

Artículo original

REGLAS DE COMPETENCIA Y CADENA DE VALIDEZ. A PROPÓSITO DE LOS DECRETOS SUPREMOS DE ESTADO DE EMERGENCIA EN PERÚ *RULES OF COMPETENCE AND CHAIN OF VALIDITY. REGARDING THE EXECUTIVE DECREES OF STATE OF EMERGENCY IN PERU*

Mtro. Enlil Iván Herrera Pérez¹
*Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,
Universidad Privada de Tacna*

RESUMEN

En el presente artículo el autor busca destacar la relevancia de las reglas secundarias en la estructuración del Derecho como un sistema normativo dinámico. Analiza, para ello, la cadena de validez de los decretos supremos que declaran un estado de emergencia en Perú. Concluye en que no es posible concebir al Derecho como un sistema normativo sin considerar las reglas secundarias propuestas por Hart y que, en consecuencia, representar la estructura del Derecho bajo un modelo piramidal supone caer en un reduccionismo problemático.

PALABRAS CLAVE: Derecho constitucional; reglas secundarias; reglas de competencia; cadena de validez; estado de emergencia.

¹ Abogado. Máster en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea por la Universidad Carlos III de Madrid. Maestro en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Escuela de PostGrado de la Universidad Privada de Tacna. Docente universitario adscrito a la Unidad de Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada de Tacna.

ABSTRACT

In this article, the author aims to empathize the relevance of secondary rules in the structuring of Law as a dynamic normative system. He analyzes, for this purpose, the chain of validity of the executive decrees that declare a state of emergency in Peru. He concludes that it is not possible to conceive the Law as a normative system without considering the secondary rules proposed by Hart and, consequently, that representing the structure of Law as a pyramidal model implies falling into a problematic reductionism.

KEYWORDS: Constitutional law; secondary rules; rules of competence; chain of validity; state of emergency.

1. INTRODUCCIÓN

No es extraño pensar al Derecho como un conjunto de normas que permiten, obligan, o prohíben ciertas conductas para lograr determinado fin, ni tampoco resulta extraño encontrar en algún manual o escuchar en algún lugar que la estructura del Derecho sea representada bajo una denominada “pirámide kelseniana”. Pero, aunque no se trate de una *mala* manera de caracterizar al Derecho, sí resulta una caracterización incompleta e inconveniente que no permite comprender al Derecho como sistema.

El presente artículo tiene por objetivo destacar la relevancia de las reglas secundarias en la estructuración del Derecho como un sistema normativo dinámico a partir de la regulación de los decretos supremos de estado de emergencia en la Constitución Política del Perú como un caso de ejemplo, desde el cual se formula una pregunta que aunque podría ser tildada de *irrelevante*, es plenamente válida y relevante para la comprensión de la dinámica del sistema jurídico: ¿por qué un decreto del Poder Ejecutivo puede prevalecer ante una norma con rango de ley del Poder Legislativo?

Para tal propósito, en primer lugar, se aborda la distinción entre *reglas primarias* y *secundarias* desde una óptica hartiana; en segundo lugar, se presenta al *Derecho como sistema* a partir de la propuesta de los juristas de la Escuela de Viena; en tercer lugar, se argumenta el concepto de *Stufenbau* como un modelo “no piramidal” quebrando el *mito de la “pirámide kelseniana”*; en cuarto lugar, se expone la cadena de validez e identifica la norma de competencia de *los decretos de estado de emergencia*, evidenciando los inconvenientes del modelo de la “pirámide kelseniana”; y, finalmente, se formulan las conclusiones del caso.

2. REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

Para John Austin (2002) el Derecho era entendido como un conjunto de órdenes coercitivas de un soberano, al cual definía como aquel individuo, o grupo de individuos, cuyas órdenes son habitualmente obedecidas, y que no tiene el hábito de obedecer a otro u otros individuos. Esta teoría sería ampliamente debatida en el siglo XIX, aunque las discusiones respecto de la misma resultaban muchas veces superficiales al no centrarse en los fundamentos de la teoría. Es a partir de la obra de H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho*, publicada en la segunda mitad del siglo XX que se ofrecería una crítica consistente de la teoría austiniana.

Para Hart (2009), el Derecho no puede reducirse a “órdenes habitualmente obedecidas” dictadas por un “soberano”. Para el citado autor, la teoría de Austin era considerada como un “modelo simple” que no daba cuenta de (1) las distintas funciones sociales del Derecho, que conducen a una distinción entre reglas primarias y reglas secundarias; (2) una distinción clara entre hábitos y reglas, que permiten diferenciar entre enunciados internos y externos; (3) un modelo que permita resolver los problemas de existencia e identificación de un sistema jurídico. En tal sentido, la teoría de Austin

era no sólo incompleta, sino problemática, pues caía en el reduccionismo de considerar únicamente la existencia de normas consistentes en obligaciones coercitivas expedidas por una autoridad cuyo fundamento e identificación tampoco explicaba.

Esto llevó a Hart a la necesidad de superar el reduccionismo austiniano a partir de lo que él mismo denomina como “un nuevo punto de partida”. Para Hart los fundamentos del Derecho, y su identificación, residían en la aceptación social de una regla fundamental que denominó como *regla de reconocimiento*, a partir de la cual se podría dar cuenta de la existencia y la identificación de un sistema jurídico. El Derecho, entonces, radica en hechos sociales y, precisamente, cumple funciones sociales. A su vez, estas funciones pueden ser primarias o secundarias, y a tales les corresponde uno u otro tipo de regla.

2.1. Reglas primarias

Para Hart, (2009) el Derecho cumple diferentes funciones sociales que buscan permitir el desenvolvimiento de las personas, es decir, que las mismas puedan interactuar pacíficamente, asegurando a la sociedad una “existencia continuada”. Estas funciones, como se indicó anteriormente, pueden distinguirse en funciones primarias y funciones secundarias. Para ello es pertinente citar a Joseph Raz (1985) quien, partiendo de los planteamientos de Hart, realiza una descripción más detallada que permite distinguir entre funciones y reglas.

Para Raz (1985), las funciones primarias constituyen la “razón y justificación de la existencia del Derecho” (p. 212), pues se enfocan en las conductas de la sociedad en su conjunto. Así, entre las funciones primarias pueden destacarse cuatro, a saber: (1) alentar y desalentar conductas, según sean deseables o no deseables socialmente; (2) facilitar acuerdos entre particulares; (3) proveer servicios y redistribuir bienes; y (4) resolver conflictos o disputas.

A estas funciones primarias, les corresponden reglas primarias, las cuales pueden consistir en prescripciones establecidas en términos de obligaciones y prohibiciones dirigidas a los ciudadanos. El problema surge a razón de que, si bien estas reglas se constituyen como protagónicas en el cumplimiento de las funciones primarias, reducir el Derecho únicamente a estas reglas provocaría su funcionamiento defectuoso. Hart llega a esta conclusión en base a tres argumentos:

- (a) La falta de certeza acerca de (cuáles son) las reglas del grupo. A razón de la falta de criterios para identificar si una regla es o no una regla del grupo, o el alcance de las mismas.
- (b) La imposibilidad de resolver situaciones nuevas y cambiantes. Al no haber mecanismos habilitados para crear o modificar las reglas existentes.
- (c) La ineficiencia de la presión social como único mecanismo para hacer cumplir las reglas. Debido a la carencia de órganos especiales dedicados a resolver las discrepancias acerca de si una regla ha sido cumplida/infringida o no.

En tal sentido, para Hart, las reglas primarias –y, por tanto, las funciones primarias- sólo pueden cumplir su propósito adecuadamente mediante el establecimiento de reglas secundarias.

2.2. Reglas secundarias

Para Hart, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que deben o no hacerse, las reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. En tal sentido, estas reglas “especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible” (Hart, 2009, p. 117).

Entonces, es a partir de las reglas secundarias que pueden resolverse los tres problemas que surgen si reducimos el Derecho únicamente a reglas secundarias. En tal sentido, Hart formula tres reglas secundarias como remedio a los problemas advertidos tal como sigue:

- (a) Ante la falta de certeza acerca de (cuáles son) las reglas del grupo, se formula la *regla de reconocimiento*, a partir de la cual se establecen criterios para identificar si una regla determinada se trata de una regla del grupo.
- (b) Ante la imposibilidad de resolver situaciones nuevas y cambiantes por el carácter estático de las reglas, se formulan las *reglas de cambio*, a partir de las cuales se regulan los mecanismos y competencias para introducir, modificar o eliminar reglas que regulan al grupo.
- (c) Ante ineficiencia de la presión social como único mecanismo para hacer cumplir las reglas, se formulan las *reglas de adjudicación*, que permiten, a través de formas de autoridad y de procedimientos establecidos, determinar si en un caso en particular una regla ha sido cumplida/infringida o no.

De este modo, --tal como complementa Raz- las reglas secundarias cumplen “las funciones del mantenimiento del sistema jurídico; hacen posible su existencia y funcionamiento” (Raz, 1985, p. 213).

3. EL DERECHO COMO SISTEMA

En todo, aun asumiendo que el Derecho está compuesto por normas jurídicas que cumplen funciones primarias, así como normas jurídicas que cumplen funciones secundarias, ello no es suficiente para afirmar al Derecho como un sistema. Siguiendo a Moreso y Vilajosana (2004, p. 95), tal afirmación "requiere ser complementada con el establecimiento de las relaciones que se dan entre los elementos que integran el conjunto del Derecho". En otras palabras, hablar sistema,

no sólo supone concebir un conjunto de elementos, sino que tales elementos deben estar estructurados entre sí bajo una estructura determinada.

Para los juristas de la Escuela de Viena, Hans Kelsen y Adolf Merkl, los elementos del Derecho son normas, y dentro del mismo se conciben relaciones entre tales normas que pueden ser consideradas como relaciones estáticas, pero también —y los citados autores abogan por la conveniencia de esta tesis- por relaciones dinámicas.

3.1. Sistemas estáticos y dinámicos

Para Kelsen (1979), puede afirmarse que un sistema normativo es estático cuando sus elementos *sí y sólo sí* están relacionados entre sí bajo una estructura de consecuencias lógicas. El criterio que opera en este tipo de sistemas, es el *criterio de deducibilidad* a través del cual, la identificación de una norma o conjunto de normas determinadas como elementos de un sistema normativo particular se afirma en cuanto se verifique la existencia de una relación de consecuencia lógica entre las mismas. De esta manera, si tenemos dos normas, a las que describiremos como N_1 y N_2 , podrá afirmarse que existe una relación estática entre ambas *sí y sólo sí* N_2 es consecuencia lógica de N_1 .

Un ejemplo de este tipo de sistemas lo constituyen los sistemas morales, a través de los cuales de una norma tal como “se guardar fidelidad al cónyuge” pueden inferirse otras tales como “no debe engañarse al cónyuge” o “no debe cometerse adulterio”.

Por otro lado, Kelsen formula una segunda clase de sistemas a la que denomina como sistemas dinámicos. Para Kelsen un sistema normativo es dinámico cuando sus elementos *sí y sólo sí* están estructurados bajo relaciones genéticas. A su vez el criterio que opera en este tipo de sistemas, es el *criterio de legalidad* a través del cual la

identificación de una norma o conjunto de normas determinadas como elementos de un sistema normativo particular se afirma en cuanto se verifique la existencia de una relación genética entre las mismas. De esta manera, si tenemos dos normas, a las que nuevamente describiremos como N_1 y N_2 , podrá afirmarse que existe una relación dinámica entre ambas sí y sólo sí N_2 ha sido creada por el órgano O bajo la autorización de N_1 .

Lo característico de los sistemas dinámicos es que, y por eso Kelsen identifica al Derecho como un sistema dinámico², en estos sistemas las normas primeras o fundantes establecen hechos productores de normas, confiriendo a determinados órganos la autorización para *crear* otras normas. De ahí que Kelsen concibe a la Constitución como una *norma de competencia*.

3.2. Las normas de competencia como reglas de cambio

Las normas de competencia, son normas centrales en la tesis Kelsen, como también en la tesis de las reglas secundarias de Hart, y en específico, en las reglas de cambio. Estas normas, según Moreso y Vilajosana (2004, p. 83), se caracterizan por tener la siguiente estructura: “[NC] El órgano O , mediante el procedimiento P , puede (o podrá, o está autorizado para, o es competente para, o tiene la competencia para, etc.) regular la materia M .”

Siguiendo a Jordi Ferrer (2000), las normas de competencia son entendidas de diversa manera en la doctrina. Sin embargo, sin perjuicio de ello, es posible agrupar algunas de las principales posiciones acerca de las normas de competencia del siguiente modo:

² Sin embargo, Kelsen admite que un mismo sistema normativo puede estar estructurado bajo relaciones tanto genéticas como lógicas. Al respecto, puede verse el cap. 34 de Kelsen (1979).

- (1) Las normas de competencia son normas que establecen obligaciones indirectas, es decir, obligaciones de obedecer lo que regule el órgano O, mediante el procedimiento P;
- (2) Las normas de competencia son normas permisivas, es decir, normas que permiten realizar determinados actos catalogados como normativos; y
- (3) Las normas de competencia son normas constitutivas, en el sentido que permiten establecer la validez de las normas dictadas por el órgano O en el ejercicio de sus facultades.

En todo, sea que definamos a las normas de competencia bajo una u otra conceptualización, lo relevante en este punto es entender que las normas de competencia ofrecen, por un lado, una explicación acerca de cómo cambian los sistemas normativos, introduciendo, modificando, o expeyorándose normas jurídicas de los mismos, y, por otro, porque permiten el funcionamiento adecuado de las reglas primarias, y con ello, del acatamiento de las obligaciones y prohibiciones establecidas en una comunidad dada.

4. EL MITO DE LA “PIRÁMIDE KELSENIANA”

Tal como se mencionó en uno de los puntos anteriores, para Kelsen (1979) las normas primeras o fundantes establecen normas de competencia, y es por ello que el citado autor define al sistema normativo como un sistema preponderantemente dinámico. Así, en su teoría, la Constitución es vista, no sólo como una norma que pueda establecer reglas primarias, sino como una *norma de competencia* a partir de la cual se posibilita el mantenimiento y desarrollo del sistema jurídico.

Partiendo de tal perspectiva, y a partir de la propuesta de Adolf Merkl, Kelsen desarrolla el concepto de la *Stufenbau*, mediante el cual puede concebirse al Derecho como una estructura de niveles escalonados.

Esta idea, habría llevado a diversos autores a concebir que Kelsen habría ideado una “pirámide normativa” a la cual denominan como “pirámide kelseniana”, como una descripción de la jerarquía de las fuentes de un sistema jurídico. Sin embargo, tal caracterización es ajena a la obra de Kelsen, pues el citado autor no emplea el término *pirámide* (en alemán “*Pyramide*”) para describir al sistema jurídico.³ Aun así, alguien podría insistir en atribuir forzosamente dicha ilustración a Kelsen señalando que “una pirámide gráfica bien un orden de niveles escalonados”, sin embargo, lo que comúnmente se entiende por “pirámide normativa” en el sentido de una jerarquía de las fuentes de un sistema jurídico, tampoco podría asemejarse a la *Stufenbau* de Kelsen, pues para el citado autor, el orden escalonado busca ilustrar precisamente la estructura de relación genética entre las normas en la cual se destacan las normas de competencia, y no una mera “jerarquía entre normas”.

Dicho de otro modo, puede afirmarse que aquella estructura de niveles escalonados tiene el propósito de ilustrar el modo en que se relacionan los elementos del Derecho como sistema normativo. Así, el *Stufenbau* puede ilustrar la estructura en la que N_1 es una norma que autoriza al órgano O_1 a crear la norma N_2 y N_3 , y que N_2 es una norma que autoriza al órgano O_2 a crear la norma N_{2A} , y que autoriza al órgano O_3 a crear N_{2B} , y así sucesivamente de manera escalonada, sin que necesariamente deba afirmarse que N_{2A} y N_{2B} están en un mismo “nivel jerárquico” o que N_{2A} o N_{2B} tengan un mayor o menor “nivel jerárquico” que N_3 . De ahí que considerar la propuesta de Kelsen como una “pirámide” es errado, y problemático, pues no permite explicar las relaciones dinámicas entre las normas de un sistema jurídico.

³ La vinculación del término “pirámide jurídica” responde a la traducción, o interpretación, que Legaz y Lecambra realizó en el texto “El método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho” de autoría de Kelsen (1933).

Cuando Kelsen postula que una norma pertenece a un sistema jurídico *sí y sólo sí* tiene como fundamento a una norma anterior, y esta a su vez, en otra, hasta llegar a una norma fundamental, se está refiriendo al fundamento genético de validez, y no propiamente al “fundamento material” –que aportan las reglas primarias del Derecho. En tal sentido, la *cadena de validez* que teoriza Kelsen puede ser mejor graficada como una forma de *arborescencia*⁴ en la que, como explica Félix Morales (2018), “partiendo de un único tronco común, cada norma derivada valida a muchas otras normas y estas, a su vez, a otras tantas, en una continua sucesión de competencias y normas producidas en ejercicio de aquellas” (p. 73).

Por último, respecto a la norma fundamental que constituye el fundamento genético del sistema normativo, también cabe realizar algunas precisiones que han producido tanto discusiones, como también mal entendidos, y que de la misma manera distancia a Kelsen de la supuesta “pirámide kelseniana”. Y es que, para Kelsen, aunque la Constitución sea parte del tronco común en la estructura de niveles escalonados, esta no es la norma fundamental (*Grundnorm*) de su teoría, ni tampoco la base o la “punta” de un modelo jerárquico que haya propuesto. Para Kelsen la validez de la Constitución, como toda otra norma jurídica, también se sustenta en otra norma, a la que llama como “norma fundamental” (*Grundnorm*) y que la considera, no como una norma expositiva sino, como una ficción jurídica. Ello no debe entenderse como algo “falso”, “no verdadero”, o “imaginario”. Para Kelsen (2003), una ficción es un medio para el conocimiento de la realidad y en el caso de las ficciones jurídicas para el conocimiento de Derecho, aunque se trate de un artificio. El propósito de concebir a una norma fundamental ficticia, entonces, es el de simplificar la unidad de un conjunto de proposiciones que permiten explicar la existencia de un orden normativo –aunque para muchos Kelsen no ahondó lo *suficiente* en tales proposiciones explicativas. Así, en la

⁴ Esta caracterización gráfica es expresada en la obra de Raz (1986).

obra de Hart (2009), cuando esta ficción representa el fundamento del Derecho lo que hace es representar un *hecho social*, de manera que Hart afirma que la validez de la Constitución se sustentará en la denominada *regla de reconocimiento*⁵, en un nivel en el cual esta es entendida como el reconocimiento que una comunidad en su conjunto sostiene.

5. LOS DECRETOS SUPREMOS DE ESTADO DE EMERGENCIA

5.1. La cadena de validez del decreto de estado de emergencia

El caso de la declaración de estado de emergencia permite ilustrar la problematicidad de concebir al Derecho como una estructura “piramidal”.

El inciso 1 del artículo 137° de la Constitución Política de Perú [en adelante como “Constitución”] señala que

“El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado, en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente [...] Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”.

Agregando que, en dicho estado de excepción,

“puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12

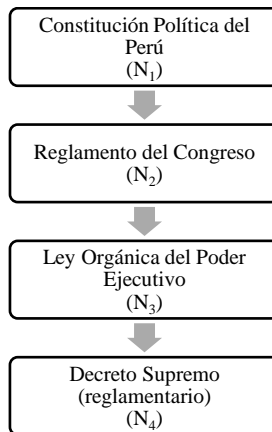
⁵ Para una relación entre la norma fundamental kelseniana y la regla de reconocimiento hartiana, véase el trabajo de Márquez González (1985).

del artículo 2° y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo. En ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie.”

Como puede verse, este tipo de decreto supremo es distinto a aquellos decretos supremos a través de los cuales se reglamenta una ley o una actividad sectorial o multisectorial. La validez de estos últimos, a los cuales puede llamarse como *decretos supremos reglamentarios*, se sustenta en la ley ordinaria a reglamentarse (validez material) como en el artículo 11° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (validez formal), y a su vez, la validez de dicha disposición se sustenta en el artículo 72° del Reglamento del Congreso de la República, y a su vez, la validez de dicha disposición se sustenta en la Constitución. Puede decirse, entonces, que las disposiciones referidas son las normas de competencia para los decretos supremos reglamentarios. Esto puede graficarse de la siguiente manera:

Figura 1

Cadena de validez de los decretos supremos reglamentarios.

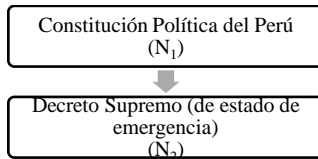


Nota. Elaboración propia.

Sin embargo, los decretos de estado de emergencia se diferencian tanto por su propósito, como por su fundamento de validez. Así, a diferencia de los decretos reglamentarios, la validez los decretos de estado de emergencia reside directamente en el artículo 137° de la Constitución.

Figura 2

Cadena de validez de los decretos de estado de emergencia.

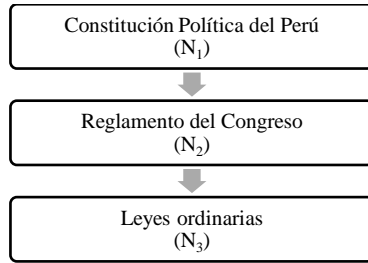


Nota. Elaboración propia.

En tal sentido, en el orden peruano de niveles escalonados, mientras los decretos de estado de emergencia se encontrarían un “nivel” diferente, como también las leyes ordinarias expedidas por el Congreso de la República, las cuales tampoco estarían en un nivel “mayor” o “menor” a los decretos de estado de emergencia. A saber, la validez las leyes ordinarias encuentran se sustenta en el artículo 72° del Reglamento del Congreso de la República, y a su vez, la validez de dicha disposición se sustenta en la Constitución.

Figura 3

Cadena de validez de leyes ordinarias.

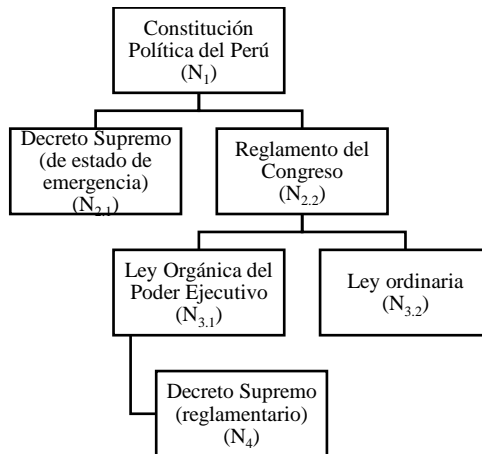


Nota. Elaboración propia.

En consecuencia, el siguiente gráfico ilustra el orden escalonado de niveles con un enfoque en los decretos de estado de emergencia, leyes ordinarias, y decretos reglamentarios.

Figura 4

Cadena de validez de decretos de estado de emergencia, leyes ordinarias, y decretos reglamentarios.



Nota. Elaboración propia.

En este último gráfico puede observarse que, si bien los decretos de estado de emergencia, las leyes ordinarias, y los decretos supremos reglamentarios, están en *escalones* diferentes, ello no quiere decir que exista una jerarquía directa entre estas tres normas jurídicas, pues entre las mismas ($N_{2,1}$, $N_{3,2}$, y N_4) no hay relación genética, aunque en el tronco común pueda ubicarse a la Constitución Política (N_1), cuya validez –como se indicó en el apartado anterior- depende de la *regla de reconocimiento*. Consecuentemente, puede observarse que una ley ordinaria no tiene mayor nivel que un decreto de estado de emergencia, pero tampoco uno menor, sino que simplemente se encuentran en *ramas* distintas del mismo *árbol*, es decir, de un mismo sistema normativo.

Este modo de graficar el orden de niveles escalonado permite representar adecuadamente al Derecho como sistema normativo, evitando los problemas que un modelo “piramidal” ocasiona debido a que este último (1) puede inducir a confusión al aparentar relaciones de jerarquía que no podrían tener un sustento propiamente jurídico – aunque sí, quizá, uno político-, y (2) no da cuenta de las relaciones genéticas entre normas jurídicas, por lo que, a su vez, (3) no permite representar las reglas secundarias del sistema normativo, las cuales, finalmente, son las que permiten el mantenimiento y funcionalidad del propio sistema.

5.2. La norma de competencia en el decreto de estado de emergencia

Partiendo de lo antes expuesto, y considerando que el inciso 1 del artículo 137° fundamenta la validez de los decretos de estado de emergencia, es posible reconstruir la norma de competencia que regula la creación de un estado de emergencia de la siguiente manera:

Si “S” entonces “C”.

Donde “S” supone la verificación de las siguientes condiciones de validez formal:

- (1) En caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación;
- (2) el Presidente de la República decreta estado de emergencia dictando medidas de restricción o suspensión del ejercicio de ciertos derechos constitucionales comprendidos entre el literal f del inciso 24 y los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2°;
- (3) tales medidas son idóneas y necesarias para el estado de emergencia;
- (4) cuentan con la aprobación del Consejo de Ministros; y
- (5) son promulgadas por el Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros.

Y “C”, supone la consecuencia jurídica de –en el caso específico comentado- estar frente a un decreto de estado de emergencia válidamente creado.

A su vez, a partir de la misma norma de competencia, puede afirmarse que, el cambio de circunstancias faculta asimismo a la modificación de las medidas, siempre que subsista la condición (1) y se ameriten adaptar las medidas conforme a las condiciones (2) a (5). Esta modificación puede ser de carácter material (i.e., una variación de las medidas), espacial (i.e., del ámbito territorial en el que se apliquen las medidas), o temporal (i.e., a través de prórrogas). En el caso peruano, tal como ha venido realizándose en Perú para enfrentar la pandemia por Covid-19 a partir del decreto de estado de emergencia declarado mediante Decreto Supremo N.º 184-2020-PCM, el cual ha sido en diversas ocasiones prorrogado y modificado por toda una serie de

Decretos Supremos posteriores; o también para los problemas de orden interno, sobre los cuales se dispuso del mismo modo la declaratoria de emergencia. Sobre esto último, en el año 2023, puede citarse el Decreto Supremo N.º 009-2023-PCM, el cual fue también objeto de posteriores modificaciones y prórrogas mediante otros Decretos Supremos.

Por otro lado, el cambio de circunstancias también puede devenir en la cesación del propio estado de emergencia en caso culmine el estado de cosas que constituía el objeto del decreto de estado de emergencia⁶, es decir, al perderse la condición (1).

En todo, se observa que, en el caso de estado de emergencia, la competencia para crear o modificar el decreto supremo respectivo, se reserva únicamente al Poder Ejecutivo, sin condiciones de validez establecidas por el Poder Legislativo –a diferencia de los decretos supremos reglamentarios- y sin posibilidad de injerencia del mismo. De ahí que es posible afirmar que un decreto supremo, de estado de emergencia, prevalece incluso ante una ley ordinaria, pues la validez de su origen –así como la de su vigencia- no se supedita a una competencia que pueda tener el principal –pero no único- actor legislativo constitucional.

6. CONCLUSIONES

Primera. No es posible concebir al Derecho como un sistema normativo únicamente constituido por reglas primarias que establecen derecho, obligaciones u prohibiciones, sin considerar las reglas secundarias propuestas por Hart, las cuales permiten no sólo el mantenimiento y desarrollo del Derecho positivo, sino la funcionalidad del sistema normativo en su conjunto.

⁶ Se trataría de la pérdida de vigencia de una norma jurídica por causas intrínsecas, como bien expone Cárdenas (1999).

Segunda. Representar la estructura del Derecho bajo un modelo piramidal supone caer en un reduccionismo problemático al no dar cuenta de modo adecuado de las reglas secundarias que estructuran al Derecho como sistema normativo, las cuales permiten explicar las relaciones existentes entre los elementos del Derecho. En tal sentido, el modelo piramidal no sólo impide comprender la dinámica del Derecho, sino también presenta una falsa jerarquía cuyo sustento resulta más político que jurídico.

Tercera. La cadena de validez de los decretos supremos que declaran un estado de emergencia permite no sólo reforzar las conclusiones antes expuestas, sino que además permite argumentar que un modelo *arbóreo* ilustra de mejor manera la estructura del Derecho como sistema normativo, puesto que a través del mismo puede explicarse sin problemas cómo es que un decreto del Poder Ejecutivo puede prevalecer ante una ley ordinaria del Poder Legislativo, sin posibilidad a que esta última, aún con una supuesta “jerarquía mayor” en el modelo piramidal, pueda afectar la validez o la vigencia del decreto.

REFERENCIAS

- Austin, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia* (Trad. J. R. Paramo). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cárdenas, C. (1999). *Modificación y derogación de las normas legales*. Ara Editores.
- Ferrer Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hart, H. L. A. (2009). *El concepto de Derecho* (Trad. G. Carrió). 3ra. Ed. Abeledo Perrot.

- Kelsen, H. (1933). *El método y los conceptos fundamentales de la Teoría Pura del Derecho* (Trad. L. Legaz y Lacambra). Revista de Derecho Privado, 1933.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del Derecho* (Trad. R. J., Vernengo). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (2003). “Reflexiones en torno de la teoría de las ficciones jurídicas. Con especial énfasis en la filosofía del «como si» de Vaihinger”. En D. Mendoça, & U. Schmill, *Ficciones jurídicas* (Trad. J. Hennequin). Fontamara, pp. 23-56.
- Márquez González, J. A. (1985) “Hart y Kelsen: regla de reconocimiento y norma básica”. *Persona y Derecho*, núm. 12, pp. 163-188.
- Morales Luna, F. (2018). La regla de reconocimiento del sistema jurídico peruano. Estudio analítico de las fuentes del derecho peruano. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Moreso, J. J. y Vilajosana, J. M. (2004). *Introducción a la Teoría del Derecho*. Marcial Pons.
- Raz, J. (1985). *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y moral* (Trad. R. Tamayo y Salmorán). 2da Ed. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Raz, J. (1986). *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (Trad. R. Tamayo y Salmorán). Universidad Nacional Autónoma de México.

Recibido: 18/05/2023

Aceptado: 31/05/2023