

**§ 4**  
**LAS FUENTES DEL DERECHO**  
**EN LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL**  
**CONSTITUCIONAL**

**Notas a una sentencia\***

**SUMARIO:** Introducción.— I. La concepción de Orden Jurídico del TC.— II Positivismo vs. principialismo en la concepción del orden jurídico.— III. Las consecuencias de la concepción del Tribunal Constitucional en su formulación del sistema de fuentes.— IV. El reconocimiento de las antinomias y su limitación para resolver conflictos de principios.— V. La jurisprudencia y su papel en la “racionalización” del Derecho “disperso”.

**INTRODUCCIÓN**

La sentencia que suscita este breve comentario se instala entre aquellas que en los últimos años el Tribunal Constitucional viene emitiendo, en un esfuerzo por hacer “docencia constitucional” desde los *obiter* de sus decisiones. Si no fuera por la carencia real de trabajos de dogmática constitucional en nuestro

---

\* Este apartado recoge el comentario a la STC 047-2004-AI/TC, publicado inicialmente en *Palestra del Tribunal Constitucional* N.º 5. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 479 y ss.

medio, quizá esta labor del Tribunal no tendría porqué ser resaltada y a lo mejor debería ser hasta criticada. En efecto, en otros contextos parece claro que la labor de un Tribunal no es sustituir a la dogmática o a los esfuerzos por sistematizar el conocimiento jurídico, actividad más bien propia de la academia y de los profesores universitarios. Lo que no impide, desde luego, que muchas veces el Tribunal, a través de auténticos *obiter dicta*, haga avanzar el derecho constitucional y la concepción de los derechos fundamentales en el país, lo cual tampoco escapa al ámbito de sus competencias institucionales.

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

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

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

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

## **I. LA CONCEPCIÓN DE ORDEN JURÍDICO DEL TC**

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

La sentencia a la que se remite el Tribunal es la emitida en el Exp. 005-2003-AI/TC, donde se analizó la constitucionalidad de la Ley que autorizaba la celebración de un “contrato-ley” del Estado Peruano con la Compañía Peruana de Teléfonos (hoy Telefónica S.A.A.). En dicha oportunidad, el Tribunal inicia su

argumentación presentando como marco conceptual su concepción sobre el orden jurídico. “El orden jurídico — sostiene el Tribunal —, es un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas” (FJ 3).

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

Como para no dejar dudas sobre esta postura, el Tribunal también declara en esta sentencia una especie de petición de principio, al sostener la famosa tesis de la coherencia, es decir, “(...) la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, indica la

existencia de una relación de armonía entre todas las normas que lo conforman” (FJ. 47).

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

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

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

Como es sabido, ni en el seno del positivismo jurídico es posible reconocer hoy en día una postura tan dogmática como la que parece sugerirnos el máximo Tribunal. HART por ejemplo, uno de los representantes del *soft positivism* o “positivismo suave”, ha matizado varias de las concepciones iniciales de la versión dura del positivismo kelseniano, lo que ha llevado a Genaro CARRIÓ<sup>1</sup> a considerar que a partir de HART, ya no pueda predicarse ni la coherencia ni la plenitud del orden jurídico, como tesis del positivismo jurídico puesto que, “las incertidumbres que se originan en la textura abierta del lenguaje de las leyes, y otras incertidumbres más complejas, propias del Derecho Judicial, impidan que atribuyamos dichas propiedades al orden jurídico”.

Pero además de ello, la concepción positivista de orden jurídico, forjada en plena efervescencia de los Estados nacionales, tampoco resulta hoy en día compatible con un escenario donde, más que hablar de un único “orden jurídico” estatal, habría que repensar la articulación de “órdenes” u “ordenamientos” que se forjan en estrechos vínculos desde el sistema internacional, hasta los “ordenamientos” regionales y locales, para detenernos en los “sistemas” altamente especializados de determinados sectores o materias del Derecho (piénsese por ejemplo el orden jurídico del derecho de patentes que incorpora elementos nacionales, regionales y mundiales). De este modo, ni la ley ni el Estado nacional están ya en capacidad de totalizar y

---

<sup>1</sup> CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990, p. 336.

“cerrar” un sistema que se muestra más bien abierto a las influencias, no solo de las otras fuentes *para-* o *supra-*estatales, sino muchas veces a fuentes tendencialmente contradictorias en su propio seno.

La convergencia de órdenes y sistemas de fuentes capaces de producir, alterar o desdibujar, en muchos casos, esa coherencia armónica o la plenitud a la que aspira la técnica jurídica, hacen de esta última solo una aspiración, un ideal al que debe orientar su tarea racionalizadora quien va a aplicar dichas fuentes. En consecuencia, como anota BALAGUER CALLEJÓN<sup>2</sup>, “(...) los rasgos considerados tradicionalmente como característicos del ordenamiento jurídico (unidad, plenitud, coherencia) se intentan mantener en una situación en la cual hay una diversidad de ordenamientos que existen sobre un mismo territorio, cuyas normas confluyen y a veces colisionan y en la cual hay que resolver necesariamente los conflictos de normas para que solo una norma sea la aplicable, dentro de la pluralidad de normas que coexisten en ese territorio y que proceden de diversos ordenamientos”.

## II. POSITIVISMO VS. PRINCIPIALISMO EN LA CONCEPCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO

La concepción positivista del orden jurídico y del sistema de fuentes parece, de este modo, entrar en

---

<sup>2</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. “Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 69, septiembre-diciembre, 2003, p. 188.

contradicción con algunos de los postulados básicos del constitucionalismo actual. La primera de estas contradicciones se revela con facilidad si se considera que el propio modelo del constitucionalismo suele ser presentado como un modelo que privilegia los principios como técnica de regulación, lo que ha llevado a que sea identificado como un modelo “principista”<sup>3</sup>, en el sentido de que las normas constitucionales, no tienen la estructura normativa de las reglas (presupuesto-consecuencia) sino que son básicamente principios, donde muchas veces ni el presupuesto ni la consecuencia aparecen con claridad para el intérprete. Como lo ha advertido ZAGREBELSKY<sup>4</sup>, “(...) si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (...)”.

De este modo el *principialismo*, que se presenta en este punto como característica descriptiva del constitucionalismo actual, en cuanto técnica de regulación social, parece más coherente en el plano teórico para dar cuenta acerca de lo que el Tribunal Constitucional realiza todos los días. Entendido el modelo del constitucionalismo como un sistema basado fundamentalmente

---

<sup>3</sup> GARCÍA FIGUEROA, Alonso. “La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo”. En: *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. de Miguel Carbonell. Trotta, 2003, pp. 159 y ss.

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995, p. 110.

en principios, tanto la tesis de la plenitud en abstracto del sistema jurídico, como el ideal de coherencia parecen aspiraciones o ideales de otros tiempos. Asimismo, la concepción de validez de la norma, tomando en cuenta únicamente su verificación formal de pertenencia al sistema jurídico, no parece reflejar lo que en la propia práctica hace el Tribunal a diario<sup>5</sup>.

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

El Derecho que emerge de un modelo como el del *derecho por principios*, permite que la práctica social sea incorporada al fenómeno jurídico y, de este modo, tiende vasos comunicantes entre Derecho, ética y política. Por ello mismo, en el constitucionalismo, la validez no puede ser comprendido como un problema de “pertenencia”, o de verificación solo formal, sino que requiere y exige cierto esfuerzo de legitimidad argumentativa a partir de los principios y valores que

---

<sup>5</sup> Un buen ejemplo de esto lo constituye la aplicación de nociones como “razonabilidad”, “proporcionalidad” o la apelación a los valores constitucionales, donde el control del tribunal no se agota en el examen formal como lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional.

se han incorporado al propio sistema a través de los procesos constituyentes.

A partir de aquí, el constitucionalismo se muestra más cercano al principialismo como teoría del Derecho y no al positivismo de reglas estáticas y cerradas, dado que se sustenta en una concepción de sociedad democrático-pluralista. En efecto, en el Estado Constitucional no existe el ideal de unidad monolítica, capaz de articular, de modo inequívoco, las fuerzas generadoras de derechos. Por ello, antes que predicar un Derecho armónico coherente y pleno, *ex ante* y en abstracto, quizá convenga hablar de puntos de partida capaces de generar dicha unidad, no solo a partir de unas únicas fuentes estatales, sino a partir de un discurso pluralista, en suma, a partir de la Constitución. De este modo, como bien señala GARCÍA FIGUEROA, este ideal regulativo de las fuentes, se aproxima más a “la idea de *mitezza*<sup>6</sup> íntimamente ligada a la dimensión principal del derecho y a la inadecuación de un modelo positivista de éste”.

En un modelo como el del *derecho por principios* — o que incorpora principios — la coherencia supone, antes que un intento de descripción idealizada y en abstracto del orden jurídico, un punto de partida para la acción de los operadores, un mandato para el razonamiento práctico, en un intento por comprender el Derecho en

---

<sup>6</sup> *Mitezza*, del italiano *mite* (maleable, dúctil), que define el modelo de Derecho postulado por ZAGREBELSKY en su *Derecho dúctil* y que sigue en este punto el autor citado.

su dimensión dinámica, poniendo los “pies sobre la tierra” y sin dejarse “desviar” por las abstracciones de los libros<sup>7</sup>.

A partir de este enfoque, tanto la *coherencia* como la *plenitud* como características del orden jurídico, en un modelo que pretende definirse solo a partir de su dimensión estática y monolítica, no parecen responder a las expectativas de una sociedad cambiante y pluralista. Una sociedad que parece abrirse, no solo a las diversas concepciones y posibilidades de lo jurídico, sino también a la pluralidad de actores capaces y competentes para insertarse en la dinámica de la creación del Derecho (los abogados, los profesores de derecho, los jueces, etc.). Aquí resulta pertinente destacar la tesis de HÄBERLE<sup>8</sup> sobre la importancia de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”. Esa visión de ver el Derecho Constitucional y sus afluentes, ya no solo en los elementos estatales, parece una tesis sugestiva y compatible con lo que en la práctica ocurre hoy en día con la actuación judicial y, en particular, con la justicia constitucional. Como señala el profesor alemán, “(...) la interpretación constitucional no es, ni en la teoría ni en la práctica, un proceso de naturaleza exclusivamente estatal, sino que potencialmente tienen acceso a él todas las fuerzas de la comunidad política”. Los procesos constitucionales, se configuran de este modo, en una suerte de punto de encuentro entre sociedad

---

<sup>7</sup> Vid. ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit., p. 122.

<sup>8</sup> Cfr. HÄBERLE, P. *El Estado Constitucional*. México: UNAM, 2001, pp. 149 y ss.

civil y “sociedad estatal”, que permite que el Derecho no pierda su fuente sociológica por excelencia: la sociedad democrática.

La concepción de *orden jurídico* propuesto por el Tribunal se muestra, de este modo, tributario de otros tiempos e incapaz de responder a las necesidades prácticas del constitucionalismo cuya defensa le ha sido confiada desde el propio KELSEN. Es verdad que KELSEN se mostró siempre opuesto a la incorporación de los principios en los textos constitucionales, opinión en la que además comulgaba con su más claro opositor en el planteamiento de que sea el Tribunal Constitucional el defensor de la Constitución. Como es conocido, Carl SCHMITT también había sostenido la imposibilidad de que los principios fueran considerados normas, mientras que para KELSEN, “las formulas constitucionales de principio resultan indeseables ya que, dada su imprecisión, abrirían las puertas al puro decisionismo judicial”<sup>9</sup>.

Sea como fuere, lo cierto es que las Constituciones actuales incorporan no solo una variedad de principios, muchos de ellos potencialmente incompatibles, o que pueden fácilmente entrar en contradicción en la dinámica de los casos, sino que los Tribunales Constitucionales además crean Derecho a partir de estos principios, e incluso tal creación se da en el nivel de las normas con

---

<sup>9</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1999, p. 32.

rango constitucional<sup>10</sup>. Esto trastoca frontalmente, no solo la idea kelseniana en torno a los Tribunales Constitucionales, que por cierto, nunca tuvieron efectividad práctica, sino también la concepción positivista de las fuentes del Derecho y, en especial, con la posición de la jurisprudencia como derecho validado.

### III. LAS CONSECUENCIAS DE LA CONCEPCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN SU FORMULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES

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

A diferencia de la formulación inicial sobre el orden jurídico, el Tribunal, de modo bastante coherente, matiza una concepción formal de fuente (siguiendo un esquema jerarquizado de tradición positivista) con

---

<sup>10</sup> SPADARO, Antonino. “Las motivaciones de las sentencias de la Corte como ‘técnica’ de creación de normas constitucionales”. En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2006, pp. 539 y ss.

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

Si bien el Tribunal no ha expresado un orden jerárquico irreducible en el sistema de fuentes, sí se ha dejado influenciar por un cierto “positivismo inconsciente”, al establecer en su esquema expositivo un conjunto de fuentes fundamentalmente estatales<sup>11</sup>, sin concebir

---

<sup>11</sup> La admisión en la lista de “fuentes” del *contrato* y la propia *doctrina*, más que a actos normativos generales o capaces de tener efectos dentro del sistema, está referido a una concepción de fuente como hecho generador de determinadas consecuencias y no ha merecido mayor desarrollo por parte del

al orden jurídico en su dimensión dinámica y, sobre todo, renunciando a poner en evidencia aquello que es hoy un lugar común en la doctrina constitucional. Esto es, la consideración de que el constitucionalismo no supone solo un cambio de parámetro de la ley por la Constitución, sino que su real comprensión requiere, como lo ha notado Luis PRIETO<sup>12</sup>, “diseñar un modelo de producción normativa notablemente mas complejo, donde todos los sujetos encuentran no un orden jerárquico unívoco, sino orientaciones de sentido conflictivo que exigen ponderación. En cierto modo, cabe decir que en las sociedades actuales el pluralismo ideológico ha reemplazado al monismo del Estado de Derecho liberal burgués (...)”.

Es esta exigencia de ponderación que, con frecuencia, se plantea en la solución de casos en el contexto de los ordenamientos constitucionalizados, lo que genera la ruptura de las tesis legalistas, que pretendían resolver las confrontaciones entre reglas apelando a criterios como el de *jerarquía*, *especialidad* o el de *temporalidad*. Los conflictos entre valores o principios, requieren de otro tipo de estrategias argumentativas, para los cuales

---

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

<sup>12</sup> PRIETO SANCHÍS, Luis. Ob. cit., p. 36.

el esquema de un orden jerarquizado o la concepción de un “manejo” de fuentes preexistentes al caso planteado, valen solo como referentes o puntos de partida en la argumentación. Así, la práctica jurídica ya no se resuelve solo dentro de los referentes de las fuentes formales, puesto que las fuentes mismas deben ser muchas veces identificadas a partir de los valores explícitos o implícitos en los textos constitucionales.

La pluralidad de fuentes del constitucionalismo refleja también, por otro lado, el pluralismo de la sociedad que pretende auto representarse a través de la Constitución, y supone un serio reto a la teoría actual del derecho obligándola a replantear la idea de unidad del ordenamiento; “unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta reconstruirse a partir de la Constitución como un marco de consenso y unidad, ya no formal sino material o sustantivo y sobre todo, procedimental, donde han de coexistir distintas concepciones de la justicia”<sup>13</sup>.

#### **IV. EL RECONOCIMIENTO DE LAS ANTINOMIAS Y SU LIMITACIÓN PARA RESOLVER CONFLICTOS DE PRINCIPIOS**

Otro tanto habría que decir sobre el análisis de las antinomias realizado por el Tribunal y sobre las estrategias que propone para su solución. Según el Tribunal:

---

<sup>13</sup> Ídem, p. 37.

“Lo opuesto a la coherencia es la antinomia o conflicto normativo; es decir, la acreditación de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto prescriben soluciones incompatibles entre sí, de forma tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas implica la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas normas resulta imposible.

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

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

rias cuando el problema se traslada al ámbito de los principios.

La distinción entre regla y principio parece fundamental para comprender la dinámica del ordenamiento jurídico en el constitucionalismo actual. Su formulación inicial, que aparece precisamente en un texto que denuncia las inconsistencias del positivismo jurídico, constituye sin lugar a dudas, el aporte más valioso de la filosofía del Derecho a la teoría del constitucionalismo contemporáneo. “Los principios —dice DWORKIN<sup>14</sup>— tienen una dimensión que falta en las normas (reglas): la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (...), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno”. La comprensión de un modelo de derecho basado solo en un sistema cerrado de reglas, no contempla tal posibilidad. Como bien indica el propio DWORKIN, “si se da un conflicto entre dos reglas una de ellas no puede ser válida”, o como precisa ALEXY<sup>15</sup> a partir de la formulación inicial de DWORKIN, mientras que “los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios —como solo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”.

---

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 77.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valez. Madrid: CEC, 2002, p. 89.

Esta constatación fundamental en la dinámica de la justicia constitucional actual, parece no advertirla el Tribunal. La larga lista de principios que enumera para solucionar los diferentes tipos de antinomias que se presentan en el conflicto de reglas olvida un componente fundamental del orden jurídico actual, esto es, la dimensión de los principios como normas y la forma en que éstos entran en permanente conflicto, desplegando la actuación del propio Tribunal. Entre las reglas que el Tribunal enumera para solucionar antinomias<sup>16</sup> no hace referencia, por ejemplo, al principio de proporcionalidad o a la ponderación, estrategias o métodos que con frecuencia aplica el propio Tribunal para solucionar conflictos que se suscitan en el nivel no de las reglas sino de los principios que integran el sistema constitucional. Además, en dicho catálogo, se contemplan algunos principios que no se orientan necesariamente a la solución de antinomias<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> a) Principio de plazo de validez; b) principio de posterioridad; c) principio de especificidad; d) principio de favorabilidad; e) principio de envío; f) principio de subsidiariedad; g) principio de complementariedad; h) principio de suplementariedad, y i) principio de ultractividad expresa (f. j. 54)

<sup>17</sup> Así por ejemplo, cuando se refiere al principio de subsidiariedad, según el cual a criterio del Tribunal "(...) un hecho se encuentra transitoria o provisionalmente regulado por una norma, hasta que se dicte o entre en vigencia otra que tendrá un plazo de vida indeterminado"; en este caso, no se advierte antinomia alguna, puesto que se trata en todo caso, de una norma de vigencia determinada en un tiempo cuya incompatibilidad con otra se podría solucionar apelando al criterio cronológico.

Por tanto, también en el enfoque de las antinomias que realiza el Tribunal se hace patente, una vez más, la concepción de un orden jurídico compacto y formado por un mundo articulado de reglas, capaz de salir bien librado incluso ante la presencia de contradicciones internas.

## V. LA JURISPRUDENCIA Y SU PAPEL EN LA "RACIONALIZACIÓN" DEL DERECHO "DISPERSO"

El reconocimiento de los principios en la estructura y funcionamiento de los sistemas jurídicos, es en buena cuenta, expresión de una cierta manera de comprender la dispersión y el pluralismo en la sociedad democrática. Los principios expresan de algún modo, una actitud de tolerancia en el campo del derecho, capaz de cobijar en el seno de un mismo orden jurídico, valores y principios muchas veces contrapuestos o que pueden entrar con facilidad en conflicto, tal como ya quedó dicho. Este dato diferencia de modo sustancial las sociedades jerarquizadas de las actuales sociedades pluralistas y con aspiración democrática. Desde luego, el riesgo es que por este camino, como anota ZAGREBELSKY, se pierde en *ciencia*, pero se gana en *prudencia*: "La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación"<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. Ob. cit., p. 129.

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

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

De otro lado, si el principialismo abre las puertas a la moral dentro del sistema jurídico, la amenaza de la que advertía KELSEN sobre el decisionismo judicial, debe ser

considerada una amenaza latente. La obra de la jurisprudencia es por ello doble; por un lado debe racionalizar el Derecho a partir de sus fuentes de emanación, sometién-dolos a un riguroso “tratamiento” de incorporación real al orden jurídico (con lo cual, el sistema jurídico validado judicialmente es un orden jurídico racional) y, al mismo tiempo, debe también establecer que sus referentes (las premisas normativas) son también válidos. De este modo los jueces no solo “completan” el sistema jurídico ante la constatación de lagunas, sino que también lo legitiman y persuaden a la sociedad de su justicia.

ALEXY ha presentado en este punto una sugestiva tesis, al sostener la pretensión de corrección de todo acto de habla, incluido por su puesto el lenguaje jurídico. La tesis de la pretensión de corrección de ALEXY intenta resolver el viejo problema de la relación entre Derecho y moral. Según el profesor de Kiel, “Cualquiera que formule una pretensión de corrección con un acto “A”, *primero*, afirma que “A” es correcto, *segundo*, garantiza que “A” puede ser justificado y, *tercero*, espera que todos los destinatarios de la pretensión acepten “A”<sup>19</sup>.

Parece fácil de entender que cualquier juez que emite un acto sobre la libertad o sobre la propiedad, pretende que tal acto (una sentencia) contiene una pretensión de corrección. Esto supone que el juez asume la corrección de lo que esta decidiendo, o al menos debe

---

<sup>19</sup> Cfr. ALEXY, Robert. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y Moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 99.

“creer en la corrección” del acto que está produciendo. Según ALEXY, a partir de la tesis de la pretensión de corrección es que resulta posible referirse a una relación de necesidad entre moral y Derecho, que permita al juez persuadir en cada caso sobre la justicia de su decisión.

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

### Referencias bibliográficas

- ALEXY, Robert. *La pretensión de corrección del derecho. La polémica sobre la relación entre Derecho y Moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valez. Madrid: CEC, 2002.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. “Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 23, número 69, septiembre-diciembre, 2003.
- CARRÍO, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y Positivismo Jurídico*. Madrid: CEC, 1997.

- HÄBERLE, P. *El Estado Constitucional*. México: UNAM, 2001, p. 149 y ss.
- NINO, Carlos S. *La validez del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Fontamara, 1999.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2005.
- SPADARO, Antonino. "Las motivaciones de las sentencias de la Corte como 'técnica' de creación de normas constitucionales". En: *Palestra del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra editores, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.