



**SOBRE LA EFICACIA JURIDICA DE LAS NORMAS NO
PUBLICADAS. A PROPÓSITO DE LA JUSTICIA
CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**

Waldo Núñez Molina *

1.- INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional signada con el número 3901-2007-PA/TC que fuera publicada el 28 de setiembre del 2009 se nos ha prestado conveniente para determinar algunas conclusiones sobre la eficacia jurídica de las normas no publicadas, tema del cual la doctrina no suele preocuparse, pero que en la práctica importa muchas dificultades. Para éste propósito, glosamos íntegramente la sentencia comentada y luego desarrollaremos las reflexiones que nos evoca.

EXP. N.º 3901-2007-PA/TC

LIMA

VICTORIA ELVA

CONTRERAS SIADEN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 28 días del mes de setiembre de 2009, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto, adjunto, del magistrado Landa Arroyo

* Abogado, Maestro en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho.
Con estudios USMP, UNFV y UNED de España.
Postgrados en Derecho en las Universidades de Salamanca y Buenos Aires,
Postítulo en la PUCP, Diplomado mult. Profesor del Doctorado en Derecho de la UNFV.
Ex Fiscal Adjunto Provincial Titular de Familia del Callao.
Actual Fiscal Provincial Civil Titular de Lima.
waldonunezmolina@yahoo.es

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Victoria Elva Contreras Siaden contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 250, su fecha 11 de abril de 2007, que declaró improcedente la demanda de amparo en autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 18 de junio de 2003, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Comandante General de Ejército del Perú (Marina de Guerra del Perú), con el objeto que se declare inaplicable a su caso la Resolución de la Comandancia General del Ejército N.º 167 DP-SDAPE 1-1/, del 18 de marzo de 2003, que dispone su separación definitiva de la Escuela Militar de Chorrillos (EMCH), argumentando la vulneración de sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, secreto e inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, legalidad, motivación escrita de las resoluciones y defensa.

Afirma la recurrente que por medio de la cuestionada resolución se dispone su baja de la Escuela Militar de Chorrillos por supuesta medida disciplinaria sustentada en una causal y reglamentos inexistentes por no estar publicados en el diario oficial *El Peruano*; además sostiene que no se le otorgó las garantías judiciales mínimas puesto que no se le sometió a un debido proceso, ni fue citada para ser oída. Incluso se llegó al extremo no sólo de incautar su celular sino de revisar sus mensajes vulnerando de este modo su correspondencia privada.

El Procurador Público del Ministerio de Defensa a cargo de los Asuntos Judiciales del Ejército del Perú deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar del la demandante y falta de agotamiento de la vía administrativa, y contesta la demanda señalando que, conforme consta en el Acta de la Sesión N.º 007/2003, realizada el 21 de febrero de 2003, la demandante fue sometida a un procedimiento regular donde fue escuchada e incluso confesó que efectivamente mantenía relaciones sexuales con un ex cadete; en este sentido, señala que la resolución cuestionada fue emitida conforme al Reglamento Interno de la Escuela Militar de Chorrillos.

El Trigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 4 de abril de 2006, declara infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante y falta de agotamiento de la vía administrativa, e improcedente la demanda, por considerar que la resolución cuestionada no lesiona el derecho al debido proceso ni el principio de legalidad, toda vez que la medida disciplinaria ha sido impuesta de acuerdo a lo establecido en el Reglamento Interno de la institución.

La recurrida confirmó la apelada por considerar que se ha seguido un proceso regular donde la demandante ha aceptado haber cometido la falta imputada; además que el Reglamento de la Escuela no requiere de publicación por no ser de alcance general, sino estar circunscrito sólo a los miembros de dicha institución.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que se disponga la inaplicabilidad de la Resolución de la

Comandancia General del Ejército N.º 167 DP-SDAPA 1-1/, de fecha 18 de marzo de 2003, mediante la cual se dispone separar a la alumna Victoria Elva Contreras Siaden de la Escuela Militar de Chorrillos; y que en consecuencia, se ordene su inmediata reincorporación a la Escuela Militar de Chorrillos, para poder continuar y culminar sus estudios.

Planteamiento del problema

2. En el presente caso, a la alumna Victoria Elva Contreras Siaden se le imputó el haber cometido falta muy grave, consistente en haber mantenido relaciones amorosas y sexuales con otro alumno de la institución (Herless Rabanal Miguel), fuera de la Escuela, falta que se encuentra tipificada en el Reglamento Interno de la Escuela Militar de Chorrillos como causal de separación de dicho centro, por medida disciplinaria. Del examen del caso se plantea analizar si con dicha medida se han afectado los derechos al debido proceso y al libre desenvolvimiento de la personalidad de la recurrente.
3. Adicionalmente y de acuerdo con lo señalado en la demanda, se impone examinar como problema colateral si en el procedimiento al que fue sometida la recurrente, se vulnera el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia al haberse procedido a revisar sin su autorización los mensajes contenidos en su teléfono celular.

Vinculación de los Institutos de Formación Militar a los derechos fundamentales

4. Como premisa básica con la que ha de dilucidarse la presente controversia, este Colegiado ha de partir de la siguiente consideración: La circunstancia de que la recurrente haya detentado la condición de cadete, esto es, de una persona que se forma en una institución militar para posteriormente desenvolverse como militar no excluye de ninguna manera la vinculación a los derechos fundamentales a la que toda entidad pública, como también los particulares, se encuentran inevitablemente sujetos. Tal vinculación se deriva de lo establecido en el artículo 38º de la Constitución así como del propio principio de Estado de Derecho reconocido en el artículo 3º, de la misma norma fundamental. Desde tal perspectiva, el hecho de que la recurrente haya tenido la condición de cadete no excluía la vinculación de la Escuela Militar de Chorrillos a los derechos fundamentales de las personas que se hallan en formación, vinculación que se debe tanto respecto a los derechos fundamentales de naturaleza procesal (entre los que se encuentra el debido proceso) como también respecto a los derechos fundamentales de naturaleza sustantiva, (entre los que se encuentra el libre desenvolvimiento de la personalidad así como la garantía de reserva de las comunicaciones).

Debido proceso y principio de publicidad de las normas

5. El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado, con respecto al principio de publicidad de las normas en el ámbito de la potestad disciplinaria, en los siguientes términos¹:

A juicio del Tribunal, la omisión de publicar el texto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, constituye una violación del artículo 109º de la Constitución Política del Estado, que establece que 'La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario

¹ STC N.º 2050-2002-AA/TC, fundamento 24.

oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte’.

Si bien dicho precepto constitucional establece que es la ‘ley’ la que tiene que ser publicada, el Tribunal Constitucional considera que en dicha frase debe entenderse, *prima facie*, a cualquier fuente formal del derecho y, en especial, aquellas que tienen una vocación de impersonalidad y abstracción. A juicio de este Colegiado, la publicación de las normas en el diario oficial *El Peruano* es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que una norma no publicada no puede considerarse obligatoria.

6. Ahora bien, la infracción o inobservancia del principio de publicidad de la norma que se ha constatado en el procedimiento disciplinario ha ocasionado una afectación al derecho al debido proceso de la recurrente. En efecto, el derecho al debido proceso garantiza, entre otros aspectos, que el procedimiento se lleve a cabo con estricta observancia de los principios constitucionales que constituyen base y límite de la potestad disciplinaria, tales como el principio de legalidad, tipicidad, razonabilidad y, evidentemente, el principio de publicidad de las normas. Estos principios garantizan presupuestos materiales que todo procedimiento debe satisfacer plenamente, a efectos de ser reputado como justo y, en tal sentido, como constitucional. Por ello, un procedimiento en el que se haya infringido alguno de estos principios *prima facie* implica una lesión del derecho al debido proceso.
7. Tal es lo que acontece en el presente caso. La recurrente ha sido sancionada en el procedimiento disciplinario en base a una norma no publicada, en consecuencia, ha sido afectada en el derecho fundamental al debido proceso. La publicación de una norma constituye condición *sine qua non* de la propia vigencia de la misma, de modo que la sanción en base a una norma no publicada equivale a una sanción en base a una norma *no vigente*, esto es, en base a *una norma que no existe en el ordenamiento jurídico*.

Derecho al libre desarrollo de la personalidad

8. La Constitución reconoce el derecho al libre desarrollo en el artículo 2, inciso 1². Sobre este derecho ha afirmado este Tribunal lo siguiente³:

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un

² STC N.º 2868-2004-AA/TC, fundamento 14, segundo párrafo.

³ *ibid* tercer y cuarto párrafo, respectivamente.

reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.

9. La consecuencia importante del reconocimiento de este derecho fundamental constituye la prohibición del Estado de intervenir en esta esfera o adjudicar consecuencias a los actos o conductas que en ese ámbito impenetrable tienen lugar. En tal sentido, las conductas que se encuentran bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento “constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra.”⁴
10. En el caso, la recurrente fue sancionada al atribuírsele el haber mantenido relaciones amorosas y sexuales, fuera de la Escuela, con otro cadete de ésta. Dicha conducta está prevista como causal de separación por el Reglamento de la Escuela Militar de Chorrillos. Desde luego, esta disposición, como se dejó establecido en líneas anteriores, no tiene ningún efecto, por lo cual sería irrelevante analizarla; sin embargo en casos como el presente, resulta indispensable efectuar dicho examen debido a que, con la aplicación de dicha disposición, se ha afectado directamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la recurrente.
11. El mencionado “Reglamento” establece lo siguiente:
 69. De la separación de la escuela
“La Junta Académica estudiará y determinará si los (as) Cadetes deben ser separados (as) temporal o definitivamente de la Escuela Militar por alguno de los motivos siguientes:
(...)
“e. Por mantener relaciones amorosas o sexuales.”
“Los cadetes que tuvieran relaciones amorosas o sexuales dentro o fuera de la Escuela serán separados definitivamente de la Escuela”
(...)
“h. Por medida disciplinaria, por:
(1) Por cometer faltas que atenten contra la ética y moral, como por ejemplo:
(...)
“(j) Mantener relaciones amorosas entre Cadetes dentro o fuera de la Escuela.
12. En la medida que la recurrente fue sancionada al atribuírsele el haber mantenido con otro cadete de la Escuela relaciones amorosas y sexuales, “fuera de la Escuela”, es estrictamente con respecto a este ámbito –“fuera de la Escuela”– que el Tribunal ha de circunscribir su examen y su propio pronunciamiento.
13. Las relaciones amorosas y sexuales de la recurrente, en su condición de cadete, se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Se trata de una actividad estrictamente privada, consustancial a “la

⁴ *ibíd* fundamento 14, quinto párrafo.

estructuración y realización de la vida privada (...) de una persona,” propia de su autonomía y dignidad.

14. Dado que este tipo de relaciones constituyen ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cabe precisar que este derecho garantiza también, como toda libertad, la facultad de determinar con quién se ha de mantener dichas relaciones. Por tanto, no puede el Estado, ni ninguna Institución a su nombre, por más fundamento disciplinario en que se sustente, prohibir en abstracto a una persona (en este caso a los Cadetes) el tener este tipo de relaciones con determinadas personas ni adjudicar consecuencias por haberlas mantenido con determinadas personas.
15. Queda claro por consiguiente, que las relaciones amorosas y sexuales de la recurrente con otra persona, que también es cadete de la Escuela, se encuentran bajo cualquier circunstancia dentro del ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad.
16. Sin embargo, la disposición del Reglamento establece la prohibición de mantener este tipo de relaciones con cadetes de la misma Escuela. Se está aquí ante una limitación del derecho al libre desarrollo de la personalidad que a efectos de cotejarse como constitucional o no, exige ser examinada a la luz del principio de proporcionalidad.
17. La limitación indicada no supera el test de *idoneidad*. No existe ningún bien jurídico constitucional que justifique una limitación como la examinada. La demandada no ha alegado ningún bien jurídico que justifique esta limitación. El único alegato relacionado a la justificación de la sanción es que los actos objeto de sanción constituirían faltas muy graves que “atentan contra la disciplina y formación moral de los Cadetes” (fojas 103 y 244 del cuaderno principal). El “Reglamento” puede contribuir a esclarecer este extremo. Como se vio, en éste se considera a las relaciones amorosas entre cadetes como “faltas que atenten contra la ética y moral”. Los conceptos que aparecen en el razonamiento son, entonces, “disciplina”, “formación moral”, “ética”.
18. En una acepción general, por “disciplina” se entiende la “observancia de las leyes y ordenamientos de la profesión o instituto”, “[e]specialmente en la milicia y en los estados eclesiásticos secular y regular”⁵. En el diccionario de Cabanellas se recoge, entre otras, las siguientes acepciones: “Cumplimiento u observancia de leyes, reglamentos, mandatos u órdenes, especialmente en las instituciones armadas y en la iglesia”; “Acatamiento estricto u obediencia cabal”; “Voluntad metódica en una actividad”⁶.
19. Ahora bien, proyectando estas acepciones al ámbito aquí relevante podemos afirmar que la disciplina del cadete en la Escuela Militar está relacionada a la observancia rigurosa de los deberes propios de su condición de persona que se halla en formación militar, dentro de los que ha de destacarse el cumplimiento de los deberes académicos, la obediencia, el respeto, la puntualidad, el profesionalismo académico y militar, entre otros afines.
20. Siendo tal la noción de *disciplina*, puede afirmarse que no existe ninguna relación de adecuación entre la *prohibición* de relaciones amorosas y sexuales de la cadete con otro cadete y la *finalidad* de la disciplina de los mismos. Por tal razón, la

⁵ “Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española”, 22..ª ed., en: <<http://www.rae.es> >

⁶ Cabanellas, Guillermo “Disciplina” (voz), en su: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, T. III, 16.ª ed., Edit. Heliasta, Bs.As., 1981, pp. 267 y sgte.

prohibición no supera el *test de idoneidad*. En efecto, no existe razón evidente ni argumento serio para sostener que la disciplina de la cadete podría resultar perjudicada si tiene aquel tipo de relaciones fuera de la Escuela Militar con otro cadete. No hay ninguna razón, ni lógica ni científica para aseverar que la obediencia a las reglas de la Escuela, la obediencia a las jerarquías, el cumplimiento estricto de los deberes académicos, el profesionalismo académico y militar puedan resultar perjudicados o menguados si la cadete ha tenido este tipo de relaciones con otro cadete.

21. El único argumento que parece subyacer a la prohibición comentada no parece ser sino un cierto prejuicio de hondas raíces subjetivas; sin embargo, cabe afirmar que en un Estado Constitucional de Derecho, los atributos y libertades fundamentales, y dentro de las mismas, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, constituyen el núcleo de valores de nuestro ordenamiento constitucional y, por ello, su limitación (evidentemente excepcional de ser el caso) no puede sustentarse en un simple *prejuicio* o subjetividad, sino en una razón fundamentada en argumentos científicos, en el caso, de naturaleza pedagógica, psicológica o psicopedagógica. *Los derechos fundamentales son razones muy fuertes o demasiado esenciales para ser limitados en base a meros prejuicios sociales o morales* de ciertas personas.
22. Este mismo argumento es aplicable a la “formación moral” como justificación de la limitación. ¿Acaso podría verse afectada, la formación moral de los cadetes si se permite las relaciones entre la cadete recurrente y otro cadete? No existe ninguna relación entre la prohibición de este tipo de relaciones y la formación moral de los cadetes. Carece del más elemental de los sentidos afirmar que este tipo de relaciones pueda perjudicar el código moral, el conjunto de valores sociales que los cadetes, ya en cuanto tales, ya en cuanto militares, deben observar en su vida profesional. No existiendo ninguna razón evidente, ni mucho menos una de orden científico, que abone a la limitación en cuestión, en atención a la “formación moral” de la recurrente, en cuanto cadete; no puede afirmarse que se trate de una limitación válida y, por tanto, constitucional del libre desarrollo de la personalidad.
23. Dado que la medida prohibitiva analizada no supera el test de idoneidad, se concluye que ella representa una intervención manifiestamente desproporcionada y por lo mismo lesiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la recurrente; en consecuencia, resulta innecesario y, por tanto, irrelevante examinarla a la luz del test de necesidad y de ponderación.
24. En resumidas cuentas, el que la medida prohibitiva analizada constituya una afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la recurrente significa correlativamente que la *potestad disciplinaria* de la Escuela Militar no podía, ni debía extenderse a sancionar su conducta, en el entendido que aquella (su vida amorosa, su conducta sexual) forma parte de su fuero interno, y no es, por tanto, de injerencia estatal.

La garantía de la Inviolabilidad de las Comunicaciones.

25. Un último aspecto que es necesario analizar tiene que ver con la alegación efectuada por la recurrente en el sentido de que durante el proceso al que fue sometida se vulneró su derecho a la reserva e inviolabilidad de las comunicaciones privadas.
26. Al respecto y aún cuando se ha partido de la premisa de que el proceso al cual fue sometida la recurrente fue totalmente irregular por el sólo hecho de sustentarse en una norma no publicada, conviene reparar en un hecho absolutamente inaceptable de

cara al cuadro de garantías y derechos reconocido por la Constitución. En efecto, al margen de que la demandada haya alegado la existencia de una prohibición sobre la posesión o uso de celulares al interior de la Escuela (lo que en todo caso, podría ser ponderable de tratarse de una norma rigurosamente publicada), no es aceptable en cambio que para incriminar a la demandante de los hechos que se le imputan, se haya procedido a la revisión de sus mensajes privados, sin autorización expresa de su titular.

27. En la instrumental obrante a fojas 48 de los autos, el Capitán de Infantería Ricardo Benavides Febres que es quien recomienda la sanción a la recurrente ante su Comandancia Superior manifiesta expresamente que tras el decomiso del aparato telefónico de la recurrente y *“...estando el celular sobre mi escritorio, me di cuenta que se recibía un mensaje de texto, que al leerlo, se refería sobre actividades de la EMCH, y al revisarlo se encontró mensajes que trasgreden las normas de moral y conducta de la EMCH...”*.
28. La situación descrita, avalada posteriormente por la superioridad, conforme aparece de la instrumental de fojas 49 de los autos y reconocida abiertamente por la defensa de la emplazada en su escrito de fojas 240 a 245, constituye sin lugar a dudas una clara demostración de irrespeto por los derechos fundamentales de la persona, que no por ser susceptibles de limitaciones bajo determinados contextos o circunstancias, aceptan intromisiones irrazonables o francamente desnaturalizadoras de su contenido esencial.
29. Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones en el Expediente N° 1058-2004-AA/TC señalando que conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley puntualizando que los documentos privados obtenidos con violación de los preceptos anteriormente señalados, no tienen efecto legal.
30. En el presente caso, el inicio de la investigación disciplinaria a la que fue sometida la recurrente, se ha basado en una indebida invasión de su correspondencia, donde no ha mediado el mandato proveniente de autoridad judicial y donde incluso se ha ido más allá de la supuesta prohibición alegada por la demandada, que aún en el caso de aceptarse como cierta, sólo autorizaba a la retención (no a la incautación) del aparato celular, mas no así a la revisión de sus contenidos. El efecto práctico de tal situación es el de haber convertido en irremediablemente nulos los presuntos elementos probatorios en los que tal investigación pretendió sustentarse.
31. Este Colegiado reitera que a nombre de ninguna institución ni principio jerárquico es posible atentar contra el cuadro de valores materiales reconocidos por la Constitución. Las limitaciones a los derechos, en los casos en que sea factible dicho proceder, deben operar con sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y no en franca desnaturalización del contenido esencial de los derechos en cuestión. En el caso de la inviolabilidad de correspondencia, la Constitución es clarísima en sus mandatos, sin que sea posible encontrarle excepciones a dicho precepto más allá de las expresamente previstas por la misma norma fundamental. Lo señalado redundante pues, en la manifiesta ilegitimidad del proceso al cual fue sometida la recurrente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.
2. Disponer la inaplicabilidad para el caso concreto de doña Victoria Elva Contreras Siaden de la Resolución de la Comandancia General del Ejército N.º 167 DP-SDAPA 1-1/.
3. Ordenar a la Comandancia General del Ejército que proceda a reincorporar de inmediato a doña Victoria Elva Contreras Siaden a la Escuela Militar de Chorrillos, en el nivel o grado en el que se encontraba hasta antes de ser sancionada.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO

BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ

EXP. N.º 03901-2007-PA/TC

LIMA

VICTORIA ELVA

CONTRERAS SIADEN

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LANDA ARROYO

Encontrándome de acuerdo en su mayoría con los argumentos expresados en la sentencia que declara fundada la demanda de autos, discrepo de la motivación expresada en los fundamentos 5, 6 y 7. Los argumentos que sustentan mi fundamento de voto son los siguientes:

1. Si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido manifestado en los fundamentos 5, 6 y 7 de la sentencia, conforme al cual una norma no publicada equivale a una norma que no existe en el ordenamiento jurídico, tal criterio, en mi opinión, no puede asumirse de modo absoluto pues existen determinados casos concretos que pueden constituir una modulación a tal regla. Ello sucederá por ejemplo, en casos como el presente, en el que precisamente la demandante no podía alegar desconocer el reglamento disciplinario de su institución (Escuela Militar de Chorrillos) pues al ingresar a estudiar a ésta, se puso en su conocimiento el mencionado reglamento, entre otras normas de importancia en el desarrollo de su actividad académica militar. Por ello, no podría sostenerse en este caso, tal como lo hace la demandante, que el reglamento disciplinario no existe el ordenamiento jurídico peruano en tanto no haya sido publicado.

Si bien es cierto que la Escuela Militar de Chorrillos constituye un ámbito administrativo especial que obedece a finalidades específicas (la formación de los futuros efectivos militares para la defensa militar del Estado) y tiene determinados márgenes de autonomía en la materialización de tales finalidades, no puede considerarse como un ámbito aislado del sistema de fuentes normativas que tiene en su cúspide a la Norma Fundamental, por lo que a efectos de cumplir con lo establecido por el artículo 51° de la Constitución (“... La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”), debe además de la notificación efectiva de sus reglamentos al momento de ingreso a la escuela (normas donde se encuentran las permisiones, obligaciones y prohibiciones de los respectivos cadetes), también deben verificar que tales reglamentos sean publicados en la forma debida, conforme a las normas respectivas.

2. La modulación antes referida ha sido además ya destacada por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N.º 00021-2003-AI/TC FJ 7, en la que ante un defecto en la publicación de una ordenanza (falta de certificación judicial de la publicación de los bandos y carteles), y la verificación de que en tal caso los respectivos bandos y carteles sí se colocaron oportunamente en el lugar debido, se estableció que había operado un supuesto de subsanación del defecto de publicidad.

S.

LANDA ARROYO

2.- BREVE DOGMÁTICA

Sabemos que los textos normativos y la doctrina en general dan por sentado como condición para la vigencia de la ley que ésta sea publicada en el diario oficial “El Peruano”. Con ese antecedente es lícito preguntarse si dicha regla puede ser relativizada, pero antes de ello debemos precisar el contexto normativo de esta exigencia y por qué es necesaria la publicación de una ley para que tenga efectos jurídicos.

a) Sedes materiae.- Desde el punto de vista normativo debemos tener en cuenta el artículo 51 de la Constitución, que a la letra señala: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”. A su turno también hay que considerar el artículo 109 de la propia Constitución que dispone: “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte” (el subrayado es nuestro).

De la lectura textual de las normas constitucionales llegamos a la siguiente conclusión:

1) Toda norma (*exempli gratia*, Resolución Suprema, Decreto Supremo, Ordenanza Municipal, etc.) para su vigencia requiere de la publicidad (art. 51 CPP), es decir ésta podría darse en el diario oficial, la radio, televisión, una página web, esquelas, etc.

2) Solo cuando la norma se trata de la “Ley” entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial (artículo 109 CPP), en la actualidad el “*El Peruano*”⁷.

b) Base teórica.- La publicidad de las normas legales se justifica en la necesidad de concretizar la presunción de conocimiento de las leyes; es decir, cuando el texto de las leyes esta a disposición de todos, entonces a todos se puede exigir su cumplimiento. Por eso Del Vecchio afirmaba que “promulgada la ley, es necesaria su publicación, con el fin de poner la ley en conocimiento de los ciudadanos. Por principio general, la ley no obliga si no ha sido publicada. Este concepto general ha sido realizado de maneras diversas en los varios períodos históricos; así algunas veces, la publicación tuvo lugar mediante bandos o proclamaciones en las iglesias; cuando la ley se formaba con participación directa de todo el pueblo en las asambleas deliberantes, la publicación coincidía naturalmente con la elaboración de la ley. En los Estados modernos, la publicación se realiza mediante la imprenta”⁸.

Si bien la finalidad de la publicación es garantizar que los ciudadanos conozcan las normas. “De todas maneras, queda la duda de si la publicación logra, efectivamente, su fin de hacer conocer la ley a todos los ciudadanos. Sería arriesgado contestar afirmativamente: es más, es erróneo, en vista a los hechos. Sin embargo, existe una presunción absoluta (*iuris et de iure*), de que pasado el término de la *vacatio legis*, todos deben conocer la ley y vale el principio: *ignorantia iuris non excusat*”⁹. Por eso plantear la elucubración de que se puede alegar el desconocimiento del derecho como una regla general carece de fundamento¹⁰. En definitiva hay que entender que el presunción del conocimiento de la norma publicada, es un principio inconcuso, aunque no sea posible humanamente, y quizá por ello satíricamente H. BORDEAUX, diría que por la “*ignorantia legis neminem excusat*; es decir nadie está autorizado para ignorar la ley; basta aprenderse de memoria dos o tres mil páginas de texto apretadísimo”.

Respecto a la importancia de la publicación el Tribunal Constitucional ha considerado que “detrás de la exigencia constitucional de la publicación de las normas se encuentra el principio constitucional de la publicidad, que es un principio nuclear de la configuración de nuestro Estado como uno “Democrático de Derecho”, como se afirma en el artículo 3° de la Norma Fundamental. Y es que lo que verdaderamente caracteriza a un sistema democrático constitucional es su naturaleza de “gobierno del público en público” (N. Bobbio), en el cual, por tanto, en materia de derecho público, la regla es la transparencia, y no el secreto.

Además, la exigencia constitucional de que las normas sean publicadas en el diario oficial *El Peruano*, está directamente vinculada con el principio de seguridad jurídica, pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, su posibilidad de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de éstos y los poderes públicos al

⁷ Siguiéndose así el sistema sincrónico o simultáneo para la entrada en vigor de las leyes, esto es, la ley es vigente en el mismo momento en todo el territorio de la República, a diferencia del ya desusado sistema sucesivo, en virtud del cual la ley entraba en vigor en territorios según su distancia con la Capital.

⁸ DEL VECCHIO, Giorgio: *Filosofía del Derecho*, 9ªEd., Trad. por Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1980, p.373

⁹ DEL VECCHIO, Giorgio: *Idem*.

¹⁰ En sentido contrario RUBIO, Marcial: *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2006, p. 269 considera que cuando “(...) el Tribunal ha sostenido que existe el principio de primacía de la realidad (...). Si se demostrara que a una persona le fue imposible leer *El Peruano* u otra fuente en la que haya aparecido una norma jurídica de carácter general y se le exige el cumplimiento de esta, para ser coherente el Tribunal debería reconocer que, por lo menos, las multas y demás sanciones de todo orden que pudieran imponerse a dicha persona, deben ser eliminadas”

ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas.” (Tribunal Constitucional N° 2050-2002-AA/TC fundamento 24).

Hasta aquí podemos decir que la publicidad de las normas es de suma importancia, no solo por un principio lógico de que no se puede obligar a nadie algo que no conoce o se encuentre en posibilidad de conocer; sino también porque la entronización del principio de publicidad de las normas supone la interdicción al “secreto”, tendencia natural de los Gobiernos democráticos en los que prima el Estado de Derecho.

3.- NATURALEZA DE LA PATOLOGÍA DE LAS NORMAS NO PUBLICADAS

a) Doctrina que reconoce “la publicación” como requisito de validez de las normas jurídicas.- En esa tónica GARCÍA DE ENTERRIA ha afirmado que la “fehaciencia de la publicación oficial impide que los destinatarios de la Ley objeto de la misma puedan discutir su existencia y contenido en base a otras posibles fuentes de conocimiento. Hay, pues, algo más, bastante más que una mera divulgación o información condicionante de la eficacia de la norma. Es pues, legítimo en este sentido calificar la publicación oficial como acto constitutivo (...)”¹¹. Es más “(...) puede decirse de la publicación de las Leyes, requisito necesario para que se puedan tener como existentes, más que simple condición de eficacia de las mismas. Con ello queda lógicamente, erradicada en forma definitiva y sin fundamento posible la práctica (que pareció tomarse de la experiencia nacionalsocialista, que partía de un concepto peculiar de la Ley como pura voluntad del Führer, que podía expresar de cualquier manera, incluso por comunicación reservada) de Leyes no publicadas o “Leyes secretas””¹².

A la luz de esta doctrina, ya inveterada¹³, el requisito de la publicación es constitutivo (formalidad consustancial o esencial¹⁴) del acto público que determina la validez¹⁵ de las normas jurídicas del Estado. El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 950-00-HD/TC, Fj.8, parecía que optaba por esta tesis, cuando afirmaba: “(...) en un Estado Constitucional de Derecho, tal como el que fundamenta la Constitución en su artículo 3º, resulta absolutamente incompatible con éste, la existencia de normas no publicadas y “reservadas”, pero, por otra parte, es preciso señalar que la publicación de la norma constituye un principio relativo a la propia validez de la misma, tal como se infiere del artículo 109º de la Constitución, por lo que resulta incompatible con ésta la existencia de dispositivos no publicados, y “reservados””.

b) Doctrina que reconoce “la publicación” como condición de eficacia de la norma jurídica.- Esta posición teórica considera que la publicación no es requisito de validez ni existencia para la creación de las normas, sino una condición para que ésta tenga eficacia jurídica *erga omnes*. Así respecto de la publicación GARRIDO sostiene que

¹¹GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, 11ªEd., Madrid, Civitas, 2002, T. I, p. 121

¹²GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Ibi dem*, T. I, p. 122

¹³ Francisco Suárez había popularizado la distinción entre condiciones extrínsecas e intrínsecas de las leyes “las primeras son su carácter de generalidad, el atender al bien común y el ser establecida por el poder público. Como condiciones intrínsecas señala siguiendo la enumeración de San Isidoro, la justicia de la norma, su posibilidad, su adaptación con la naturaleza y la costumbre del lugar, su adecuación al tiempo y lugar, su carácter de permanencia y su publicación” LEGAZ Y LACAMBRA, Luís: *Filosofía del Derecho*, Barcelona Bosch, 1979, p.405

¹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*, 2ªEd. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, T. I, p. 357

¹⁵ Permítaseme aportar una definición del Derecho privado para el público: el acto es válido cuanto “tiene todos los elementos esenciales indispensables para su existencia jurídica *qui habet sua essentialia* así como todos los requisitos y presupuestos que lo constituyen” NÚÑEZ MOLINA, W.: *Ineficacias y Nulidades de los Actos o Negocios Jurídicos*, Lima, Lej, 2003, p. 88

“(…) es inadmisibles pensar que este hecho cuya realización depende, en última instancia, de los servicios burocráticos del Ministerio de la Presidencia, que está adscrito al Organismo autónomo boletín Oficial del Estado, pueda calificarse como un elemento esencial constitutivo de la ley. Una es que, desde el punto de vista de su aplicación, la ley no publicada es como si no existiere; y otra es que realmente no exista. Más aún: no es impensable la hipótesis de que por una premeditada manipulación política, o una simple deficiencia burocrática, el hecho de la publicación en el periódico oficial se demore; en cuyo caso nos encontraríamos ante lo que no dudaría en llamar una <ley secuestrada>, existente pero no vigente, porque alguien, sin poder jurídico para ello, impide su publicación”¹⁶.

Parecía que el Tribunal Constitucional iba a seguir en definitiva esta doctrina, por ejemplo en la sentencia N.º 0017-2005-PI/TC, se reafirmaba que: “6. El Tribunal ya ha establecido en anterior oportunidad¹⁷ que, aun cuando la publicación forma parte de la eficacia integradora del procedimiento legislativo, la ley tiene la condición de tal (es decir, queda constituida) una vez que ha sido aprobada y sancionada por el Congreso de la República. En efecto, tal y como se desprende de una interpretación sistemática del artículo 51.º, *in fine*, y del artículo 109.º de la Constitución, la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la norma, pero no su constitución, pues esta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas.

7. Por lo tanto, los cuestionamientos que puedan surgir en torno a la publicación de una norma no deben resolverse en clave de validez o invalidez, sino de eficacia o ineficacia. Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquello que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un proceso de inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento jurídico aquello que nunca perteneció a él¹⁸”.

c) Estado actual de cuestión.- Podemos decir que la doctrina mayoritaria se ha inclinado en reconocer que la publicidad es condición de eficacia y no de validez, de consecuencia y no de existencia, de las normas. Pese a ello el Tribunal Constitucional, a nuestro juicio a veces confunde esta distinción conceptual que parecía tener clara, así en el expediente N.º 3901-2007-PA/TC el Tribunal argumentó que “(…) la publicación de una norma constituye condición *sine qua non* de la propia vigencia de la misma, de modo que la sanción en base a una norma no publicada equivale a una sanción en base a una norma *no vigente*, esto es, en base a una norma que no existe en el ordenamiento jurídico.”

No está demás precisar que cuando se reseña la **no vigencia** de la norma se quiere decir la ineficacia jurídica de la misma; y cuando se dice que **no existe**, ya se hace referencia a una ineficacia estructural, esto es invalidez (cuando menos) o irreconocibilidad de la norma como tal (en última instancia). Entonces se tratan de conceptos no asimilables. En todo caso en el expediente N.º 3901-2007-PA/TC habrá que entenderse que con el término “no existe” el Tribunal solo quiso reafirmar la falta de vigencia de la norma.

4.-MODULACIÓN DEL PRINCIPIO DE PUBLICACIÓN

A todo esto nos preguntamos si el principio de publicidad de las leyes es rígido e inflexible o admite algún tipo de excepción. A este respecto el Tribunal Constitucional

¹⁶ GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, 13ª Ed., Madrid, Tecnos, 2002, vol. I, p. 244

¹⁷ Expediente N.º 0014-2002-AI/TC, FJ 21

¹⁸ Expediente N.º 0021-2003-AI/TC FJ 3.

afirmó tajantemente: “Si bien dicho precepto constitucional establece que es la "ley" la que tiene que ser publicada, el Tribunal Constitucional considera que en dicha frase debe entenderse, *prima facie*, a cualquier fuente formal del derecho y, en especial, aquellas que tienen una vocación de impersonalidad y abstracción. A juicio de este Colegiado, la publicación de las normas en el diario oficial *El Peruano* es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a tal extremo que, una norma no publicada, no puede considerarse obligatoria.” (TC N° 2050-2002-AA/TC fundamento 24).

En consecuencia hasta aquí, para el Tribunal Constitucional una norma legal e inclusive toda norma con vocación de impersonalidad y abstracción tiene que ser publicada para que la misma sea eficaz. Empero esta es una interpretación contraria al texto de la norma constitución, tal como hemos concluido anteriormente (2.a).

Sin embargo, dicho criterio ha sido morigerado notablemente con la sentencia N° 00021-2003-AI/TC al señalarse que: “(...) se dio cumplimiento al propósito último que se persigue con la publicación de las normas, es decir, la protección de los principios democrático-constitucionales de transparencia y seguridad jurídicas. En este caso, a juicio del Tribunal Constitucional, la falta de certificación judicial de la publicación, ha quedado, en los hechos, subsanada”. Dicho de otro modo la falta de publicación de una norma puede ser subsanada con otros medios que acrediten que hay sido publicitada.

Asimismo en la sentencia N° 04558-2008-PA/TC se sostiene que: “(...) la controversia gira en torno a la publicidad de la norma –Resolución de Presidencia Ejecutiva N.º 273-PE-ESSALUD-2002, del 5 de agosto de 2002–, que la Administración aplica para denegar lo solicitado por el demandante. Al respecto, este Tribunal discrepa de la consideración expuesta por la recurrida respecto de la carga de la prueba relativa a la publicidad de la norma que asume para el administrado pues, si bien es cierto la Constitución Política no requiere que todas las normas sean publicadas en el diario oficial *El Peruano*, el principio de publicidad, recogido en el artículo 51º de la Carta Magna, establece que para la vigencia de la norma y, con ello, para que se legitime su exigibilidad, aun cuando estas puedan tener un ámbito de aplicación particular sean conocidas por los sujetos-administrados en cuya esfera se realizan y ejecutan. Que, en este sentido correspondería a la Administración demostrar que se ha cumplido con el deber de publicidad en el presente caso, pues de lo contrario se podría estar poniendo al recurrente en la situación imposible de tener que acreditar la realización de un hecho (...)” (el subrayado es nuestro).

Esta posibilidad de probar la existencia de las normas jurídicas, o mejor dicho demostrar la publicidad de normas (que no tienen el rango de ley), ha sido reconocido por la doctrina contenciosa administrativa a propósito de las dificultades de la carga de la prueba en sede administrativa, en efecto en los años ochenta GONZALES prevenía que “especial atención merece ciertos reglamentos y ordenanzas de determinadas entidades, respecto de los que no se dan las garantías de publicidad general en los diarios oficiales. Esta falta de publicidad puede plantear el problema de su texto y hasta de su vigencia. Naturalmente, no puede recaer la carga de la prueba en el demandante frente al acto que aplica uno de estos reglamentos. Negada por el demandante la vigencia o el texto que aplica el objeto de la impugnación, corresponde a la Administración demandada acreditar estos extremos ante el órgano jurisdiccional”¹⁹.

¹⁹ GONZÁLES PÉREZ, Jesús: *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Bogotá, Temis, 1985, p. 288-289

La carga de la prueba de normas también en nuestro medio motivó una iniciativa fallida en el proyecto de la Ley contenciosa administrativa, previéndose una disposición en el siguiente sentido: “<cuando en el proceso se discuta la aplicación de una norma jurídica, la entidad administrativa tiene la carga de probar la existencia y vigencia de dicha norma, salvo que se tratara de una ley o decreto legislativo>; pues en este último caso nos hallamos frente a normas de alcance general cuya publicidad general se halla garantizada por la propia constitución”²⁰.

Podemos citar, como parte de esta tendencia en relativizar el principio de publicación ante la prueba o indicios fundados de que la norma fue publicitada, el fundamento singular del Magistrado Landa Arroyo producido en el expediente N° 3901-2007-PA/TC del 28 de setiembre de 2009 (el cual hemos glosado íntegramente al iniciar este comentario), señalando que : “Si bien la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido manifestado en los fundamentos 5, 6 y 7 de la sentencia, conforme al cual una norma no publicada equivale a una norma que no existe en el ordenamiento jurídico, tal criterio, en mi opinión, no puede asumirse de modo absoluto pues existen determinados casos concretos que pueden constituir una modulación a tal regla. Ello sucederá por ejemplo, en casos como el presente, en el que precisamente la demandante no podía alegar desconocer el reglamento disciplinario de su institución (Escuela Militar de Chorrillos) pues al ingresar a estudiar a ésta, se puso en su conocimiento el mencionado reglamento, entre otras normas de importancia en el desarrollo de su actividad académica militar. Por ello, no podría sostenerse en este caso, tal como lo hace la demandante, que el reglamento disciplinario no existe en el ordenamiento jurídico peruano en tanto no haya sido publicado (...).”

5.- EL FUTURO DE LA PUBLICACIÓN

Conforme a la doctrina más lúcida y a la más reciente tendencia del Tribunal Constitucional podemos afirmar que en ciertos casos el principio de publicación debe ceder ante el de publicidad. Sobre todo casos en los cuales argumentar la falta de publicación de una norma, se convierte en una estratagema o artimaña para conseguir la ineficacia de actos administrativos que se desarrollaron con todas las garantías del debido procedimiento.

Un ejemplo de una excesiva aplicación del principio de publicación se puso en evidencia en el Exp. N.º 2050-2002-AA/TC. En efecto, sucedió que el Decreto Supremo N° 009-97-IN del 13 de febrero de 1998, aprobó el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú. Sin embargo, dicho reglamento nunca fue publicado. Posteriormente la Ley N° 28338, publicada el 17 agosto 2004 (disposición que entró en vigencia a los 90 días de su publicación) derogó el DS. N° 009-97-IN. En este caso el Tribunal Constitucional desestima la eficacia del Reglamento aprobado por el DS. N° 009-97-IN como una disposición contraria a la Constitución al no estar publicado.

Ante esto se podría inferir que al no haber sido publicado el Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú, todas las sanciones emitidas eran ilegales porque se sustentaron en normas ineficaces. De modo que todas las inconductas funcionales del personal policial durante más de cinco años podrían ser discutidas. Lo cual no tiene sentido, empero esta doctrina jurisprudencial ha generado una carga

²⁰ Nos recuerda PRIORI, G.: *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, 3ed., Lima, Ara Editores, 2007, p.185

importante de expedientes en el cual los litigantes se amparan en la no publicación de las normas.

A nuestro juicio resulta nefasto sancionar la ineficacia de una norma por la carencia de su publicación cuando ésta es de público conocimiento y vértebra aspectos importantes del quehacer ciudadano o de una institución²¹ concreta. En efecto, el propio Tribunal Constitucional si bien en el Exp. 2050-2002-AA/TC desconoce la eficacia del reglamento aprobado por el DS. N° 009-97-IN por no haber sido publicado, ha utilizado dicha norma no publicada como fundamento en pronunciamientos posteriores, tal es el caso del Exp. N.° 2837-2004-AA/TC²² esto evidencia que dicha norma no publicada era de público conocimiento. Por todo esto considero que en ciertos casos debe primar el conocimiento (que presupone la existencia de publicidad) ante la publicación.

Pero el caso que hemos reseñado, no es excepcional; por ejemplo ya en el voto singular del Magistrado Alva Orlandini en el EXP. N.° 0017-2005-PI/TC, se señala una retahíla de normas que no han sido publicadas. Hecho por demás preocupante puesto que es condición de un Estado de Derecho la regencia del principio de seguridad jurídica lo cual supone tener las reglas claras y por tanto, las normas publicadas. Pero si ello no fuera así, como ha ocurrido en nuestra Patria, no se puede aplicar el principio de publicidad sin la ponderación²³ necesaria; bien dijo PORTALIS en su famoso *Discurso Preliminar*, hay que tener prevención “en no exponerse a ser vez tras vez esclavo de la ley y rebelde a ella, en no llegar a desobedecerla por serle excesivamente servil”.

6.-NOTA PROPOSITIVA

Sabemos que existen delitos contra la administración de justicia, como por ejemplo el prevaricato²⁴ (cuando un magistrado resuelve contra el texto expreso de la ley). Pero curiosa e inexplicablemente no existe sanción alguna para el funcionario que no publica las normas jurídicas, cuya conducta no solo puede generar error en los Magistrados y litigantes, sino atenta contra la seguridad jurídica del Estado, puesto que desestabiliza el ordenamiento jurídico. Consideramos que una sanción penal²⁵ en estos casos constituiría la solución para esta práctica negativa propia de los gobiernos *de facto* o aquellos penosamente desorganizados.

²¹GROSSI, Paolo: *La Primera Lección de Derecho*, (trad. esp.) Marcial Pons, Madrid, 2006, p.38 “La institución está en el corazón mismo del orden jurídico porque el ordenamiento jurídico es un conjunto de instituciones y se nos muestra como realidad exquisitamente institucional”(…). “La institución, por ser un tejido superindividual, es un mecanismo para acomodar las dimensiones subjetivas y objetivas propias del dualismo separador y es, en todo caso, la superación de ese subjetivismo exasperado e intrínseco a toda visión potestativa e imperativa. Precisamente por su ligazón con la capacidad espontánea de coordinación y ordenación que posee la sociedad, la institución tiene una preciosa vocación pluralista, absolutamente contraria a la de una visión legal y legalista del Derecho que, en la medida que está íntimamente vinculada al Estado y a la soberanía, es portadora de un monismo jurídico insoportable en la actualidad”.

²² En el sexto fundamento se afirma: “En el caso de autos, el demandante fue sancionado administrativamente en virtud de los artículos 83.º, inciso c), numeral 2. e inciso d), numeral 6., y 84.º, inciso e), numeral 3. del Reglamento de Régimen Disciplinario de la PNP, aprobado por el Decreto Supremo N.º 009-97-IN. En consecuencia, no se aprecia la afectación de los derechos constitucionales invocados, puesto que la administración policial ha actuado dentro del marco de la Constitución y respetando las disposiciones legales aplicables al caso.”

²³ Aquí utilizo el término “ponderación” como metodología interpretativa propia de normas de contenido vago; a las que, ahora no sé si con acierto, DORKIN llamó “principios”.

²⁴ Artículo 418 del Código Penal.- El Juez o el Fiscal que dicta resolución o emite dictamen, manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.”

²⁵ Ciertamente pudiera admitir algunas excepciones, como casos de seguridad nacional.

7.- CONCLUSIONES

- 1.- La publicidad y la publicación de las normas no son conceptos equiparables.
- 2.- La “publicación” de una “Ley” es condición de su eficacia jurídica. En el caso de otro tipo de normas el requisito de la publicación puede ser modulado.
- 3.-La “publicidad” de todas las normas (Ley, Ordenanzas, Decretos, Resoluciones, etc.) es condición para su eficacia jurídica.
- 4.- En ciertos casos el principio de publicidad debe primar al de publicación.
- 5.- Debería establecerse una responsabilidad penal para evitar la proclive práctica de no publicarse las leyes (en sentido amplio).