código Penal respecto de los delitos contra la Administración Pública. Asimismo, solicita que una vez que se declare fundada la demanda se emita la sentencia interpretativa manipulativa reductora suprimiendo la fase “patrimonialmente” del delito de colusión, así como la modificación del artículo 400° del Código Penal, referido al tipo penal del delito de tráfico de influencias, emitiendo a su vez una sentencias interpretativa reductora suprimiendo la palabra “real” a fin de descartar cualquier interpretación del citado dispositivo en el sentido de entender que la influencia que alega el sujeto activo tenga que ser necesariamente real y no aparente.

Así mismo alega que la disposición impugnada contraviene los artículos 3° y 18° de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y el artículo XII de la Convención Interamericana contra la Corrupción, como parte del bloque de constitucionalidad de los artículos 43, 44 y 76 de la Constitución.

Además, la parte demandante sostiene que la lucha contra la corrupción constituye un mandato constitucional que se desprende los artículos 39 y 41 de la Constitución, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la resolución de la fecha 23 de abril de 2007, recaída en el expediente N° 006-2006-PC.

El Congreso de la República, mediante su apoderado contestó la demanda, con los fundamentos siguientes:

En concordancia al artículo 99° del Código Procesal Constitucional, cuando el Congreso de la República es demandado en un proceso de inconstitucionalidad, no es preciso presentar argumentos de fondo sobre la ley impugnada cuando ésta ha sido derogada.

En cuanto a la pretendida sustracción de la materia, con fecha 21 de julio de 2011 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 29785, que establece modificaciones en diversos artículos del Código Penal, entre ellos los artículos de colusión y tráfico de influencias, derogando de este modo la modificación normativa a través de la ley cuestionada en el proceso de inconstitucionalidad.

Derecho Penal y Constitución:

La intervención penal supone una restricción de derechos fundamentales, por lo que autoriza la intervención de la justicia constitucional a efectos de evaluar la restricción de derechos.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional señala:

“...ninguna medida legislativa podría, en un afán favorecer “a toda costa” la libertad personal, anular el factor preventivo como finalidad de la pena a imponerse. En tales circunstancias, lejos de ponderar debidamente los distintos bienes protegidos por el orden constitucional, se estaría quebrando el equilibrio social que toda comunidad reclama como proyección de la Constitución material (...)”

Cabe señalar que, conforme a lo expuesto, es posible señalar que, si bien la decisión político criminal de perseguir penalmente una conducta o dejar de hacerlo constituye atribución exclusiva del legislador, dicha decisión debe respetar el marco constitucional.

Los fines constitucionales de la persecución penal de los delitos de corrupción, delitos contra la Administración Pública, ha sido justificada desde el Derecho Penal en el “correcto funcionamiento de la administración pública”.

A su vez, Tribunal entiende que ello puede ser entendido también desde una perspectiva constitucional. Así la intervención de derechos fundamentales que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra principios constitucionales derivados esencialmente del capítulo IV del Título I del Código Penal “De la Función Pública”.

El buen funcionamiento de la Administración Pública, constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del derecho penal.

La persecución penal de los actos de colusión ilegal que se produzcan en el marco de la contratación estatal tiene por objetivo proteger estas condiciones de transparencia, imparcialidad de la contratación estatal, el trato justo e igualitario a los posibles proveedores.

El delito de tráfico de influencias supone que quien invoca ser titular de influencias reciba “...*donativo a promesa o cualquier otra ventaja*” y posteriormente el titular de las influencias se comprometa a “...*interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo o haya conocido, un caso judicial o administrativo....*”

Criterios jurídicos del fundamento 24 y 25 de la sentencia.

Argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para justificar su decisión

Análisis de la norma objeto de impugnación:

La disposición contenida en la Ley N° 29703, es cuestionada por considerar inconstitucional las exigencias de prejuicios patrimonial que de ella se derive. Al

respecto, el Tribunal considera imperativo hacer notar mientras la disposición cuestionada prescribe textualmente “defraude patrimonialmente”, el sentido interpretativo por la parte demandante sugiere que ello implica necesariamente un perjuicio patrimonial, aspecto que de manera previa a valorar la constitucionalidad de la disposición.

Como se entiende, una misma disposición legal puede, por lo general ser interpretada válidamente de diversas maneras, lo que ha llevado a este Tribunal a distinguir entre disposición y norma, siendo la primera el enunciado legal y la segunda, el sentido interpretativo.

Con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú al Supremo Intérprete de la Constitución, ha resuelto:

Declarar fundada la demanda de inconstitucionalidad en el extremo referido a la modificación del artículo 384° del Código Penal a través de la ley N° 29703 y en consecuencia nulo y carente de todo efecto la expresión “patrimonialmente”.

En consecuencia, conforme a lo dispuesto en la presente sentencia, cuando, en el marco de un proceso penal resulte de aplicación el artículo 384° del Código Penal en su versión modificada por la Ley N° 29703, los jueces del Poder Judicial podrán aplicar dicha disposición siempre que conforme en la presente sentencia no se incluya el término “patrimonialmente” en dicho texto normativo.

Análisis

El poder del legislador para conferir tipos penales no es absoluto, sino que deberá respetar el marco constitucional, es por ello que el Tribunal ha señalado que el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de un razonable margen de discrecionalidad, pero se encuentra vinculado por los principios y valores de la Constitución, lo que posibilita el control constitucional.

La demanda presentada por el Fiscal de la Nación se resolvió, declarándose fundada en el extremo referido a la modificación del artículo 384° y en consecuencia la no inclusión de la expresión “patrimonialmente”, por lo que desde un principio se solicitó que una vez que se declare fundada la demanda se emita la sentencia interpretativa manipulativa reductora suprimiendo la fase “patrimonialmente” del delito de colusión.

Cabe mencionar que las sentencias interpretativas manipulativas reductoras, en caso de inconstitucionalidad, no afecta al texto, pero sí al contenido normativo, que pueda considerarse inconstitucional “por exceso”, por lo que se excluye.

1.2.2. Sentencias manipulativas aditivas

Son aquellas sentencias que adhieren algún otro precepto a la norma cuestionada, el cual es trascendental para que ésta pueda ser considerada constitucional. Un experto en el tema, como lo es Díaz Revorio, las define como un tipo de sentencia manipulativa que sin cambiar el texto propio de la norma “establece la inconstitucionalidad de un precepto, produciendo el efecto de ampliar o extender su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos no contemplados expresamente en la disposición, o ampliando sus consecuencias jurídicas” (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 228).

No obstante, el punto de vista de Díaz Revorio, en cuanto las sentencias aditivas no implica el cambio del texto normativo (disposición). Consideramos que este tipo de sentencia recae no directamente en la norma, sino que lo hace en la omisión o vacío que se había generado con la no inclusión del dispositivo normativo aumentado vía interpretación. Entonces se declara inconstitucional la disposición en tanto deja de prever algo, con lo que después de emitido el fallo será obligatoria la aplicación de la ley con un aumento que en su formulación originaria y literal no se encontraba previsto (Romboli, 1996, pág. 65). Este tipo de fallos son de bastante utilidad en casos en los que la norma sea impugnada por considerársele discriminatoria, al tratar de manera distinta a sujetos iguales.

Asimismo, debemos resaltar que este tipo de sentencia es recurso ultima ratio que debe ser utilizado, siempre que, como en toda interpretación, no se desnaturalice el sentido de la norma, al introducir algo que expresamente se quiso excluir (Noriega, 2004, pág. 142).

En síntesis, las sentencias aditivas, se definen como aquellas que declaran que al precepto impugnado le falta “algo” para ser conforme a la Constitución (debiendo aplicarse desde ese momento el precepto como si incluyera aquello que le faltaba), siendo el supuesto más frecuente el que declara la inconstitucionalidad del precepto “en cuanto” o “en la parte en que” no prevé o incluye ese “algo”. Producen un efecto de extensión o ampliación de su efecto normativo, señalando que dicho contenido debe incluir algo que el texto de la interpretación no prevé (Díaz Revorio J. F., 2003, págs. 255 - 256). Asumiendo de esta manera, el Tribunal Constitucional funciones legislativas. Puesto que,

por efecto de las sentencias aditivas, la norma expresada por el texto debe leerse como algo que, ilegítimamente, no estaba previsto en la disposición normativa.

1. Análisis de sentencias manipulativas aditivas:

Caso resuelto por el Tribunal Constitucional: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Máximo Yauri Salazar y más de 5000 contra la Ley N° 27816, que declara de necesidad pública la expropiación de un terreno para el levantamiento de un área de protección funcional de Radio Observatorio, Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP N° 0031-2004-AI/TC.

En la presente Acción de Inconstitucionalidad se detallarán los hechos y los principales argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional, al momento de resolver.

La sentencia *in comento*, constituye una sentencia aditiva.

Hechos

Con fecha 23 de setiembre de 2004, el Tribunal Constitucional, emite la siguiente sentencia.

El señor Máximo Yauri Salazar y más de 5000 ciudadanos, interponen Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N°. 27816, por considerar que dicha norma afecta la prohibición de dictar leyes especiales en razón de las personas y el principio de no discriminación, por los siguientes fundamentos;

- La “cosa” regulada por la Ley N° 27816 es la declaración de necesidad pública de la expropiación de un terreno de 1, 900 hectáreas, cuya finalidad es levantar un área de protección funcional del Radio Observatorio de Jicamarca a cargo del Instituto Geofísico del Perú. Al determinar los terrenos, materia de expropiación. Para la expropiación se actuó selectivamente.
- Se exoneró del área de expropiación a la refinería de Zinc de Cajamarquilla, que colinda con el Radio Observatorio de Jicamarca, a pesar de que existe un estudio de impacto ambiental, el cual califica como principal responsable del deterioro de la Antena de Radio Observatorio

por sus actividades contaminantes. Hechos que constituyen una clara discriminación de tipo económico.

- El tema en mención no puede ser discutido mediante acción de inconstitucionalidad, puesto que, en realidad, el tema en debate es si la expropiación practicada debió ser más amplia que la señalada por la ley en su artículo 2°; es decir, que la pretensión no tendría por objeto cuestionar la ley expropiatoria, sino el por qué no se efectuó en otros terrenos.
- La ley no individualiza las propiedades ni las personas que deben ser afectadas por la expropiación, pues la única finalidad de la ley es, por razones de necesidad pública manifiestamente demostrada.

Delimitación del Petitorio

Los recurrentes interponen la presente acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 27616, que declara de necesidad pública la expropiación de un terreno para el levantamiento de un área de protección funcional del Radio Observatorio de Jicamarca. Por considerar que con su expedición se han vulnerado los artículos 2°, inciso 2, y 103° de la Constitución Política del Estado.

En relación al derecho de propiedad y expropiación, como cualquier derecho fundamental, no es un derecho absoluto, pues se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o por delimitaciones tácitas.

No obstante, la privación del derecho a la propiedad, como consecuencia del ejercicio de la potestad expropiadora del Estado, no constituye un supuesto de limitación del derecho; sino el sacrificio del mismo.

En el artículo 70° de la Constitución estipula, en principio, y como regla general, que: “nadie puede ser privado de su propiedad”; pero a la vez, prevé que excepcionalmente, se puede privar de ella por causas de seguridad nacional o necesidad pública.

El Tribunal Constitucional, considera que la impugnación de la Ley N° 27816, en realidad, no radica en que el dispositivo prevea un determinado ámbito territorial como afectado por la expropiación, sino en que supuestamente omitió comprender otros, también necesarios de incorporarse si es que en verdad se quería optimizar el buen funcionamiento del Radio Observatorio de Jicamarca. Criterios de interpretación contenidos en los fundamentos jurídicos: 1, 2, 3, y 4 y 14 de la sentencia.

Argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para justificar su decisión

Si se acreditase la violación del mandato de prohibición de tratamiento discriminatorio, el Tribunal Constitucional se encontraría frente a dos alternativas:

- Declarar la inconstitucionalidad de la disposición que contiene la omisión (norma implícita). Tal declaración de inconstitucionalidad, sin embargo, produciría que en ella se comprenda a la norma expresa, derivada de la disposición impugnada, que no es inconstitucional.
- Expedir una sentencia aditiva, cuyo uso normalmente se justifica en aquellos supuestos en los que la omisión eventualmente inconstitucional no puede ser reparada mediante la interpretación de la misma disposición sino a través de la integración a los datos normativos ofrecidos por el ordenamiento jurídico en su totalidad y, parcialmente, el inciso 2), artículo 2° de la Constitución, que prohíbe tratamientos discriminatorios. Criterios de interpretación contenidos en el fundamento jurídico: 15 de la sentencia.

Análisis

En el presente caso, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, por encontrarse limitado por disposiciones constitucionales expresas o por delimitaciones tácitas.

Los demandantes fundamentan su pretensión en la violación de dos artículos constitucionales que se encuentran estrechamente ligados. Por un lado, el artículo 103°, que estipula que: “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas”; y, por otro, el artículo 2°, inciso 2, que estipula: “Toda persona tiene derecho: 2) A la igualdad ante la ley. “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Los demandantes argumentan que la presente le es inconstitucional por tratarse de una norma especial, dado que se ha expedido en razón de las personas afectadas con la expropiación.

En efecto, para plantear un supuesto de tratamiento discriminatorio basado en la diferencia de personas es necesario que se proponga un *tertium, comparationis* válido, esto es un término de comparación que resulte suficiente y adecuado, a partir del cual sea posible determinar que, ante situaciones fácticas iguales, una de las personas de la relación ha sufrido un trato diferente, sin mediar razones objetivas y razonables que justifiquen su legitimidad.

En el caso, que el Tribunal Constitucional, haya omitido supuestos que no puedan ser reparados mediante interpretación de la misma disposición, será necesario expedir una sentencia aditiva, de tal modo que se puedan integrar datos normativos ofrecidos por el ordenamiento jurídico, de modo que no existan tratamientos discriminatorios por la emisión de la presente Ley N° 27616.

2. Análisis de sentencias manipulativas aditivas:

Casos resueltos por el Tribunal Constitucional: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Yonhy Lescano Ancieta, en representación de 34 congresistas, contra el artículo 4° de la Ley N.° 1801 (Ley de Himno Nacional), Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP N° 0044-2004-AI/TC.

En la presente Demanda de Inconstitucionalidad se detallarán los hechos y los principales argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional, al momento de resolver.

La sentencia *in comento*, constituye una sentencia aditiva.

Hechos

Con fecha 09 de setiembre de 2004, los demandantes interponen la presente demanda solicitando que se declare la inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley N.° 1801, norma cuestionada, por considerar que incluye una estrofa apócrifa en el Himno Nacional que contiene frases que agravan la dignidad de la persona humana y de los peruanos; por los argumentos siguientes:

- a) Que el artículo 1° de la Ley N° 1801 declaró oficial e intangible la letra y música del Himno Nacional, cuya autoría corresponde a don José de la Torre Ugarte.
- b) Que el artículo 4° de la Ley N° 1801, que contiene la letra del Himno Nacional, modifica el texto original escrito por José de la Torre Ugarte puesto que, por un lado, incluye una estrofa apócrifa que no fue escrita por dicho autor, y por otro, suprime la quinta estrofa apócrifa de la letra original del Himno Nacional.
- c) Que la estrofa apócrifa consignada en el artículo 4° de la Ley N.° 1801 vulnera el artículo 1° de la Constitución Política, con relación a la dignidad de la persona como fin supremo del Estado. Además, es ofensiva al pueblo en general y a la memoria de los próceres de la independencia, ya que al cantarla se proclama que somos un pueblo de

siervos y esclavos sumisos, que gimieron en silencio y que nunca lucharon por su independencia y que gracias a las corrientes libertadoras extranjeras se logró la independencia.

- d) Que en el artículo 2° de la Ley N° 1801 obliga a todos los peruanos a cantar la primera estrofa, e impone que en actos cívicos el único Himno a interpretar sería la reconocida por la mencionada ley, cuyas frases vulneran nuestros derechos fundamentales y amor propio.

El Congreso de la República, debidamente representado, solicita que la demanda se declare infundada, alegando que la mencionada ley, no contraviene la Constitución por el fondo ni por la forma.

Para ello, fundamenta lo siguiente:

- Que la demanda debió ser declarada inadmisibile, por cuando el plazo para interponerla ya había prescrito, ya que la Ley en mención ha sido publicada en el año 1913.
- Que el Tribunal Constitucional emite pronunciamientos basándose en argumentos jurídicos, de modo que no tiene cabida en el control de la constitucionalidad.
- Que la dignidad de la persona humana a la que hace referencia el artículo 1° de la Constitución no es una forma de comportamiento, sino un atributo de la persona humana, un valor de todo ser racional, independientemente de la forma como se comporte.
- Que la Constitución no permite que alguien haga las veces de intérprete de un comportamiento digno, que siempre quedará en la espera personal, atado a la libertad de la conciencia, así mismo argumenta que cada uno decide en su interioridad si siente orgullo o no de cantar el Himno, dejando de lado los que se pueda interpretar o sentir. Por lo que considera que no puede ser considerado admisible que el sentir de algunos se imponga sobre el sentir de los demás. (Criterios jurídicos esgrimidos de los fundamentos a y c de la sentencia).

Materias constitucionalmente relevantes:

En el caso debe determinarse:

- a) La competencia del Tribunal Constitucional para conocer la inconstitucionalidad de una ley del año 1913:

- El Congreso de la República considera que la demanda debió declararse inadmisibles, ya que el plazo para interponer la demanda había prescrito. Así mismo, considera que admitir la demanda, sería atentar contra el principio de seguridad jurídica reconocido por el propio Tribunal Constitucional.
- b)** La compatibilidad del artículo 4° de la Ley N° 1801 con el derecho constitucional a la propiedad y protección intelectual y artística reconocido en el inciso 8 del artículo 2° de la Constitución.
 - Los demandantes argumentan que el artículo 4° de la Ley N° 1801, que reconoce la letra del Himno Nacional, modifica el texto original escrito por don José de la Torre Ugarte, puesto que incluye una estrofa apócrifa y suprime la quinta estrofa.
 - El Tribunal Constitucional efectuará su juicio de constitucionalidad, en este apartado evaluando si el artículo 4° de la Ley N° 1801 es compatible con el inciso 8°. Del artículo ° de la Constitución.
- c)** Si en la primera estrofa del Himno Nacional vulnera el artículo 1° de la Constitución, con relación a la dignidad de la persona como fines supremos del Estado.
 - La dignidad de la persona humana irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos ya sea los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada.
 - Como bien establece la sentencia en referencia, el Himno Nacional, es una composición poético musical cuyo sentido es honrar personajes y sucesos históricos, que contribuyeron al progreso de la Nación. Sus letras no van más allá de un significado filosófico, histórico y patriótico expresado en sus estrofas.
 - El Himno cumple una función expresiva que interpreta la gesta de la independencia, sin comprometer ni condicionar la conducta social.
- d)** Los límites del Congreso de la República el Himno Nacional.
 - El Tribunal Constitucional estima que las normas de carácter constitucional reseñadas imponen al legislador el deber de promover la

integración nacional, honrar al Perú, proteger los intereses nacionales, reconocer la integración nacional, honrar al Perú, proteger los intereses nacionales, reconocer y proteger nuestra pluralidad étnica y cultural como Nación y protege el legado histórico de todas las culturas de las que somos herederos, cuando en el legítimo ejercicio de sus competencias, y en representación del pueblo peruano, considere establecer o modificar el Himno Nacional.

Argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para justificar su decisión

El Tribunal Constitucional ha resuelto, declarar fundada, en parte, la demanda de inconstitucionalidad de autos, en consecuencia, de la omisión del artículo 4° de la Ley N° 1801, debiéndose **adicionar** la quinta estrofa de la versión original del Himno Nacional conforme a la autoría en el Himno Nacional, en relación al fundamento 27 de la presente sentencia.

Así mismo, declara que es competencia del congreso determinar la o las estrofas del Himno Nacional del Perú que deben ser tocadas y entonadas en los actos oficiales y públicos.

Análisis

En la sentencia en referencia, el Tribunal Constitucional resuelve, declarar fundada en parte, la demanda de inconstitucionalidad, por la omisión del artículo 4° de la Ley N° 1801, debiéndose adicionar la quinta estrofa del Himno Nacional, de acuerdo a la versión original.

Mediante las sentencias aditivas, el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, como es el caso de la presente sentencia. En este contexto, “añadir” algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de los que los textos que obviaron consignar.

La finalidad de las sentencias aditivas consiste en controlar e integrar las omisiones legislativas inconstitucionales; es decir, a través del acto de adición, fundamentos jurídicos, 20 de la sentencia.

1.2.3. Sentencias manipulativas sustitutivas

Son aquellas que tienen como punto de partida la expulsión del ordenamiento de un fragmento del texto de la norma por considerarlo inconstitucional, sustituyéndolo por otro que termina por reconstruir y dotar de contenido

diferente la disposición, guardando ahora consonancia con la Constitución (Díaz Revorio J. F., 2003, págs. 228-235) . Un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, al tiempo que se dispone que la parte declarada inconstitucional se sustituya por otra indicada por el Tribunal Constitucional. Se ha distinguido en las sentencias sustitutivas un aspecto “ablatoivo”, que produciría el efecto de crear un vacío normativo, acompañado de un aspecto “reconstructivo” dirigido a llenar dicho vacío (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 228 y 230).

Lo característico de estas sentencias, es que la dimensión reconstructiva o creadora de estas sentencias no puede derivar ni del precepto legal, ni de la declaración de inconstitucionalidad parcial. Desde luego, no deriva del precepto antes de la operación de anulación – ya que normalmente viene a decir algo claramente diferente a lo que dice tras la sentencia -: pero tampoco puede derivar del precepto legal una vez se ha suprimido en éste la palabra o el inciso inconstitucional, ya que tras esta supresión (pero antes de la reconstrucción) lo más frecuente es que dicho precepto quede “mutilado” por la ausencia de dichas palabras. Y en definitiva carente de sentido gramatical y lógico. Y es que, en realidad, las operaciones de “ablación” y “reconstrucción”, añade a la disposición normativa, algo que no estaba previsto cambiando por completo su significado (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 233).

En general, estas sentencias representan el intento extremo de realizar de manera inmediata los mandatos constitucionales, salvando en parte la constitucionalidad de un texto legal para evitar el vacío que de otro modo se produciría; pero todo ello, sin duda objetivo muy loable, no puede conseguirse en muchos supuestos sino a costa de que precisamente de ese texto legal derive la norma exigida por la Constitución, cuando en realidad su texto es incapaz de generar esa norma (Díaz Revorio J. F., 2003, pág. 246). Finalmente, siguiendo la tesis de la jerarquía normativa de Hans Kelsen, podríamos concluir, *prima facie*, que, en caso de no encontrar una fuente de validez constitucional, que justifique la actuación del Tribunal Constitucional, para crear dispositivos legales no previstos por el legislador, *ex novo*. Entonces, las sentencias manipulativas que reducen, amplían o

reconstruyen el texto normativo de las normas con rango de ley, carecerían de validez constitucional y, por lo tanto, no constituirían normas que forman parte del ordenamiento jurídico peruano. Por lo que, a efectos de salvar la validez constitucional de las sentencias manipulativas, no cabría otra solución que declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones que no encuentran un sentido interpretativo conforme a la Constitución, sin previamente, reducir, ampliar o reconstruir el texto normativo vía interpretación.

1. Análisis de sentencias manipulativas sustitutivas:

Casos resueltos por el Tribunal Constitucional: Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Federación Nacional de Docentes Universitarios del Perú y más de cinco mil ciudadanos contra los Decretos de Urgencia 033-2005 y 002-2006. Sentencia del Tribunal Constitucional, EXP N° 0023-2007-PI/TC.

Hechos:

Con fecha 21 de agosto de 2007, la Federación Nacional de Docentes Universitarios del Perú – FENDUP y más de cinco mil ciudadanos, interponen la presente demanda de inconstitucionalidad, contra los artículos 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 8°, 9°, y 11° del Decreto de Urgencia 033 – 2005, y los artículos 11° y 12° del Decreto de Urgencia 002-2006, emitidos por el Poder Ejecutivo y publicados el 22 de diciembre de 2005 y el 21 de enero de 2006, respectivamente.

Don Julio Ernesto Tovar, en calidad de apoderado, manifiesta que las normas impugnadas establecen una postergación o suspensión de la vigencia efectiva del artículo 53° de la Ley Universitaria, Ley N° 23733, que establece un régimen de homologación de las remuneraciones de los docentes universitarios con las remuneraciones de los magistrados del Poder Judicial. En ese sentido, fundamenta su demanda conforme a los siguientes argumentos:

- El artículo 2° del Decreto de Urgencia 033-2005 vulnera el artículo 2°, inciso 1) de la Constitución referido a la igualdad ante la ley, pues excluye del Programa de Homologación a los docentes contratados, cesantes y jubilados; así como a los jefes de práctica, reformando materialmente a la Ley Universitaria 23733, pues esta señala en su artículo 44° que los profesores universitarios son: Ordinarios, Extraordinarios y Contratados. Asimismo, este artículo viola la reserva de ley, pues la ley universitaria es una ley parlamentaria y jurídicamente un decreto de

urgencia no se encuentra habilitado para regular esferas que son de atribución y competencia del Congreso.

- En concordancia con el artículo 3° del precitado decreto de urgencia, solo un pequeño sector de docentes serían los que se beneficiarían con el Programa de Homologación, dado que, en forma discriminatoria, impone que para acceder a este programa los docentes tengan grado e maestría y doctorado. De igual manera, según el mencionado artículo no se cumple con la homologación al 100% respecto a los profesores principales, a tiempo completo y a dedicación exclusiva. Criterios jurídicos de los fundamentos a, b de la sentencia.
- El Decreto de Urgencia 033-2005 estaría vulnerando el bloque de constitucionalidad dado que la Ley Universitaria N° 23733 es una norma interpuesta que forma parte de este bloque, generándose una infracción inconstitucional indirecta. Un decreto de urgencia no puede estar habilitado para regular materias que están reservadas para otro tipo de normas.
- Conforme al artículo 5° del decreto de urgencia en mención, el programa de homologación solo acoge a docentes nombrados en diciembre del año 2005, excluyendo a los demás docentes. Asimismo, el presente artículo otorga al presente Programa de Homologación u plazo indeterminado, para su pleno cumplimiento, por lo que vulnera la seguridad jurídica.
- El artículo 6° del Decreto de Urgencia 033-2005 es inconstitucional por la forma pues no contiene una regulación extraordinaria como lo exige el artículo 118, inciso 19° de la Constitución.
- El artículo 8° del Decreto de Urgencia 033-2005 debe ser interpretado a través de una sentencia aditiva estableciendo que conforme al artículo 78° de la Constitución el Ministerio de Economía y Finanzas debe prever dentro del presupuesto de un determinado año fiscal la homologación de remuneraciones al 100%.
- Lo dispuesto por el artículo 9° del referido decreto de urgencia incide sobre el monto establecido en el cuadro de equiparación del artículo 3° del mismo decreto de urgencia, por lo que es inconstitucional por conexidad. Asimismo, este artículo vulnera la garantía institucional de la autonomía universitaria, pues la naturaleza jurídica del decreto de urgencia no lo autoriza a regular materias reservadas al Congreso. Esto mismo ocurre con el artículo 11° del Decreto de Urgencia 033-2005.

- Las materias reguladas en el artículo 11° numerales 1 y 2 del Decreto de Urgencia 002-2006 deben estar comprendidas en una ley ordinaria. Asimismo, el numeral 3 del mencionado artículo modifica los ratios señalados en el numeral 2 del artículo 9° del Decreto Urgencia 033-2005, revelando una falta de coherencia en la política de gobierno, que debe responder a una planificación estatal. Criterios jurídicos de los antecedentes a, b, c, d, e, f, g, h e i de la demanda.

Argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional para justificar su decisión

De los fundamentos que considera el Tribunal, expulsa un porcentaje de entender que, a los profesores principales a tiempo completo, les corresponde como remuneración el 200% de la remuneración básica que percibe un magistrado supremo del Poder Judicial en actividad, conforme lo ordena la Ley Universitaria.

Cada dispositivo, debe ser analizado por separado, a fin de determinar la parte que es declarada inconstitucional, de modo que pueda ser sustituida por otra que sea indicada por el Tribunal Constitucional.

Análisis

Las sentencias sustitutivas, se diferencian de las demás sentencias manipulativas, por que implican de una declaración de inconstitucionalidad parcial que puede afectar.

Como es en el presente caso y en efecto el colegiado debe precisar que las decisiones que se han venido dando en aplicación del precedente establecido en el referido caso, respondieron a las más complejas operaciones del trámite de homologación, situación que no dependía, como se ha podido constatar también en el presente caso, solamente de ordenar la ejecución de una ley, que siendo precisa y clara en su mandato, no obstante, requería de regulaciones posteriores por parte del Poder Ejecutivo.

El Tribunal entiende en efecto, que las demandas que se vienen tramitando en el Poder Judicial y que tienen como pretensión se disponga la homologación de las remuneraciones de los docentes de las universidades públicas con las de los magistrados del Poder Judicial, carecerán de objeto, una vez que el Colegiado publique la presente sentencia, puesto que en el marco de la presente sentencia el proceso de homologación será automático y por solo imperio de la sentencia así lo dispone.

1. FUENTES DEL DERECHO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

A efectos de evitar confusiones respecto a la definición de fuentes del derecho, puesto que, la literatura sobre el tema es inabordable. Se asume como premisa de trabajo,

prima facie, de que el ordenamiento jurídico peruano se sustenta en la tesis positivista de Hans Kelsen. Por tanto, se estudia el concepto “fuentes del derecho” como un orden normativo jerarquizado, en el que la Constitución en calidad de norma positiva superior, dota de validez a todo el sistema de fuentes.

Esta Tesis será comparada con la definición de fuentes del derecho desarrollada por el Tribunal Constitucional en la STC. N° 047-2004-AI/TC, lo que nos permitirá determinar la ubicación de las sentencias interpretativas manipulativas en la jerarquía de fuentes, y a partir de ello, buscar una justificación teórica del rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano en la creación de sentencias interpretativas manipulativas, reductoras, aditivas y sustitutivas.

1.1. Fuentes del Derecho según la tesis de Hans Kelsen

En la presente investigación se asume como premisa de trabajo, la tesis de las fuentes del derecho de Hans Kelsen como el núcleo esencial de la teoría de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Aceptada esta premisa a continuación se pasará a definir ¿qué se entiende por fuentes del derecho?

Fuente del derecho, nos dice Hans Kelsen, es una expresión metafórica con más de un significado. Cabe designar así no sólo los métodos de producción de derecho, sino toda norma superior en relación con una norma inferior cuya producción regula. Se denomina fuente, al fundamento de validez jurídico positivo de una norma jurídica, es decir la norma superior positiva que regula su producción (Kelsen, 2003).

La norma superior que regula la producción normativa de un determinado sistema jurídico, recibe el nombre de norma fundamental. En cuanto norma común, esta norma fundamental constituye la unidad de la pluralidad de todas las normas que integran un orden jurídico. Y el que una norma pertenezca a un orden determinado deriva solo del hecho de que su validez puede ser referida a la norma fundamental que constituye a ese orden, como lo particular bajo lo general. La Teoría Pura del Derecho, opera con esta norma fundamental considerándola como un fundamento hipotético para hacer posible el conocimiento jurídico (Kelsen, La Teoría Pura del Derecho, 2003, págs. 99-103).

El análisis de la ciencia jurídica positiva, saca a relucir una singular particularidad del derecho: éste regula su propia creación, de manera que una norma jurídica regula el procedimiento en que es producida otra norma jurídica, y también en diverso grado el contenido de la norma a producirse. Debido al carácter dinámico

del derecho, una norma vale porque es producida de una manera previamente determinada por otra norma; esta última representa para aquélla su fundamento de validez (Kelsen, 2003).

La norma que determina la producción es la más alta, y la producida en la forma fijada es la más baja. Por tales consideraciones, el orden jurídico es un orden gradado de diferentes capas de normas. Su unidad es restaurada por la conexión que resulta de su producción y, por tanto, la validez de la una, se remonta a otra, cuya validez está a su vez determinada por otra; retorno que culmina en la norma fundamental, o regla hipotética fundamental, que constituye el supremo fundamento de validez del orden jurídico estatal (Kelsen, 2003).

Kelsen argumenta que la validez de todas y cada una de las normas está referida en forma última a una norma fundamental, que resulta ser la culminación y el término de la pirámide gradada. Esta norma les confiere el principio supremo de validez, que no es posible encontrar en ninguna otra norma del sistema, ya que la explicación última y trascendental siempre se remontará en forma sucesiva a la que se encuentra situada inmediatamente por encima de ellas (Kelsen, 2003).

Continuando con la definición de fuente del derecho, el maestro vienes, refiere que dicha expresión es ambigua. Se la emplea no solamente para designar los métodos de creación jurídica, sino también para caracterizar el fundamento de validez del Derecho y, especialmente, la razón última de dicha validez. La norma básica o fundamental, aparece entonces como la “fuente del derecho”. Pero en un sentido más amplio, cada norma jurídica es fuente del precepto cuya creación regula, al determinar el procedimiento de elaboración y el contenido de la norma que ha de ser creada. En tal sentido, toda norma superior, es fuente de la inferior. Así pues, la Constitución es fuente de las leyes creadas de acuerdo con ella; la ley es fuente de las resoluciones judiciales que en ella se fundan; la resolución judicial es fuente del deber que impone a las partes; y así sucesivamente, (Kelsen, 2003). Siguiendo esta tesis, el artículo 51° de la Constitución Política vigente, establece: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es necesaria para la vigencia de toda norma del Estado”.

Fuente del derecho, no es, por tanto, como la expresión parece sugerirlo, una entidad diversa del derecho dotada de una existencia independiente frente a éste; por sí misma. Fuente es en todo caso derecho: o sea el método de creación de una

norma inferior determinado por otra, una norma jurídica superior, lo cual evidentemente, constituye un método específico del Derecho, (Kelsen, 1995).

En síntesis, nos dice Kelsen, el derecho regula su propia creación. Cada norma, es creada de acuerdo con las prescripciones de otra y, en última instancia, de acuerdo con la que establece la fundamental que constituye la unidad del sistema jurídico. La creación del derecho es siempre aplicación de él mismo; por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su creación y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determina por ella. La mayor parte de los actos jurídicos son al mismo tiempo actos de producción jurídica y actos de ejecución jurídica. Con cada uno de esos actos jurídicos es ejecutada una norma de grado superior, y producida una norma de rango más bajo. De esta suerte, el primer acto constituyente – el más elevado de la producción jurídica – se presenta como ejecución de la norma fundamental; la legislación, que es producción de normas generales, como ejecución de la Constitución; la sentencia judicial y el acto administrativo, por medio de las cuales se establecen las normas individuales, como ejecución de la Ley, y la realización del acto coactivo, como ejecución de las ordenes administrativas y sentencias judiciales, (Kelsen, 1995).

1.2. Jerarquía del sistema de fuentes según Hans Kelsen

- La Constitución

Supuesta la existencia de la norma fundamental (norma hipotética, no constituye una norma jurídica, es supuesta), la Constitución representa la norma jurídica positiva más alta de un determinado ordenamiento jurídico (Kelsen, 1995).

La Constitución en sentido lógico jurídico, representa el más alto nivel jurídico positiva de un orden estatal singular, cuya función esencial consiste en regular los órganos y el procedimiento de la producción jurídica general, otorgando unidad y plenitud a todo el sistema jurídico. Esta es la última gradación de la pirámide y sobre ella no es posible encontrar punto alguno al cual remontarse, porque la explicación de la positividad del derecho se agota en su contenido (Kelsen, 2003).

- La legislación

Constituye el grado subsiguiente a la Constitución, tiene como función determinar el contenido de los diversos cuerpos de leyes que conforman un derecho positivo, configurando en forma análoga la producción y el contenido de los actos judiciales y administrativos, (Kelsen, 2003).

Las normas generales establecidas legislativa o consuetudinariamente⁷, representan un nivel inmediatamente inferior a la Constitución, en el orden jerárquico del Derecho. Estas normas generales tienen que ser aplicadas por los órganos competentes para ello, especialmente los tribunales, pero también las autoridades administrativas. Los órganos aplicadores del derecho, deben ser instituidos de acuerdo con el orden jurídico, el cual ha de determinar asimismo el procedimiento que tales órganos están obligados a observar cuando aplican las normas jurídicas. Así pues, las normas generales del derecho legislado o consuetudinario tienen una función doble: 1). Determinar quiénes son los órganos encargados de la aplicación del derecho y cuál es el procedimiento a que deben someterse, y 2). Determinar los actos judiciales y administrativos de tales órganos (Kelsen, 1995).

- La costumbre como fuente del derecho

Esto es posible únicamente si la Constitución instituye a la costumbre como procedimiento de creación jurídica al lado de la legislación. La costumbre tiene que ser como la legislación, una institución constitucional. Ello puede establecerse expresamente por la Constitución, lo mismo que la relación entre el derecho legislado y el consuetudinario, (Kelsen, 1995).

- El acto judicial como creación de una norma individual

Al resolver una controversia entre dos particulares o condenar a un acusado a sufrir determinado castigo, el tribunal aplica, es verdad, una norma general de derecho consuetudinario o legislado. Pero al mismo tiempo, crea una norma individual que establece determinada sanción que habrá de imponerse a cierto individuo. Esta norma individual puede ser referida a normas generales en la misma forma en que la ley es referida a la Constitución. Así pues, la función judicial, lo mismo que la legislativa, es, al propio tiempo, creación y aplicación del derecho. La función judicial se encuentra ordinariamente determinada por normas generales, tanto en lo que respecta al procedimiento como al que atañe al

⁷ Si dentro de un orden jurídico el derecho consuetudinario existe al lado del escrito, y los órganos encargados de aplicar el derecho, especialmente los tribunales, no sólo tienen que aplicar las normas generales legislativamente establecidas, sino también las consuetudinariamente creadas, entonces la costumbre tendrá que ser vista, lo mismo que la legislación, como un hecho creador de derecho. Esto es posible únicamente si la Constitución instituye a la costumbre como procedimiento de creación jurídica al lado de la legislación. La costumbre tiene que ser como la legislación, una institución constitucional. Ello puede establecerse expresamente por la Constitución, lo mismo que la relación entre el derecho legislado y el consuetudinario. (Kelsen, Teoría General del derecho y del Estado, 1995)

contenido de la norma que debe crearse, mientras que la legislación usualmente solo se halla determinada por la Constitución en el primero de los dos aspectos. Esta diferencia, sin embargo, es solo de grado, (Kelsen, 1995).

Desde un punto de vista dinámico, la norma individual creada por la decisión judicial, tiene como función: enlazar un determinado supuesto de hecho a las condiciones señaladas en abstracto por la norma general. Tanto al establecer la presencia de los supuestos como al estipular la sanción, la decisión judicial tiene un carácter constitutivo; esto quiere decir que, en el mundo del derecho no hay hechos en “sí mismos”, o “absolutos”; solo hay hechos cuya existencia ha sido declarada por un órgano competente dentro de un procedimiento prescrito por la ley, (Kelsen, 2003).

- Reglamentos

De acuerdo a ciertas constituciones, determinados órganos administrativos, especialmente el jefe del Estado o sus ministros, están autorizados en circunstancias extraordinarias, para expedir normas generales a fin de regular materias que ordinariamente son reguladas por el orden legislativo a través de una Ley. Estas normas generales que no son creadas por el legislador, sino por otro órgano sobre la base de normas generales que el legislador ha expedido, se llaman reglamentos. La distinción entre leyes y reglamentos, evidentemente solo tiene importancia jurídica cuando la creación de normas generales se encuentra en principio, reservada a un órgano legislativo especial, distinto al poder ejecutivo, (Kelsen, 1995).

- Negocio jurídico y acto de ejecución

En ciertos dominios jurídicos, como el del derecho civil, por ejemplo, la individualización y concreción de normas generales no es inmediatamente realizada por un acto del órgano jurisdiccional a través de una sentencia judicial. En las normas jurídicas civiles que se aplican por los tribunales, se intercala entre la ley y la sentencia, el negocio jurídico, que, respecto de la situación de hecho condicionante, realiza una función individualizadora. Delegadas por la ley, las partes dictan normas concretas para su comportamiento recíproco, cuya violación constituye la situación de hecho que se verifica por la sentencia judicial, y a la que se liga en esta sentencia la consecuencia jurídica de la ejecución (Kelsen, 2003). La última fase del proceso de producción jurídica que tiene su inicio en la Constitución, es la realización del acto ejecutivo. El acto ejecutivo tiene

indudablemente el carácter de pura ejecución, así como la suposición de la norma fundamental el carácter de pura institución normativa. Pero todo lo que se encuentra entre estos dos extremos es al mismo tiempo creación y ejecución del Derecho. En opinión del jurista vienes, aquí se cierra y completa la estructura piramidal del proceso de producción jurídica que tiene sus orígenes en el seno de la constitución primigenia (Kelsen, 2003).

1.3. Fuentes del Derecho según la STC N° 047-2004-AI/TC

Siguiendo la tesis de la jerarquía normativa de las fuentes del derecho de Hans Kelsen, cuya fuente de validez deriva de una norma positiva superior (Constitución). A continuación, se identificará las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano, teniendo como referencia la STC N° 047-2004-AI/TC, emitida por el Tribunal Constitucional.:

a. La Constitución como fuente del derecho

La Constitución, constituye el fundamento de todo el orden jurídico nacional y la más importante fuente normativa, prevalece sobre todas las demás fuentes y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan sus prescripciones, es la fuente suprema del ordenamiento jurídico. Representa el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional. Por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico (artículo 51° de la Constitución). Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma - interpretación conforme con la Constitución⁸.

b. Fuentes normativas con rango de Ley

En concordancia con el inciso 4)) del artículo 200° de la Constitución, el Tribunal Constitucional estableció que las únicas normas que tienen rango de ley son: las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del

⁸ Caso Hoja de Coca, Exp. N.° 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), fundamento 19, citado por el Tribunal Constitucional.

Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales⁹. Veamos cada una de ellas.

1. Las Leyes

Se definen como las prescripciones normativas generales y escritas emanadas del Congreso de la República, conforme a un procedimiento prefijado por la Constitución. En sentido material, deben tenerse presentes dos puntos. En primer lugar, su expedición corresponde al Congreso de la República conforme al inciso 1) del artículo 102° de la Constitución, que establece que es atribución del Congreso dar leyes. Atribución que descansa en los principios de soberanía política, consagrado en el artículo 45° de la Constitución, que establece que el Poder emana del pueblo, y en el principio representativo reconocido en el artículo 43° de la Constitución. En segundo lugar, para la Constitución la fuente normativa denominada ley comprende a las leyes ordinarias, las leyes orgánicas, las leyes de desarrollo constitucional y las que tienen una denominación asignada directamente por la Constitución y cuyas diferencias no radican en su jerarquía ni en el órgano que las expide, sino en su procedimiento de aprobación y en las materias que regulan.¹⁰

De igual forma, conforme al sistema de fuentes diseñado en los artículos 51°, 200° inciso 4), 102° inciso 1) y 106°, la categoría normativa de leyes comprende a las leyes ordinarias y a las leyes orgánicas, las cuales tiene la misma jerarquía jurídica¹¹. En tal sentido, podemos considerar los siguientes tipos:

- Ley ordinaria

Es expedida por el Congreso de la República (inciso 1° del artículo 102° de la Constitución) y su modo de producción está regulado por los artículos 105°, 107°, 108° y 109° de la Constitución. En rigor puede normar cualquier materia, con excepción de las reservadas a la ley orgánica conforme al artículo 106° de la Constitución y las que sean materia exclusiva de los gobiernos regionales o municipales.

⁹Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N° 0022-2004-AI/TC, fundamento 13, citado por el Tribunal Constitucional.

¹⁰ Caso Ley Marco del Empleo Público, Exp. N° 008-2005-PI/TC, fundamento 9, citado por el Tribunal Constitucional.

¹¹Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N. ° 0022-2004-AI/TC, fundamento 16, citado por el Tribunal Constitucional.

- **Ley orgánica**

Es expedida por el Congreso de la República y su modo de producción debe cumplir los requisitos formales y materiales previstos en el artículo 106¹² de la Constitución.

- **Ley de reforma constitucional**

Se trata de dispositivos que materializan la reforma de la Constitución. Están sujetas al procedimiento especial previsto en el artículo 206° de la Constitución¹³.

- **Ley de Presupuesto de la República:**

Los artículos 78¹⁴, 79¹⁵ y 80¹⁶ de la Constitución especifican las particularidades del modo de producción de la Ley de Presupuesto; se trata por ello de una ley distinta a la ley ordinaria y a la ley orgánica.

- **Ley de la Cuenta General de la República:**

El artículo 81¹⁷ de la Constitución establece el procedimiento para la aprobación de este tipo de ley con características especiales.

2. Decretos Legislativos

Esta forma normativa de fuente con rango de ley está prevista en el artículo 104¹⁸ de la Constitución, tiene al Poder Ejecutivo como órgano productor. Sin embargo, el

¹² Artículo 106 de la constitución Política: Leyes Orgánicas. - Mediante leyes orgánicas se regulan 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 cualquier otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

¹³ Artículo 206 de la Constitución. - Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias con una votación favorable, en cada caso superior a los dos tercios del número legal de congresistas. La Ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República. (...)

¹⁴ Art. 78 de la Constitución: El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año (...).

¹⁵ Art. 79 de la Constitución: Los representantes ante el Congreso no tienen iniciativa para crear ni aumentar gasto público, salvo en lo que se refiere a su presupuesto (...).

¹⁶ Art. 80 de la Constitución: El Ministro de Economía y Finanzas sustenta ante el Pleno del Congreso, el Pliego de Ingresos (...)

¹⁷La Cuenta General de la República, acompañada del informe de auditoría de la Contraloría General de la República, es remitida por el Presidente de la República al Congreso en un plazo que vence el quince de noviembre del año siguiente al de ejecución del Presupuesto.

La Cuenta General de la República es examinada y dictaminada por una comisión revisora dentro de los noventa días siguientes a su presentación. El Congreso de la República se pronuncia en un plazo de treinta días. Si no hay pronunciamiento por parte del Congreso de la República en el plazo señalado, se eleva el dictamen de la Comisión Revisora al Poder Ejecutivo para que este promulgue un Decreto Legislativo que contiene la Cuenta General de la República.

¹⁸ Artículo 104° de la Constitución. - El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

Congreso de la República también tiene una intervención indirecta, toda vez que fija la materia y el plazo de la delegación. Los artículos 104° y 101° inciso 4, de la Constitución establecen que el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

3. Decretos de Urgencia

En relación a esta fuente normativa, 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 con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

Asimismo, el artículo 74° de la Constitución dispone que los decretos de urgencia no pueden contener materia tributaria. Debe tenerse presente que, conforme al artículo 135.° de la Constitución, esta forma normativa con rango de ley será la que el Poder Ejecutivo use para legislar en el interregno parlamentario, y de ella dará cuenta a la Comisión Permanente para que la examine y la eleve al Congreso, una vez que éste se instale.

4. Los Tratados

Expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos. Son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. El artículo 55° de la Constitución señala: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

Por su parte, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece: Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional, conforme al artículo 55° de la Constitución, sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.

5. Reglamento del Congreso

El artículo 94° de la Constitución dispone que: “El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley (...)”.

Sobre ello el Tribunal Constitucional ha establecido que:

(...) tal como lo establece expresamente el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución, este Colegiado es competente para controlar la constitucionalidad del Reglamento del Congreso. En efecto, toda diferencia doctrinaria que pudiera existir respecto al lugar que ocupa el Reglamento del Congreso en el sistema de fuentes del derecho, no tiene lugar en el ordenamiento jurídico peruano, ya que la propia Carta Fundamental, en la disposición recién citada, ha establecido que dicha norma tiene rango de ley. Se trata, pues, de una fuente primaria del derecho y, como tal, sólo se somete a la Constitución, (STC N° 047-2004-AI/TC).

6. Las Ordenanzas Regionales

El artículo 191° de la Constitución dispone que los gobiernos regionales tienen autonomía política. Asimismo, el inciso 6 del artículo 192° establece que los gobiernos regionales son competentes para dictar normas inherentes a la gestión regional. A su turno, el inciso 4 del artículo 200° de la Norma Suprema confiere rango de ley a las normas regionales de carácter general.

El Tribunal Constitucional ha precisado:

Dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200° inciso 4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto. Lo cual no significa que éste pueda ser desintegrado, ni mucho menos, contrapuesto. De hecho (...) en tanto existen leyes a las que la Constitución ha delegado la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales, los gobiernos

regionales no pueden expedir ordenanzas que resulten contrarias a ellas, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad indirecta, (STC N° 047-2004-AI/TC).

7. Las Ordenanzas Municipales

El artículo 194° de la Constitución dispone que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local y tienen autonomía política. De igual forma, el inciso 4) del artículo 200° confiere rango de ley a las ordenanzas municipales. Consecuentemente, la facultad normativa de las municipalidades que se deriva de la autonomía política también las convierte en órganos productores de normas generales en el ámbito de sus competencias.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido:

La fuerza o el valor de ley de estas normas se determinan por el rango de ley que la propia Constitución les otorga –artículo 200°, inciso 4 de la Constitución–. Se trata, por tanto, de normas que, aun cuando no provengan de una fuente formal como la parlamentaria, son equivalentes a las emitidas por ella y, como tales, se diferencian por el principio de competencia y no por el de jerarquía normativa. De este modo, la ordenanza, en tanto ley municipal, constituye un instrumento importante a través del cual las municipalidades pueden ejercer y manifestar su autonomía, (STC N° 047-2004-AI/TC).

c. Fuentes normativas con rango inferior a la ley

1. Los reglamentos

El inciso 8) del artículo 118° de la Constitución dispone que corresponde al Presidente de la República: Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites dictar decretos y resoluciones.

Conforme a la norma citada, el Presidente de la República es el órgano constitucional encargado de producir los reglamentos, decretos y resoluciones. Sin embargo, para ejercer esta atribución requiere de la intervención de sus ministros, toda vez que, conforme al artículo 120° de la Constitución, son nulos los actos del Presidente de la República que carecen de refrendación ministerial. Por tanto, la competencia para producir reglamentos de las leyes, decretos y resoluciones corresponde al Poder Ejecutivo, que en nuestro ordenamiento jurídico lo conforman el Presidente de la República y el Consejo de Ministros.

2. La jurisprudencia

Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta. La Constitución configura dos órganos jurisdiccionales (Poder Judicial y Tribunal Constitucional), que, si bien tienen competencias y ámbitos propios de actuación, por mandato de la propia norma suprema, cumplen un rol decisivo en un Estado democrático, que consiste básicamente en solucionar por la vía pacífica los conflictos jurídicos que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado. Así, el artículo 138° de la Constitución dispone: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”.

Similar función, le compete al Tribunal Constitucional. El artículo 201° de la Constitución refiere que: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente”. Si bien como órgano constitucional no es superior a los Poderes del Estado ni a otros órganos constitucionales, tampoco está subordinado a ninguno de ellos, pues es autónomo e independiente, y sus relaciones se dan en un marco de equivalencia e igualdad, de lealtad a la Constitución, de firme defensa de la democracia y de equilibrio.

Así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204° de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional¹⁹.

Es claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia. No requiere de una disposición normativa expresa,

¹⁹ Caso Municipalidad Distrital de Lurín, Exp. N° 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas. Citado por el Tribunal Constitucional.

toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia.

Para el caso de la jurisprudencia constitucional, el TC ha precisado que:

La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la súper legalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad.

En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que, ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia, (caso Municipalidad Distrital de Lurín, STC. N. ° 0024-2003-AI/TC).

Por tales consideraciones, el Tribunal Constitucional reafirma un lugar privilegiado para efectuar la interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo vinculante para los poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos, (STC. N° 0004-2004-CC/TC, fundamento 19).

Finalmente, el Tribunal Constitucional afirma que la jurisprudencia es una fuente de derecho que también tiene un fundamento constitucional a través de los órganos jurisdiccionales que la producen. Asimismo, que la labor interpretativa que realizan todos los jueces, inherente a tal función, es la razón de ser de la actividad jurisdiccional, en sede constitucional u ordinaria, y que tiene su fundamento en el principio de independencia consagrado por la Constitución en sus artículos 139°, inciso 2 (Poder Judicial) y 201° (Tribunal Constitucional).

Sin la 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, en ese sentido, pretender limitar las funciones inherentes del Tribunal Constitucional sería como condenarlo a la inacción por cumplir su deber.

3. La costumbre

Esta noción alude al conjunto de prácticas políticas jurídicas espontáneas que han alcanzado uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política. Su naturaleza de fuente del derecho está determinada por el artículo 139° inciso 8 de la Constitución, que señala que es un principio de la función jurisdiccional el no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo en tal caso aplicarse el derecho consuetudinario.

Las normas consuetudinarias son normas jurídicas creadas y establecidas por el uso social. Por uso social debe entenderse la actuación o el comportamiento de un grupo social o de la mayor parte de él, que se ajusta a un determinado modelo de conducta. Ha de tratarse de una actuación o comportamiento efectivo, uniforme o cotidiano, sin perjuicio que dentro de él pueden existir algunas desviaciones. Es una segunda categoría de normas que se expresan siempre como prácticas sociales y nunca en forma de enunciados lingüísticos escritos y publicados; está conformado por dos elementos esenciales:

Un elemento material. Hace referencia a la práctica reiterada y constante de conductas en el tiempo (*consuetudo inveterate*).

Un elemento espiritual. Relacionado con la convicción generalizada respecto de la exigibilidad jurídica de dicha conducta (*opinio iuris necessitatis*).

4. Los principios generales del derecho

Esta noción alude a la pluralidad de postulados o proporciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte del núcleo central del sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquél, están destinados a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados éticos políticos, así como las proporciones de carácter técnico jurídico. Su naturaleza de fuente del derecho está determinada por el artículo 139°, inciso 8 de la Constitución, que señala que es un principio de la función jurisdiccional es el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo, en tal caso, aplicarse los principios generales del derecho.

El Tribunal Constitucional ha precisado que:

(...) los principios son normas, y los principios jurídicos son normas jurídicas: en palabras del Tribunal Constitucional, “allí donde la oposición entre leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo” (STC 4/1981, de 2 de febrero).

Los principios generales del Derecho, no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de razón. Son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta; cuando se dice, por ejemplo, que nadie puede enriquecerse injustamente, o que nadie puede ejercitar abusivamente su derecho, es claro que se están proponiendo modelos de conducta a seguir. Estas normas gozan de una característica especial: no se encuentran fundadas en autoridad del Estado, como la ley, ni en los usos o prácticas de determinadas fuerzas o grupos sociales como la costumbre. Tienen su fundamento en la comunidad entera, a través de sus convicciones y creencias, de forma que es ella el auténtico poder creador de las normas que tratamos.

5. El contrato, la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentiales de conformidad con su propia voluntad, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular.

Como fuente de derecho tiene su fundamento en las siguientes disposiciones constitucionales. El inciso 14 del artículo 2º, de la Constitución que prescribe que toda persona tiene derecho: A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Artículo 62º del mismo *corpus normativo* que establece: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”. Inciso 3º del artículo 28º de la Constitución que dispone: “La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”.

Como puede inferirse, las disposiciones constitucionales citadas confirman la tesis de que el contrato también es una fuente de derecho que tiene reconocimiento constitucional.

6. La doctrina

Se encuentra constituida por la teoría científica y filosófica que describe y explica las instituciones, categorías y conceptos disciplinarios e indaga sobre los alcances, sentidos y formas de sistematización jurídica, constituyéndose en uno de los engranajes claves de las fuerzas directrices del ordenamiento estatal.

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

1. A manera de síntesis

En resumen, el Tribunal Constitucional, a partir de la tesis de Hans Kelsen, enmarcada en el artículo 51° de la Constitución Política, en la STC N° 047-2004-AI/TC definió las fuentes del derecho como una estructura jerárquica de normas cuya validez en último grado se encuentra en la Constitución. Asimismo, destacó el valor jurídico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en las que, *prima facie*, se puede ubicar las sentencias manipulativas, puesto que no necesariamente, implican una anulación en sentido negativo de la disposición normativa con rango de ley, en el sentido de lo prescrito en el artículo 204° de la Constitución).

En síntesis, la teoría de las fuentes del derecho debe entenderse como orden normativo de la conducta humana determinado por una normatividad sistémica, cuya validez depende en último grado de una norma jurídica positiva superior, la Constitución.

1.4.EL CONCEPTO DE DERECHO SEGÚN LA TEORÍA DE HERBERT HART

1.4.1. Hart y el Positivism Jurídico

Herbert Lionel Adolphus Hart, es considerado por Ronald Dworkin como la forma más poderosa del positivismo jurídico. Sin embargo, la expresión positivismo jurídico es muy ambigua. Tradicionalmente ha sido empleada para referirse a una muy amplia gama de posturas y concepciones teóricas que designan tesis, ideas y modos de representarse el fenómeno del derecho

desde visiones que a menudo no sólo resultan incompatibles, sino incluso contradictorias o excluyentes entre sí (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

Genaro R. Carrió, siguiendo el trabajo de Norberto Bobbio “Sobre el positivismo jurídico” (1998), identificó tres significados distintos de la expresión positivismo jurídico: el positivismo jurídico como enfoque metodológico, como ideología y como teoría; (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

1.4.2. El positivismo jurídico como enfoque metodológico

Según este enfoque, no existe una conexión necesaria entre derecho y moral. La compatibilidad o incompatibilidad entre las exigencias de una norma legal y una regla moral no define ninguno de los criterios que sirven para definir los conceptos jurídicos. Niega que toda regla moral correcta deba ser necesariamente una regla jurídica y que toda regla jurídica deba ser necesariamente moralmente correcta (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

En el capítulo IX "Las normas jurídicas y la moral" de “El concepto de derecho”, Hart argumenta que una regla jurídica conserva su carácter de tal, aunque entre en conflicto con las exigencias de la moral:

Entiendo por “Positivismo Jurídico” la afirmación simple de que en ningún sentido es una verdad necesaria que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así, (Hart H. , 1968, pág. 230).

1.4.3. El positivismo jurídico como ideología

De acuerdo con esta forma de positivismo, existe un deber moral de obedecer los requerimientos de las reglas y estándares del derecho positivo, sea cual sea el contenido de ellos (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

1.4.4. El positivismo jurídico como teoría

Según esta concepción, el derecho está constituido por normas que han sido explícita y deliberadamente promulgadas por órganos centralizados y no, por ejemplo, por hábitos, costumbres o normas consuetudinarias o de jurisprudencia. Para esta teoría, el derecho positivo constituye la voluntad del Estado o la del soberano, las normas jurídicas son órdenes respaldadas por amenazas. No hay más fuente genuina del derecho que la legislación, de modo que las otras fuentes putativas del derecho son sólo fuentes secundarias o aparentes. Aboga por la absoluta sumisión de los jueces a los mandatos legislativos, a la vez que presupone el deber de los jueces de decidir siempre

según normas jurídicas sin tomar en cuenta cualquier otro tipo de principios. Presupone que todo orden jurídico constituye un todo cerrado, completo, carente de lagunas y coherente, por lo tanto, los jueces no tienen otra función que deducir, a partir de las reglas positivas, la solución correcta para cada caso concreto, (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

Según Norberto Bobbio, citado por (Jaraba, 2010, pág. 3).

Positivismo jurídico como teoría significa: a) el derecho positivo es la voluntad del Estado o del soberano; b) la fuente genuina del derecho es la legislación, la costumbre o la jurisprudencia son fuentes secundarias; c) todo ordenamiento jurídico es un todo coherente, unitario y pleno; y, d) los jueces no tienen otra función que decidir, a partir de las reglas de derecho positivo, la solución de los casos concretos. Para tales fines los jueces no necesitan recurrir a pautas o reglas que no formen parte del ordenamiento jurídico, pues todo caso puede y debe resolverse mediante la aplicación de pautas y reglas del ordenamiento jurídico.

1.4.5. Herbert Hart un autor positivista

Según Genaro Carrió, citado por (Jaraba, 2010, págs. 3-4). Hart tan sólo es positivista en el sentido del positivismo como enfoque metodológico. Al separar derecho y moral, Hart establece que algo es derecho válido, aunque nos parezca o pueda parecer moralmente injusto.

Queda claro en su obra, “El concepto de derecho”, que Hart no cree que haya una obligación moral de obedecer el derecho positivo. En este sentido, no comparte la tesis de la teoría positivista como ideología, (Jaraba, 2010, pág. 4).

Asimismo, al rechazar la tesis del Estado como fuente genuina del derecho, Hart muestra su disconformidad con el positivismo como teoría. En su lugar propone un análisis del concepto de derecho basado en el complejo fenómeno social de la aceptación de reglas últimas de reconocimiento que establecen los criterios por medio de los cuales cada comunidad decide si una determinada regla es parte de su derecho. La regla de reconocimiento permite identificar como reglas del sistema a normas que no son creadas por el legislador, esto es lo que se ha llamado las fuentes sociales del derecho, (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

Respecto a la noción de ordenamiento jurídico cerrado, diseñado por la teoría positivista jurídica, Hart plantea la tesis de la textura abierta del derecho, que implica que siempre hay una parte del derecho, los lindes del derecho, que no es inmediatamente claro, lo que permite cierta discrecionalidad judicial. En ese sentido, la tesis del positivismo como teoría según la cual el juez aplica siempre automáticamente el derecho positivo, es rechazada por H.L.A. Hart, (Jaraba, 2010, págs. 4-5).

En conclusión, Hart es un autor positivista en cuanto se adhiere al positivismo jurídico como enfoque metodológico.

1.4.6. Elementos básicos de la teoría del Derecho de Herbert Hart

Para los fines del presente trabajo de investigación, se enfatizará los siguientes puntos de la obra de H.L.A. Hart, "El Concepto de Derecho": 1) La consideración del derecho como un sistema de reglas: crítica a la teoría del derecho como hábito de obediencia de John Austin; 2) La caracterización del derecho como un complejo de reglas primarias y reglas secundarias; 3) La inevitable discrecionalidad judicial debido a la "textura abierta del derecho", (Jaraba, 2010, págs. 1-24).

1. Consideración del derecho como un sistema de reglas: crítica a la teoría del derecho como hábito de obediencia de John Austin

Hart construyó su concepto de derecho, a partir de la crítica a la noción simple de derecho formulado por Jhon Austin. Quien definió el derecho como el conjunto de órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por sus subordinados que obedecen a aquél; entendiendo por soberano a aquella persona o grupo de personas internamente supremo y externamente independiente, cuyas órdenes son habitualmente obedecidas por la gran mayoría de los súbditos. Si las decisiones adoptadas por el soberano, y originadas en su voluntad se obedecían habitualmente, entonces eso constituía derecho y existía la obligación de cumplirlo, existiendo la creencia general por parte de los destinatarios de que estas amenazas serían hechas efectivas en el supuesto de desobediencia, (Jaraba, 2010, págs. 6-7)

El soberano del que habla Austin es ilimitado en su poder al no estar sometido a ninguna restricción jurídica, lo que supone que no estaríamos en presencia de la noción de Estado de Derecho que presupone el sometimiento del poder al derecho. Hart lo expone así:

En la doctrina de la soberanía el hábito de obediencia del súbdito tiene, como complemento, la ausencia de tal hábito por parte del soberano. Este crea derecho para sus súbditos, y lo crea desde afuera. No hay, y no puede haber, límites jurídicos a su potestad de creación del derecho, (Hart H. , 1968, pág. 82).

Así pues, las normas del derecho penal definidas como mandatos acompañados por la amenaza de una sanción en caso de desobediencia, son las que más se asemejan a la tesis de Jhon Austin. Al respecto, Hart argumenta que las leyes penales difieren del concepto de derecho propuesto por Austin, en un aspecto importante, a saber, que también se aplican a quienes las crean y no simplemente a otros. La función primaria de las normas penales no es la de sancionar, sino la de establecer pautas o guías de comportamiento y sólo cuando esta finalidad fracasa entra en juego la medida sancionadora, (Hart H. , 1968, págs. 102-104).

Según H.L.A. Hart, la idea de obediencia habitual fracasa de dos maneras diferentes, aunque relacionadas: primero, al momento de justificar la continuidad cuando un legislador sucede a otro. Los simples hábitos de obediencia frente a órdenes dadas por un legislador no pueden conferir al nuevo legislador ningún derecho a suceder al anterior y a dar órdenes en su reemplazo; el hecho de que haya obediencia habitual a un legislador no fundamenta el enunciado de que su sucesor tiene derecho a dictar normas, ni el enunciado fáctico de que es probable que sea obedecido, (Hart H. , 1968, pág. 69).

En segundo lugar, la obediencia habitual al legislador anterior no puede por sí sola hacer probable que las órdenes del nuevo legislador serán obedecidas o fundar una presunción en tal sentido. Para que en el momento de la sucesión exista aquel derecho, esta presunción tiene que haberse dado de algún modo en la sociedad, durante el reinado del legislador anterior, una práctica general más completa que cualquier práctica que pueda ser explicada en términos de hábitos de obediencia. A saber, la aceptación de la regla según la cual el nuevo legislador tiene título a suceder, (Hart H. , 1968, pág. 69).

La teoría del hábito de obediencia, no genera entre la población (los súbditos) la creencia de estar actuando de acuerdo con una regla, pues, para Hart, la mera repetición del hábito de obediencia no da lugar al pensamiento entre los ciudadanos de que están siguiendo una regla:

Cuando un hábito es general en un grupo social, no es más que un hecho acerca de la conducta observable de la mayor parte de los miembros del grupo. Para que haya tal

hábito no es necesario en modo alguno que éstos piensen en la conducta general, que sepan siquiera que la conducta de que se trata es general; menos necesario aún es que tiendan a inculcar el hábito o a mantenerlo. Basta con que cada uno se comporte en la forma en que los otros también lo hacen. Por contraste, para que exista una regla social, por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata, una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo (Hart H. , 1968, pág. 71).

De acuerdo con H.L.A. Hart, “la falla principal de la teoría de Austin, consiste en no haber incluido la noción de regla en su teoría, sin la cual es imposible explicar la estructura y el funcionamiento del derecho” (Hart H. , 1968, pág. 101). Las ideas de orden, hábito, obediencia y amenaza son adecuadas para dar cuenta de la situación del asaltante, pero no de la práctica social de una comunidad regida por reglas jurídicas. La teoría austiniana permite entender qué significa que una persona “se vea obligada a hacer algo”, verbigracia, entregar su dinero al asaltante, pero no, qué significa que “tenga la obligación de hacer algo de acuerdo con el derecho”, verbigracia, pagar anualmente sus impuestos. Para entender la noción de obligación, es indispensable la noción de regla: el que una persona tenga la obligación jurídica quiere decir que existe una regla que prevé esa obligación y que el caso de esa persona se encuentra dentro del campo de aplicación de la regla (Hart H. , 1968, págs. 102-104).

Hart propuso sustituir la vieja teoría del hábito de obediencia, por una nueva teoría que considere al derecho como un sistema de reglas en cuanto constituye una mejor explicación de lo que es el derecho.

2. El derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias

Hart argumentó, que la raíz del fracaso del concepto de derecho propuesto por Jhon Austin fue no incluir la idea de regla, sin la cual no se puede abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho. Es por ello, que replanteó la tesis de Austin al conceptualizar el derecho, no como ordenes generales respaldadas por amenazas, sino como la unión de dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas: reglas primarias y reglas secundarias (Hart H. , 1968).

El término regla, posibilita la diferenciación del derecho de la simple coerción, diferenciación imposible de realizar bajo la concepción imperativa del derecho. La regla en la teoría defendida por Hart, es concebida en términos sociales, derivada de fuentes sociales, y existente en virtud de prácticas sociales, (Hart H. , 1968) .

3. Punto de vista interno y punto de vista externo de las reglas

Un aspecto importante para entender el concepto de regla en la teoría de Hart, es la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo de las reglas. El primero es el punto de vista de los que usan y aceptan el derecho como criterio de regulación de su conducta y de la de los demás. El segundo es el de los que, observando desde fuera, realizan una descripción o explicación de los fenómenos jurídicos, prescindiendo del sentido interno, (Hart H. , 1968).

El punto de vista externo puede reproducir muy aproximadamente la manera en que las reglas funcionan en la vida de ciertos miembros del grupo, a saber, aquellos que rechazan sus reglas y únicamente se interesan en ellas porque piensan que la violación desencadenará probablemente, consecuencias desagradables. Su punto de vista se expresa diciendo: “me vi obligado a hacerlo”, “es probable que me sancionen si...”, “probablemente Ud., será penado si...” (Hart H. , 1968, pág. 112).

El Punto de vista interno está relacionado con:

La manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad. Estos son los funcionarios, abogados o particulares que las usan en situación tras situación como guías para conducir su vida en sociedad como fundamento para reclamaciones, demandas, conocimientos, críticas, o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una razón necesaria para esa hostilidad (Hart H. , 1968, págs. 112-113).

Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consiste en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde un punto de vista externo, como signos de un posible castigo. Una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos, es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista, (Hart H. , 1968, pág. 113).

En una sociedad coexisten quienes ven las reglas desde un punto de vista interno y las aceptan como pautas o criterios de conducta y no meramente como predicciones

de lo que los funcionarios harán si las desobedecen (aceptación voluntaria); y quienes se sitúan en un punto de vista externo que simplemente se limitan a la mera obediencia; y a quienes las pautas jurídicas tienen que ser impuestas por la fuerza (Aleix, 2007, pág. 166).

En el esquema planteado por Hart juega un papel fundamental la noción de aceptación. Aceptar las reglas supone contemplarla desde su punto de vista interno, usándola como pauta de conducta adecuada para identificar normas válidas y como justificación de las críticas lanzadas contra quienes se apartan de su modelo de identificación normativa, es decir, significa que los jueces y tribunales acepten como vinculantes esos criterios, de forma que las desviaciones respecto de ellos sean apreciadas críticamente, en general, como desviaciones respecto de criterios vigentes y vinculantes (Aleix, 2007, págs. 171-172).

4. Reglas primarias y reglas secundarias

H.L.A. Hart, define el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias.

Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario se prescribe, que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas de otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo, establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas de primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones (Hart H. , 1968, pág. 101).

“Las reglas secundarias especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de forma incontrovertible” (Hart H. , 1968, pág. 117).

Con el complejo de reglas primarias y reglas secundarias obtenemos, la forma más acabada de entender un sistema jurídico como un conjunto articulado de reglas:

Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento,

cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política (Hart H. , 1968, pág. 121).

5. Reglas secundarias

Las reglas secundarias son de tres tipos: de reconocimiento, cambio y adjudicación (Hart H. , 1968).

a. Regla de reconocimiento

La regla de reconocimiento establece qué normas pertenecen a un determinado sistema jurídico, es decir, cuáles normas forman parte de un determinado grupo social. Establece cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las reglas del sistema jurídico, determina cuáles son en un momento dado las obligaciones jurídicas válidas y exigibles dentro de la comunidad (Hart H. , 1968, pág. 118).

Dondequiera se acepte tal regla, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación. Los criterios así dados pueden, asumir una o más formas diversas: entre ellas se encuentran la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; a la práctica consuetudinaria, a las declaraciones generales de personas específicas, o a decisiones judiciales pasadas dictadas en casos particulares, (Hart H. , 1968, págs. 125-126).

Hart define la regla de reconocimiento, como la solución a la falta de certeza de las reglas primarias:

La forma más simple de remedio para la falta de certeza del régimen de reglas primarias es la introducción de lo que llamaremos una "regla de reconocimiento" ("rule of recognition"). Ésta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce.

La existencia de una regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas dotado de autoridad (...). Lo

que es crucial es el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como revestida de autoridad, es decir, como la forma propia de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla. Donde hay ese reconocimiento hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.

En un sistema jurídico desarrollado, las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales (Hart H. , 1968, págs. 117-118).

Dondequiera se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación. Los criterios así dados pueden, como hemos visto, asumir una o más formas diversas: entre ellas se encuentran la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; la práctica consuetudinaria; a las declaraciones generales de personas especificadas; o a decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares (Hart H. , 1968, págs. 125-126).

En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de “fuentes” de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales (Hart H. , 1968, pág. 126).

La regla de reconocimiento como criterio para identificar las fuentes del derecho, es el punto más importante y debatido de la tesis de Hart. La versión positivista de Austin fundamentaba la autoridad en el soberano. El soberano a su vez, se definía como aquel que puede promulgar reglas. En el mismo círculo vicioso, las reglas son reglas porque las promulga el soberano. Para superar esta debilidad del positivismo, Hart introdujo la regla de reconocimiento. Lo que determina que algo sea derecho es que los funcionarios colectivamente lo acepten y lo obedezcan al cumplir sus

deberes oficiales como legisladores, funcionarios administrativos o jueces. Entonces, el criterio de validez está determinado por una convención o, como Hart indica, por una regla social. La regla de reconocimiento es un criterio para que los funcionarios determinen cuáles reglas son parte de los sistemas jurídicos y cuáles no, (Hart H. , 1968).

“La regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho” (Hart H. , 1968, pág. 137).

La regla de reconocimiento está determinada por una convergencia entre comportamiento y actitud: los funcionarios no solo satisfacen los de la regla de reconocimiento, sino que también asumen el punto de vista interno referente a esta regla. Es decir, los funcionarios aceptan que la regla es un estándar que gobierna su comportamiento en el sentido que una desviación de la regla es una razón para censura o crítica, (Hart H. , 1968, pág. 128).

Según la tesis propuesta por Hart, basta la aceptación de la regla de reconocimiento desde el punto de vista interno, por parte de los jueces y funcionarios como pautas o criterios comunes de conducta oficial, para determinar la validez de un determinado sistema jurídico. Requisito que no es exigible a los particulares, pues basta su obediencia desde el punto de vista externo (Hart H. , 1968, págs. 143-145). Lo que torna a la palabra “obediencia” equívoca como descripción de lo que hacen los legisladores al ajustarse a las reglas que les confieren sus potestades, y de lo que hacen los tribunales al aplicar una regla de reconocimiento última aceptada, es que obedecer una regla (o una orden) no implica necesariamente que la persona que obedece piense que lo que hace es lo correcto tanto para él como para los otros: no es menester que vea en ello el cumplimiento de una pauta o criterio de conducta para el resto de los miembros del grupo social. No es necesario que conciba a su conducta ajustada a la regla como correcta, apropiada u obligatoria. En otras palabras, no hace falta que su conducta tenga ningún elemento de ese carácter crítico que va implicado dondequiera se aceptan reglas sociales, y se manejan tipos de conducta como pautas o criterios generales de comportamiento. Quien obedece no necesita, aunque puede, compartir el punto de vista interno que acepta las reglas como pautas o criterios de conducta para todos aquellos a quienes se aplican. En lugar de ello, puede limitarse a ver en la regla algo que exige de él una acción bajo

amenaza de pena; puede obedecerla simplemente por temor a las consecuencias o por inercia, sin pensar que él u otros tienen la obligación de comportarse así y sin estar dispuesto a la autocrítica o a la crítica de la conducta ajena en caso de desviación.

Pero este interés meramente personal en las reglas, que es todo el interés que el ciudadano ordinario puede tener al obedecerlas, no caracteriza, ni podría hacerlo, la actitud de los jueces frente a las reglas que ellos manejan al actuar como tales. Esto es más patente respecto a la regla de reconocimiento última en términos de la cual se determina la validez de las otras reglas. Para que ella exista de alguna manera tiene que ser considerada desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta. Si bien los tribunales del sistema pueden, en ocasiones, apartarse de estas reglas, en general tienen que apreciar críticamente tales desviaciones como fallas frente a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes y públicos (Hart H. , 1968, págs. 143-144).

Hay, pues, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que necesitan satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno “por su cuenta” y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable las más de las veces aceptarán realmente estas reglas como pautas o criterios comunes de conducta, y reconocerán la obligación de obedecerlas, o incluso harán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la constitución. La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y ajenas. Por supuesto, también es cierto que habrá además muchas reglas primarias que se aplican a los funcionarios en su capacidad meramente personal, reglas que ellos únicamente necesitan obedecer (Hart H. , 1968, pág. 145).

Es menester señalar que la regla de reconocimiento no es una regla promulgada o hipotética. Solo existe como práctica consuetudinaria, aceptada como vinculante por los órganos de aplicación en la que se sitúa. Como una cuestión de hecho (Hart H. , 1968, pág. 137).

Una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, “existir” aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho. (Hart H. , 1968, pág. 137). Su existencia a diferencia de la de una ley, consiste en una práctica efectiva y no está subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas; en consecuencia, la regla de reconocimiento es última, no tiene sentido, por tanto, calificarla de válida o inválida ni de presuponer su validez, porque ella misma es el criterio de validez, (Hart H. , 1968, pág. 135).

Si se quiere determinar cuál es la regla de reconocimiento de un sistema basta con observar la práctica de los tribunales y demás funcionarios cuando proceden a identificar las normas jurídicas válidas, (Hart H. , 1968).

- **Hart y Kelsen: Regla de reconocimiento y norma básica**

El presente acápite tiene como fuente de referencia, el artículo de José Antonio Márquez González, Hart y Kelsen: Regla de Reconocimiento y Norma Básica (González, 2018, págs. 163-186).

La regla de reconocimiento es una norma secundaria que contiene los criterios de identificación de las normas pertenecientes a un sistema jurídico. En ese sentido, es parte del sistema jurídico toda norma que satisfaga los requisitos contenidos en la regla de reconocimiento. Ella contiene, así, los criterios de validez de las normas de un sistema jurídico. Dichos criterios, como mínimo, deben ser aceptados por los funcionarios del sistema. Es una norma de naturaleza social, pues forma parte de una práctica social convergente, en la que los participantes tienen una actitud crítica hacia ella, al asumir el punto de vista interno. Hart sostiene que el hecho de que los funcionarios acepten la regla de reconocimiento y muestren hacia ella este aspecto

interno es condición de existencia de esa regla, aunque esa actitud no es necesaria respecto de los súbditos en general. El derecho, así, es conceptualizado como una práctica social diferenciada.

La norma básica, por su parte, es una norma, no positiva, en la que se funda la validez del sistema jurídico positivo, es hipotética, presupuesta en el pensamiento jurídico de quienes interpretan el sentido subjetivo de los actos de creación de derecho como el sentido objetivo de un acto de creación. Es una norma porque cumple una función que sólo una norma puede cumplir: permite dar al primer acto de creación su sentido objetivo de tal.

La regla de reconocimiento determina los criterios para entender las demás normas del sistema como obligatorias. Pero para comprender a ésta como normativa se debe asumir el punto de vista interno. Comprender que la regla de reconocimiento es, de hecho, una práctica con normatividad: para participar de la práctica se debe asumirla como normativa. Preguntar de dónde proviene la normatividad de la regla de reconocimiento, no tiene sentido: Quien pretende participar de la práctica jurídica debe asumir su normatividad. Hart explica que el que asume "el aspecto interno" de la práctica social (regla) de reconocimiento, está por eso aceptando que esa práctica es normativa.

La norma fundamental, es la explicación del hecho de que, si los participantes siguen las normas particulares que a ellos se aplican como normas válidas, es porque la validez de esas normas proviene de otra norma (superior). Se llega así a la inevitable pregunta por el fundamento de validez de la primera norma positiva del sistema. La respuesta de Kelsen es que la validez de la (primera) constitución proviene de la Norma fundamental desde un punto de vista hipotético. Se dice, en efecto, que vale. No como norma de derecho positivo, ya que ella lógicamente, no es de ninguna manera producida según el sistema. Vale como condición operativa de análisis, constituye una razón última para la solución del problema de validez de las normas. Sobre ella no puede erigirse ninguna norma superior para explicarla.

Para Hans Kelsen, la norma básica es una condición supuesta e hipotética, de estructura rigurosamente lógica para la procedencia del análisis jurídico, determina la unidad y sustancialidad de la pluralidad de normas jurídicas haciéndolas derivar de un punto básico y único, que les confiere determinadas características y permite conceptualizarlas como pertenecientes a un sistema de derecho y no a otro. Kelsen

arguye que, la razón o fundamento de validez de una norma está siempre en otra norma, nunca en un hecho (Kelsen, 1995).

De todo lo expuesto se colige, en forma clara, la diferencia de enfoques entre Kelsen y Hart. En el primero se evidencia un análisis conceptual y abstracto, que supone un razonamiento lógico trascendental que deriva de la norma fundamental, mientras que en Hart se observa una interpretación rigurosamente fáctica que se aleja ostensiblemente de explicaciones de carácter conceptual y finca el punto álgido en una mera práctica de aceptación continua y constante que ha supuesto un análisis previo de su conformidad con ciertas pautas establecidas con antelación. Hart excluye en forma radical la concepción de una regla última y suprema en un plano exterior y alejado de las vicisitudes del sistema de derecho positivo que sustenta y fundamenta la validez de un ordenamiento jurídico. Por el contrario, incluye la noción de regla de reconocimiento, no como una norma vigente más, sino como una muestra obvia y necesaria de facticidad en todo régimen de derecho. En este punto su presencia es indispensable porque la aceptación por parte de funcionarios y particulares, en el esquema hartiano, es parte vital de la implementación de cualquier régimen normativo que pretenda alcanzar el rango de legitimidad necesario para erigirse en un sistema de derecho.

Kelsen, a su vez, desplaza y remonta la explicación finalista y suprema de la norma básica a un contexto superior y ajeno, desprovisto de toda facticidad, que no integra el derecho en el sentido que normalmente se le atribuye a una regla vigente y positiva. Sustenta la norma básica, por decirlo así, en una torre de marfil inaccesible a no ser por la transmutación radical y extrema del régimen de derecho. Ella sólo emite dictados y criterios a los que se ajustan las normas de las estructuras inferiores, pero nunca se cuestiona a sí misma salvo por la emergencia abrupta del cambio político o revolucionario.

Hart alimenta su esquema jurídico con aportes sociológicos que Kelsen desdeña en aras de la científicidad y pureza del método empleado. Este aspecto jurídico sociológico es el que confiere un atractivo tan especial a su esquema, basado justamente en un sistema de normas originalmente de características puramente sociológicas que trascienden y derivan a un contexto jurídico bajo el sustento de una aceptación fáctica y empírica.

b. Las reglas de cambio

Las reglas de cambio son las que facultan a determinados órganos para crear nuevas normas primarias, así como para modificar y derogar las anteriores. Determinan el procedimiento y el órgano competente para derogar normas ya existentes y crear otras nuevas. Son necesarias para evitar el carácter estático de las normas, para que se puedan adaptar deliberadamente a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas e introduciendo otras nuevas. Se incluyen en esta categoría las normas que confieren potestades privadas: celebrar contratos, otorgar testamento y muchas otras estructuras de derechos y deberes, creadas voluntariamente, que tipifican la vida bajo el derecho (Hart H. , 1968, págs. 119-120).

Mientras la regla de reconocimiento es siempre una regla secundaria referida a alguna autoridad pública, las reglas de cambio confieren poderes o potestades tanto de carácter público (legislar; derogar reglas anteriores; etc.) como de carácter privado (potestades legislativas limitadas) (Hart H. , 1968, pág. 119).

c. Las reglas de adjudicación

Son las que facultan a determinados individuos para juzgar, con carácter de autoridad, sobre si una regla primaria ha sido o no transgredida. Normalmente, establecen el procedimiento a seguir en la tarea de juzgar los casos de transgresión de las reglas. En las reglas de adjudicación se definen un grupo importante de conceptos jurídicos: “el concepto de juez y tribunal, jurisdicción y sentencia” (Hart H. , 1968, pág. 120).

Al igual que las otras reglas secundarias, están en un nivel diferente respecto de las reglas primarias: aunque puedan ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar, ellas no imponen deberes, sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un status especial a la transgresión de obligaciones. Estas reglas, como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia (Hart H. , 1968, pág. 120).

- La inevitable discrecionalidad judicial debido a la textura abierta del derecho

De acuerdo con Hart, las reglas, entendidas como pautas generales de conducta tienen como finalidad exigir cierto comportamiento de multitud de individuos, sin necesidad de nuevas instrucciones, de lo que se infiere que el derecho constituye un medio de control social. Sin embargo, en el proceso de comunicación de estas pautas

generales, y concretamente de su aplicación mediante la subsunción pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas (Hart H. , 1968). Es por ello, que Hart plantea la diferencia entre dos tipos de casos: Los casos fáciles o claros, cuando el caso de que se trate cae sin duda dentro del núcleo de significado establecido en los términos empleados en la regla a aplicar, y casos de penumbra o difíciles, cuando resulta dudoso si el significado establecido en la regla a aplicar comprende o no el caso que se presenta, (Hart H. , 1968). En palabras de Hart: Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales y, frente a cualquier regla, es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o “textura abierta” (Hart H. , 1968, págs. 152-153).

Respecto de los casos fáciles o claros, Hart precisó, que se trata de aquellos casos familiares respecto de los cuales existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos contenidos en la regla en que se subsumen:

En los casos claros, los términos generales no parecen necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios” (Hart H. , 1968, pág. 158).

Respecto de estos casos claros no se plantea, obviamente, el problema de la discrecionalidad judicial. Es en relación con los casos de penumbra o difíciles, que Hart plantea la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual, el juez puede elegir la solución del caso entre alternativas abiertas. En estos casos, al no estar clara la norma a aplicar, el juez se convierte en legislador para el caso concreto (Hart H. , 2000, págs. 154-156).

“La reaparición de cuestiones de penumbra nos demuestra que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles” (Hart H. , 1962, pág. 55).

Así, cuando un juez se encuentra ante un caso difícil o de penumbra; “el ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección” (Hart H. , 1968, pág. 159). Pero, para realizar esta elección, el juez cuenta con mucho material jurídico relevante al que acudir:

El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos en virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico (Hart H. , 1968, pág. 159).

En su obra “*Post scriptum al concepto de derecho*”, Hart argumentó:

En cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el derecho no da ninguna solución en ningún sentido y el derecho es, consecuentemente parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución y no, como Bentham alguna vez sostenía, declararse incompetente o referir los asuntos no regulados por el derecho existente a la legislatura para que decida, el juez tiene que ejercer su discreción y crear derecho para el caso, en vez de aplicar meramente el derecho preexistente ya establecido. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no regulados el juez crea nuevo derecho y [también] aplica el derecho establecido el cual confiere y constriñe sus poderes de creación judicial (Hart H. , 2000, pág. 54).

Como quiera que sea, habrá cuestiones donde el derecho existente no puede proporcionar ninguna solución correcta y para resolver casos donde esto es así, el juez tiene que ejercer su poder jurídico creador. Sin embargo, no tiene que hacerlo arbitrariamente: esto es, siempre debe tener alguna razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consiente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores. Pero si el juez satisface estas condiciones, está facultado para seguir estándares o razones para pronunciar una resolución que no están dados por el derecho y pueden diferir de estándares o razones seguidos por otros jueces frente a casos difíciles similares (Hart H. , 2000, pág. 56).

En su obra *“Post scriptum al concepto de derecho”*, Hart habla abiertamente de la presencia en el ordenamiento jurídico de principios, pautas morales y objetivos políticos, que se derivan del manejo de las reglas que componen el sistema, y que pueden ser utilizados por el juez en la resolución de los casos difíciles como buenas razones a favor de una determinada decisión, (Hart H. , 2000, pág. 22).

La teoría de la discrecionalidad judicial en los casos difíciles, asume el presupuesto de la textura abierta del lenguaje jurídico. Ello supone la existencia de expresiones en los textos normativos que no se pueden interpretar con certeza pues en ellas se pueden identificar zonas de penumbra o que sencillamente no han sido reguladas. “El lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla solo puede guiar de una manera incierta” (Hart H. , 1968, pág. 158). Y “la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho” (Hart H. , 1968, pág. 159). “El ámbito discrecional que el lenguaje deja al juez puede ser muy amplio; de modo que, si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección” (Hart H. , 1968, pág. 159) .Pero, además, tal falta de certeza se debe no solo al lenguaje empleado sino también a los hechos mismos que pretenden ser regulados. “Ante la pretensión de certeza se presentan dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos” (Hart H. , 1968, pág. 159). Dado que los seres humanos que legislan no son dioses ni ángeles, no podrían prever todos los escenarios posibles, aunque quisieran. Ante ello, sólo cabe la elección discrecional del juez (Hart H. , 1968, pág. 160).

La textura abierta del derecho implica que hay áreas de conducta donde debe dejarse un amplio espacio que será desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procurarán hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso en caso (Hart H. , 1968, pág. 168).

La decisión elegida por el juez en los casos difíciles no es concebida por Hart como una subsunción para el caso concreto de acuerdo con el postulado de la “doctrina tradicional” de raigambre ilustrada y de antecedentes históricos en el código de napoleón, que además se sitúa en la línea del formalismo Kelseniano que el mismo Hart critica. Tampoco se trata de una interpretación correcta de la situación en litigio. Es una decisión definitiva basada en una interpretación razonable que permite la

resolución de los casos difíciles y, con ello, que el sistema siga operando. Hart, sugiere que el carácter definitivo e indiscutible de las decisiones es lo que se sigue del hecho de que ante tales eventos el juez tenga el papel de creador del derecho y decisor de última instancia (Hart H. , 2000, págs. 58-59).

Hart parecía ser consciente de las objeciones a sus planteamientos y de la carga que imponía sobre los hombros de los jueces en su descripción del sistema jurídico. Por ello señala que el hecho de que el juez sea el creador del derecho no implica necesariamente que el sistema se convierta en lo que el juez quiere que sea. Es decir, discrecionalidad no significa *per se* arbitrariedad ni tampoco subjetivismo amparado en nociones jurídicas. Más aún, Hart resalta el carácter falible de los seres humanos y destaca que los riesgos inherentes a la creación de una autoridad que aplique reglas con carácter definitivo se pueden materializar en cualquier esfera, no solo en la jurídica. En suma, las decisiones del juez no son infalibles (Hart H. , 1968, págs. 177-179).

Su salvaguarda principal ante la posible acusación de un juez arbitrario es el señalamiento de que la discrecionalidad judicial no es absoluta, dado que los jueces deben atenerse a la regla de reconocimiento. Su actividad está circunscrita por esta regla que señala un núcleo de significado establecido del que no es lícito que se aparten, (Hart H. , 2000, pág. 56). Las decisiones del juez deben ser razonables y argumentables.

Es verdad que cuando las leyes o precedentes particulares se muestran indeterminados o cuando el derecho explícito calla, los jueces no arrojan sus libros de derecho y empiezan a legislar sin ninguna guía del derecho. Muy frecuentemente, al decidir tales casos, los jueces citan algún principio general, con el que alguna área considerablemente relevante del derecho existente puede ser entendida, como ejemplificando o enunciando una solución determinada, y en qué cuestiones, para el caso difícil que surge. Esto constituye el verdadero núcleo de una “interpretación constructiva”, la cual es un rasgo característico de la teoría de la judicación de Dworkin. Pero aunque este procedimiento ciertamente pospone el momento de la creación jurídica judicial, no lo elimina; puesto que en cualquier caso difícil principios diferentes que respaldan analogías en conflicto pueden presentarse también y juez frecuentemente tendrá escoger entre ellos confiando, como [lo haría] un legislador consiente en su sentido de lo que es mejor y no en ningún orden ya establecido de prioridades prescritas por el derecho (Hart H. , 2000, págs. 58-59).

- **La irremediable vaguedad del derecho a causa de su textura abierta, respuesta de H.L.A. Hart a la crítica de Ronald Dworkin**

Uno de los conflictos más tajante entre la teoría jurídica Herbert Hart y la teoría de Ronald Dworkin, parte de la afirmación de Hart de la existencia de casos difíciles o de penumbra, en los cuales, al no existir una norma exactamente aplicable, el juez debe decidir discrecionalmente creando el derecho para el caso. El derecho por ser parcialmente indeterminado o incompleto, no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean, dejando un margen de textura abierta para la creación judicial del derecho, (Hart H. , 2000, pág. 54).

Esta visión del derecho, en parte indeterminado o incompleto, con jueces llenando lagunas mediante el ejercicio de una limitada discreción judicial jurídica creadora, es rechazada por Ronald Dworkin como explicación errónea, tanto del derecho como del razonamiento judicial, enunciando la tesis de la respuesta correcta.

En efecto Dworkin sostiene que lo incompleto no es el derecho, sino la visión positivista el mismo, y de que esto es así emerge de su propia explicación “interpretativa” del derecho que incluye, además del derecho explícito establecido, identificado por referencia a sus fuentes sociales principios jurídicos implícitos que son los principios que se adaptan o acomodan mejor al derecho explícito y proporcionan, también, la mejor justificación moral para tal derecho. En esta visión interpretativa el derecho nunca es incompleto o indeterminado, de modo que el juez nunca tiene ocasión de salirse del derecho y ejercitar un poder jurídico creador para pronunciar una resolución. Por tanto, es a estos principios implícitos, con sus dimensiones morales, a los que los tribunales deben recurrir en los casos difíciles, cuando las fuentes sociales del derecho no logran proporcionar una solución en alguna cuestión del derecho (Hart H. , 2000, págs. 55-56).

Dworkin rechaza la idea de que el derecho pueda ser incompleto y que deje lagunas que tengan que ser llenadas mediante el ejercicio de la discreción judicial, plantea como solución la justificación moral del derecho por medio de principios subyacentes a las reglas como guía para encontrar la respuesta correcta en las cuestiones de incertidumbre; para Dworkin la identificación del derecho implica siempre un juicio moral sobre el que se justifica mejor el derecho establecido (Hart H. , 2000).

Dworkin sostiene que lo incompleto no es el derecho, sino la visión positiva del mismo, en tal sentido, introduce su propia explicación interpretativa del derecho que

incluye además del derecho explícito identificado por referencia a sus fuentes sociales. Principios que se adaptan mejor al derecho explícito y proporcionan la mejor justificación moral para tal derecho. En la visión interpretativa de Dworkin, el derecho nunca es incompleto o indeterminado, de modo que el juez nunca tiene ocasión de salirse del derecho y ejercitar un poder creador para pronunciar una resolución. Cuando las fuentes normativas del derecho no logran proporcionar una solución en alguna cuestión de derecho, los jueces deben recurrir a los principios implícitos con dimensiones morales para solucionar el caso (Hart H. , 2000, págs. 55-56).

Por su parte Hart, en su obra *“Post scriptum al concepto de derecho”*, sostiene que no existe una conexión necesaria entre derecho y moral. La moral se vincula con el derecho únicamente al momento de resolver casos difíciles o de penumbra. Siempre que el derecho requiera de los tribunales aplicar estándares morales para determinar el derecho, otorga a los jueces discreción judicial y los guía para usarla de conformidad con su mejor juicio moral al crear lo que es derecho nuevo; con ello no se convierte a la moralidad en derecho preexistente. En otras palabras, cuando un juez, a quien se le exige aplicar una prueba moral, únicamente puede tratar esto como un llamado para que ejerza la discreción judicial jurídico creadora, de conformidad con su mejor entendimiento de la moralidad y sus requerimientos y sujeto a cualquier límite que le sea impuesto por el orden jurídico. La teoría jurídica debe evitar compromisos con teorías filosóficas controvertibles sobre el status general de los juicios morales, no existe un derecho moral preexiste al derecho (Hart H. , 2000).

Por su parte, Dworkin considera la idea de que los derechos tienen que ser entendidos como especies de derechos morales, tiene que haber, al menos, fundamentos morales prima facie para afirmar la existencia de derechos y obligaciones jurídicas. Según la tesis de Ronald Dworkin, cada proposición de derecho que establece lo que es el derecho, necesariamente implica un juicio moral preexistente, las proposiciones del derecho son verdaderas únicamente si proveen su mejor justificación moral, (Hart H. , 2000).

Desde la perspectiva de Ronald Dworkin la forma de evitar la discrecionalidad judicial y la creación retroactiva del derecho en los casos difíciles, es aceptando que la moral al igual que las reglas y los principios forman parte del derecho, prima facie. H.L.A. Hart, por el contrario, sostiene que, aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre derecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria

entre el contenido del derecho y la moral; y, por tanto, puede haber derecho y obligaciones jurídicas que no tengan ninguna justificación o fuerza moral en absoluto. La existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho (regla de reconocimiento) sin recurrir a la moral, excepto en los casos difíciles o de textura abierta, donde el derecho así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho, (Hart H. , 2000).

Cualquiera que pueda ser el estatus de los juicios morales, siempre que el derecho requiera de los tribunales aplicar estándares morales para determinar el derecho, otorga con ello a los tribunales discreción judicial y los guía para usarla de conformidad con su mejor juicio moral al crear lo que es derecho nuevo; con ello no se convierte a la moral en derecho preexistente (Hart H. , 2000, pág. 31).

Otra crítica de Dworkin a la tesis de la discreción judicial, es la objeción democrática respecto a la legitimidad de los jueces para crear derecho en los casos difíciles. En efecto Dworkin niega el hecho que los jueces tengan facultades para crear derecho *ex novo* en los casos difíciles y aplicarlo en forma retroactiva. Plantea como solución la búsqueda de principios y/o valores morales como la única respuesta posible o adecuada para solucionar los casos difíciles (Hart H. , 2000, págs. 59-60).

Según la tesis de Dworkin la identificación del derecho implica siempre un juicio moral que justifica mejor el derecho establecido. Cada proposición de derecho que establece lo que es el derecho en alguna cuestión, necesariamente implica un juicio moral, puesto que, de acuerdo con su teoría interpretativa totalizadora, las proposiciones de derecho son verdaderas únicamente si conjuntamente con otras premisas provee su mejor justificación moral (Hart H. , 2000, pág. 51 y 53).

Como respuesta a la crítica de la falta de legitimidad democrática del juez para crear derecho en los casos difíciles, Hart, precisa que aun utilizando argumentos morales y/o de principio para resolver los casos difíciles, es imposible evitar resultados contrarios. Como producto de la contradicción localizada en la base ideológica del ordenamiento jurídico, resulta imposible afirmar la existencia de una única respuesta correcta; pero es posible conseguir una respuesta como el producto razonado de una elección imparcial bien informada en términos racionales y comunicables, máxime si la regla de reconocimiento permite incluir principios y valores sustantivos en la solución de los casos difíciles de forma discrecional (Hart H. , 2000).

Según Hart la fuente de legitimidad de las decisiones judiciales en los casos difíciles no está determinada por su origen democrático, elección popular de los jueces, sino en la corrección y el fundamento de las decisiones como presupuestos razonables de un ejercicio de razón práctica con efectos vinculantes (Hart H. , 2000).

Siguiendo la línea argumentativa de Hart, Susana González Hernández precisa:

Lo “racional” y lo “razonable” de las sentencias judiciales son notas con las que se cubre la cuota democrática, a través de la verificación de las premisas que las sustentan, en tanto permiten constatar la corrección de la argumentación, a la vez las vuelven inteligibles para cualquiera, principalmente para las partes, que son los directamente vinculados, a más de que esas acepciones dan forma y auxilian a la existencia de la “Teoría de la Argumentación Jurídica”, pues sólo siendo las sentencias racionales y razonables adquieren sentido y pueden analizarse científicamente, y sólo así es factible estructurar una teoría del discurso legal, pudiendo arribarse a conclusiones coherentes, con cierta perdurabilidad; y ello es así, porque cuando se predica la racionalidad del Derecho, se concibe al sistema jurídico fundamentalmente como una expresión de razón en sentido fuerte, no sustentada en el simple voluntarismo, ya que éste tiene como consecuencia la plena arbitrariedad, (Hernández, 2019, pág. 3).

De igual forma Luis Prieto Sanchís señala:

El Parlamento se legitima más por su origen que por su comportamiento, mientras que, a la inversa, el tribunal se justifica preferentemente por el modo de ejercer su función; al primero se le controla a través de su elección y al segundo mediante la crítica de su comportamiento, y para que esa crítica pueda verificarse es necesario que sus decisiones aparezcan en términos racionales y comunicables. De ahí la importancia de la justificación de las decisiones, que constituye, por cierto, una obligación constitucional, (Sanchís, 1991, pág. 186).

En resumen, según Hart cuando el juez se encuentra ante un caso difícil, en el que el derecho es indeterminado, dado que no hay fuentes jurídicas para resolver el caso. El juez no tiene otra alternativa que ejercer su poder jurídico creador (discrecionalidad judicial) para buscar la solución del caso, incluso utilizando principios y valores morales para justificar su decisión en términos racionales, pues la regla de reconocimiento permite identificar principios con dimensiones morales. No obstante,

cualquiera que pudiera ser el argumento moral utilizado en las decisiones judiciales para determinar el derecho, con ello no se convierte a la moralidad en derecho preexistente (Hart H. , 2000, pág. 31 y 56).

EN QUÉ SENTIDO LA TESIS DE HERBERT HART JUSTIFICA EL ROL DE LEGISLADOR POSITIVO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO EN LA CREACIÓN DE SENTENCIAS INTERPRETATIVAS MANIPULATIVAS REDUCTORAS, ADITIVAS Y SUSTITUTIVAS

La tesis de la identificación de las fuentes del derecho por intermedio de la regla de reconocimiento, y la tesis de la discrecionalidad judicial, propuestas por H.A.L. Hart en sus obras: “El concepto de derecho” y “Post scríptum al concepto de derecho”, constituyen las principales herramientas para construir un fundamento teórico que justifique el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano para crear sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas.

Esto, puesto que, el enfoque positivista de las fuentes del derecho de Hans Kelsen, resulta insuficiente para justificar la creación de disposiciones normativas a través de sentencias interpretativas manipulativas. Según esta tesis, todas las fuentes del derecho sin excepción, deben sustentar su validez en una norma jurídica positiva superior (Constitución), que constituye después de la norma fundamental que es hipotética, la máxima norma de un sistema jurídico (Kelsen, 2003).

De esta manera, si desde la perspectiva de la teoría positivista de Hans Kelsen se afirmase que la norma (x): el Tribunal Constitucional peruano no tiene una fuente validez constitucional para crear disposiciones normativas de carácter general en el mismo sentido que el Parlamento a través de sentencias interpretativas manipulativas. Entonces la conclusión sería que: (x) no constituye una fuente normativa del sistema jurídico. Por lo tanto, (x) no forma parte del sistema de normas.

Esto sería así, puesto que, según la tesis de Kelsen, toda fuente normativa para ser válida requiere en último grado de una fuente constitucional. Por tanto, la norma (x) no constituiría una fuente de derecho válida. Toda vez que, en la Constitución Política vigente, no existe ningún acápite que establezca las facultades normativas del Tribunal Constitucional para crear disposiciones legales (leyes y/o disposiciones normativas con rango de ley), en el mismo sentido que el Parlamento. Facultad que solo podría ser atribuida al Tribunal Constitucional por intermedio de una reforma constitucional según

el artículo 206^{o20} de la Constitución Política. Todo esto, desde la perspectiva de la tesis de la jerarquía normativa de las fuentes del derecho propuesta por Hans Kelsen.

Para superar esta debilidad del positivismo kelseniano, H.A.L. Hart desarrolló el concepto de regla de reconocimiento como un mejor criterio para identificar las fuentes del derecho. Según esta regla, lo que determina que algo sea derecho es su aceptación, en primer lugar, por los tribunales y funcionarios, en segundo lugar, por los particulares. Esta regla, solo existe como práctica consuetudinaria, aceptada como vinculante por los tribunales, funcionarios y particulares. La regla de reconocimiento, constituye una cuestión de hecho, no está subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas, basta su aceptación fáctica y empírica para su existencia (Hart H. , 1968).

Para Hart la existencia del derecho como el último criterio de validez jurídica deriva de la práctica de los jueces y tribunales consistente en aceptar una regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento constituirá a juicio de Hart, la práctica social más plausible para determinar las fuentes del derecho. Dicha regla se configura como la práctica social concordante de quienes identifican el derecho con referencia a unos criterios determinados por prácticas judiciales específicas (Hart H. , 2000).

Asimismo, la regla de reconocimiento a diferencia de la norma fundamental de Kelsen, constituye un instrumento apto para identificar principios y criterios morales (derechos fundamentales) al momento de resolver un caso concreto (caso difícil). Tal incorporación puede ser realizada por ley o por un documento o enmienda constitucional. También puede ser realizada a través de la práctica sistemática de los tribunales de considerar la conformidad con ciertos principios morales (validez material del proceso de inconstitucionalidad relacionado con la conformidad de la ley con los derechos fundamentales) como una prueba de validez jurídica (Hart H. , 2000, págs. 36-37).

La conclusión es, entonces, que no hay razón alguna por la que la regla de reconocimiento no pueda identificar directamente ciertos criterios para determinar la creación de dispositivos normativos con carácter *erga omnes* a través de las sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas. Para lo cual basta verificar si en la

²⁰ Artículo 206º de la Constitución. Reforma Constitucional.

Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas (...).

práctica jurídica de tribunales y funcionarios existe una aceptación fáctica social generalizada de su valor vinculante (punto de vista interno, según la tesis de Hart). Concluyendo, que en efecto ello es así. Las sentencias interpretativas manipulativas, son utilizados por jueces, funcionarios públicos, abogados y particulares, como criterios para resolver los diferentes conflictos de interés e incertidumbres jurídicas con carácter obligatorio, en el mismo sentido que la ley creada por el legislador.

Por su parte la tesis de la discrecionalidad judicial, definida como la potestad que tiene el juez para decidir entre varias alternativas al momento de resolver casos difíciles, creando el derecho aplicable al caso. Nos permite limitar la creación de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas por parte del Tribunal Constitucional solamente en el contexto de los casos difíciles, donde se aplique criterios de discrecionalidad judicial por parte del Tribunal Constitucional para crear sentencias interpretativas manipulativas.

Debe de quedar claro, que la discrecionalidad judicial no implica que el juez puede crear dispositivos normativos en forma arbitraria, siempre debe de tener alguna razón general que justifique su decisión en términos razonables y flexibles, sin dejar de lado la relación entre criterios formales (jerarquía normativa: la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico peruano, artículo 51° de la Constitución) y materiales (interpretación de la ley en base a los derechos fundamentales) del proceso de inconstitucionalidad.

De acuerdo a la tesis de la textura abierta del derecho, propuesta por Hart, podemos concluir que el Tribunal Constitucional cuenta con discrecionalidad para resolver los casos difíciles o de penumbra, incluso invocando principios con dimensiones morales (derechos fundamentales) creando la regla aplicable al caso, sin que ello implique necesariamente que el sistema jurídico peruano se convierta en lo que el Tribunal quiere que sea, o que la moral sea preexistente al derecho. Discrecionalidad no significa *per se* arbitrariedad ni tampoco subjetivismo amparado en nociones jurídicas.

IV. DISCUSIÓN

En el presente capítulo se demuestra la validez de los resultados obtenidos, a través de la exposición de las consecuencias teóricas del trabajo de investigación. Precizando para ello, que la pregunta de investigación que se formuló fue: ¿Cuál es el fundamento teórico que justifica el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano para crear sentencias interpretativas manipulativas reductoras, aditivas y sustitutivas?, siendo la hipótesis propuesta: el fundamento teórico que justifica el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano para crear sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, se sustenta en la identificación de las fuentes del derecho a través de la regla de reconocimiento, la textura abierta del derecho y la discrecionalidad judicial según perspectiva teórica de Herbert Hart.

Para demostrar la hipótesis planteada, se desarrollaron conceptos claves como: sentencias interpretativas manipulativas, teoría de las fuentes del Derecho (tesis de Hans Kelsen), tesis de Herbert Hart: regla de reconocimiento como un criterio fáctico de identificación de las fuentes del Derecho, discrecionalidad judicial como respuesta a la solución de casos difíciles o de penumbra, las sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas como una manifestación de los casos difíciles o de penumbra.

Asimismo, es oportuno precisar que el objetivo general de nuestra investigación fue: construir una definición teórica que justifique el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano para crear sentencias interpretativas manipulativas reductoras, aditivas y sustitutivas. Y como objetivos específicos: 1). Identificar, los vacíos normativos en la justificación del rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional para crear sentencias interpretativas manipulativas reductoras, aditivas y sustitutivas. 2). Explicar que la teoría de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano, no constituye un fundamento idóneo para justificar el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional para crear sentencias interpretativas manipulativas reductoras, aditivas y sustitutivas. 3). Proponer una definición teórica de fuente del derecho que justifique el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano para crear sentencias interpretativas manipulativas reductoras, aditivas y sustitutivas.

4.1. DISCUSIÓN CRÍTICA DEL CONCEPTO DE SENTENCIAS INTERPRETATIVAS MANIPULATIVAS

Contrario a la definición de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, planteado por Díaz Revorio, en su obra “La interpretación Constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional”, en el sentido que dichas sentencias no implican un cambio del texto de la disposición normativa con rango de ley, sino únicamente un cambio en el significado de la norma interpretada. En el presente trabajo de investigación se consideró que las sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, independientemente de su clasificación como estimativas o desestimativas, suponen no solo la modificación de la norma, entendida como interpretación de un determinado dispositivo legal (enunciado textual) de rango constitucional, sino también la modificación del propio enunciado textual. Ello, puesto que, el Tribunal Constitucional, en este tipo de sentencias, no solo modifica el significado normativo sino también las disposiciones sometidas a su examen, de manera que éstas salen del proceso constitucional con un alcance normativo y contenido diferente al original. O, más claramente, que con ellas el Tribunal Constitucional asume la tarea de modificar directamente la disposición, que se declara nula en cuanto no se entienda corregida en el sentido indicado por el Tribunal. La contrariedad radica en que no cabe hablar de normas sin disposición legal, no hay norma sin formulación lingüística, por lo que, en este tipo de sentencias se hace necesario la creación de un nuevo enunciado.

Entonces, el Tribunal Constitucional al formular vía interpretación un nuevo alcance del texto legal, para hacerlo compatible con la Constitución, actúa ya no como mero legislador negativo, sino como autentico legislador positivo, al asumir un rol que le corresponde al Parlamento. Actuación, que no tiene sustento Constitucional, desde la perspectiva de la teoría positivista del Derecho defendida por Hans Kelsen, que define el derecho como un sistema escalonado de normas, cuya validez se encuentra en una norma positiva superior – Constitución. Tesis que en el ordenamiento jurídico peruano encuentra sustento en el artículo 51° de la Constitución, desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC N° 047-2004-AI/TC.

Consecuentemente, si aceptamos el concepto de sentencia manipulativa, en el sentido que éstas, transforman o modifican el significado normativo de un texto, dado que, lo manipulan, sustituyen o adicionan un significado para que dicho texto diga algo diferente a lo que decía. Entonces, cabe cuestionar, *prima facie*, la validez de este tipo de

sentencias, desde dos puntos de vista: 1) desde la consideración de la función positiva o creadora con efecto *erga omnes*, realizada por estas sentencias, en contraste con la función negativa que corresponde al Tribunal Constitucional, invadiendo por tanto las competencias del legislativo. 2) solución del dilema: si la norma aplicable está presente en el sistema, corresponde a los jueces obtenerla; si no está presente, corresponde al legislador introducirla.

En ese sentido, siguiendo la tesis de la jerarquía normativa de Hans Kelsen, se argumentó, *prima facie*, que, en caso de no encontrar una fuente de validez constitucional, que justifique la actuación del Tribunal Constitucional, para crear dispositivos legales no previstos por el legislador, *ex novo*. Entonces, las sentencias manipulativas que reducen, amplían o reconstruyen el texto normativo de las normas con rango de ley, carecerían de validez constitucional y, por lo tanto, no constituirían normas que forman parte del ordenamiento jurídico peruano.

Así pues, la justificación de la facultad normativa del Tribunal Constitucional para crear nuevos dispositivos legales, a través, de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, exige una nueva forma de entender y definir las fuentes del derecho, diferente, a la tesis de la jerarquía normativa planteada por Hans Kelsen, por lo que, en el presente trabajo de investigación se propuso una nueva conceptualización de las fuentes del derecho en el sistema jurídico peruano, sustentada en la identificación de las fuentes del derecho a través de la regla de reconocimiento, y la discrecionalidad judicial Hartiana.

4.2. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

En el presente trabajo de investigación se asumió como premisa, la tesis de la jerarquía de las fuentes del derecho de Hans Kelsen como fundamento de la teoría de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Cuya característica principal es la jerarquización de las fuentes del derecho en base a una norma positiva superior (Constitución) que dota de validez a todo el sistema jurídico (Kelsen, 1995). Tesis que encuentra relación con el artículo 51° de la Constitución Política, y la STC N° 047-2004-AI/TC, en la que, el Tribunal Constitucional categorizó al sistema jurídico peruano, como un sistema jerarquizado de normas, siendo la Constitución la norma superior; la ley, la norma que le sigue en jerarquía; y, finalmente las normas con rango inferior a la ley.

Lo expuesto revela cierta contradicción en la interpretación del carácter de rol de legislador positivo ejercido por el Tribunal Constitucional en las llamadas sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, por un lado, el artículo

51° de la Constitución en base a la tesis de la jerarquía normativa de Hans Kelsen establece que toda fuente del derecho para ser válida debe tener un sustento en la Constitución como norma superior, por tanto, no cabe la posibilidad de que el Tribunal Constitucional, vía interpretación cree dispositivos normativos con rango legal; y, por otro lado, afirma que en los procesos de inconstitucionalidad, a efectos de evitar vacíos normativos tiene la facultad de crear dispositivos legales de efecto *erga omnes*, vía interpretación a través de sentencias estipulativas sin ningún tipo de justificación jurídica positiva dese la perspectiva de la tesis de Hans Kelsen que dote de validez a dicha facultad, autoimpuesta. Lo cual, desnaturalizó su función como legislador positivo.

De esta manera, la única forma de justificar el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional en la creación de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, sería modificando la Constitución. No obstante, existe otra alternativa, y es identificar las fuentes del derecho, ya no por intermedio de criterios formales de validez a través de la norma superior, como lo proponía Kelsen. Sino a través de una práctica judicial efectiva que acepte la creación vía interpretación por parte del Tribunal Constitucional de dispositivos normativos con rango de ley, a través de sentencias interpretativas manipulativas como una situación de hecho, tal como en su momento lo propuso Herbert Hart, cuando desarrolló tres aspectos fundamentales de su tesis: la regla de reconocimiento, la textura abierta del derecho y la indeterminación del derecho.

4.3. DISCUSIÓN CRÍTICA DE LA TESIS DE HERBERT HART

H.A.L. Hart, definió el derecho como la unión de dos tipos diferentes, aunque relacionados de reglas: reglas primarias y reglas secundarias. El concepto de regla en la tesis de Hart, es concebida en términos sociales, derivada de fuentes sociales, existente en virtud de su aceptación por parte de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad: funcionarios, jueces y particulares que las usan en situación tras situación como guías para conducir su vida en sociedad. En una sociedad coexisten quienes ven las reglas desde un punto de vista interno y las aceptan como pautas o criterios de conducta y no meramente como predicciones de lo que los funcionarios harán si las desobedecen (aceptación voluntaria); y quienes se sitúan en un punto de vista externo que simplemente se limitan a la mera obediencia; a quienes las pautas jurídicas tienen que ser impuestas por la fuerza (Hart H. , 1968).

En el esquema planteado por Hart juega un papel fundamental la noción de aceptación. Aceptar las reglas supone contemplarla desde su punto de vista interno, usándola como

pauta de conducta adecuada para identificar normas válidas y como justificación de las críticas lanzadas contra quienes se apartan de su modelo de identificación normativa, es decir, significa que los jueces y tribunales acepten como vinculantes esos criterios, de forma que las desviaciones respecto de ellos sean apreciadas críticamente, en general, como desviaciones respecto de criterios vigentes y vinculantes. Según la tesis propuesta por Hart, basta la aceptación de las reglas desde el punto de vista interno, por parte de los jueces y funcionarios como pautas o criterios comunes de conducta oficial, para determinar la validez de un determinado sistema jurídico. Requisito que no es exigible a los particulares, pues basta su obediencia desde el punto de vista externo (Hart H. , 1968, págs. 143-145).

En ese orden de ideas, H.L.A. Hart definió las reglas primarias como aquellas reglas de conducta que se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer. Imponen deberes y crean obligaciones, pueden ser imperativas, prohibitivas y permisivas. A su vez, las reglas secundarias, son clasificadas en: reglas de cambio, de adjudicación y reconocimiento (Hart H. , 1968, pág. 158). Las reglas de cambio facultan a determinados órganos para crear, modificar y derogar reglas primarias, determinan el procedimiento y el órgano competente para derogar normas ya existentes y crear otras nuevas. Las reglas de adjudicación facultan a determinados individuos para juzgar, con carácter de autoridad, sobre si una regla primaria ha sido o no transgredida. Establecen el procedimiento a seguir en la tarea de juzgar los casos de transgresión de las reglas. En las reglas de adjudicación se definen un grupo importante de conceptos jurídicos: el concepto de juez y tribunal, jurisdicción y sentencia. La regla de reconocimiento, constituye una práctica social que determina las fuentes o criterios últimos de validez de un sistema jurídico, cuya validez deriva de su aceptación por parte de jueces y tribunales (Hart H. , 1968) .

4.4. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO COMO UN CRITERIO FACTICO DE IDENTIFICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO

La regla de reconocimiento, constituye un criterio material para identificar las fuentes del derecho de un determinado sistema jurídico. Según esta regla, lo que determina que algo sea derecho es su aceptación, en primer lugar, por los tribunales y funcionarios, en segundo lugar, por los particulares. Para su existencia se requiere como mínimo la aceptación por los jueces y tribunales del sistema. La regla de reconocimiento constituye una cuestión de hecho, no está subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas, basta su aceptación fáctica y empírica para su existencia (Hart H. , 1968). Hart, a

diferencia de Hans Kelsen, no hace depender la validez de cada norma jurídica del sistema de otra norma; y, así sucesivamente hasta llegar a la norma básica o fundamental como una cuestión hipotética. Sino que hace depender la validez de cada norma jurídica directamente de su aceptación y practica efectiva. Como mínimo por parte de los funcionarios y tribunales del sistema.

Este aspecto jurídico sociológico de la tesis de Hart es el que confiere un atractivo tan especial a su esquema, basado justamente en un sistema de normas originalmente de características puramente sociológicas que trascienden y derivan a un contexto jurídico bajo el sustento de una aceptación fáctica y empírica. Por ello, la tesis de la regla de reconocimiento, constituye el mejor criterio para identificar el rol de legislador positivo ejercido por el Tribunal Constitucional en la creación de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas. Para lo cual bastará con corroborar si en la práctica jurídica de jueces y tribunales, esto es así.

4.5. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL COMO RESPUESTA A LA SOLUCIÓN DE LOS CASOS DIFÍCILES O DE PENUMBRA

Hart plantea la diferencia entre dos tipos de casos: Los casos fáciles o claros, cuando el caso de que se trate cae sin duda dentro del núcleo de significado establecido en los términos empleados en la regla a aplicar, y casos de penumbra o difíciles, cuando resulta dudoso si el significado establecido en la regla a aplicar comprende o no el caso que se presenta (Hart H. , 1968).

Es en relación con los casos de penumbra o difíciles, que Hart plantea la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual el juez puede elegir la solución del caso entre alternativas abiertas. En estos casos, al no estar clara la norma a aplicar, el juez se convierte en legislador para el caso concreto:

La reaparición de cuestiones de penumbra nos demuestra que las normas legales son esencialmente incompletas, y que, cuando éstas no dan soluciones, los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles, (Hart H. , 1962, pág. 55).

Es en los casos jurídicamente imprevistos o no regulados (casos difíciles) que el juez crea nuevo derecho para el caso. Sin embargo, no tiene que hacerlo arbitrariamente: esto es, siempre debe tener alguna razón general, razonable y objetiva que justifique su decisión. El hecho de que el juez sea el creador del derecho no implica necesariamente que el

sistema se convierta en lo que el juez quiere que sea. Es decir, discrecionalidad no significa per se arbitrariedad ni tampoco subjetivismo amparado en nociones jurídicas (Hart H. , 2000).

Como resultado, la decisión elegida por el juez en los casos difíciles no es concebida por Hart como una subsunción para el caso concreto de acuerdo con el postulado de la doctrina tradicional de raigambre ilustrada y de antecedentes históricos en el código de napoleón, que además se sitúa en la línea del formalismo Kelseniano, que el mismo Hart critica. Tampoco se trata de una interpretación correcta de la situación en litigio. Es una decisión definitiva basada en una interpretación razonable que permite la resolución de los casos difíciles y, con ello, que el sistema siga operando. Hart, sugiere que el carácter definitivo e indiscutible de las decisiones es lo que se sigue del hecho de que ante tales eventos el juez tenga el papel de creador del derecho y decisor de última instancia. Es en este extremo, que se propone el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional en las sentencias interpretativas manipulativas: reductoras aditivas y sustitutivas como una manifestación de los casos difíciles, sujeto a un ámbito de discrecionalidad del juez constitucional.

4.6. LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS MANIPULATIVAS: REDUCTORAS, ADITIVAS Y SUSTITUTIVAS COMO UNA MANIFESTACIÓN DE LOS CASOS DIFÍCILES O DE PENUMBRA

La tesis de la discrecionalidad judicial, definida como la potestad que tiene el juez para decidir entre varias alternativas al momento de resolver casos difíciles, creando el derecho aplicable al caso. Nos permite limitar la creación de dispositivos normativos por parte del Tribunal Constitucional en las sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas solamente en el contexto de los casos difíciles, como un hecho dependiente de la discrecionalidad del juez constitucional sujetos a la discrecionalidad. Debe de quedar claro, que la discrecionalidad judicial no implica que el juez puede crear derecho en forma arbitraria, siempre debe de tener alguna razón general que justifique su decisión en términos razonables y flexibles, El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso de inconstitucionalidad, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente a un significado Constitucional.

4.7. PROPUESTA TEÓRICA EN BASE A LOS OBJETIVOS PLANTEADOS

El rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional en la creación de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y manipulativas, debe sustentarse ya no en una fuente superior de validez formal (Constitución), sino en una fuente de validez material, cuyo origen se encuentra en la aceptación de su vinculatoriedad como una práctica judicial efectiva, en primer lugar, por los jueces y funcionarios del sistema, en segundo lugar, por los particulares (regla de reconocimiento). Cuya creación se restringe únicamente a los casos difíciles o de penumbra, como un hecho dependiente de la discrecionalidad del juez constitucional sin dejar de lado una relación estricta entre la disposición creada y la norma Constitucional.

La reconstrucción teórica doctrinal iusfilosófica del rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional en la creación de sentencias interpretativas manipulativas, *fue realizado* en base a la tesis del origen social de las fuentes del derecho sustentada en la regla de reconocimiento; y la tesis de la discrecionalidad judicial, propuestas por H.A.L. Hart en sus obras: “*El concepto de derecho*” y “*Post scriptum al concepto de derecho*”. Argumentos, que no fueron consideradas por el Tribunal Constitucional cuando propuso la creación de sentencias interpretativas manipulativas, a través de la reducción, adición y reconstrucción del texto de las disposiciones con rango de ley.

H.A.L. Hart desarrolló el concepto de regla de reconocimiento como un mejor criterio para identificar las fuentes del derecho. Según esta regla, lo que determina que algo sea derecho es su aceptación, en primer lugar, por los tribunales y funcionarios, en segundo lugar, por los particulares. Esta regla, solo existe como práctica consuetudinaria, aceptada como vinculante por los tribunales, funcionarios y particulares. La regla de reconocimiento, constituye una cuestión de hecho, no está subordinada a criterios de validez establecidos por otras reglas, basta su aceptación fáctica y empírica para su existencia (Hart H. , 1968).

Para Hart la existencia del derecho como el último criterio de validez jurídica deriva de la práctica de los jueces y tribunales consistente en aceptar una regla de reconocimiento (aceptación interna). La regla de reconocimiento constituirá a juicio de Hart, la práctica social más plausible para determinar las fuentes del derecho. Dicha regla se configura como la práctica social concordante de quienes identifican el derecho con referencia a unos criterios determinados por prácticas judiciales específicas (Hart H. , 2000).

La conclusión es, entonces, que no hay razón alguna por la que la regla de reconocimiento no pueda identificar directamente ciertos criterios para determinar la creación judicial del derecho con carácter *erga omnes* a través de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, sin necesidad de una fuente formal de validez constitucional. Bastaría comprobar su aceptación por parte de los operadores de justicia como práctica regular (aceptación interna desde la perspectiva de Hart).

De modo que, la regla de reconocimiento constituye la mejor opción para justificar el carácter *erga omnes* de los dispositivos normativos con rango de ley, creados por el Tribunal Constitucional vía interpretación en las sentencias interpretativas manipulativas, para lo cual basta verificar si en la práctica jurídica de tribunales y funcionarios existe una aceptación fáctica social generalizada de su valor vinculante (punto de vista interno, según la tesis de Hart). Concluyendo, que en efecto ello es así.

Las sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas en el sistema jurídico peruano, son utilizados por jueces, funcionarios públicos, abogados y particulares, como criterios para resolver los diferentes conflictos de interés e incertidumbres jurídicas con carácter obligatorio, en el mismo sentido que la ley creada por el legislador, por lo que no es necesario una fuente formal que determine su validez. Ello, aunado a la tesis de la discrecionalidad judicial para crear normas de carácter general, únicamente en los casos difíciles o de penumbra como un ejercicio de la discrecionalidad judicial, constituye el núcleo esencial para justificar el rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional peruano sin desvirtuar su naturaleza iuspositiva.

V. CONCLUSIONES

1. La justificación del rol de legislador positivo del Tribunal Constitucional ejercido en la creación de sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, se sustenta en la tesis de la discrecionalidad judicial y la tesis de las fuentes sociales (regla de reconocimiento), de Herbert Hart.
2. La creación de dispositivos normativos con rango de ley en las sentencias interpretativas manipulativas: reductoras, aditivas y sustitutivas, debe ser definido como una facultad discrecional del Tribunal Constitucional para crear normas de carácter erga omnes, únicamente en la solución de casos difíciles.
3. Según la tesis de Herbert Hart, la relación entre el derecho y la moral es contingente, adquiere relevancia únicamente en la solución de los casos difíciles, mediante la identificación de criterios prácticos por intermedio de la regla de reconocimiento.
4. Acorde con lo estipulado en el artículo 51° de la Constitución Política y la STC N° 047-2004-AI/TC, la teoría las fuentes del derecho, se sustenta en la tesis positivista de Hans Kelsen.
5. Las facultades normativas del Tribunal Constitucional, encuentran un mejor fundamento en la tesis de la discrecionalidad judicial, la textura abierta del derecho y la regla de reconocimiento propuesta por Herbert Hart.

VI. RECOMENDACIONES

- 1.** Se recomienda a los futuros investigadores, adoptar una posición teórica concreta que justifique el rol del Tribunal Constitucional como legislador positivo en la creación de sentencias interpretativas manipulativas; reductoras, aditivas, sustitutivas, a partir de un análisis de la tesis de las fuentes sociales, la discrecionalidad judicial y la textura abierta del Derecho como una mejor explicación de la creación judicial del Derecho.
- 2.** Se recomienda al Tribunal Constitucional, crear dispositivos normativos de rango legal vía interpretación en las sentencias interpretativas manipulativas; reductoras, aditivas y sustitutivas, únicamente en la solución de casos difíciles sujeto a la discrecionalidad judicial, previa justificación de dicha facultad en la tesis de la regla de reconocimiento de Herbert Hart, como un mejor criterio para identificar las fuentes del derecho en sistemas positivistas como el peruano.

VII. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

- 004-2004-CC/TC, E. N. (2004). Sentencia. Lima, Perú.
- 004-2004-CC/TC, E. N. (2004). Sentencia del Tribunal Constitucional. Lima, Perú.
- 010-2002-AI/TC, E. N. (2002). Sentencia del Tribunal Constitucional. Lima, Perú.
- Acosta, E. Q. (2005). *Teoría de la Constitución*. México: Porrúa.
- ACUÑA CHÁVEZ, A. (2014). "Funciones y competencias del Tribunal Constitucional Peruano". *Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Aleix, C. F. (2007). Validez, obligatoriedad y eficacia del derecho en H.L.A. Hart. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, 8, 131-186. Recuperado el 2018, de <https://www.google.com.pe/search?source=hp&ei=tCUqXfaFBvHE5OUPt5a4-AI&q=Validez%2C+obligatoriedad+y+eficacia+del+derecho+en+H.L.A.+Hart+Aleix%2C+Cristina+Fuertes+Planas&oq=Validez%2C+obligatoriedad+y+eficacia+del+derecho+en+H.L.A.+Hart+Aleix%2C+Cristina+F>
- ARCE GOMEZ, C. E. (2007). "La Sala Constitucional como Legislador Positivo". *Doctorado en Derecho*. Universidad Estatal a Distancia Vicerrectoría Académica Sistema de Estudios de Posgrado, San José, Costa Rica.
- Arroyo, C. L. (2003). *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. Lima: Palestra Editores.
- Barker, R. S. (2014). *El Precedente y su Significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Lima: Grijley E.I.R.L.
- Bisogni, G. (2015). ¿Hasta qué punto cuentan los jueces? H.L.A. Hart y la Regla de Adjudicación. *Isonomía*, 38.
- BLUME ROCHA, A. (2015). El principio de la interpretación conforme a la Constitución como criterio Hermenéutico del Tribunal Constitucional". *Maestría en derecho constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú., Lima.
- Callejón, F. B. (1999). *Derecho Constitucional* (Vol. I). Madrid: Tecnos.
- Carbonell, M. (2004). *Los Derechos Fundamentales en México*. México: UNAM, CNDH.

- Carrió, G. (1981). *R. Dworkin y el positivismo jurídico*. México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM.
- Daniela, U. M. (2011). "La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo". 66.
- Díaz Revorio, F. J. (2001). *Las Sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Parte General*. Valladolid: Lex Nova.
- Díaz Revorio, J. F. (2003). *La Interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Eguiguren, F. (2002). *Los efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional*. Lima: ARA Editores.
- Enterría, E. G. (1982). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.
- Enterría, E. G. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- Ganuzas, F. J. (2006). *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- GARZA MERCADO, A. (s.f.). *Manual de Técnicas de Investigación* (6ta. ed.). México: El Colegio de México.
- González, J. A. (21 de Octubre de 2018). *Google*. Recuperado el 21 de Octubre de 2018, de dadun.unav.edu/bitstream/10171/12480/1/PD_12_05.pdf
- Gozaíni, O. A. (02 de Enero de 2008). "Sobre Sentencias Consitucionales y el efecto erga omnes". *"Sobre Sentencias Consitucionales y el efecto erga omnes"*, 28. Argentina: UNAM.
- Hart, H. (1962). *El positivismo y la independencia entre derecho y moral*. (G. R. Carrió, Trad.) Buenos Aires: De Palma.
- Hart, H. (1968). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hart, H. (2000). *Post scriptum al concepto de derecho*. (R. T. Salmorán, Trad.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hart, H. L. (1961). *EL Concepto del Derecho*. Buenos Aires: ABELEDO - PERROT S.A.

- Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona. (1999). *Derecho Constitucional Mexicano y comparado*. México: Editorial Porrúa.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2003). *Metodología de la Investigación* (Tercera ed.). México: McGraw-Hill Interamericana.
- Hernández, S. G. (2019). *Google*. Recuperado el 24 de Enero de 2019, de <https://www.google.com/search?q=Lo+%E2%80%9Cracional%E2%80%9D+y+lo+%E2%80%9Crazonable%E2%80%9D+de+las+sentencias+judiciales+son+notas+con+las+que+se+cubre+la+cuota+democr%C3%A1tica%2C+a+trav%C3%A9s+de+la+verificaci%C3%B3n+de+las+premisas+que+las+sustentan>
- Jaraba, M. D. (2010). Principios y reglas: examen el debate entre R. Dworkin y H.L.A Har. *Revista de estudios jurídicos*, 24. Recuperado el 20 de Diciembre de 2018, de <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/543>
- Kelsen, H. (1994). *La Teoría Pura del Derecho*. Perú: Tribuna Abierta.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría del Derecho y del Estado* (Quinta reimpresión ed.). (U. A. México, Ed., & E. G. Maynez, Trad.) México, México.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del derecho y del Estado* (Vol. Quinta reimpresión). (U. A. México, Ed., & E. G. Máynez, Trad.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del derecho y del Estado* (Vol. Quinta reimpresión). (U. A. México, Ed., & E. G. Máynez, Trad.) México.
- Kelsen, H. (2003). *La Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires: Losada.
- Kelsen, H. (2003). *La Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Losada.
- KELSEN, H. (2016). *"La garantía jurisdiccional de la Constitución"*. México: Universidad Autónoma de México. UNAM.
- Kerpel, A. L. (2001). *El Precedente Constitucional en el Sistema Judicial Norteamericano*. Madrid: McGraw-Hill.
- León, A. Q. (s.f.). Control "Difuso" y control "Concentrado" en el Derecho. *Dialnet*, 207-230.

- Noriega, H. (2004). Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur. *Ius et Praxis*(1).
- Regla, J. A. (2000). *Teoría General de la Fuentes del Derecho y del Orden Jurídico*. Barcelona: Ariel.
- RIVERA TIRADO, M. V. (2010). "La autonomía procesal del Tribunal Constitucional". *Dialnet*, 40.
- Romboli, R. (1996). La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el Proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. *Revista Española de Derecho Constitucional*(48), 64.
- Rúa, J. C. (1956). *El Common Law, su estructura normativa, su enseñanza*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rubio, M. (1991). *El sistema jurídico*. Lima: Fond editorial PUC.
- Ruiz, M. A. (s.f.). *google académico*. (Dialnet) Recuperado el 23 de Agosto de 2018, de google académico:
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcart?info=link&codigo=624318&orden=0>
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, W. (2013). "La inejecución de las Sentencias del Tribunal Constitucional: Problemas y soluciones". *Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- Sanchís, L. P. (1991). Notas sobre la interpretación constitucional. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 175-198. Obtenido de <https://www.google.com/search?q=El+Parlamento+se+legitima+m%C3%A1s+por+su+origen+que+por+su+comportamiento%2C+mientras+que%2C+a+la+inversa%2C+el+tribunal+se+justifica+preferentemente+por+el+modo+de+ejercer+su+funci%C3%B3n%3B+al+primero+se+le+controla+a+tr>
- Santiago Legarre y Julio César Rivera. (Enero-abril de 2006). Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis. *Scielo*, 33(1), 109-124. Recuperado el 20 de Noviembre de 2018, de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>
- Yupanqui, S. A. (2004). *Derecho procesal constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

