



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
EXP. N.º 047-2004-AI/TC**

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 24 de abril de 2006

José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín (demandante) contra el Congreso de la República (demandado)

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley N.º 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27 971)

Magistrados presentes:

**GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**



SUMARIO

- I. Asunto**
- II. Datos generales**
- II. Normas sujetas a control de constitucionalidad**
- IV. Antecedentes**
 - a. Demanda
 - b. Contestación de la demanda
- V. Materias constitucionalmente relevantes**
- VI. Fundamentos**
 - § 1. Delimitación del petitorio**
 - § 2. Consideraciones previas sobre el sistema de fuentes diseñado por la Constitución**
 - 2.1. La Constitución como fuente de derecho y el sistema de fuentes del derecho peruano
 - 2.1.1. La Constitución y las fuentes del derecho
 - 2.1.1.1. La Constitución como norma jurídica
 - 2.1.1.2. La Constitución como fuente de derecho
 - 2.1.1.3. La Constitución como fuente de fuentes
 - 2.1.2. La Constitución como fuente de derecho: modo de producción jurídica
 - 2.1.3. Las fuentes de derecho reguladas por la Constitución: modos de producción jurídica
 - 2.1.3.1. Fuentes normativas o formas normativas



2.1.3.1.1. Fuentes normativas o formas normativas con rango de ley

2.1.3.1.1.1. Las leyes

2.1.3.1.1.2. Resoluciones legislativas

2.1.3.1.1.3. Tratados

2.1.3.1.1.4. Reglamento del Congreso

2.1.3.1.1.5. Decretos legislativos

2.1.3.1.1.6. Decretos de urgencia

2.1.3.1.1.7. Las Ordenanzas regionales

2.1.3.1.1.8. Las Ordenanzas municipales

2.1.3.1.2. Fuentes normativas con rango distinto a la ley

2.1.3.2. La jurisprudencia

2.1.3.3. La costumbre

2.1.3.4. Los principios generales del derecho

2.1.3.5. El contrato (autonomía de la voluntad)

2.1.3.6. La doctrina

2.2. Principios de ordenación del sistema de fuentes

2.2.1. La normatividad sistémica y la coherencia normativa

2.2.1.1. Principios que resuelven las antinomias

2.2.1.1.2. Clasificación de las antinomias

2.2.1.1.3. Las consecuencias contradictorias

2.2.1.1.4. Principios aplicables para la resolución de antinomias

2.2.1.2. El principio de jerarquía



2.2.1.3. El principio de competencia

2.2.2. La plenitud jurídica

2.2.2.1. Las reglas de aseguramiento de la plenitud jurídica

2.2.2.1. La conexión jurídica de la plenitud jurídica

§3. Parámetro de control y escrutinio de constitucionalidad de la Ley N.º 27971 por violación del artículo 103º de la Constitución

3.1. Alegatos del Gobierno Regional de San Martín

3.2. Alegatos del Congreso de la República

3.3. Apreciaciones del Tribunal Constitucional

3.3.1. El artículo 103º de la Constitución como parámetro de control y la realización del escrutinio bajo el principio de jerarquía normativa

3.3.2. Constitución y derogación de las leyes por *desuetudo*

3.3.3. Vigencia de la ley y derogación tácita

3.3.4. El cese de vigencia de una norma por vencimiento de su plazo

§4. Control de constitucionalidad de la Ley N.º 27971 por violación de la autonomía de los gobiernos regionales

4.1. Alegatos del Gobierno Regional de San Martín

4.2. Alegatos del Congreso de la República

4.3. Apreciación del Tribunal Constitucional

4.3.1. Requisitos de aplicación del criterio "ley posterior deroga ley anterior" para resolver una antinomia entre normas de similar jerarquía



4.3.2. El reparto competencial entre gobierno nacional y gobiernos regionales tras la entrada en vigencia de la Ley de Reforma Constitucional N.º 27680

4.3.2.1. La república del Perú como Estado unitario y descentralizado

4.3.2.2. El Estado regional y pluralidad de subsistemas normativos

4.3.2.3. Relación entre las fuentes de los subsistemas normativos del Estado regional y el principio de competencia

4.3.2.4. Principio de competencia e infracción indirecta de la Constitución

4.3.2.5. Infracción indirecta de la Constitución y bloque de constitucionalidad

4.3.3. Reparto constitucional en materia en nombramiento de profesores de colegios estatales

4.3.3.1. Reparto competencial entre gobierno nacional y gobiernos regionales en materia de educación

4.3.3.2. La Ley N.º 27971 y proceso de nombramiento de los profesores que ganaron el concurso público realizado al amparo de la Ley N.º 27491

IV. Fallo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0047-2004-AI/TC
LIMA
GOBIERNO REGIONAL DE SAN MARTÍN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 24 días del mes de abril de 2006, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente; Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley N.º 27971, publicada el 23 de mayo de 2003 en el diario oficial *El Peruano*.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso: Proceso de inconstitucionalidad.

Demandante: José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín.

Norma sometida a control: La Ley N.º 27971, que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el Concurso Público autorizado por Ley N.º 27491.

Bienes constitucionales cuya afectación se alega:

- Principio de irretroactividad de la ley, previsto en el artículo 103º de la Constitución.
- Autonomía regional en materia educativa, garantizada por los artículos 16º y 191º de la Constitución.

Petitorio

Que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27971, que faculta al Ministerio de Educación para asignar las plazas obtenidas de acuerdo al Concurso Público convocado conforme a la Ley N.º 27491.



III. NORMAS SUJETAS A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Se ha impugnado la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27971, Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el Concurso Público autorizado por la Ley N.º 27491. Las disposiciones que la integran son:

"Artículo 1.- Objeto

Autorízase al Ministerio de Educación la continuación del proceso de nombramiento de los profesores con título pedagógico, en las plazas vacantes presupuestadas y de acuerdo a un riguroso orden de méritos, entre los que obtuvieron calificación aprobatoria en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27491.

Artículo 2.- De las plazas vacantes

El nombramiento a que hace referencia el artículo precedente se efectuará en las plazas docentes establecidas como orgánicas por la Ley N.º 27491, que no llegaron a ser cubiertas en el concurso público respectivo, así como en las plazas vacantes no reportadas y en las generadas por reasignación, cese, promoción y separación definitiva del servicio, identificadas a la fecha de vigencia de la presente Ley.

Artículo 3.- De la validez del cambio de jurisdicción

Los profesores que se encuentren comprendidos en el artículo 1 de la presente Ley, podrán ser nombrados en las plazas de los centros y programas educativos de su misma o diferente jurisdicción a la del órgano intermedio en que originalmente postularon.

Artículo 4.- De las especialidades

Los profesores cuyo título pedagógico comprenda dos especialidades, o posean dos títulos pedagógicos, podrán ser nombrados en cualquiera de las especialidades o títulos acreditados.

Artículo 5.- Del cambio de modalidad

Si la especialidad del título pedagógico lo permite, el profesor podrá ser nombrado en una modalidad educativa diferente a la que postuló en el concurso público referido en el artículo 1 de la presente Ley.



Artículo 6.- De los Institutos y Escuelas Superiores y de la Educación Técnica

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes, en el caso de los Institutos y Escuelas Superiores, así como en las especialidades de las áreas técnicas de Educación Secundaria y de la Modalidad de Educación Ocupacional, podrán ser nombrados los profesionales de las especialidades correspondientes, con título universitario que acrediten tener como mínimo cinco años de servicio en la especialidad requerida.

Artículo 7.- De la reglamentación

El Ministerio de Educación queda encargado de la reglamentación en un plazo no mayor de 30 (treinta) días calendario contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para que dicte las normas reglamentarias que permitan su cumplimiento.

Artículo 8.- De la derogación

Deróguense y/o déjense sin efecto las disposiciones legales o administrativas que se opongan a la presente Ley".

IV. ANTECEDENTES

A. Demanda

Con fecha 23 de noviembre de 2004, el Gobierno Regional de San Martín interpone demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 27971 (publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de mayo de 2003), que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el Concurso Público autorizado por la Ley N.º 27491.

Sostiene que la Ley N.º 27491 (publicada el 29 de junio de 2001, a la que, a su vez, hace alusión la ley impugnada) tenía un plazo de ejecución de 60 días, el cual venció, por lo que habría caído en desuso y, por ende, habría perdido vigencia. Refiere que la ley impugnada al disponer, mediante su artículo 1º, que se ejecute la Ley N.º 27491, viola el artículo 103º de la Constitución, puesto que estaría retrotrayendo sus efectos hacia el momento en que la Ley N.º 27491 perdió vigencia, esto es, a los 60 días siguientes a su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

De otro lado, refiere que la ley impugnada vulnera la autonomía regional en los ámbitos político y administrativo, por cuanto considera que, de acuerdo al artículo 191º de la Constitución, y los artículos 46º y 47º, literal a), de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, es de competencia exclusiva de los gobiernos regionales el nombramiento de los maestros en sus respectivas plazas. Añade que dentro de las competencias exclusivas del gobierno nacional, estipuladas en el artículo 26º de la Ley N.º 27783, Ley de Bases de



la Descentralización, no se contempla la de nombrar al personal de las regiones, entre ellas, la de la Región San Martín.

Asimismo, argumenta que de acuerdo al artículo 27°, numerales 1 y 2 de Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, las competencias y funciones sectoriales han sido transferidas a los gobiernos regionales. Además, señala que la ley impugnada desconoce el principio de subsidiariedad que rige la descentralización, previsto en el artículo 4° de la Ley de Bases de la Descentralización.

B. Contestación de demanda

El Congreso de la República contesta la demanda el 19 de enero de 2005, solicitando que se la declare infundada, alegando que la derogación por desuso no existe en nuestro ordenamiento jurídico; asimismo, aduce que la Ley N.º 27491 fue derogada por la ley impugnada, de modo que no tiene efectos retroactivos. Refiere que la controversia presentada no es de naturaleza constitucional, sino que se resuelve aplicando los criterios para resolver antinomias entre normas de la misma jerarquía, esto es, ley posterior deroga la anterior y ley especial deroga ley general.

Con relación a la vulneración de la autonomía regional alegada, sostiene que el Estado peruano es uno unitario y descentralizado, en el que se ha previsto de manera enunciativa las competencias de los gobiernos locales y regionales; y que la autonomía con la que estos gobiernos cuentan, como lo ha subrayado el Tribunal Constitucional, no es sinónimo de autarquía. Asimismo, refiere que el propósito de la ley cuestionada es que sea el gobierno nacional el encargado de nombrar a los profesores de los colegios nacionales en sus respectivas plazas; que es competencia del Congreso establecer, dentro del ámbito de la Constitución, las demás competencias delegables a los gobiernos regionales; y que la competencia en materia educativa que se ha asignado a favor del gobierno nacional, es un mandato que debe ser acatado por los gobiernos regionales.

Finalmente, con relación al artículo 26° de la Ley de Bases de Descentralización, que según los demandantes no habría contemplado como competencia exclusiva del gobierno nacional el nombramiento del personal de los gobiernos regionales, expresa que las competencias allí previstas no son taxativas, pues pueden serle asignadas en virtud de una ley.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES

1. Delimitación del petitorio.
2. Con carácter previo al análisis del presente caso desarrollará una serie de consideraciones relacionadas al sistema de fuentes del derecho que diseña la Constitución.



3. Diferenciación de los vicios que contendría la Ley N.º 27971. Al efecto, habrá de determinarse:
- a) Si la ley impugnada vulnera el principio de no retroactividad de las normas contemplado en el artículo 103º de la Constitución de 1993. Para ello, a su vez, ha de precisarse:
- a.1. ¿Cuál es el parámetro de control y el principio con el cual se efectúa el control de constitucionalidad cuando se alega una infracción directa de la Constitución?
- b) Si la Ley N.º 27971, al disponer la continuación de un proceso iniciado al amparo de la Ley N.º 27491, incurre en una aplicación retroactiva. Para ello se dilucidará:
- b.1. Si el no cumplimiento de la Ley N.º 27491 la puede derogar.
- b.2. Si la Ley N.º 27971 derogó tácitamente a la Ley N.º 27491.
- b.3. Si la Ley N.º 27491 fue derogada por vencimiento del plazo en ella contemplado.
4. Si la expedición de la Ley N.º 27971 viola la autonomía de los gobiernos regionales, al autorizar al Ministerio de Educación continuar con el proceso de nombramiento de profesores de colegios estatales. Para ello, será preciso analizar, a su vez:
- a) Si la eventual colisión entre la Ley N.º 27971, la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales se resuelve conforme a los criterios de ley posterior deroga ley anterior y ley especial deroga ley general.
- b) El reparto de competencias, en materia de educación, entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, luego de la Reforma Constitucional del Capítulo XIV de la Constitución. Para ello será preciso determinar:
- b.1. Cuáles son las características de la configuración de la república del Perú como un Estado unitario y descentralizado.
- b.2. Cuál es la fisonomía del ordenamiento jurídico del Estado unitario y descentralizado.
- b.3. Cómo y cuándo opera el principio de competencia para solucionar las antinomias entre los diversos subsistemas normativos del Estado unitario y descentralizado.
- b.4. Cuál es la importancia del principio de competencia para determinar una infracción indirecta de la Constitución.
- b.5. Cuál es y cómo está conformado el parámetro de control del proceso de inconstitucionalidad cuando se alegue una infracción indirecta de la Constitución.



c)Cuál es el reparto constitucional (Constitución y bloque de constitucionalidad) entre gobierno regional y gobierno nacional, en materia de nombramiento de profesores de colegios estatales. Para ello, a su vez, será precisar, esclarecer:

c.1. Cuáles son las competencias en materia de nombramiento de profesores contempladas en el bloque de constitucionalidad a favor del gobierno nacional y los gobiernos regionales.

c.2. Si la Ley N.º 27971 dispuso que el nombramiento de profesores se realice al margen del bloque de constitucionalidad en materia de nombramiento de profesores de colegios estatales.

VI. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio

1. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27971 (en adelante, "Ley impugnada", "ley cuestionada" o simplemente "la Ley"), expedida por el Congreso de la República. Las disposiciones de la Ley impugnada son:

"Artículo 1.- Objeto

Autorizase al Ministerio de Educación la continuación del proceso de nombramiento de los profesores con título pedagógico, en las plazas vacantes presupuestadas y de acuerdo a un riguroso orden de méritos, entre los que obtuvieron calificación aprobatoria en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27491.

Artículo 2.- De las plazas vacantes

El nombramiento a que hace referencia el artículo precedente se efectuará en las plazas docentes establecidas como orgánicas por la Ley N.º 27491, que no llegaron a ser cubiertas en el concurso público respectivo, así como en las plazas vacantes no reportadas y en las generadas por reasignación, cese, promoción y separación definitiva del servicio, identificadas a la fecha de vigencia de la presente Ley.

Artículo 3.- De la validez del cambio de jurisdicción

Los profesores que se encuentren comprendidos en el artículo 1 de la presente Ley, podrán ser nombrados en las plazas de los centros y programas educativos



de su misma o diferente jurisdicción a la del órgano intermedio en que originalmente postularon.

Artículo 4.- De las especialidades

Los profesores cuyo título pedagógico comprenda dos especialidades, o posean dos títulos pedagógicos, podrán ser nombrados en cualquiera de las especialidades o títulos acreditados.

Artículo 5.- Del cambio de modalidad

Si la especialidad del título pedagógico lo permite, el profesor podrá ser nombrado en una modalidad educativa diferente a la que postuló en el concurso público referido en el artículo 1 de la presente Ley.

Artículo 6.- De los Institutos y Escuelas Superiores y de la Educación Técnica

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes, en el caso de los Institutos y Escuelas Superiores, así como en las especialidades de las áreas técnicas de Educación Secundaria y de la Modalidad de Educación Ocupacional, podrán ser nombrados los profesionales de las especialidades correspondientes, con título universitario que acrediten tener como mínimo cinco años de servicio en la especialidad requerida.

Artículo 7.- De la reglamentación

El Ministerio de Educación queda encargado de la reglamentación en un plazo no mayor de 30 (treinta) días calendario contados a partir de la vigencia de la presente Ley, para que dicte las normas reglamentarias que permitan su cumplimiento.

Artículo 8.- De la derogación

Deróguense y/o déjense sin efecto las disposiciones legales o administrativas que se opongan a la presente Ley".

2. Los motivos por los que a juicio del Gobierno Regional de San Martín debería declararse la inconstitucionalidad de "la Ley" son dos:

a) En primer lugar, porque vulnera el artículo 103° de la Constitución Política del Estado.



b) En segundo lugar, porque lesiona la autonomía de los gobiernos regionales contemplada en el artículo 191° de la Constitución, misma que se habría vulnerado porque, a su vez, se transgredieron los artículos 46° y 47°, literal "a", de la Ley N.° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales –en adelante LOGR–, así como el artículo 26° de la Ley de Bases de Descentralización –en adelante LBD–, Ley N.° 27783.

3. Aun cuando en la demanda o, a su turno, en la contestación de ésta, las partes no lo hayan expresado inequívocamente, se desprende que los motivos por los cuales se impugna "la Ley" se refieren a dos modalidades distintas de infracción de la Constitución. Así, cuando se cuestiona que ella habría violado el artículo 103° de la Constitución, atribuyéndosele efectos retroactivos, se plantea a este Tribunal que determine si existe un supuesto de infracción "directa" de la Constitución¹, esto es, si "la Ley" colisiona con el referido artículo 103° de la Norma Fundamental.
4. Es diferente el caso del segundo motivo impugnatorio, donde la inconstitucionalidad alegada no se derivaría de un juicio de compatibilidad entre "la Ley" y la Constitución únicamente, sino de la vulneración de diversas disposiciones de la LGR y la LBD, configurando, por tanto, un supuesto que el mismo artículo 75° del Código Procesal Constitucional denomina como infracción "indirecta" de la Constitución.
5. Como se verá luego, la diferencia entre uno y otro no es intrascendente. Repercute en la determinación del parámetro de control y, a su vez, en los principios de ordenación del sistema de fuentes con los cuales este Tribunal deberá de absolver y dar una respuesta a la controversia constitucional planteada.
6. Por ello, con el objeto de que el hilo argumental resulte lo más claro posible, el Tribunal se pronunciará sobre cada uno de los extremos de la controversia, identificando en cada caso el parámetro de control que utilice. Antes, sin embargo, y dados los tópicos relacionados con el sistema de fuentes, es preciso que este Tribunal desarrolle el marco constitucional de las fuentes de derecho.

§ 2. Consideraciones previas sobre el sistema de fuentes que diseña la Constitución

7. En el caso Sesenta y cuatro Congresistas de la República contra la Ley N.° 26285 (Exp. N.° 005-2003-AI/TC), el Tribunal Constitucional desarrolló algunas consideraciones referidas al orden jurídico, a los principios de coherencia normativa, a la jerarquía piramidal de las normas y a los principios constituyentes de la estructura jerárquica de

¹ Cf. artículo 75° del Código Procesal Constitucional: "Los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por objeto la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y por tanto por la forma y por el fondo".



las normas. Complementando nuestra jurisprudencia, en esta oportunidad, y a propósito del presente caso, que tiene que ver con el principio de competencia en el sistema de fuentes, desarrollaremos, por un lado, el tema de la Constitución como fuente de Derecho y el sistema de fuentes del Derecho que ella diseña² y por otro, los principios articuladores y ordenadores del sistema de fuentes.

2.1. La Constitución como fuente de derecho y el sistema de fuentes del derecho peruano

2.1.1. La Constitución y las fuentes del derecho

8 Si bien el estudio y análisis del sistema de fuentes se desarrolla principalmente desde la teoría del derecho, como afirma Enrique Álvarez Conde:

Hoy día parece comúnmente pacífico que la regulación de las fuentes del Derecho se sitúe en el campo de la teoría de la Constitución³.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de comprobar la importancia y utilidad del análisis y estudio del sistema de fuentes, sobre todo a partir de los diversos procesos constitucionales resueltos desde el inicio de su funcionamiento; en particular, los procesos de inconstitucionalidad.

El mismo Álvarez Conde justifica dicha postura argumentando que

(la) propia configuración de la Constitución como norma jurídica suprema supone que ésta se convierte no sólo en auténtica fuente del Derecho, sino en la norma delimitadora del sistema de fuentes⁴

En igual sentido, desde la Teoría del Derecho se ha afirmado que:

La incidencia de la Constitución en el sistema de fuentes es doble, porque doble es su carácter de norma suprema y de norma que regula la producción normativa.⁵

Consiguientemente, tres son las consideraciones que debemos tener en cuenta para abordar el tema en cuestión: la Constitución como norma jurídica, la Constitución

² Con pertinencia debe precisarse que: "(...) se habla de fuentes del Derecho desde el punto de vista jurídico-positivo para aludir a los modos de creación del Derecho (...) lo que aquí interesa es la identificación de los modos de producción del Derecho objetivo (...)". BETEGON, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 205.

³ ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen I, El Estado Constitucional, el sistema de fuentes, derechos y libertades. Madrid: Tecnos, 3ª Ed., 1999, p. 138.

⁴ Ibid.

⁵ BETEGON, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *Ob. Cit.*, p. 285.



como fuente de Derecho y la Constitución como norma delimitadora del sistema de fuentes.

2.1.1.1. La Constitución como norma jurídica

9. La Constitución, en la medida que contiene normas jurídicas, es fuente del derecho. Como bien expone Francisco Balaguer Callejón,

la Constitución contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de las normas⁶.

La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción del resto de las normas y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal.

El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes. Si bien este Colegiado le ha reconocido la Constitución⁷ el carácter de norma política, también ha tenido oportunidad de enfatizar en varias oportunidades su carácter normativo y vinculante. Así, en el Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, afirmó que:

(...) la Constitución es una norma jurídica. En efecto, si expresa la autorrepresentación cultural de un pueblo, y refleja sus aspiraciones como nación, una vez formado el Estado Constitucional de Derecho, ella pasa a ocupar una posición análoga a la que ocupaba su creador. En buena cuenta, en el Estado Constitucional de Derecho, el status de Poder Constituyente, es decir la representación del pueblo políticamente soberano, lo asumirá la Constitución, que de esta forma pasará a convertirse en la norma jurídicamente suprema.⁸

En igual sentido, en otro caso sostuvo que:

(La) Constitución Política de la República del Perú" ... toda ella posee fuerza normativa (...)⁹

Con relación a la fuerza normativa y al contenido de la Constitución, se precisó que:

⁶ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho*, T. II : Madrid: Tecnos, 1992, p. 28.

⁷ Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, Fundamento 2, párrafos 1 y 2, Caso Miguel Angel Mufarech y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0002-2005-AI/TC, fundamento 7.

⁸ Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, fundamento 2, párrafo 3.

⁹ Caso Sesenta y cuatro Congresistas de la República, contra los artículos 1º, 2º, 3º, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 26285 (Exp. N.º 005-2003-AI/TC, fundamento 21).



La Constitución es un ordenamiento que posee fuerza normativa y vinculante; por ende, la materia constitucional será toda la contenida en ella, y “*lo constitucional*” derivará de su incorporación en la Constitución. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, a lo largo de su funcionamiento, en la resolución de los diferentes casos que ha tenido oportunidad de conocer ..., donde ha evaluado vulneraciones a la Constitución de la más diversa índole y en las cuales el único requisito para tal examen consistía en que la controversia se fundara en una violación de algún principio, valor o disposición de la Constitución.¹⁰

Pero el Tribunal Constitucional no sólo se ha referido a la Constitución como norma jurídica, sino que recientemente lo ha hecho desde una perspectiva objetivo-estructural y subjetivo institucional. Así:

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución).

En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica –en directa contravención de sus artículos 38º, 45º y 51º–, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla.¹¹

2.1.1.2. La Constitución como fuente de Derecho

10. Con relación a la Constitución como fuente de nuestro “derecho nacional”¹², debe remarcarse que constituye el fundamento de todo el “orden jurídico” y la más importante fuente normativa. Al respecto, la doctrina apunta que:

La Constitución es la fuente suprema dentro del ordenamiento, que conforma el orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad.¹³

¹⁰ Caso Villanueva Valverde, Exp. N.º 0168-2005-PC/TC, fundamento 3.

¹¹ Caso Ley de la Barrera electoral, Exp. N.º 00030-2005-PI, fundamentos 40 y 41.

¹² Artículo 55.º de la Constitución.

¹³ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Ob. Cit, 1992, p. 28.



En cuanto norma suprema del ordenamiento, la Constitución prevalece sobre todas las demás y en ese sentido condiciona el resto de las normas, por cuanto determina la invalidez de aquellas que formal o materialmente contradigan las prescripciones constitucionales.¹⁴

Es por ello que

La Constitución (...) termina convirtiéndose en el fundamento de validez de todo el ordenamiento instituido por ella. De manera que una vez que entra en vigencia, cualquier producción normativa de los poderes públicos e, inclusive, los actos y comportamientos de los particulares, deben guardarle lealtad y fidelidad. Ciertamente, no se trata sólo de una adhesión y apoyo que pueda ser medido o evaluado en el plano de la moral o la ética, sino también de una exigencia de coherencia y conformidad de la que es posible extraer consecuencias jurídicas. La infidelidad constitucional, en efecto, acarrea la posibilidad de declarar la invalidez de toda norma o acto, cualquiera sea su origen, según los alcances que el mismo ordenamiento constitucional haya previsto.¹⁵

2.1.1.3. La Constitución como fuente de fuentes

11. En cuanto a la consideración de que la Constitución es la “fuente de las fuentes de derecho” y la que regula la producción normativa¹⁶ o disciplina los modos de producción de las fuentes, Francisco Balaguer Callejón apunta que ésta es,

(...) además, la fuente que incorpora las normas fundacionales del ordenamiento mismo, a partir de las cuales se determinara la legitimidad del resto de las normas del sistema jurídico”.¹⁷

En igual sentido, se ha sostenido que

(...) la Constitución también incide en el sistema de fuentes en la medida en que regula el proceso de producción jurídica atribuyendo poderes normativos a distintos sujetos y asignando un valor específico a las normas creadas por éstos. Es decir, la Constitución es la *norma normarum* del ordenamiento, aunque no todas las normas sobre la producción jurídica están contenidas en ella.¹⁸

¹⁴ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. Ob. Cit., p. 285.

¹⁵ Caso Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos, Exp. N.º 0014-2003-AI/TC, fundamento 2, párrafo 4

¹⁶ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. Ob. Cit. p. 285.

¹⁷ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Ob. Cit., p. 28

¹⁸ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Ob. Cit. p. 285



Por su parte, este Colegiado sobre el tema ha expresado que la Constitución:

(...) ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional.

En efecto, la Constitución no sólo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran.

Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico. Desde allí, la Constitución exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución).¹⁹

Reseñando, se desprende que la Constitución, como fuente suprema:

- Crea los órganos encargados de la producción normativa.
- Otorga competencias materiales.
- Determina los procedimientos para la elaboración normativa.
- Establece los límites materiales para la elaboración normativa.
- Impone los contenidos normativos.

2.1.2. La Constitución como fuente de derecho: modo de producción jurídica

12. En el caso Colegio de Abogados del Cusco, este Tribunal trató ampliamente el tema del poder constituyente, y su condición de titular para la creación o producción de la *norma normarum* de nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, se dijo que:

En términos generales, suele considerarse como Poder Constituyente a la facultad por la cual el pueblo, en cuanto titular de la soberanía, decide instituir un orden constitucional. Como expresa Ernst Bockenforde, el Poder Constituyente "es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede" (E. Bockenforde, "Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale", en G. Zagrebelsky, P. Portinaro y J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino 1996, Pág. 234-235). Esta

¹⁹ Caso Hoja de Coca, Exp. N.º 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), fundamento 19.



última (la Constitución), por consiguiente, es su creación, a la par que la norma jurídica fundamental, por ser la depositaria objetiva de las intenciones del Poder Constituyente, sea para dotar de organización al Estado, sea para reconocer derechos de la persona.²⁰

Más recientemente, en el caso de la reforma constitucional del régimen pensionario, se dejó establecido que:

El Poder Constituyente originario, por ser previo y sin control jurídico, tiene la capacidad de realizar transmutaciones al texto constitucional, ya que este órgano representativo es el encargado de 'crear' la Constitución. Ello es así porque aparece como una entidad única, extraordinaria e ilimitada formalmente.²¹

13. De otro lado, siendo el poder constituyente el "plenipotenciario del pueblo", no puede establecerse con anterioridad un único modo de producción. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, conforme a la doctrina constitucional comparada, ha reconocido que existen algunas características del poder constituyente que pueden también ser consideradas como las reglas básicas para la formulación de una Constitución:

El Poder Constituyente responde, entre otras, a tres características: es único, extraordinario e ilimitado. Único como consecuencia de que ningún otro poder o forma de organización, puede, en estricto, ejercer la función que aquél desempeña. Se trata, por consiguiente, de un poder omnímodo, que no admite ningún poder paralelo en el ejercicio de sus atribuciones. Es, a su vez, extraordinario, en tanto que la responsabilidad por él ejercida, no es permanente sino excepcional; como tal, sólo puede presentarse en momentos o circunstancias históricas muy específicas (como las de creación o transformación de la Constitución).

Es, finalmente, ilimitado, en tanto asume plenipotenciariamente todas las facultades, sin que puedan reconocerse restricciones en su ejercicio, salvo las directamente vinculadas con las que se derivan de las valoraciones sociales dominantes.²²

Como puede colegirse, el modo de producción de una Constitución obedece a las pautas o reglas que el propio poder constituyente se fije según las circunstancias, lo que no sucede con la reforma de la Constitución, puesto que, en el caso del Perú, los artículos 32.º, inciso 1.º, y 206.º de la Constitución establecen las reglas básicas para ello.

²⁰ Caso Colegio de Abogados del Cusco, Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento 58

²¹ Caso reforma constitucional del régimen pensionario, Exps. N.º 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 17.

²² Caso Colegio de Abogados del Cusco, Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento 60.



Otorgando tal facultad al Congreso de la República y al pueblo directamente a través del referéndum. Dichas disposiciones disponen:

Artículo 32.º.- Pueden ser sometidas a referéndum:

(...)

La reforma total o parcial de la Constitución.

Artículo 206.º.- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.

La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral.

Sobre el artículo 206.º de la Constitución el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de señalar que:

El Poder Constituyente se ha autolimitado en la actual Constitución –artículo 206– a través del poder de revisión constitucional, lo que hace posible la existencia de una reforma constitucional, siempre y cuando se siga lo formal y materialmente establecido.

(...)

La existencia de un poder constituyente derivado implica la competencia del Congreso para reformar preceptos no esenciales de la Constitución, conforme a lo previsto en su mismo texto. Por ello, se caracteriza por ser limitado jurídicamente y posterior.²³

Asimismo, sobre el poder de reforma constitucional y su necesidad ha establecido que:

Si el resultado de la tarea constituyente, *prima facie*, resulta aceptable en términos sociales, como típico producto de un esfuerzo en el tiempo, la evolución que, por el contrario, experimenta la sociedad en la que la referida Constitución se aplica, tiende a desvirtuar, con el paso de los años, cualquier hipotético perfeccionismo. En dicho

²³ Caso reforma constitucional del régimen pensionario, Exps. N.ºs 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 18.



contexto, y ante la evidencia de constatar la presencia de vacíos, incongruencias, inadaptaciones y todo tipo de omisiones en el texto de una Constitución y la necesidad de que los mismos puedan quedar superados en algún momento, es que cobra legitimidad el llamado poder de reforma constitucional; que es, en esencia, aquel que se encarga de modificar, suprimir o enmendar una o más disposiciones constitucionales.²⁴

14. Si bien en el modelo constitucional peruano el poder de reforma constitucional es regulado por específicas disposiciones constitucionales, no es menos cierto que tal poder está limitado. Al respecto, este Colegiado ha establecido que:

(...) al ser un poder creado y limitado, puede revisar la Constitución, y adoptar aquellos preceptos que a lo largo de la vida constitucional requieren cambios en función a la realidad que regulan, pero no puede destruir la Constitución, ni menos aún vulnerar su esencia, o como se ha venido denominando, 'contenido fundamental'.²⁵

Según esta línea jurisprudencial, la reforma constitucional está sujeta a límites formales y límites materiales. Respecto a los primeros, se ha precisado que:

- Debe verificarse si se ha vulnerado el procedimiento exigido constitucionalmente, lo cual constituiría una afectación a los límites formales impuestos.
- Las normas de procedimiento no pueden ser objeto de reforma constitucional.
- Las modificaciones del texto constitucional realizadas por los órganos constituidos que se producen fuera de los cauces previstos en la normativa constitucional, serán nulas e ineficaces.²⁶

Y en cuanto a los segundos, que:

En términos generales, debe señalarse tajantemente que el Congreso tampoco puede variar algunas cuestiones de fondo de la Constitución. A ellas se les denomina "límites materiales", e imposibilitan ejercer el poder constituyente derivado a los órganos constituidos, con el fin de modificar las cláusulas que el texto fundamental ha establecido como "intangibles".²⁷

²⁴ Caso Colegio de Abogados del Cusco, Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento 68.

²⁵ Caso reforma constitucional del régimen pensionario, Exps. N.ºs 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 21.

²⁶ Caso reforma constitucional del régimen pensionario, Exp. N.º 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI/TC, fundamento 25.

²⁷ *Ibid.*, fundamento 32.



Del mismo modo, con relación a los límites materiales del poder de reforma constitucional debemos considerar que pueden ser expresos o implícitos. A Ambos se les considera principios supremos del ordenamiento constitucional y son intangibles para el poder reformador de la Constitución²⁸. Sobre los límites materiales expresos el Tribunal Constitucional ha señalado que el artículo 32.º de la Constitución reconoce como límite expreso el impedimento de reducir o restringir los derechos fundamentales²⁹. Y, en cuanto a los límites materiales implícitos este colegiado ha subrayado como los más importantes a la dignidad del hombre, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho, la forma republicana de gobierno y en general, el régimen político y la forma del Estado³⁰.

2.1.3. Las fuentes de derecho reguladas por la Constitución: modos de producción jurídica

15. El sistema de fuentes regulado por la Constitución consagra diversos tipos normativos. Principalmente, las normas con rango de ley y aquellas de rango reglamentario. Entre las primeras, nuestro sistema jurídico consagra una serie de tipos normativos que, si bien tienen el mismo rango jurídico, difieren en su denominación y en su modo de producción. Al respecto, este Tribunal ha señalado que:

(...) el inciso 4.º del artículo 200.º de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas.³¹

A continuación desarrollaremos brevemente cada uno de los tipos normativos y lo que sobre ellos ha establecido el Tribunal Constitucional.

2.1.3.1. Fuentes normativas o formas normativas

2.1.3.1.1. Fuentes normativas o formas normativas con rango de ley

2.1.3.1.1.1. Las leyes

16. Pueden definirse como las prescripciones normativas generales y escritas emanadas del Congreso de la República, conforme a un procedimiento prefijado por la Constitución.

Respecto a la “ley” como fuente de derecho este Colegiado ha precisado que:

²⁸ Ibid., fundamento 33.

²⁹ Ibid., fundamento 33.

³⁰ Caso Colegio de Abogados del Cusco, Exp. N.º 0014-2002-AI/TC, fundamento 76.

³¹ Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.º 0022-2004-AI/TC, fundamento 13.



Con relación a la fuente normativa denominada ley, en sentido material, deben tenerse presentes dos puntos. En primer lugar, su expedición corresponde al Congreso de la República conforme al inciso 1 del artículo 102° de la Constitución, que establece que es atribución del Congreso dar leyes. Atribución que descansa en los principios de soberanía política, consagrado en el artículo 45° de la Constitución, que establece que el Poder emana del pueblo, y en el principio representativo reconocido en el artículo 43° de la Constitución. Y en segundo lugar, que para la Constitución la fuente normativa denominada ley comprende a las leyes ordinarias, las leyes orgánicas, las leyes de desarrollo constitucional y las que tienen una denominación asignada directamente por la Constitución y cuyas diferencias no radican en su jerarquía ni en el órgano que las expide, sino en su procedimiento de aprobación y en las materias que regulan.³²

Agregando que:

(...) conforme al sistema de fuentes diseñado por la Norma Suprema y a sus artículos 51.°, 200.° inciso 4), 102.° inciso 1) y 106.°, la categoría normativa de leyes comprende a las leyes ordinarias y a las leyes orgánicas, las cuales tiene la misma jerarquía jurídica.³³

En efecto, atendiendo a los criterios jurisprudenciales expuestos respecto de la fuente o forma normativa ley, podemos considerar los siguientes tipos:

Ley de reforma constitucional: Se trata de dispositivos que materializan la reforma de la Constitución. Están sujetas al procedimiento especial previsto en el artículo 206° de la Constitución³⁴.

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

³² Caso Ley Marco del Empleo Público, Exp. N.° 008-2005-PI/TC, fundamento 9.

³³ Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.° 0022-2004-AI/TC, fundamento 16.

³⁴ Al respecto, el Tribunal Constitucional apunta que "(...) es posible asignar a tales leyes la calidad de fuentes normativas susceptibles de control de validez (...)", fundamento 7, Caso Colegio de Abogados del Cusco y otros, Resolución del Tribunal Constitucional, Exp. N.° 0050-2004-PI/TC, 0051-2004-PI/TC, 0004-2005 y 0007-2005-PI/TC (Acumulados).



Ahora bien, no debe confundirse el tipo de ley, en este caso ordinaria, con su denominación. En efecto, contrariamente a lo que ocurre con la forma normativa ley y sus tipos básicos (ley ordinaria y ley orgánica), la denominación de la ley puede ser diversa y variada, sin que por ello se afecte el modo de producción y el órgano que la expide. Al respecto, se ha acotado que:

Este Colegiado estima también que el Congreso de la República, al detentar la competencia exclusiva en la producción de la fuente normativa de ley, goza de la autonomía inherente, en el marco de la Constitución, del Reglamento del Congreso y de las leyes, para precisar la denominación de las leyes que expide; así por ejemplo, el caso de la Ley N.º 28175, que fue denominada Ley Marco del Empleo Público, hoy cuestionada por los demandantes.

La facultad de otorgar una denominación ha sido desarrollada por la Ley N.º 26889, Ley Marco para la producción y sistematización legislativa, cuyo artículo 3.º dispone que: "La Ley debe tener una denominación oficial que exprese su alcance integral. La denominación forma parte del texto oficial de la Ley y corresponde al Congreso de la República asignársela, salvo en los casos de Decretos Legislativos y Decretos de Urgencia, en los cuales es el Poder Ejecutivo quien asigna la denominación". En ese sentido, el Congreso de la República e incluso el Poder Ejecutivo, en el caso de Decretos Legislativos, son competentes para asignar determinadas denominaciones cuando se trata de leyes que regulan aspectos generales sobre una materia a fin de sintetizar su alcance integral, empleando para ello las denominaciones de Ley de Bases, Ley Marco y Ley General, según corresponda, pero que, en definitiva, constituyen la fuente normativa de ley expedida por el Congreso de la República.³⁵

Por otro lado, y siempre dentro del tipo de ley ordinaria, nuestra Constitución establece algunos subtipos de la ley ordinaria, con especiales características, pero que en esencia mantienen la condición de ley ordinaria porque su modo de producción es el establecido por la Constitución.

Así, por ejemplo, el artículo 104.º de la Constitución se refiere a la ley autoritativa, mediante la cual el Congreso de la República delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar a través de Decretos Legislativos. Dicha ley tiene dos elementos indispensables: la materia específica a delegar y el plazo determinado para ejercer la delegación. A su turno, conforme a los artículos 104.º y 101.º, inciso 4.º, de la Constitución, el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

³⁵ Caso Ley Marco del Empleo Público, Exp. N.º 0008-2005-PI/TC, fundamento 10.



En igual sentido puede hacerse mención a la ley de organización y funciones de los ministerios a que se refiere el artículo 121.º de la Constitución, la cual es ley ordinaria.

Ley de Presupuesto de la República: Los artículos 78.º, 79.º y 80.º de la Constitución especifican las particularidades del modo de producción de la Ley de Presupuesto; se trata por ello de una ley distinta a la ley ordinaria y a la ley orgánica.

Ley de la Cuenta General de la República: El artículo 81.º de la Constitución establece el procedimiento para la aprobación de este tipo de ley con características especiales.

Ley Orgánica: Es expedida por el Congreso de la República y su modo de producción debe cumplir los requisitos formales y materiales previstos en el artículo 106.º de la Constitución. Con relación a los requisitos formales dicho artículo dispone:

Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquier proyecto de ley y para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

Sobre los requisitos materiales el mismo artículo 106.º prescribe:

Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, desde una perspectiva *numerus clausus*, ha establecido que:

Una segunda interpretación del artículo 106.º, siempre desde la perspectiva *numerus clausus*, es aquella que, partiendo del requisito material, propio del modelo de ley orgánica que diseña la Constitución, preserva el principio de unidad en la interpretación de la Constitución. En tal sentido, debe considerarse que el artículo 106.º de la Constitución prevé dos rubros que deben regularse por ley orgánica: a) la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución, las cuales comprenden aquellas con mención expresa (las contempladas por los artículos 82.º, 84.º, 143.º, 150.º, 161.º y 198.º de la Constitución), y aquellas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad; ello porque la primera parte del artículo 106.º de la Constitución debe interpretarse coherentemente; y b) las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución (dentro de estas últimas se



tiene a las contempladas en los artículos 31.º, 66.º y 200.º de la Constitución).³⁶

Respecto a la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas por la Constitución con reserva de ley orgánica, que comprenden aquellas con mención expresa (las contempladas por los artículos 82.º, 84.º, 143.º, 150.º, 161.º y 198.º de la Constitución), y aquellas que, debido a su relevancia constitucional, también gozan de tal calidad, en el Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.º 0022-2004-AI/TC, fundamentos 23 a 32, este Colegiado estableció que las entidades del Estado cuya estructura y funcionamiento deben ser regulados por ley orgánica son:

- Congreso de la República, asumiendo que el reglamento del Congreso goza de naturaleza equivalente a ley orgánica.³⁷
- Poder Judicial.
- Poder Ejecutivo, sólo en cuanto a las disposiciones relativas a los capítulos IV y V del Título IV de la Constitución (Presidencia de la República y Consejo de Ministros), puesto que los ministerios deben ser regulados por ley de organización y funciones –ley ordinaria–, conforme al artículo 121.º de la Constitución.
- Jurado Nacional de Elecciones.
- Oficina Nacional de Procesos Electorales.
- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.
- Tribunal Constitucional.
- Defensoría del Pueblo.
- Ministerio Público.
- Consejo Nacional de la Magistratura.
- Los gobiernos regionales
- Las municipalidades
- Superintendencia de Banca y Seguros.
- Contraloría General de la República.
- Banco Central de Reserva.

Las otras materias sujetas a reserva de ley orgánica a que se refieren los artículos 31.º, 66.º y 200.º de la Constitución son: el derecho de ser elegido y de elegir libremente a sus representantes, las condiciones de utilización y otorgamiento a particulares de los recursos naturales y el ejercicio de las garantías constitucionales, respectivamente.

Finalmente, debe precisarse sobre la ley de desarrollo de la Constitución, expedida por el Congreso de la República, y así denominada por la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que no constituye una categoría especial de la forma

³⁶ Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.º 0022-2004-AI/TC, fundamento 20.

³⁷ *Ibid.*, fundamento 23.



normativa ley, sino que comprende tanto a la ley ordinaria como a la ley orgánica. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido:

Con la expresión “Ley de desarrollo constitucional”, la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución no ha creado una categoría normativa especial entre las fuentes que tienen el rango de la ley. Tal expresión no alude a una categoría unitaria de fuentes, sino a una diversidad de ellas, que tienen como elemento común constituir un desarrollo de las materias previstas en diversos preceptos constitucionales, cuya reglamentación la Norma Suprema ha encargado al legislador. Forman parte de su contenido “natural” las denominadas leyes orgánicas, en tanto que mediante ellas se regula la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, y de otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución; así como las leyes ordinarias como las que demandan los artículos 7° y 27° de la Constitución, por poner dos ejemplos, a las que se les ha encomendado la tarea de precisar los alcances de determinados derechos o instituciones constitucionalmente previstas.

Ello significa, desde luego, que la condición de “leyes de desarrollo constitucional” no se agotan en aquellas cuyas materias se ha previsto en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución, esto es, a lo que allí se alude como leyes en materia de descentralización y las relativas a los mecanismos y al proceso para eliminar progresivamente los monopolios legales otorgados en las concesiones y licencias de servicios públicos; dado que sobre estas últimas, la Constitución sólo ha exigido del legislador cierto grado de diligencia (“prioridad”) en su dictado.³⁸

2.1.3.1.1.2. Resoluciones legislativas

17. Se trata de actos parlamentarios que generalmente regulan casos de manera particular y concreto. Representan la excepción a la característica de generalidad de la ley. Tienen rango de ley porque el inciso 1.° del artículo 102.° de la Constitución y el artículo 4.° del Reglamento del Congreso le confieren implícitamente una jerarquía homóloga a la ley.

En efecto, el artículo 102°, inciso 1 de la Constitución establece que son atribuciones del Congreso de la República dar resoluciones legislativas. Conforme al artículo 72.° del Reglamento del Congreso, mediante el procedimiento legislativo, se aprueban “resoluciones legislativas” y “resoluciones legislativas de aprobación de las normas

³⁸ Caso sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1°, 2°, 3°, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley N.° 26285 (Exp. N.° 005-2003-AI/TC, fundamento 38.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

reglamentarias internas del Congreso". Por tanto, existen dos tipos de resoluciones legislativas, cuyas particularidades serán distinguidas en el presente apartado.

El artículo 75.º del mencionado reglamento establece que las proposiciones de resolución legislativa se sujetarán a los mismos requisitos que los de ley, en lo que fuera aplicable. Conforme al artículo 76.º del mismo Reglamento, las reglas para la presentación de proposiciones de resoluciones legislativas son las siguientes:

- a) Las proposiciones de resolución legislativa presentadas por el Poder Ejecutivo estarán referidas a:
- Aprobación de tratados conforme al artículo 56.º de la Constitución.
 - Concesión de la prórroga del estado de sitio, la que deberá contener la nómina de los derechos fundamentales cuyo ejercicio no se restringe o suspende, conforme al inciso 2.º del artículo 137.º de la Constitución.
 - Autorización del ingreso de tropas extranjeras al territorio de la República sin afectar la soberanía nacional, conforme al inciso 8.º del artículo 102.º de la Constitución.
 - Declaración de guerra y firma de la paz conforme al inciso 16.º del artículo 118.º de la Constitución.
 - Autorización al Presidente de la República para salir del país, conforme al inciso 1.º del artículo 102.º de la Constitución.
- b) Las proposiciones de resolución legislativa presentadas por los Congresistas no podrán versar sobre:
- Viajes al exterior del Presidente de la República, prórroga del estado de sitio, aprobación de tratados internacionales, autorización del ingreso de tropas extranjeras ni declaración de guerra y firma de la paz.

En términos generales, puede afirmarse que las materias citadas son las reguladas por las resoluciones legislativas del primer tipo, mencionadas en el artículo 72º del Reglamento del Congreso, cuya numeración es correlativa a la de las leyes y que en la actualidad consta de cinco dígitos. Asimismo, mediante este tipo de resoluciones legislativas se conceden pensiones de gracia y se nombra a los directores del Banco Central de Reserva y al Defensor del Pueblo.

Con relación a las resoluciones legislativas de aprobación de las normas reglamentarias internas del Congreso, conviene anotar que una de sus características es que su numeración corresponde a cada año y que se les denomina resoluciones legislativas del Congreso. Estas, además de aprobar las normas reglamentarias internas, también se



usan, debido a la práctica parlamentaria, para aprobar, entre otras cuestiones, los siguientes:

- Modificaciones al Reglamento del Congreso.
- La agenda legislativa del período anual de sesiones.
- Delegación de facultades legislativas a la comisión permanente.
- Nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional.
- Declaración de la vacancia del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo y del Contralor General de la República.
- Declaración de la formación de causa conforme al artículo 100.º de la Constitución.
- Imposición de la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la función pública.
- Autorización al Presidente del Congreso de la República para desempeñar comisiones extraordinarias de carácter internacional.

Las resoluciones legislativas, de ambos tipos, son aprobadas por el pleno del Congreso, pero también lo pueden ser por la comisión permanente.

2.1.3.1.1.3. Tratados

18. Los tratados son expresiones de voluntad que adopta el Estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional. En puridad, expresan un acuerdo de voluntades entre sujetos de derecho internacional, es decir, entre Estados, organizaciones internacionales, o entre estos y aquellos.

Como puede colegirse, implican un conjunto de reglas de comportamiento a futuro concertados por los sujetos de derecho internacional público. Son, por excelencia, la manifestación más objetiva de la vida de relación de los miembros de la comunidad internacional.

Los tratados reciben diversas denominaciones, establecidas en función de sus diferencias formales; a saber: convenios o acuerdos, protocolos, modus vivendi, actas, concordatos, compromisos, arreglos, cartas constitutivas, declaraciones, pactos, canje de notas, etc.

19. El tratado como forma normativa en el derecho interno tiene algunas características especiales que lo diferencian de las otras fuentes normativas. Ello porque, por un lado, los órganos de producción de dicha fuente (esto es, los Estados y los organismos internacionales que celebran el tratado), desarrollan su actividad productora en el ámbito del derecho internacional, y por otro, porque su modo de producción (por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ejemplo las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – negociación, aprobación y ratificación) se rige por el derecho internacional público.

20. Los artículos 56.º y 57.º de la Constitución distinguen internamente a los tratados celebrados por el Estado peruano de la manera siguiente:

- a) **Tratados con habilitación legislativa:** Su contenido afecta disposiciones constitucionales; por ende, deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificados por el Presidente de la República.
- b) **Tratados ordinarios:** Son los que específicamente versan sobre derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa nacional u obligaciones financieras del Estado. Igualmente, se encuentran comprendidas bajo dicha denominación aquellos tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

Estos tratados deben ser necesariamente aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República.

- c) **Convenios internacionales ejecutivos:** Son aquellos que el Presidente de la República puede elaborar o ratificar o adherir sin el requisito de la aprobación previa del Congreso, puesto que se refieren a materias no contempladas para los tratados ordinarios.

La Constitución señala que, efectuado el acto de celebración, ratificación o adhesión presidencial, se debe dar cuenta al Congreso.

21. A diferencia de las demás formas normativas que se producen en el ámbito del derecho interno peruano, los tratados son fuente normativa, no porque se produzcan internamente, sino porque la Constitución así lo dispone. Para ello, la Constitución, a diferencia de las otras formas normativas, prevé la técnica de la recepción o integración de los tratados en el derecho interno peruano. Así, el artículo 55.º de la Constitución dispone:

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

Es la propia Constitución, entonces, la que establece que los tratados internacionales son fuente de derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Por mandato de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

disposición constitucional citada se produce una integración o recepción normativa del tratado.³⁹

22. Adicionalmente cabe señalar que, si bien el artículo 55.º de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades. Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional –conforme al artículo 55.º de la Constitución– sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa⁴⁰.

2.1.3.1.1.4. Reglamento del Congreso

23. El artículo 94.º de la Constitución dispone que:

“El Congreso elabora y aprueba su Reglamento, que tiene fuerza de ley (...)”.

Sobre ello el Tribunal Constitucional ha establecido que:

(...) tal como lo establece expresamente el inciso 4) del artículo 200º de la Constitución, este Colegiado es competente para controlar la constitucionalidad del Reglamento del Congreso. En efecto, toda diferencia doctrinaria que pudiera existir respecto al lugar que ocupa el Reglamento del Congreso en el sistema de fuentes del derecho, no tiene lugar en el ordenamiento jurídico peruano, ya que la propia Carta Fundamental, en la disposición recién citada, ha establecido que dicha

³⁹ FREIXES SANJUÁN, Teresa. En: *La integración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las Sentencias del Tribunal Constitucional*. Materiales de enseñanza del Programa de Doctorado y Máster en Justicia Constitucional, Tutela Judicial y Derechos Fundamentales, ESADE, Facultad de Derecho, Universidad Ramón Llull, Curso 2001, Barcelona, España.

⁴⁰ *Ibid.*



norma tiene rango de ley. Se trata, pues, de una fuente primaria del derecho y, como tal, sólo se somete a la Constitución.⁴¹

24. En igual sentido se manifestó respecto al Reglamento del Congreso, que este no sólo tiene fuerza de ley, sino también naturaleza de ley orgánica. Más precisamente:

(...) la estructura y funcionamiento de los Poderes del Estado gozan de reserva de ley orgánica de acuerdo a los siguientes criterios. En el caso del Congreso de la República, prima facie, debe considerarse que, conforme al artículo 94.º de la Constitución, el Congreso de la República se regula por su reglamento, que tiene fuerza de ley, constituyendo este hecho una excepción a la regla de que, en principio, los Poderes del Estado se regulan por ley orgánica. Sin embargo, es pacífico asumir que dicho reglamento goza de naturaleza equivalente a la ley orgánica.⁴²

2.1.3.1.1.5. Decretos Legislativos

25. Esta forma normativa de fuente con rango de ley está prevista en el artículo 104.º de la Constitución, que establece:

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

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley.

El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

El decreto legislativo tiene al Poder Ejecutivo como órgano productor. Sin embargo, el Congreso de la República también tiene una intervención indirecta, toda vez que fija la materia y el plazo de la delegación. Como ya se precisó anteriormente, los artículos 104.º y 101.º, inciso 4, de la Constitución establecen que el Congreso de la República no puede delegar al Poder Ejecutivo las materias relativas a reforma constitucional, aprobación de tratados internacionales, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República.

Por ello, la regulación a través de este tipo normativo, el decreto legislativo, está limitada directamente por la Constitución y también por la ley autoritativa. Podía darse

⁴¹ Caso Sesenta y Cinco Congresistas de la República, Exp. N.º 0006-2003-AI/TC, fundamento 1.

⁴² Caso Ley de la Policía Nacional del Perú, Exp. N.º 0022-2004-AI/TC, fundamento 23.



el caso de que el Congreso de la República delegue una materia prohibida, con lo cual no sólo será inconstitucional la ley autoritativa, sino también el decreto legislativo que regula la materia en cuestión. De otro lado, también puede darse el caso de que la ley autoritativa delegue una materia permitida por la Constitución y, sin embargo, el decreto legislativo se exceda en la materia delegada, con lo cual, en este caso también se configurará un supuesto de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 104.º de la Constitución.

2.1.3.1.1.6. Decretos de urgencia

26. Respecto de esta fuente normativa, el inciso 19 del artículo 118º de la Constitución establece que corresponde al Presidente de la República:

Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha referido a los requisitos formales y materiales para la expedición de los Decretos de Urgencia, estableciendo que:

En el caso de los decretos de urgencia, los requisitos formales son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito ex ante está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123º de la Constitución), mientras que el requisito ex post lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en la norma de desarrollo constitucional contenida en el artículo 91º del Reglamento del Congreso.⁴⁵

Respecto a los requisitos materiales para la producción, deben tenerse en cuenta los siguientes:

(...) la legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118º de la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre "materia económica y financiera.

⁴⁵ Caso Roberto Nesto Brero, Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 58.



Este requisito, interpretado bajo el umbral del principio de separación de poderes, exige que dicha materia sea el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (párrafo tercero del artículo 74º de la Constitución). Empero, escaparía a los criterios de razonabilidad exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales.⁴⁴

27. 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.º de la Constitución y por el inciso c) del artículo 91.º del Reglamento del Congreso. Tales criterios son:

a) Excepcionalidad: La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la "voluntad" de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegiado sustancialmente comparte- que "en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma" (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

b) Necesidad: Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.

c) Transitoriedad: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.

d) Generalidad: El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios

⁴⁴ Ibid fundamento 59.



de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N.º 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.⁴⁵

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

2.1.3.1.1.7. Las ordenanzas regionales

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

Por tanto, sobre la base de su autonomía política, los gobiernos regionales se constituyen en los órganos productores de normas regionales de carácter general con rango de ley, las cuales en nuestro sistema de fuentes se denominan ordenanzas regionales, conforme al artículo 37.º de la Ley N.º 27867, Ley Orgánica de Regiones. Al respecto, el artículo 38.º de la misma ley señala que:

Las Ordenanzas Regionales norman asuntos de carácter general, la organización y la administración del Gobierno Regional y reglamentan materias de su competencia.

Con relación a los gobiernos regionales como órganos productores de normas con rango de ley, este Colegiado ha referido que:

La creación de gobiernos regionales con competencias normativas comporta la introducción de tantos subsistemas normativos como gobiernos regionales existan al interior del ordenamiento jurídico peruano. Tal derecho regional, sin embargo, tiene un ámbito de

⁴⁵ Caso Roberto Nesto Brero, Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, fundamento 60.



vigencia y aplicación delimitado territorialmente a la circunscripción de cada gobierno regional, además de encontrarse sometido a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional, particularmente, a la LBD y a la LOGR.⁴⁶

Estableciéndose adicionalmente que:

Dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200° 4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto. Lo cual no significa que éste pueda ser desintegrado, ni mucho menos, contrapuesto. De hecho —según se ha podido referir, y respecto de lo cual a continuación se profundizará—, en tanto existen leyes a las que la Constitución ha delegado la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales, los gobiernos regionales no pueden expedir ordenanzas que resulten contrarias a ellas, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad indirecta.⁴⁷

Por último, en referencia a su validez, se ha precisado lo siguiente:

En tal sentido, la validez de las ordenanzas regionales se encuentra sujeta al respeto del marco normativo establecido tanto en la LBD como la LOGR, por lo que forman parte del parámetro de control en la presente causa.⁴⁸

2.1.3.1.1.8. Las ordenanzas municipales

29. El artículo 194.º de la Constitución dispone que las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local y tienen autonomía política. A su turno, el inciso 4.º del artículo 200.º de la Constitución confiere rango de ley a las ordenanzas municipales. Consecuentemente, la facultad normativa de las municipalidades que se deriva de la autonomía política también las convierte en órganos productores de normas generales en el ámbito de sus competencias. La ley N.º 27972, Orgánica de Municipalidades, dispone en su artículo 40.º que:

Las ordenanzas de las municipalidades provinciales y distritales, en la materia de su competencia, son las normas de carácter general de

⁴⁶ Caso Hoja de la Coca, Exp. N.º 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), fundamento 58.

⁴⁷ *Ibíd.*, fundamento 61.

⁴⁸ *Ibíd.*, fundamento 68.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

mayor jerarquía en la estructura normativa municipal, por medio de las cuales se aprueba la organización interna, la regulación, administración y supervisión de los servicios públicos y las materias en las que la municipalidad tiene competencia normativa.

Mediante ordenanzas se crean, modifican, suprimen o exoneran, los arbitrios, tasas, licencias, derechos y contribuciones, dentro de los límites establecidos por ley.

Las ordenanzas en materia tributaria expedidas por las municipalidades distritales deben ser ratificadas por las municipalidades provinciales de su circunscripción para su vigencia.

30. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

La fuerza o el valor de ley de estas normas se determina por el rango de ley que la propia Constitución les otorga –artículo 200º, inciso 4 de la Constitución–. Se trata, por tanto, de normas que, aun cuando no provengan de una fuente formal como la parlamentaria, son equivalentes a las emitidas por ella y, como tales, se diferencian por el principio de competencia y no por el de jerarquía normativa. De este modo, la ordenanza, en tanto ley municipal, constituye un instrumento importante a través del cual las municipalidades pueden ejercer y manifestar su autonomía.⁴⁹

2.1.3.1.2. Fuentes normativas con rango distinto a la ley

31. El inciso 8.º del artículo 118.º de la Constitución dispone que corresponde al Presidente de la República:

Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites dictar decretos y resoluciones.

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

⁴⁹ Caso Mateo Eugenio Quispe en representación del 1% de los ciudadanos del distrito de Ancón, Exp. N.º 0003-2004-AI/TC, fundamento 7.



Por otro lado, dicha disposición constitucional establece los límites a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, consistentes en que la fuente normativa denominada reglamento no debe transgredir ni desnaturalizar las leyes que pretende reglamentar. Estos mismos límites, conforme al mandato constitucional, delimitan la expedición de los decretos y resoluciones.

Ahora bien, es necesario considerar que en nuestro modelo constitucional algunos órganos constitucionales también expiden reglamentos, y si bien, en rigor no son aquellos a los que alude el inciso 8 del artículo 118.º de la Constitución, es evidente que tales reglamentos también constituyen fuente normativa porque desarrollan diversos ámbitos de sus leyes orgánicas o leyes de creación.

2.1.3.2. La jurisprudencia

32. La Constitución configura dos órganos jurisdiccionales, que si bien tienen competencias y ámbitos propios de actuación por mandato de la propia norma suprema, cumplen un rol decisivo en un Estado democrático, que consiste básicamente en solucionar por la vía pacífica los conflictos jurídicos que se suscitan entre los particulares y entre éstos y el Estado. En efecto, en nuestra época es pacífico sostener que un sistema jurídico que no cuente con las garantías jurisdiccionales necesarias para restablecer su vigencia cuando haya sido vulnerado, sencillamente carece de eficacia.

En ese contexto, cabe señalar que dicha tarea está encomendada fundamentalmente al Poder Judicial, al Tribunal Constitucional y, con sus particularidades, al Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral. Así, el artículo 138.º de la Constitución dispone:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

Al respecto, este Colegiado ha afirmado que:

Está fuera de duda que el Poder Judicial es el órgano estatal que tiene como principales funciones resolver los conflictos, ser el primer garante de los derechos fundamentales (...) canalizando las demandas sociales de justicia y evitando que éstas se ejerzan fuera del marco legal vigente.⁵⁰

⁵⁰ Caso Poder Judicial contra Poder Ejecutivo, Exp. N.º 0004-2004-CC/TC, fundamento 32.



33. Similar función, regida fundamentalmente por los principios de supremacía de la Constitución y defensa de los derechos constitucionales, le compete al Tribunal Constitucional. En ese sentido, el artículo 201.º de la Constitución establece que:

El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución.
Es autónomo e independiente.

En efecto, el Tribunal Constitucional “es el” órgano de control de la Constitución, no es uno más y esa es su principal función. Es autónomo e independiente y sólo está limitado por la Constitución, de la cual es su custodio y garante, porque así lo decidió el Poder Constituyente que le encomendó tal tarea. Por tanto, si bien como órgano constitucional no es superior a los Poderes del Estado ni a otros órganos constitucionales, tampoco está subordinado a ninguno de ellos, pues es autónomo e independiente, y sus relaciones se dan en un marco de equivalencia e igualdad, de lealtad a la Constitución, de firme defensa de la democracia y de equilibrio. En efecto, en nuestra época el equilibrio no es solo entre poderes del Estado, puesto que las Constituciones modernas han creado órganos constitucionales autónomos que antes no existían. Tal principio también debe regir las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y de estos últimos entre sí.

Sin embargo, con igual énfasis debe tenerse presente que en el ámbito de las competencias y funciones que el Poder Constituyente le encomendó sí ocupa un lugar privilegiado. En efecto, así como el Congreso de la República cuando ejerce su función legislativa o la función contralora del Poder Ejecutivo, tiene primacía sobre los otros poderes u órganos constitucionales, de igual manera sólo el Tribunal Constitucional, en sede jurisdiccional, declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas con rango de ley con efectos generales para todos, conforme al artículo 204.º de la Constitución, y resuelve los casos relativos a derechos constitucionales, confiriéndole el sistema jurídico una primacía a través del precedente de la jurisdicción constitucional⁵¹. De ahí que en el ámbito de sus competencias, el Tribunal Constitucional es un *primus inter pares* en relación a los Poderes del Estado y los demás órganos constitucionales.

En ese sentido, es claro que para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia. Respecto de esta última se ha sostenido que:

Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y

⁵¹ Caso Municipalidad Distrital de Lurín, Exp. N.º 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta (...).⁵²

34. Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente.

Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139.º, reconoce el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia. Por ejemplo, para el caso de la jurisprudencia constitucional, este colegiado ha establecido que:

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

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

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

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia.⁵³

En ese sentido, debe enfatizarse que del artículo 103.º de la Constitución se deriva que las sentencias de inconstitucionalidad expedidas por el Tribunal Constitucional tienen rango de ley.

⁵² MORENO MILLÁN, Franklin: *La Jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho*. Bogotá. Ed. Leyer. 2002, p. 33.

⁵³ Caso Municipalidad Distrital de Lurin, Exp. N.º 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas.



35. Precisamente, si bien la labor de interpretación jurídica tiene diversos intérpretes, que en el ámbito jurisdiccional es donde dicha actividad despliega todos sus efectos vinculantes. En efecto, si no fuera así, ¿cuál sería la diferencia entre la interpretación jurídica de un particular y la de un juez? la labor interpretativa para resolver controversias constitucionales en el ámbito de la jurisdicción constitucional tiene en el Tribunal Constitucional a un intérprete privilegiado, puesto que tal condición deriva directamente de la Constitución. Al respecto, este Colegiado ha expresado:

En tal sentido, si bien reconocemos la pluralidad de intérpretes jurídicos con relación a la Constitución, también reafirmamos el lugar privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos.⁵⁴

36. Queda claro entonces que la jurisprudencia es una fuente de derecho que también tiene un fundamento constitucional a través de los órganos jurisdiccionales que la producen. Asimismo, que la labor interpretativa que realizan todos los jueces, inherente a tal función, es la razón de ser de la actividad jurisdiccional, en sede constitucional u ordinaria, y que tiene su fundamento en el principio de independencia consagrado por la Constitución en sus artículos 139.º, inciso 2 (Poder Judicial) y 201.º (Tribunal Constitucional). Sin la interpretación la actividad de los jueces estaría condenada al fracaso, pues la Constitución y la ley no pueden prever todos los casos posibles que presenta la realidad según cada época.
37. En los últimos tiempos el Tribunal Constitucional ha tenido que resolver casos y problemas constitucionales (por ejemplo, en materia de inconstitucionalidades de normas con rango de ley), conforme a la Constitución. Así, a solicitud de miles de ciudadanos, de congresistas, del Poder Ejecutivo, del Poder Judicial, de diversos órganos constitucionales como la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público entre otros, de colegios profesionales, gobiernos regionales y gobiernos municipales, este Colegiado se ve obligado a buscar, bajo el marco constitucional vigente, soluciones jurídicas que en muchos caso requieren de una interpretación de las normas con rango de ley conforme a la Constitución.
38. En tal sentido, de las 203 demandas de inconstitucionalidad planteadas ante este Tribunal, sólo 12, es decir el 5.94%, han utilizado la técnica de las sentencias interpretativas o manipulativas, que todos los Tribunales Constitucionales en el mundo aplican, precisamente para dar soluciones justas, equilibradas y ponderadas a los problemas constitucionales que requieren una solución a solicitud de la ciudadanía, de los poderes del Estado, de los órganos constitucionales autónomos y de los gobiernos regionales y municipales. Igualmente y con base en el principio de independencia

⁵⁴ Caso Poder Judicial contra Poder Ejecutivo, Exp. N.º 0004-2004-CC/TC, fundamento 19



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

funcional que la Constitución le reconoce al Tribunal Constitucional, en sólo 16 casos, incluyendo algunos de los 12 mencionados, se han formulado exhortaciones que se justifican plenamente, porque, ¿qué sentido tiene que un órgano constitucional detecte un fallo, un vacío o deficiencia normativa y no los ponga en conocimiento del órgano competente para que los resuelva?

39. De ahí que todo acto de los poderes públicos u órganos constitucionales que pretenda restringir dicha función interpretativa no sólo es uno que priva a los órganos jurisdiccionales de su función, sino que es inconstitucional. Es como si se estableciera que el Congreso no legisle, a pesar de que en base al principio de soberanía política tiene un amplio margen de configuración política de la ley, pero siempre dentro del parámetro de la Constitución. No puede existir un órgano jurisdiccional limitado en la función interpretativa inherente a todo órganos jurisdiccional, a menos que esa restricción derive directamente de la Constitución. Hacerlo es vulnerar el equilibrio entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y, con ello, el sistema democrático. Pretender limitar las funciones inherentes del Tribunal Constitucional sería como condenarlo a la inacción por cumplir su deber.

2.1.3.3. La costumbre

40. Esta noción alude al conjunto de prácticas políticas jurídicas espontáneas que han alcanzado uso generalizado y conciencia de obligatoriedad en el seno de una comunidad política.

Conviene enfatizar que la costumbre constitucional tiene una significación de mayor envergadura que las prácticas juridizadas en el resto de las disciplinas jurídicas. Ello se explica porque la organización y funcionamiento del Estado es tal complejidad que se hace imposible que pueda ser total y exclusivamente regulada por la legislación.

Conforme al artículo 139.º inciso 8 de la Constitución, un principio de la función jurisdiccional es el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo en tal caso aplicarse el derecho consuetudinario.

Respecto del derecho consuetudinario la doctrina apunta que:

Hay (...) una segunda categoría de normas que se expresan siempre como prácticas sociales y nunca en forma de enunciados lingüísticos escritos y publicados; son, en consecuencia, normas eficaces por definición, y en ese sentido existentes; también pueden gozar de validez cuando reúnan determinadas condiciones exigidas por el sistema jurídico, pero no ha de ser necesariamente así. Esto significa que determinadas prácticas o usos sociales; en suma que determinados hechos son susceptibles de crear normas, de generar obligaciones



(cuando menos, de exteriorizarlas), de manera que quien se aparte de los mismos puede padecer una consecuencia análoga a la que sufriría quien desconoce el mandato contenido en una prescripción legal; tales prácticas o usos reciben el nombre de costumbre o, mejor, de Derecho consuetudinario.⁵⁵

Los elementos que constituyen la costumbre son:

- a) Elemento material. Hace referencia a la práctica reiterada y constante, es decir, alude a la duración y reiteración de conductas en el tiempo (*consuetudo inveterate*).
- b) Elemento espiritual. Hace referencia a la existencia de una conciencia social acerca de la obligatoriedad de una práctica reiterada y constante; es decir, alude a la convicción generalizada respecto de la exigibilidad jurídica de dicha conducta (*opinio iuris necessitatis*).

41. Precisamente, gracias a la actividad interpretativa que desarrollan los órganos jurisdiccionales se han podido resolver importantes casos para la vida de la nación. A modo de ejemplo, y no único, debe mencionarse el caso planteado por un grupo de congresistas contra la letra del himno nacional. A fin de poder adoptar una solución justa, ponderada y equilibrada, este Colegiado, recogiendo las tesis de los demandantes y demandados, recurrió a la costumbre como fuente de derecho y gracias a ella arribó a una solución equilibrada. Así, se dijo que:

Declarar que corresponde al Congreso de la República determinar la o las estrofas del Himno Nacional del Perú que deben ser tocadas y entonadas en los actos oficiales y públicos. En tanto ello no se produzca mantiene su fuerza normativa la costumbre imperante.⁵⁶

2.1.3.4. Los principios generales del derecho

42. Esta noción alude a la pluralidad de postulados o proporciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales, constituyen parte de núcleo central el sistema jurídico. Insertados de manera expresa o tácita dentro de aquél, están destinados a asegurar la verificación preceptiva de los valores o postulados ético-políticos, así como las proporciones de carácter técnico-jurídico.

Conforme al artículo 139.º, inciso 8 de la Constitución, un principio de la función jurisdiccional es el de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo, en tal caso, aplicarse los principios generales del derecho.

⁵⁵ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*, Ob. Cit., p. 307.

⁵⁶ Caso Himno Nacional, Exp. N.º 0044-2004-AI/TC, punto 4 del fallo.



Conviene tener presente algunas aproximaciones generales. Reale ha mencionado que los principios generales del derecho corresponden a los principios monovalentes, es decir, que solo valen en el ámbito de determinada ciencia.⁵⁷

Por ende,

(...) son conceptos *básicos* que presentan diversa gradación y diversa extensión, pues los hay que cubren todo el campo de la experiencia jurídica universal, mientras que otros se refieren a los ordenamientos jurídicos pertenecientes a una misma "familia cultural", y otros son propios y específicos del Derecho patrio.

(...) el ordenamiento jurídico nacional se distribuye en "niveles o estratos normativos" o sistemas de modelos jurídicos diversos y que corresponde a las diferentes regiones o esferas de la realidad social. Cada "región jurídica" presupone, a su vez, directrices y conceptos básicos que aseguran la unidad lógica de los institutos y figuras que la componen.⁵⁸

Reale recomienda estudiar los principios generales según la rama jurídica de que se trate. Por ejemplo a nivel de la doctrina nacional expresa que:

(...) los principios generales del Derecho existen en diversos niveles del Derecho y que todos pueden ser utilizados para fines de integración jurídica.⁵⁹

Así, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil establece:

Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.

43. Los principios generales, en relación a las normas y a los valores, han adquirido gran importancia para la interpretación jurídica, además de su indispensable aplicación para fines de integración jurídica. En ese contexto, un sector importante de la doctrina considera que los principios generales también pueden ser considerados como normas, aun cuando en algunos casos los principios no sean expresos. Hay casos en que los

⁵⁷ REALE, Miguel. *Introducción al derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, S.A., Novena edición, 1989, p. 139.

⁵⁸ REALE, Miguel. Ob. Cit., p. 149.

⁵⁹ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 5. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1ª edición, 1999, p. 99.



principios adoptan expresamente la estructura jurídica de normas; por ejemplo, cuando el principio es incorporado a la disposición o texto normativo. En esa línea se ha sostenido que los principios son una clase de norma⁶⁰. En cuanto a esta postura Bobbio precisa que:

En mi opinión, los principios generales no son sino normas fundamentales o generalísimas del sistema, las normas más generales. El nombre de principios llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas. Para mí es indudable que los principios generales son normas como todas las otras... Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también... En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso. ¿Con qué fin se deducen en caso de laguna? Es claro que para regular un comportamiento no regulado, pero, entonces ¿sirven para el mismo fin que las normas expresas? Y, ¿por qué no deberían ser normas?⁶¹

En este hilo argumental, especial mención merecen los principios constitucionales. Sobre ellos se ha dicho que son instituciones con proyección normativa de los cuales se extraen reglas jurídicas y que han de deducirse de las reglas constitucionales⁶². Freixes y Remotti señalan que los principios constitucionales tienen las siguientes características estructurales:

- Son normas inferidas de una interpretación operativa sobre las reglas constitucionales.
- Constituyen proyecciones normativas a partir de elementos reglados.
- Contienen gérmenes de reglas indeterminadas, pero predictibles.
- Sus elementos estructurales son permanentes.
- Entre los principios no existe relación jerárquica a nivel estructural.⁶³

⁶⁰ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. Ob. Cit., p. 343.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 239.

⁶² FREIXES SAN JUAN, Teresa y REMOTTI CARBONELL, José Carlos. Los valores y principios en la interpretación constitucional, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, N.º 35. Mayo-Agosto 1992. pp. 102 y 103.

⁶³ Ob. Cit. p. 103.



Los mismos autores sostienen que los principios constitucionales, en cuanto instituciones jurídicas con proyección normativa, cumplen una función informadora de todo el ordenamiento jurídico. Dicha función se concreta en que:

- Tienen eficacia directa.
- Permiten extraer reglas aplicables al caso concreto.
- Su función positiva consiste en informar el ordenamiento.
- La función negativa comporta que tengan fuerza derogatoria.
- Su interpretación debe realizarse en forma complementaria e indisociable.
- Facilitan, a partir de su trasmutación en reglas, la posibilidad operativa de una pluralidad de opciones cuya elección concreta corresponde a criterios de política legislativa.⁶⁴

Asimismo, en el plano de la teoría del derecho y de la dogmática constitucional, se ha precisado que:

(...) los principios son normas, y los principios jurídicos son normas jurídicas: en palabras del Tribunal Constitucional, "allí donde la oposición entre leyes anteriores y los principios generales plasmados en la Constitución sea irreductible, tales principios, en cuanto forman parte de la Constitución, participan de la fuerza derogatoria de la misma, como no puede ser de otro modo"(STC 4/1981, de 2 de febrero).⁶⁵

2.1.3.5. El contrato (la autonomía de la voluntad)

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

El contrato, al expresar la autonomía de la voluntad como fuente de derecho tiene su fundamento en las siguientes disposiciones constitucionales. El inciso 14.º del artículo 2.º de la Constitución prescribe que toda persona tiene derecho:

A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

A su turno, el artículo 62.º de la Constitución establece que:

⁶⁴ Ob. Cit., p. 104.

⁶⁵ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. Ob. Cit., p. 344.



La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Por su parte, el inciso 3.º del artículo 28.º de la Constitución dispone que:

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de los concertado.

Como puede inferirse, las disposiciones constitucionales citadas confirman la tesis de que el contrato también es una fuente de derecho que tiene reconocimiento constitucional. Al respecto, este colegiado ha señalado:

La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2.º, inciso 24, literal a de la Constitución (...). (...) el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales (...)⁶⁶

A nivel de la doctrina nacional⁶⁷ como extranjera⁶⁸ se ha resaltado la importancia del negocio jurídico como fuerza generadora de normas jurídicas, admitiendo que la experiencia jurídica no solamente es regida por normas legales de carácter genérico, sino también por normas particulares e individualizadas. Para Reale, lo que caracteriza a la fuente negocial es la convergencia de los siguientes elementos:

- a) Manifestación de voluntad de las personas legitimadas para hacerlo.
- b) Forma de querer que no contradiga la exigida por ley.
- c) Objeto lícito.
- d) Paridad, o al menos debida proporción, entre los participantes de la relación jurídica.⁶⁹

2.1.3.6. La doctrina

45. Esta noción alude al conjunto de estudios, análisis y críticas que los peritos realizan con carácter científico, docente, etc.

⁶⁶ Caso Fernando Cantuarias Salaverry, Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamentos 16 y 17.

⁶⁷ RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico: introducción al derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 8ª edición, 1999, pp. 223 y ss.

⁶⁸ REALE, Miguel. *Ob. Cit.*, p. 136.

⁶⁹ *Ob. Cit.*, p. 137.



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

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

(...) la doctrina ha sido recogida y citada intensamente por el Tribunal Constitucional, lo que muestra reconocimiento de esta fuente del Derecho. El Tribunal ha aceptado aportes tanto de la doctrina nacional como de la extranjera.⁷⁰

2.2. Principios de ordenación del sistema de fuentes

46. En el caso Sesenta y cuatro Congresistas de la República contra la Ley N.º 26285, Exp. N.º 0005-2003-AI/TC, se reconoció y desarrolló residualmente los principios de ordenación diferente.

Es evidente e inexorable que la vida coexistencial del hombre se encuentre regulada por disposiciones que contienen una miríada de normas. De allí que dicha pluralidad no determinada, pero voluminosa, se vincule con el concepto de orden jurídico.

El ordenamiento jurídico se conceptualiza como una pluralidad sistémica de normas aplicables en un espacio y lugar determinado, y se caracteriza por su normatividad sistémica y su plenitud hermética.

2.2.1. La normatividad sistémica y la coherencia normativa

47. El ordenamiento jurídico implica un conjunto de normas vigentes vistas en su ordenación formal y en su unidad de sentido.

Dentro de todo ordenamiento se supone que hay un conjunto de conexiones entre diferentes proposiciones jurídicas: más aún, lo jurídico deviene en una normatividad sistémica ya que las citadas conexiones constituyen una exigencia lógico-inmanente o lógico-natural del sentido mismo de las instituciones jurídicas.

⁷⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial, PUCP, 2005, p. 36.



En puridad, una norma jurídica sólo adquiere sentido de tal por su adscripción a un orden. Por tal consideración, cada norma está condicionada sistémicamente por otras. El orden es la consecuencia de una previa construcción teórica-instrumental.

Al percibirse el derecho concreto aplicable en un lugar y espacio determinado como un orden coactivo, se acredita la conformación de una totalidad normativa unitaria, coherente y ordenadora de la vida coexistencial en interferencia intersubjetiva.

El ordenamiento conlleva la existencia de una normatividad sistémica, pues el derecho es una totalidad es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe tanto una unidad como una disposición determinada. Por ende, se le puede conceptualizar como el conjunto o unión de normas dispuestas y ordenadas con respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí.

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.

48. De lo dicho se concluye que la normatividad sistémica descansa en la coherencia normativa. Dicha noción implica 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.

Asimismo, presupone una característica permanente del ordenamiento que hace que este sea tal por constituir un todo pleno y unitario

Ella alude a la necesaria e imprescindible compenetración, compatibilidad y conexión axiológica, ideológica, lógica, etc., entre los deberes y derechos asignados; amén de las competencias y responsabilidades establecidas que derivan del plano genérico de las normas de un orden constitucional.

49. Ahora bien, el ordenamiento jurídico está compuesto por una diversidad de disposiciones o normas producidas por diversas fuentes, muchas de las cuales pueden llegar a contraponerse afectando la coherencia del ordenamiento⁷¹. Por ello existen en todo ordenamiento principios o criterios para subsanar estos conflictos. Desde el punto de vista del momento en que se realiza la coherencia, se distingue:

(a) criterios que realizan la coherencia en el *momento de producción del Derecho*. Y entre ellos,

⁷¹ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. Ob. Cit., p. 227.



1.º los que conciernen directamente a la *validez* de los *actos* normativos y sólo indirectamente a la de las disposiciones o normas producidas por ellos (es el caso del criterio de competencia).

2.º los que están directamente relacionados con la *validez* de las *normas* y *disposiciones* jurídicas (es el caso del criterio de jerarquía).

(b) criterios que realizan la coherencia en el momento de *aplicación del Derecho*. Son aquellos que versan directamente sobre las relaciones entre los distintos tipos de *normas* válidas y que, por tanto, operan sólo en el momento de aplicación del Derecho, especialmente en la aplicación judicial (es el supuesto de los criterios de especialidad, cronológico y de prevalencia).⁷²

50. Considerando el sistema de fuentes que diseña nuestra Constitución, y que serán relevantes para la solución de la presente controversia, analizaremos los criterios, en nuestro caso principios, que realizan la coherencia del sistema jurídico en el siguiente orden:

- a) Principios que resuelven las antinomias.
- b) Principio de jerarquía.
- c) Principio de competencia.

2.2.1.1. Principios que resuelven las antinomias

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

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

La existencia de la antinomia se acredita en función de los tres presupuestos siguientes:

- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan a un mismo ordenamiento; o que se encuentren adscritas a órdenes distintos, pero, sujetas a relaciones de coordinación o subordinación (como el caso de una norma nacional y un precepto emanado del derecho internacional público).

⁷² BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis., Ob. Cit., p. 228.



- Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad tengan el mismo ámbito de validez (temporal, espacial, personal o material).

El ámbito temporal se refiere al lapso dentro del cual se encuentran vigentes las normas.

El ámbito espacial se refiere al territorio dentro del cual rigen las normas (local, regional, nacional o supranacional).

El ámbito personal se refiere a los *status*, roles y situaciones jurídicas que las normas asignan a los individuos. Tales los casos de nacionales o extranjeros; ciudadanos y pobladores del Estado; civiles y militares; funcionarios, servidores, usuarios, consumidores, vecinos; etc.

El ámbito material se refiere a la conducta descrita como exigible al destinatario de la norma.

Que las normas afectadas por el síndrome de incompatibilidad pertenezcan, en principio, a la misma categoría normativa; es decir, tengan homóloga equivalencia jerárquica.

Como expresión de lo expuesto puede definirse la antinomia como aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con la misma jerarquía normativa son incompatibles entre sí, por tener el mismo ámbito de validez.

2.2.1.1.2. Clasificación de las antinomias

52. Las antinomias pueden ser clasificadas según el tipo de conflicto que generan y su grado de relación.

a) Por el tipo de conflicto que generan

En esta hipótesis pueden ser observadas como:

a.1.) Conflictos bilaterales-unilaterales

Son bilaterales cuando el cumplimiento de cualquiera de las normas en conflicto implica la violación de la otra. Tal el caso cuando se castiga y no se castiga administrativamente una conducta.

Son unilaterales cuando el cumplimiento de una de las normas en conflicto implica la violación de la otra, mas no al revés. Tal el caso cuando se castiga penalmente con prisión efectiva al infractor que tiene más de veinte años, y en otra, se castiga al infractor que tiene la edad base de dieciocho años.

a.2.) Conflictos totales-parciales

Son totales cuando el cumplimiento de una de las normas supone la violación integral y entera de la otra.



Son parciales cuando la aplicación de una de las normas implica la violación segmentada de la otra.

a.3.) Conflictos necesarios y posibles

Son necesarios cuando el cumplimiento de una de las normas implica irreversiblemente la violación de la otra.

Son posibles cuando el cumplimiento de una implica solo la eventualidad de la violación de la otra.

De acuerdo a esta clasificación se pueden plantear las siguientes combinaciones:

- Conflictos bilaterales, necesarios y totales.
- Conflictos bilaterales, necesarios y parciales.
- Conflictos bilaterales, parciales y necesarios respecto a una de las normas en conflicto y posibles respecto a la otra.
- Conflictos bilaterales, parciales y solo posibles respecto a las dos normas en conflicto.
- Conflictos unilaterales, parciales y posibles.

En cambio, no caben los conflictos bilaterales, totales y posibles; ni tampoco los conflictos unilaterales, parciales y necesarios.

b) Por su grado de relación

En esta hipótesis pueden ser observadas como:

b.1.) Las antinomias directas

Que aluden a dos normas que expresa, inequívoca y claramente se contradicen.

b.2.) Las antinomias indirectas

Cuando dos normas que sin tener referencia mutua entre sí llegan a contradecirse. Dicha contradicción se produce por la diferencia o dispersidad en los patrones axiológicos o teleológicos en que se sustentan, y se resuelve mediante alguno de los modos de integración.

2.2.1.1.3. Las consecuencias contradictorias

53. La doctrina ha establecido las tres siguientes:

- a) Incompatibilidad entre una que manda hacer algo y otra que lo prohíbe.
- b) Incompatibilidad entre una norma que manda hacer algo y otra que permite no hacerlo.
- c) Incompatibilidad entre una norma que prohíbe hacer algo y otra que permite hacerlo.



2.2.1.1.4. Principios aplicables para la resolución de antinomias

54. A lo largo de la historia del derecho la legislación de cada país ha establecido principios de esta naturaleza, ya sea de forma explícita o implícita.

En relación a ello, se pueden citar los diez siguientes:

a) Principio de plazo de validez

Esta regla señala que la norma tiene vigencia permanente hasta que otro precepto de su mismo o mayor nivel la modifique o derogue, salvo que el propio texto hubiere establecido un plazo fijo de validez.

Excepcionalmente, puede presentarse el caso que una norma quede sin valor legal alguno, como consecuencia de una sentencia que declara su inconstitucionalidad.

Este principio se sustenta en lo dispuesto por el artículo 103° de la Constitución y en el artículo 1° del Título Preliminar del Código Civil, que señalan que: "La ley solo se deroga por otra ley".

b) Principio de posterioridad

Esta regla dispone que una norma anterior en el tiempo queda derogada por la expedición de otra con fecha posterior. Ello presume que cuando dos normas del mismo nivel tienen mandatos contradictorios o alternativos, primará la de ulterior vigencia en el tiempo. Dicho concepto se sustenta en el artículo 103° de la Constitución y en el artículo 1° del Título Preliminar del Código Civil.

c) Principio de especificidad

Esta regla dispone que un precepto de contenido especial prima sobre el de mero criterio general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima esta en su campo específico.

En suma, se aplica la regla de *lex posteriori generalis non derogat priori specialis* (la ley posterior general no deroga a la anterior especial).

Este criterio surge de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8) del artículo 139 de la Constitución y en el artículo 8° del Título Preliminar del Código Civil, que dan fuerza de ley a los principios generales del derecho en los casos de lagunas normativas.

d) Principio de favorabilidad

Es una regla solo aplicable a materias de carácter penal, y supone aplicar la norma que más favorezca al reo. Este criterio surge de lo dispuesto en el artículo 103° de la Constitución.



e) Principio de envío

Esta regla es aplicable en los casos de ausencia de regulación de un hecho, por parte de una norma que debió contemplarlo. Ante ello, se permite o faculta accionar a otro precepto que sí lo prevé. Debe advertirse que este principio solo se cumple cuando una norma se remite expresamente a otra, para cubrir su falta de regulación. Es el caso de las normas del Título Preliminar del Código Civil.

f) Principio de subsidiariedad

Esta es una regla por la cual 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.

g) Principio de complementariedad

Esta regla es aplicable cuando un hecho se encuentra regido parcialmente por una norma que requiere completarse con otra, para cubrir o llenar la regulación de manera integral. Es el caso de la relación existente entre una ley y su reglamento.

h) Principio de suplementariedad

Esta regla es aplicable cuando un hecho se encuentra regulado por una norma base, que otra posteriormente amplía y consolida. En puridad, el segundo precepto abarcará al primero sin suprimirlo. Tal el caso de lo establecido en el artículo 25° de la Constitución que señala que la jornada ordinaria de trabajo fijada en ocho horas diarias o de cuarenta y ocho horas semanales, puede ser reducida por convenio colectivo o por ley.

i) Principio de ultraactividad expresa

Esta regla es aplicable cuando el legislador determina de manera expresa que recobra vigencia una norma que anteriormente hubiere quedado sin efecto.

En este sentido, la parte *in fine* del artículo 1° del Título Preliminar del Código Civil la ha recogido con suma claridad.

j) Principio de competencia excluyente

Esta regla es aplicable cuando un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante.

Dicho principio se aplica de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8) del artículo 139° de la Constitución y en el artículo 8° del Título Preliminar del Código Civil.

2.2.1.2. El principio de jerarquía

55. La Constitución contiene un conjunto de normas supremas porque estas irradian y esparcen los principios, valores y contenidos a todas las demás pautas jurídicas



restantes. En esa perspectiva el principio de jerarquía deviene en el canon estructurado del ordenamiento estatal.

El principio de jerarquía implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. Consecuentemente, como bien afirma Requena López,⁷³ es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer depender la validez de unas sobre otras. Así, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella.

Con referencia a este principio estructurado del sistema, el artículo 51.º de la Constitución dispone que:

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.

En ese sentido, el referido artículo afirma los principios de supremacía constitucional que supone una normatividad *supra* –la Constitución– encargada de consignar la regulación normativa básica de la cual emana la validez de todo el ordenamiento legal de la sociedad política. Como bien afirma Pérez Royo,⁷⁴ el mundo del derecho empieza en la Constitución (...) no existe ni puede existir jurídicamente una voluntad superior a la Constitución.

La Constitución es una especie de super ley, de *norma normarum*, que ocupa el vértice de la pirámide normativa.

56. El principio de jerarquía puede ser comprendido desde dos perspectivas:

a) La jerarquía basada en la cadena de validez de las normas.

Al respecto, Requena López⁷⁵ señala que el principio de jerarquía hace depender la validez de una norma sobre otra. Por ende, dicha validez se debe entender como la conformidad de una norma con referencia de otra u otras que sean jerárquicamente superiores.

En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional ha expresado:

El orden jurídico es un sistema orgánico, coherente e integrado jerárquicamente por normas de distinto nivel que se encuentran

⁷³ REQUENA LÓPEZ, Tomás. *El principio de jerarquía normativa*. Madrid: Civitas, 2004, p. 133.

⁷⁴ PÉREZ ROYO, Javier: *Curso de derecho constitucional*. Madrid: Ed. Marcial. Pons, 2000.

⁷⁵ REQUENA LOPEZ, Tomás: Ob. Cit., p. 133.



interconectadas por su origen, es decir, que unas normas se fundan en otras o son consecuencia de ellas.⁷⁶

Agregando que:

Con ello se postula una prelación normativa con arreglo a la cual, las normas se diversifican en una pluralidad de categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico. Dicha estructuración se debe a un escalonamiento sucesivo tanto en la producción como en la aplicación de las normas jurídicas. Esta jerarquía se fundamenta en el principio de subordinación escalonada. Así la norma inferior encuentra en la superior la razón de su validez; y, además obtiene ese rasgo siempre que hubiese sido conocida por el órgano competente y mediante el procedimiento previamente establecido en la norma superior.⁷⁷

b) La jerarquía basada en la fuerza jurídica distinta de las normas.

Al respecto, se precisa que

la fuerza o eficiencia de una fuente pueden definirse como su capacidad para incidir en el ordenamiento (...) creando derecho objetivo o modificando el ya existente, su potencialidad frente a las otras fuentes.⁷⁸

Asimismo, exponen⁷⁹ que mediante el concepto de fuerza jurídica atribuible a cada forma normativa se establece una ordenación jerárquica del sistema de fondo, según la cual las relaciones entre las fuentes se desarrollan conforme a dos reglas básicas:

1º En virtud de su fuerza activa, una fuente puede modificar: a) cualquier disposición o norma de fuerza inferior a la suya, y b) cualquier disposición o norma de su misma fuerza.

2º En virtud de su fuerza pasiva, ninguna disposición o norma puede modificarla por una fuente de fuerza inferior.

57. Hasta aquí nos encontramos con criterios formales para determinar la prevalencia de una fuente normativa sobre otra. Sin embargo, del concepto de fuerza pasiva deriva directamente una condición de validez de las normas jurídicas, pero también,

⁷⁶ Caso Sesenta y cuatro Congresistas de la República contra la Ley N.º 26285, Exp. N.º 005-2003-AI/TC, fundamento 3.

⁷⁷ *Ibid.*, fundamento 5.

⁷⁸ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *Ob. Cit.*, p. 230.

⁷⁹ *Ob. Cit.*, p. 231.



indirectamente, una condición de validez de las disposiciones jurídicas en las que tales normas están contenidas. En efecto, la fuerza pasiva de las normas supone que:

Es inválida la norma cuyo contenido contradiga el contenido de otra norma de grado superior.

A su vez, como una disposición puede contener varias normas jurídicas (es decir es susceptible de varias interpretaciones), es inválida la disposición que no contenga ni una sola norma (ni una sola interpretación) válida. Dicho de otro modo, es válida la disposición que contenga al menos una norma válida.⁸⁰

58. En ese sentido el Tribunal Constitucional ha establecido:

La validez en materia de justicia constitucional, en cambio, es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). Constatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente al de la publicación de la sentencia de este Tribunal que así lo declarase (artículo 204° de la Constitución), quedando impedida su aplicación a los hechos iniciados mientras tuvo efecto, siempre que estos no hubiesen concluido, y, en su caso, podrá permitirse la revisión de procesos fenecidos en los que fue aplicada la norma, si es que ésta versaba sobre materia penal o tributaria (artículos 36° y 40° de la Ley N.º 26435 —Orgánica del Tribunal Constitucional).⁸¹

59. De lo expuesto se colige que el principio de jerarquía es el único instrumento que permite garantizar la validez de las normas jurídicas categorialmente inferiores. Ergo, la invalidez es la consecuencia necesaria de la infracción de tal principio.

Los requisitos para que una norma pueda condicionar la validez de otra, imponiéndose jerárquicamente, son los siguientes:

a) Relación ordinamental

La prelación jerárquica aparece entre normas vigentes en un mismo ordenamiento constitucional.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Caso Colegio de Abogados del Cusco y otros, Exps. N.ºs 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados), fundamento 2.



b) Conexión material

La prelación jerárquica aparece cuando existe un enlace de contenido, objeto o ámbito de actuación entre una norma superior y otra categorialmente inferior.

c) Intersección normativa.

La prelación jerárquica aparece cuando la legítima capacidad regulatoria de una norma contraría al mandato u ordenación de contenidos de otra norma.

En efecto, para que una norma categorialmente superior cumpla su función, es vital que no pueda ser desvirtuada por aquella cuya producción regula.

En resumen el principio de jerarquía implica la determinación por una norma de la validez de otra, de allí que la categorialización o escalonamiento jerárquico se presente como el único modo posible de organizar eficazmente el poder normativo del Estado.

60. El principio de jerarquía opera en los ámbitos siguientes:

- a) La creación de las normas.
- b) La abrogación o derogación de las normas.
- c) La aplicación de las normas.

El principio de jerarquía y el principio de competencia (que se abordará posteriormente) se complementan para estructurar el orden constitucional, definiendo las posibilidades y límites del poder político.

Como bien señala Fernández Segado, la pirámide jurídica

implica la existencia de una diversidad de normas entre las que se establece una jerarquización, de conformidad con la cual una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango. Ello, a su vez, implica que el ordenamiento adopte una estructura jerarquizada, en cuya cúspide obviamente se sitúa la Constitución.⁸²

Ello denota la existencia de una clara correlación entre la fuente de la que emana una norma, la forma que ésta ha de adoptar y su fuerza jurídica.

El precepto que regula la producción normativa de un país es una norma superior; mientras que la producida conforme a esa regulación es la norma inferior.

En toda estructura jerárquica existen tres tipos de normas, a saber, las normas productoras, las normas ejecutoras y las normas ejecutoras-productoras.

⁸² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992, p. 96.



Al respecto, veamos lo siguiente:

Las *normas productoras*, en un sentido muy amplio, son aquellas que revelan la expresión y ejercicio de un poder legislativo (originario o derivado), que promueven y condicionan la expedición de otras normas a las cuales se les asigna una jerarquía inferior. Es el caso de la Constitución y de buena parte de las leyes.

Las *normas ejecutoras* son aquellas que dan cumplimiento a lo dispuesto o establecido en una norma productora. Tal el caso de las resoluciones.

Las *normas ejecutoras-productoras* son aquellas que realizan ambas tareas simultáneamente. Tal el caso de una buena parte de las leyes y los decretos.

61. La pirámide jurídica nacional debe ser establecida en base a dos criterios rectores, a saber:

a) Las categorías

Son la expresión de un género normativo que ostenta una cualificación de su contenido y una condición preferente determinada por la Constitución o por sus normas reglamentarias.

Ellas provienen de una especie normativa; es decir, aluden a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o análogo (leyes, decretos, resoluciones, etc.).

b) Los grados

Son los que exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría. Tal el caso de las resoluciones (en cuyo orden decreciente aparecen las resoluciones supremas, las resoluciones ministeriales, las resoluciones viceministeriales, etc.)

En nuestro ordenamiento existen las siguientes categoría normativas y su subsecuentes grados:

Primera categoría

Las normas constitucionales y las normas con rango constitucional

1er. grado : La Constitución.

2do. grado : Leyes de reforma constitucional.

3er. grado : Tratados de derechos humanos.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 206° de la Constitución es la norma que implícitamente establece la ubicación categorial de las denominadas leyes



constitucionales. De allí su colocación gradativamente inferior en relación a la Constitución en sí misma.

Segunda Categoría

Las leyes y las normas con rango o de ley.

Allí aparecen las leyes, los tratados, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales las ordenanzas municipales y las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley.

En atención a los criterios expuestos en el caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos [Expediente N° 0010-2002-AI/TC] los decretos leyes se encuentran adscritos a dicha categoría [cf. los párrafos 10 y ss. de dicha sentencia]

Tercera categoría

Los decretos y las demás normas de contenido reglamentario.

Cuarta categoría

Las resoluciones.

1er. grado:

Las resoluciones ministeriales, las resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Defensoría del Pueblo, etc.).

2do. y demás grados descendentes:

Las resoluciones dictadas con sujeción al respeto del rango jerárquico intrainstitucional.

Quinta categoría

Los fallos jurisdiccionales y las normas convencionales.

Debe señalarse finalmente que, conforme se estableció en el caso Sesenta y Cuatro Congresistas de la República contra la Ley N.º 26285, Exp. N.º 005-2003-AI/TC, en esta materia resulta aplicable el principio de jerarquía funcional en el órgano legislativo.



Esta regla señala que, a falta de una asignación específica de competencia, prima la norma producida por el funcionario u órgano legislativo funcional de rango superior. Su aplicación se efectúa preferentemente hacia el interior de un organismo.

Este principio se deduce lógicamente de la estructura de jerarquía funcional operante en cada organismo público. Así, en el gobierno central se deberán tener en cuenta las normas generales previstas en los artículos 37° y ss. del Decreto Legislativo N.º 560 –Ley del Poder Ejecutivo–; y, de manera particular, lo dispuesto por las leyes orgánicas.

2.2.1.3. El principio de competencia

62. Dicho principio implica la relación existente entre normas de diferentes ordenamientos (internacional, nacional, regional, local).

El principio de competencia afecta directamente el acto de producción de la norma, siendo este lo que lo diferencia del principio de jerarquía, el cual concierne directamente a la validez de la norma.

En ese orden de ideas, las normas de competencia son aquellas que de modos diversos establecen “el ámbito de materia” sobre el que puede ejercerse una competencia normativa y que, en consecuencia, condicionan la validez de los actos normativos, y, derivadamente, la de las disposiciones o normas creadas por ellos⁸³.

Cabe señalar que no todas las normas se relacionan jerárquicamente, pues existen normas que se encuentran situadas en un “pie de igualdad”, al ubicarse en una misma categoría o escalón jerárquico. En cambio existen otras que, a pesar de situarse en niveles jerárquicos distintos, no se disponen jerárquicamente entre sí, sino en relación con otras normas.

Por ende, en el caso del principio de jerarquía la invalidación de una norma se produce por el simple hecho de haberse regulado sobre una materia vedada. De allí que dicho principio ayude a que el principio de jerarquía cumpla su rol coherencial.

El principio de jerarquía es presupuesto del principio de competencia, ya que la invalidez de una norma que “invade” competencias surge en virtud de la violación de aquella norma superior que anteladamente había fijado la distribución de competencias.

⁸³ BETEGÓN, Jerónimo, GASCÓN Marina, DE PÁRAMO, Juan Ramón, PRIETO, Luis. *Lecciones de Teoría del Derecho*, Ob. Cit., p. 234.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El principio de competencias otorga título habilitante para que un ordenamiento constitucional delimite extensión y alcances determinados.

El principio de competencia⁸⁴ no determina la nulidad de las normas que infringen, sino que devela la superioridad jerárquica de aquellas normas que tienen como objeto la delimitación y reparto de materias o funciones.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

El principio de competencia resulta fundamental para explicar las relaciones y articulaciones que se pudieran presentar entre normas jurídicas que tienen un mismo rango y, en ese sentido, ocupa un lugar central en la articulación horizontal del sistema de fuentes del derecho diseñado por la Constitución.⁸⁵

63. Respecto a las violaciones a los límites competenciales para la producción de normas, este Colegiado ha afirmado:

(...) El Tribunal Constitucional, ha sostenido que entre los vicios que puede acarrear la declaración de inconstitucionalidad de una Ley o una norma con rango de ley, se encuentra la transgresión de los límites de orden competencial establecidos por la Constitución. Dicho límite se manifiesta de la siguiente manera:

Objetivo, cuando la Constitución ha establecido que una determinada fuente es apta, o no, para regular una materia determinada. Esta modalidad de límite competencial, a su vez, puede ser de dos clases, según la permisón o prohibición que constitucionalmente se imponga a una fuente para regular una materia dada.

Positivo, cuando la Constitución declara que determinada fuente formal es apta para regular una materia determinada. Así por ejemplo, el artículo 106° de la Constitución precisa que la fuente denominada "ley orgánica" es competente para regular solo la estructura y el funcionamiento de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional, esto es, "las entidades del Estado previstas en la Constitución", así como todas las materias cuya regulación la Constitución ha reservado a tal fuente. De ahí que sería inconstitucional que una ley ordinaria pretenda regular materias reservadas a leyes orgánicas.

Negativo, cuando la Constitución establece que determinadas fuente formales del derecho no son aptas para regular determinadas materias. Así, por ejemplo, el penúltimo párrafo del artículo 74° de la

⁸⁴ REQUENA LÓPEZ, Tomás. *El principio de jerarquía normativa*, Ob. Cit., p. 339.

⁸⁵ Caso Municipalidad Provincial de Urubamba, Exp. N.º 0013-2003-AI/TC, fundamento 5.



Constitución prohíbe a la fuente denominada "decretos de urgencia" contener materia tributaria.

Subjetivo, cuando la Constitución establece que determinado órgano es competente para expedir una fuente determinada o, en su caso, ejercer una competencia dada.⁸⁶

64. Con relación a los conflictos de formas normativas del mismo rango o fuerza jurídica pero producidos por diferentes fuentes productoras, se ha expresado que:

La articulación de las fuentes en un ordenamiento de tal naturaleza que no puede efectuarse exclusivamente bajo los alcances del principio de jerarquía, pues éste no permite dar respuesta coherente al conflicto que se pudiera presentar entre normas expedidas por el Gobierno Central y los gobiernos regionales, que cuentan con el mismo rango normativo. En efecto, si las normas regionales no son jerárquicamente subordinadas a las del Gobierno Central, su articulación con éstas no puede sustentarse en el principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia, según el cual en el ámbito competencial regional la norma regional termina excluyendo a la norma del Gobierno Central y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento (v.g. del gobierno local). Como se expresa *a contrario sensu* en el artículo 36° de la Ley Orgánica de Regiones, las (...) normas y disposiciones del Gobierno Regional se adecuan al ordenamiento jurídico nacional, no pueden invalidar ni dejar sin efecto normas de otro gobierno regional ni de los otros niveles de gobierno.⁸⁷

Pero esto no quiere decir que los principios de jerarquía y competencia no guarden relación. Al respecto debe tenerse presente que:

Cabe afirmar, sin embargo, que el principio de competencia es tributario del de jerarquía, pues si una entidad estatal puede incurrir en la expedición de una norma inválida por invadir esferas competenciales previstas como ajenas por otra norma de su mismo rango, es porque la *Norma Normarum* (Constitución), fuente normativa jerárquicamente superior a cualquier otra, reservó en ésta la capacidad de regular la distribución competencial.⁸⁸

En tal sentido, el parámetro de control de constitucionalidad de las leyes o normas de su mismo rango, está integrado, siempre y en todos los casos, por la Constitución. Aún cuando también puede encontrarse conformado por otras normas legales.

⁸⁶ Caso Ley 24150, Exp. N.º 0017-2003-AI/TC, fundamento 80.

⁸⁷ Caso Hoja de Coca, Exp. 0020-2005-AI/TC, 0021-2005-AI/TC (acumulados), fundamento 59.

⁸⁸ *Ibid.*, fundamento 15.



Cuando dichas normas delimitan el ámbito competencial de los distintos órganos constitucionales, además del principio de jerarquía normativa, el principio de competencia es medular para determinar la validez o invalidez constitucional de las normas con rango de ley; máxime en aquellos Estados que, como el nuestro, son unitarios y descentralizados (artículo 43º de la Constitución). Tal es el sentido del artículo 79º del CPCConst., al establecer que

“Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.”⁴⁹

65. En el caso del ordenamiento jurídico nacional, determinado por nuestra Constitución, para la aplicación del criterio de competencia, cuando se trate de conflictos normativos entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, es conveniente considerar la forma de Estado que configura nuestra Constitución y el test de la competencia desarrollado por este Tribunal para el caso del Perú.

En efecto, con relación a la forma de Estado se ha manifestado:

La opción adoptada por la Constitución peruana al asumir la forma de Estado propia del Estado unitario y descentralizado, a través del establecimiento de gobiernos regionales y locales dotados de autonomía, no sólo incide en lo que es propio a la organización territorial del poder estatal, sino que se proyecta en el sistema de fuentes del derecho, planteando la necesidad de establecer la forma cómo éstas deben articularse.⁵⁰

En torno al conflicto del reparto competencial del gobierno nacional y los gobiernos regionales, el Tribunal Constitucional ha establecido, con relación al test de competencia, lo siguiente:

De conformidad con dicho test, en primer lugar se debe analizar el principio de unidad. Luego, se debe ingresar propiamente en el análisis del principio de competencia, relacionado con la lista de materias pormenorizada prevista en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. También cabe recurrir a las cláusulas generales, es decir, las funciones generales conferidas a cada uno de los órganos constitucionales. Las competencias de los órganos constitucionales pueden ser:

⁴⁹ Ibid., fundamento 20.

⁵⁰ Ibid., fundamento 30.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Competencias exclusivas: Son materias asignadas en exclusividad a favor de organismos constitucionales. Serán positivas si son susceptibles de ser delegadas o negativas si son privativas del órgano respectivo, es decir, no sólo exclusivas sino también excluyentes.

Competencias compartidas: Son materias divididas en determinadas áreas de atención, repartiéndose responsabilidades entre dos o más niveles de gobierno, actividad coherente con los principios de cooperación y de tutela y control de los organismos constitucionales autónomos, según se verá luego.

Competencias delegadas: Son aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada.⁹¹

El test de la competencia, para el caso del reparto competencial del gobierno nacional y los gobiernos regionales, debe tener en cuenta, también, entre los principios desarrollados en el caso Hoja de la Coca para la aplicación del mencionado Test, el de taxatividad, según el cual:

Los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los gobiernos regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno Nacional (cláusula de residualidad).

El principio de taxatividad se desprende del segundo párrafo del artículo 192º de la Constitución que establece cuáles son las competencias de los gobiernos regionales. Y se encuentra reforzado en el inciso 10) del mismo precepto constitucional, al establecerse que también son competentes para

“Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley”. (subrayado agregado).⁹²

Es por ello que el test de la competencia y el principio de taxatividad, además del principio de unidad del Estado, son indispensables para la solución de casos relativos al reparto de competencias. Así lo ha sostenido este Colegiado:

En ese sentido, la articulación de las fuentes del derecho regional, tanto con las fuentes del derecho nacional como con las del derecho

⁹¹ Ibid., fundamento 33.

⁹² Ibid., fundamento 49.



local, exige que se delimiten los ámbitos competenciales a través de la técnica constitucional del *test* de la competencia, postulada en el artículo 13° de la LBD al distinguir entre competencias exclusivas, compartidas y delegables. Ello es así puesto que no sólo el ámbito competencial constitucionalmente garantizado de los gobiernos regionales está supeditado a que su ejercicio se efectúe “en los términos que establece la Constitución y la ley” (artículo 189° de la Constitución), sino, adicionalmente, sin perder de vista que sus atribuciones deben realizarse “en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo” (artículo 192° de la Constitución), no pudiendo interferir en el ejercicio de las funciones y atribuciones de los gobiernos locales (artículo 191° de la Constitución).

De ahí que el artículo 11° 1 de la LBD establezca que los órganos con competencia normativa, como consecuencia del proceso de descentralización, “se sujetan al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución y las leyes de la República”.

Y, a su vez, el artículo 5° de la LOGR haya previsto que la misión de los gobiernos regionales es:

“(…) organizar y conducir la gestión pública regional de acuerdo a sus competencias exclusivas, compartidas y delegadas, en el marco de las políticas nacionales, regionales y locales de desarrollo”.³³

2.2.2. La plenitud jurídica

66. Esta noción significa que todo hecho de implicancia intersubjetiva se encuentra sometido al ordenamiento jurídico, aun cuando no haya alcanzado regulación preceptiva.

Dicha expresión hace referencia a una propiedad consustancial al ordenamiento jurídico para resolver cualquier conflicto que se le plantee. Se trata de aquella capacidad definitiva para encontrar respuesta a todas las controversias, aunque no todas tengan la respuesta expresamente regulada por una norma jurídica.

El ordenamiento es completo en el sentido de que el Estado garantiza que todo conflicto de intereses que se presente tendrá una solución, aunque para ello se tenga que razonar a base de elementos ajenos al derecho positivo.

En puridad, significa que todo ordenamiento debe considerarse hermético y completo, esto es, sin vacíos, por lo que estos solo existen como *lagunas normativas*, las cuales deberán ser cubiertas.

³³ *Ibid.*, fundamento 60.



Un ordenamiento es pleno en la medida que contiene una norma, principio, valor o modo de integración que, en buena cuenta, permite regular cualquier caso o situación de naturaleza jurídica que se presente en la sociedad.

2.2.2.1. Las reglas de aseguramiento de la plenitud jurídica

67. La plenitud del orden jurídico se asegura mediante la utilización sucesiva y por descarte de los cuatro procedimientos siguientes: aplicación de las reglas de enlace, aplicación de las reglas de exclusión, aplicación de las reglas de competencia circunscrita y aplicación de los modos de integración.

a) Aplicación de las reglas de enlace.

El orden jurídico se asienta en una pluralidad de normas acopladas y empalmadas entre sí, que permiten regular creativamente, por inducción o deducción, cualquier situación, hecho o acontecimiento de relevancia jurídica.

b) Aplicación de las reglas de exclusión.

Cuando una norma ordena un comportamiento determinado, los demás no fijados en dicha regulación se adscriben a la determinación de una consecuencia jurídica por la vía de la exclusión.

Es decir, los casos no comprendidos por la norma se rigen por la asignación de deberes o derechos basados en la exención que esta prevé.

La regla de exención se formula bajo el principio de que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe", la cual se encuentra contemplada en el apartado a) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución. Esta regla se aplica única y exclusivamente para los ciudadanos, mas no opera para los funcionarios públicos.

c) Aplicación de la regla de competencia circunscrita.

Los funcionarios públicos con poder de decisión solo pueden hacer aquello que específica y concretamente les ha sido asignado como responsabilidad funcional en el marco de una norma jurídica. Por ende, aquello regulado fuera de este marco escapa de su ámbito de acción.

d) Aplicación de los modos de integración.

Estos modos señalan las reglas que sirven de última fuente de solución para cubrir o llenar las lagunas normativas. Así, en defecto de la aplicación de las reglas de enlace y exclusión aparecen los principios generales del derecho, la analogía y la equidad, como fontana técnica de terminación del problema derivado de un defecto o deficiencia normativa.



Cabe admitir que los problemas de coherencia de un ordenamiento jurídico son consecuencia del exceso de normas; en tanto que los problemas de cuestionamiento de su plenitud son resultantes del defecto o la deficiencia de normas.

2.2.2.2. La conexión jurídica de la plenitud jurídica

68. Es claro y notorio que las normas jurídicas no tienen una vida independiente, sino que se encuentran enlazadas doblemente:

- *Enlace por relaciones de fundamentación y derivación.*

Las normas forman un todo homogéneo estructurado jerárquicamente, al que se denomina ordenamiento. Este tipo de enlace se conoce como *fundamentación formal*.

- *Enlace por el contenido de las normas.*

Las normas deben coincidir en virtud de la regla de *implicación* (respeto de las categorías y grados de la jerarquía normativa). Este tipo de enlace se conoce como *fundamentación sustancial*.

La implicación es una regla lógico-jurídica que consiste en la conexión existente entre una pluralidad de preceptos por el hecho de formar parte de un mismo orden y, adicionalmente, por su ubicación en la pirámide jurídica, de conformidad con la jerarquía asignada por el propio sistema.

De esta regla se pueden deducir los tres aspectos siguientes:

a) Las *normas individuales* se encuentran en situación implicativa respecto de las generales, ya que tanto el supuesto de hecho como los efectos jurídicos determinados en las primeras están comprendidos en las segundas.

b) Las *normas generales con igual jerarquía* se implican, en cuanto a su contenido, por el criterio de la relación o conexión de lo particular a lo general. Tal el caso de las normas relativas a un tipo de contrato y las referentes a la contratación *in genere*.

c) Las *normas generales de igual jerarquía adscritas a instituciones jurídicas distintas* funcionan igualmente sobre la base del criterio de *conexión de lo singular a lo común*. Ello porque se relacionan a través de una norma superior a ellas (por ejemplo, las que rigen la compraventa y la donación tienen su punto de contacto en las que se refieren a la contratación en general).

69. Sobre la base del marco constitucional descrito, tocante a las fuentes de derecho y sus principios ordenadores y articuladores, se procederá al análisis de las impugnaciones a la Ley cuestionada en el caso de autos.



§ 3. Parámetro de control y escrutinio de constitucionalidad de la Ley N.º 27971 por violación del artículo 103º de la Constitución

3.1. Alegatos del Gobierno Regional de San Martín

70. Conforme se ha expuesto en el Fundamento N.º 2 de esta sentencia, el demandante considera que "la Ley" es inconstitucional porque habría vulnerado el artículo 103º de la Constitución Política del Estado. A su juicio, la Ley impugnada ha retrotraído sus efectos en el tiempo para regular una materia que originalmente había sido contemplada por la Ley N.º 27491, y que para entonces ya no se encontraba vigente, por cuanto había transcurrido el plazo de 60 días que ella fijaba para su ejecución y ésta no se había materializado.

3.2. Alegatos del Congreso de la República

71. Por su parte, el Congreso de la República sostiene que esta afirmación es un "despropósito jurídico", puesto que "no existe en nuestro ordenamiento jurídico la derogación de una ley por desuso". En realidad, refiere, la Ley N.º 27491 fue derogada por la ley que ahora se impugna.

3.3. Apreciaciones del Tribunal Constitucional

3.3.1. El artículo 103º de la Constitución como parámetro de control y la realización del escrutinio bajo el principio de jerarquía normativa

72. Si "la Ley" impugnada tiene o no efectos retroactivos, es una cuestión que este Tribunal debe resolver a la luz del artículo 103º de la Constitución. Dicha disposición constitucional constituye el parámetro o canon de control conforme al cual se analizará este primer motivo impugnatorio.

Según dicho precepto constitucional:

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.



73. Asimismo, el Tribunal Constitucional considera que, tratándose de la alegación de un supuesto de infracción "directa" de la Constitución, el principio de ordenación del sistema de fuentes con el cual determinará si "la Ley" es, o no, constitucionalmente válida, es el principio de jerarquía.

Como este Tribunal señalara en la STC N.º 0004-2004-AI/TC:

La validez en materia de justicia constitucional es una categoría normativa relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). (fundamento. N.º 2).

3.3.2. Constitución y derogación de las leyes por *desuetudo*

74. Como se ha expuesto en la demanda, la tesis según la cual "la Ley" impugnada tendría efectos retroactivos se ha planteado como consecuencia de que, a juicio del demandante, ésta habría revivido los efectos de la Ley N.º 27491 que, en la fecha de promulgación de aquella, ya no estaba vigente en nuestro ordenamiento jurídico, pues, al vencer el plazo que ella disponía para su ejecución, cayó en desuso.

Según el Gobierno Regional de San Martín:

Plazo y vigencia de la Ley N.º 27491

Del plazo para su cumplimiento.- Por el art. 5 de la citada ley, se otorga un plazo de 60 días naturales contados a partir de la vigencia de la ley, para darle pleno cumplimiento a sus disposiciones.

Pero transcurrieron los 60 días, y vencido el plazo, no se implementó, no se cumplió con la ley por lo que esta ley 27491, cayó en desuso⁹⁴.

75. La cuestión relativa a si la *desuetudo* (o desuso) de una ley pueda culminar con su derogación es una hipótesis de ineficacia de las normas jurídicas que en nuestro ordenamiento no tiene asidero.

En efecto, el artículo 103º de la Constitución, recordado en el fundamento N.º 9 de esta sentencia, establece enfáticamente que:

La ley sólo se deroga por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

⁹⁴ Gobierno Regional de San Martín, Demanda, folio 3.



76. En nuestro ordenamiento jurídico, pues, no es admisible la derogación de una ley ya sea por su desuso⁹⁵ o, incluso, por la existencia de prácticas o costumbres *contra legem*.

En la exclusión de la *desuetudo* como criterio para determinar la vigencia o derogación de las leyes subyace la afirmación de un principio insito al Estado Constitucional de Derecho: el principio de seguridad jurídica, que es complemento esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales, para el desarrollo de la vida en sociedad y una garantía consustancial de la conformación de una sociedad libre y democrática.

77. Con la proscripción de la *desuetudo*, en efecto, la Constitución procura evitar que las relaciones del ciudadano con el Estado y los particulares se quebrante por una situación de incertidumbre sobre la vigencia de las normas al amparo de las cuales se realizan determinados actos. Se busca proteger al individuo de una de las posibles manifestaciones en que puede tomar cuerpo la arbitrariedad, siempre latente en un sistema normativo en el que no se sepa cuál es el órgano competente para determinar si una norma cayó en desuso, cuándo ésta se habría producido, o qué cantidad de sus destinatarios, que no cumplieron sus mandatos, son suficientes o necesarios para que ésta se declare. El conocimiento de las normas jurídicas, así, no sólo garantiza que el ciudadano tome consciencia no sólo de lo que está permitido o prohibido, sino también del tiempo en que tal permisón o prohibición está vigente.

78. Para la vigencia del Estado Constitucional de Derecho no es suficiente que los derechos esenciales de la persona se encuentren reconocidos solemnemente en la Constitución. Debe garantizarse también que su ejercicio se realice en un marco de seguridad jurídica, pues sin éste no hay posibilidad de un ejercicio pleno de aquellos.

79. No siendo, entonces, constitucionalmente admisible la tesis de la derogación por *desuetudo* de la Ley N.º 27491, el argumento según el cual la Ley cuestionada tendría efectos retroactivos porque habría dispuesto la ejecución de la Ley N.º 27491 cuando ésta ya no estaba vigente, carecería de sustento. Tanto más si ahora se entiende que, encontrándose vigente la Ley N.º 27491, el artículo 1º de la Ley 27971 se limitó simplemente a autorizar

(...) al Ministerio de Educación la **continuación** del proceso de nombramiento de los profesores con título pedagógico, en las plazas vacantes presupuestadas y de acuerdo a un riguroso orden de méritos, entre los que obtuvieron calificación aprobatoria en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27491(...) (subrayado nuestro);

⁹⁵ El desuso es un criterio por el cual se pretende dejar sin efecto una norma, o se pretende sustentar que la norma ya no está vigente, so pretexto de que los ciudadanos, o las autoridades competentes, ya no la cumplen o la aplican.



precisando su artículo 2º que:

El nombramiento a que hace referencia el artículo precedente se efectuará en las plazas docentes establecidas como orgánicas por la Ley N.º 27491, que no llegaron a ser cubiertas en el concurso público respectivo, así como en las plazas vacantes no reportadas y en las generadas por reasignación, cese, promoción y separación definitiva del servicio, **identificadas a la fecha de vigencia de la presente Ley.** (negritas del Tribunal Constitucional).

2.3.3. Vigencia de la ley y derogación tácita

80. No obstante, en la contestación de la demanda, el Congreso de la República ha sostenido que en realidad la Ley N.º 27971 habría derogado (tácitamente) a la Ley N.º 27491, pues a su juicio, aquella habría regulado íntegramente la anterior.

En sus términos,

(...) la Ley N.º. 27491 no estuvo derogada por desuso sino fue derogada por la Ley N.º. 27971 que es materia de la presente Acción de Inconstitucionalidad.

Las formas de derogación contempladas en nuestro ordenamiento pueden ser: la derogación expresa y la tácita. Esta última se produce cuando existe incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior; o cuando la materia de ésta (la norma anterior) es íntegramente regulada por aquella (la nueva norma).

Por consiguiente, en este caso no se produce por ningún motivo la aprobación de una ley con efectos retroactivos, sino más bien la aplicación de un principio que informa la estructura de nuestro ordenamiento jurídico: ley posterior deroga ley anterior⁹⁶.

81. Este argumento no tendría mayor incidencia si es que no fuera porque tiene la virtualidad de reproponer, bajo otra *causa petendi*, el problema inicialmente planteado a este Tribunal.

En efecto, si antes el argumento para que se declare la inconstitucionalidad de "la Ley" fue que ésta tendría una vocación de aplicación retroactiva al disponer la continuación de un proceso de nombramiento realizado al amparo de una ley derogada por *desuetudo*; ahora, la aseveración de que efectivamente la Ley N.º. 27491 se encontraría derogada, aunque no por *desuetudo*, sino en forma tácita, obliga a que el Tribunal responda a las siguientes interrogantes: ¿si fue derogada tácitamente por la Ley impugnada, como ésta es capaz de autorizar que se continúe un proceso de

⁹⁶ Congreso de la República, contestación de la demanda, folios 26-27.



nombramiento realizado al amparo de una ley que ya no se encuentra vigente? ¿tiene, por ello, efectos retroactivos?

82. El artículo 103° de la Constitución establece que "(...) una ley sólo se deroga por otra ley". También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. Las formas que puede asumir la derogación de una ley han sido precisadas por el artículo I del Título Preliminar del Código Civil. Y si bien las disposiciones de dicho Título Preliminar tienen formalmente rango de ley, en la STC N.º 2235-2004-AA/TC este Colegiado ha sostenido que algunas de ellas, como su artículo I, en realidad constituyen "normas materialmente constitucionales"⁹⁷, puesto que su objeto es regular un aspecto vinculado con la creación y vigencia de las normas jurídicas estatales⁹⁸.

83. Dicho artículo I del Título Preliminar del Código Civil establece que

La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.

En lo que aquí interesa, la derogación de una ley puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando una ley posterior declara que la anterior cesó en su vigencia. Es tácita cuando el objeto regulado por la ley vieja es incompatible con la efectuada por la ley nueva, o cuando la materia de aquella es regulada íntegramente por la ley nueva.

84. El Tribunal Constitucional considera que en ninguna de estas dos hipótesis se encuentra la Ley N.º 27491. En primer lugar, "la Ley" cuestionada no contiene una declaración expresa que derogue a la Ley N.º 27491. Su artículo 8° contiene una cláusula derogatoria de alcance general, en la que no se precisa que la Ley N.º 27491 fue derogada luego de su entrada en vigencia.

Tampoco ha sido derogada tácitamente, puesto que la Ley N.º 27971 no regula la misma materia que la Ley N.º 27491, ya sea de modo incompatible, ya porque la sustituya en forma íntegra.

No contiene una regulación incompatible, puesto que el nombramiento de profesores de colegios estatales al que se hace referencia en el artículo 1° de la Ley N.º 27971, comprende a aquellos que

⁹⁷ Fundamento N.º 8.

⁹⁸ Livio Paladin, *Costituzione, preleggi e codice civile*, en *Rivista di Diritto Civile*, 1993, fasc. 1, pág. 19-39.



(...) obtuvieron calificación aprobatoria en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27491.

Se trata, pues, de una disposición que establece la "continuación" de un proceso iniciado con la Ley N.º 27491.

85. Asimismo, puesto que se trata de la continuación de un proceso iniciado con la entrada en vigencia de una ley anterior, en la que se dispone que su objeto (el nombramiento de profesores) se efectúe respecto de aquellos que "obtuvieron calificación aprobatoria en el concurso autorizado por la Ley N.º 27491", el Tribunal tampoco considera que sea exacta la afirmación de que la Ley N.º 27971 haya sustituido integralmente las disposiciones de la Ley N.º 27491. No al menos en lo que atañe a las reglas del concurso público, su realización misma y el *status* jurídico de quienes lo ganaron tras obtener una nota aprobatoria.

Si de derogación tácita puede hablarse, ésta sólo es predicable de las reglas del procedimiento de nombramiento de aquellos que en su momento, por diversas razones, no fueron nombrados, pese a obtener una calificación aprobatoria. Nombramiento, por cierto, que debería realizarse de acuerdo con las nuevas reglas fijadas la Ley N.º 27971 (artículo 2º y siguientes) así como las que, por vía reglamentaria, el Ministerio de Educación estableciese, conforme lo dispone el artículo 8º de la Ley impugnada.

86. Cualquiera fuera el caso, es claro que estas nuevas reglas no alcanzan en sus efectos a los profesores que ya fueron nombrados al amparo de la Ley N.º 27491, por lo que el Tribunal Constitucional considera que la Ley N.º 27971 no viola el artículo 103º de la Constitución.

3.3.4. El cese de vigencia de una norma por vencimiento de su plazo

87. Cabe, no obstante lo anterior, advertir que, con independencia de tales supuestos, el cese de vigencia de una norma también puede obedecer al hecho de que ella misma haya previsto el lapso de su vigencia o, en su caso, su cese como consecuencia del agotamiento de su objeto.

88. El primer supuesto, relativo al plazo de vigencia de la Ley N.º 27491, en cierta forma, ha sido alegado por el Gobierno Regional de San Martín, al señalar que,

(...) el artículo 5 de la citada ley (...) otorga un plazo de 60 días naturales contados a partir de la vigencia de la ley para darle pleno cumplimiento a sus disposiciones (...)



(...) y después que la Ley N.º 27491 había caído en desuso, por vencimiento de su plazo, el Congreso dio la Ley N.º 27971⁹⁹

89. El artículo 5º de la Ley N.º 27491 prevé lo siguiente:

Otórguese al Ministerio de Educación un plazo no mayor de 60 (sesenta) días naturales contados a partir de la fecha de vigencia de la presente Ley, para dar pleno cumplimiento a sus disposiciones.

90. A juicio del Tribunal, el plazo allí establecido no es uno cuyo transcurso ponga fin a la vigencia de la Ley N.º 27491. Su propósito era precisar que, dentro de él, el Ministerio de Educación tenía que realizar el proceso de gestión administrativa al que se refería el objeto de la referida Ley N.º 27491. A saber, el contemplado en su artículo 1º, según el cual:

Artículo 1.- Del objeto de la ley

A partir de la vigencia de la presente Ley, aquellas plazas que se hubieran generado en el Sector Educación, como consecuencia del crecimiento vegetativo, por la modificación del Plan de Estudios o cualquier otra razón y que a la fecha de vigencia de la presente Ley se encuentren presupuestadas, se establecerán como plazas orgánicas."

91. Los 60 días concedidos al Ministerio de Educación constituían, pues, el plazo otorgado a éste para que determine cuáles eran las plazas presupuestadas que deberían establecerse como "orgánicas"¹⁰⁰. También para que el Ministerio de Educación realice la reestructuración administrativa a la que se refería su artículo 2º, mediante el cual se autorizaba

(...) al Ministerio de Educación para reestructurar su Cuadro de Asignación de Personal (CAP) y su Presupuesto Analítico de Personal (PAP), modificar los documentos de gestión que resulten pertinentes y, en coordinación con los Ministerios de Economía y Finanzas y de la Presidencia, dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo precedente (...);

así como la codificación a la que se refería su artículo 4º

En virtud de las atribuciones conferidas mediante el Decreto Supremo N.º 011-2001-ED, el Ministerio de Educación asignará un código específico a las plazas referidas en el Artículo 1 de la presente Ley.

⁹⁹ Escrito de demanda, folio 3.

¹⁰⁰ Dicho plazo, posteriormente, fue ampliado por la Ley N.º 27515, cuyo artículo único disponía: "Otórgase al Ministerio de Educación un plazo adicional de 60 (sesenta) días calendario, contado a partir de la vigencia de la presente Ley, para dar pleno cumplimiento a las disposiciones establecidas en la Ley N.º 27491".



92. Aunque es lícito imaginar que el plazo comprendía también la realización del concurso público, sin embargo, este Tribunal no considera que este mismo plazo se extienda para el proceso de nombramiento de los ganadores del concurso público de méritos. En efecto, la obligación de nombrar a los ganadores del concurso público de méritos tiene como fundamento el resultado de dicho concurso público, y no el plazo para su ejecución.

Precisamente, el objeto de la Ley N.º 27971, expresado en su artículo 1º, es autorizar al Ministerio de Educación para que continúe el proceso de nombramiento "entre los que obtuvieron calificación aprobatoria en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27491".

93. En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que la Ley N.º 27971 no vulnera el artículo 103º de la Constitución, por lo que este primer extremo de la pretensión debe desestimarse.

§4. Control de constitucionalidad de la Ley N.º 27971 por violación de la autonomía de los gobiernos regionales

4.1. Alegatos del Gobierno Regional de San Martín

94. El demandante sostiene que con la expedición de "la Ley", el Congreso transgredió el ordinal a) del artículo 47º de la LOGR, donde se regula las "Funciones en materia de educación, cultura, ciencia, tecnología, deporte y recreación" de los gobiernos regionales. Según dicho precepto legal, corresponde a los gobiernos regionales:

a. Formular, aprobar, ejecutar, evaluar y administrar las políticas regionales de educación, cultura, ciencia, tecnología, deporte y recreación de la región.

95. Alega, asimismo, que "la Ley" impide que el Gobierno Regional de la Región San Martín cumpla con el mandato constitucional del artículo 191º, al otorgar facultades administrativas al Ministerio de Educación que son de competencia exclusiva del Gobierno Regional. Agrega que hacia el 29 de abril de 2003, fecha en la que se expidió la ley impugnada, ya el Ministerio de Educación no tenía la competencia para nombrar al personal en las regiones, puesto que el artículo 26º de la LBD, para entonces ya vigente, no la había previsto como una competencia exclusiva del gobierno nacional.



4.2. Alegatos del Congreso de la República

96. El Congreso de la República sostiene que el artículo 192° de la Constitución no incluye entre las competencias de los gobiernos regionales el nombramiento del personal docente de los colegios nacionales, puesto que es una atribución que debe realizarse

conforme a las plazas orgánicas y presupuestadas en las leyes que aprueba el Congreso de la República en un Estado unitario, en virtud del artículo 43 (de la Constitución)¹⁰¹.

97. Aduce, asimismo, que las competencias exclusivas del gobierno nacional, si bien han sido precisadas por el artículo 26° de la LBD, no pueden considerarse como las únicas, pues allí se deja a salvo

la potestad residual (del Congreso) de que sea la ley conforme a la Constitución Política del Estado la encargada de señalar otras competencias. Por ello, resulta válido y legítimo que la ley cuestionada autorice al Ministerio de Educación la continuación del proceso de nombramiento de los profesores¹⁰².

98. En virtud de lo que expone, considera que

no se trata de un problema de naturaleza constitucional sino de una supuesta controversia en el ámbito legal que encuentra su solución en dos principios (...): ley posterior deroga ley anterior, ley específica prima sobre la general¹⁰³.

4.3. Apreciación del Tribunal Constitucional

4.3.1. Requisitos de aplicación del criterio “ley posterior deroga ley anterior” para resolver una antinomia entre normas de similar jerarquía

99. En la STC N.º 0032-2004-AI/TC, este Tribunal ha afirmado que, en principio, la colisión de dos normas de jerarquía semejante genera

(...) un típico problema de antinomia (...), que se resuelve conforme a las técnicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico (v.g. “ley especial deroga ley general”, “ley posterior deroga ley anterior”, etc.)¹⁰⁴.

¹⁰¹ Escrito de contestación de la demanda, folio. 27.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Fundamento N.º 3



100. Sin embargo, para que una antinomia semejante pueda ser resuelta bajo el criterio de *lex posterior derogat lex anterior*, no sólo es preciso que se trate de normas que tengan la misma jerarquía en el sistema de fuentes del derecho, sino, además, que ambas hayan sido dictadas por autoridades normativas con competencia para regular la misma materia. Por ejemplo, que una materia haya sido regulada inicialmente mediante un decreto legislativo y, posteriormente, de modo distinto por una ley parlamentaria.

Ausente un problema de competencia normativa en la regulación de la misma materia, uno de los principios conforme a los cuales se puede resolver tal antinomia es, como lo ha expresado el Congreso de la República, el criterio de "ley posterior deroga ley anterior".

101. No es ese, por cierto, el problema que ha planteado el Gobierno Regional de San Martín. Al contrario, el demandante ha solicitado que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 27971 porque ésta se habría dictado vulnerando las normas que regulan el reparto competencial entre gobierno nacional y gobierno regional en materia de educación. Es decir, alega que el Congreso de la República no tenía competencia para regular el nombramiento de profesores en el ámbito regional.

102. Por ello, antes de resolver si este criterio ha de ser aceptado, o no, por este Tribunal, deberá precisarse el régimen constitucional vigente al momento de expedirse la ley impugnada.

4.3.2. El reparto competencial entre gobierno nacional y gobiernos regionales luego de la entrada en vigencia de la Ley de Reforma Constitucional N.º 27680

103. La Ley N.º 27491, cuyo proceso iniciado ordena continuar el artículo 1º de la Ley N.º 27971, entró en vigencia al día siguiente de su publicación, esto es, con fecha 30 de junio de 2001.

104. Para entonces, el capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política del Estado, denominado "De la descentralización", no había sido objeto de reforma constitucional, de modo que la competencia para nombrar profesores prevista en dicha Ley N.º 27491 correspondía, *tour court*, al gobierno nacional, habida cuenta de la inexistencia de competencia normativa sobre dicha materia a favor de los gobiernos regionales.

105. Sin embargo, meses después, exactamente el 7 de marzo de 2002, el Congreso de la República, siguiendo el procedimiento contemplado en el artículo 206º de la Constitución, publicó la Ley de Reforma Constitucional N.º 27680, cuyo artículo



único modificó integralmente el capítulo XIV del Título IV de la Constitución Política del Estado ("De la descentralización"), estableciendo en su artículo 188°, que

La descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. El proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencia de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales.

Los Poderes del Estado y los Organismos Autónomos así como el Presupuesto de la República se descentralizan de acuerdo a ley.

106. Su artículo 189°, por otra parte, después de precisar cómo se encuentra distribuida territorialmente la organización política de la república, estableció que la constitución y organización del gobierno nacional, regional y local, se efectúa

(...) en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación.

Entre tanto, su artículo 191°, disponía que:

Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.

107. Para finalmente precisar, su artículo 192°, que:

Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Son competentes para:

1. Aprobar su organización interna y su presupuesto.
2. Formular y aprobar el plan de desarrollo regional concertado con las municipalidades y la sociedad civil.
3. Administrar sus bienes y rentas.
4. Regular y otorgar las autorizaciones, licencias y derechos sobre los servicios de su responsabilidad.
5. Promover el desarrollo socioeconómico regional y ejecutar los planes y programas correspondientes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6. Dictar las normas inherentes a la gestión regional.
7. Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, vialidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley.
8. Fomentar la competitividad, las inversiones y el financiamiento para la ejecución de proyectos y obras de infraestructura de alcance e impacto regional.
9. Presentar iniciativas legislativas en materias y asuntos de su competencia.
10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

108. Con posterioridad a tal reforma constitucional, el Congreso de la República aprobó la Ley de Bases de la Descentralización, N.º 27783 (LBD), la misma que entró en vigencia al día siguiente de su publicación, ocurrida el 20 de julio de 2002.

109. Asimismo, con fecha 18 de noviembre de 2002, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N.º 27867 (LOGR). Esta, de conformidad con el nuevo reparto constitucional de competencias previsto por el Capítulo XIV del Título IV de la Constitución (reformada), y desarrollada por la Ley de Bases de la Descentralización, reguló el orden de competencias –exclusivas, compartidas y delegadas– de los gobiernos regionales.

110. En ese sentido, dado que entre la expedición de las Leyes N.ºs 27491 y 27971 media la aprobación de la Ley de Reforma Constitucional N.º 27680, que estableció un nuevo reparto de competencias entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, el Tribunal Constitucional no acepta que el conflicto (eventual) entre la Ley N.º 27971 y la LBD y la LOGR pueda resolverse conforme a los criterios de "ley posterior deroga ley anterior" o "ley especial deroga ley general", sugeridos por el Congreso de la República.

111. Como veremos luego, el proceso de descentralización mediante la regionalización, previsto en el actual Capítulo XIV del Título IV de la Constitución de 1993, no sólo tiene la virtualidad de haber reordenado la distribución territorial del poder sino, también, de haber reestructurado el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano y los criterios de su articulación.

112. En consecuencia, a los efectos de poder determinar si la Ley impugnada viola ese marco competencial previsto por la Constitución y las leyes de desarrollo constitucional, es preciso que este Tribunal se detenga en el análisis de las características esenciales del proceso de regionalización.



4.3.2.1. La República del Perú como Estado unitario y descentralizado

113. Sobre las consecuencias de la Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del Título IV de la Constitución ya este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse. Así, señaló que,

De conformidad con el artículo 43° de la Constitución, el Estado peruano es unitario y descentralizado. Esta definición, en primer término, excluye la posibilidad de que nuestro Estado sea concebido como un Estado unitario centralizado, en decir, como aquel en el que las actividades fundamentales se encuentran concentradas en un órgano único.

En el Estado unitario centralizado el poder central 'domina' a los poderes locales y particulares. No confiere poder a ningún otro órgano, simplemente, acrecienta su burocracia a través de entidades directamente dependientes, a las que en todo momento puede subrogarse. Por lo general, en este tipo de Estado, no tiene cabida la resolución de conflictos mediante el principio de competencia. La absoluta subordinación orgánica al poder central se proyecta en una configuración vertical del ordenamiento jurídico, de modo tal que, comúnmente, las incompatibilidades entre las fuentes del Derecho son resueltas apelando al principio de jerarquía normativa o a las técnicas que permiten resolver antinomias (entre dos normas del mismo rango)¹⁰⁵.

114. Asimismo, tuvo la oportunidad de precisar que,

(...) siendo el Estado peruano un Estado unitario, sin embargo, éste no ha sido configurado como un Estado centralizado. En efecto, el tercer párrafo del artículo 43° de la Constitución establece que el Estado unitario es de carácter descentralizado, entendiéndose por descentralización, "una forma de organización democrática [y] una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país."¹⁰⁶

La descentralización, tal como anota Prélot, responde, fundamentalmente, a las siguientes características:

"1.º Una pluralidad de órganos de decisión y de centros particulares de intereses; 2.º Una dirección de estas instituciones por autoridades propias, de carácter dependiente o semiindependiente (reflejado con

¹⁰⁵ STC 0020-2005-PI/TC, fundamento N.º 34.

¹⁰⁶ *Ibid.*, fundamento N.º 35.



frecuencia en el modo de su designación); 3.º Una sujeción de estas autoridades a un control cualificado (tutela)¹⁰⁷.”

“Por su parte, el artículo 189º de la Norma Fundamental, establece que “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado de la Nación.

Mientras que, tal como disponen los artículos 191º y 194º de la Constitución, los gobiernos regionales y locales, respectivamente, gozan de autonomía política, económica y administrativa”¹⁰⁸.

115. En ese sentido, se recordó que,

Un análisis conjunto de las referidas disposiciones permite sostener que el Estado peruano no es “unitario descentralizado”, sino “unitario y descentralizado”. La diferencia entre uno y otro caso no es un simple juego de palabras. Encierra profundas diferencias en lo que a la distribución horizontal del poder respecta.

Un Estado ‘unitario descentralizado’ es meramente un Estado unitario complejo, es decir, aquel en el que la descentralización solamente se presenta en un ámbito administrativo, más no en un ámbito político. En dichos Estados, las entidades descentralizadas no gozan de verdadera autonomía, pues si bien tienen importantes potestades reglamentarias y ejecutivas, éstas, finalmente, reducen su cometido a la ejecución de las leyes estatales.

Sin embargo, nuestra Constitución no sólo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191º de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192º6 y 200º4 de la Constitución)¹⁰⁹.

4.3.2.2. El Estado regional y pluralidad de subsistemas normativos

116. El Estado unitario y descentralizado regional presupone que la potestad normativa está distribuida entre órganos nacionales y los gobiernos regionales y locales, puesto

¹⁰⁷ Ibid., fundamento N.º 36.

¹⁰⁸ Ibid., fundamento N.º 37.

¹⁰⁹ Ibid., fundamento N.º 38.



que la autonomía político-normativa otorgada conlleva la facultad de crear Derecho, y no sólo de ejecutarlo.

117. Precisamente por ello, el Estado peruano no puede concebirse como un Estado "unitario descentralizado", es decir, como uno en el que la descentralización tan sólo refleja una proyección estamentaria o administrativa de un único ordenamiento jurídico a ejecutar. Se trata, por el contrario, de un Estado "unitario y descentralizado", esto es, un Estado en el que la descentralización, al alcanzar una manifestación político-normativa, acepta la convivencia de subsistemas normativos (nacional, regional y local).

118. En efecto, la creación de gobiernos regionales y locales, cada uno con competencias normativas propias, comporta la introducción de tantos subsistemas normativos como gobiernos regionales y locales puedan existir. Este derecho regional y local, sin embargo, tienen un ámbito de vigencia y aplicación delimitado territorialmente a la circunscripción de cada instancia de gobierno (regional o local) y, además, se encuentra sometido a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional, particularmente a la LBD y a la LOGR.

119. Pero, al mismo tiempo, la reordenación de la distribución territorial del poder tiene la propiedad de limitar la capacidad normativa del gobierno nacional.

Si con relación a los gobiernos regionales, este Tribunal ha recordado la necesidad de que las normas que estos puedan expedir no alteren "la unidad e integridad del Estado y de la Nación" (artículo 189° de la Constitución); no interfieran en las funciones y atribuciones de los gobiernos locales (artículo 191° de la Constitución) y que las materias que ellas regulen deba realizarse "en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo" (artículo 192° de la Constitución), ahora, en relación al gobierno nacional, debe remarcarse que éste no es enteramente libre para regular cualquier materia, sino que ha de sujetarse al reparto de competencias constitucional y legalmente establecidos, constituyendo este reparto un límite de orden material y competencial para el ejercicio de su función legislativa.

4.3.2.3. Relación entre las fuentes de los subsistemas normativos del Estado regional y el principio de competencia

120. Como también se expuso en la STC 0020-2005-PI/TC, un estado de cosas como el que se presenta luego del rediseño del modelo de Estado unitario y descentralizado contemplado por la Constitución de 1993, presupone que la articulación de las fuentes que puedan expedir el gobierno nacional, regional y local, no se efectúe exclusivamente bajo los alcances del principio de jerarquía, en la medida que éste no permite dar una respuesta coherente al conflicto que se pudiera presentar entre



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

normas expedidas por el gobierno central y el gobierno regional, dado su mismo rango normativo.

121. En efecto, si determinadas normas regionales no son jerárquicamente subordinadas a las del gobierno central, su articulación con éstas no puede sustentarse bajo el principio de jerarquía, sino conforme al principio de competencia, según el cual, en el ámbito competencial de las regiones, la norma regional excluye a la norma del gobierno central y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento (v.g. del gobierno local). A su vez, en el ámbito de competencia del gobierno nacional, quedan excluidas las normas regionales y locales, y así sucesivamente.
122. Por ello, una adecuada articulación de las fuentes del derecho regional, tanto con las fuentes del derecho nacional como con las del derecho local, exige que se delimite los ámbitos para los cuales cada una de ellas es competente. Obviamente, tal delimitación no puede realizarse sino mediante el ya referido principio de competencia.
123. El principio de competencia, como técnica de articulación del sistema de fuentes, presupone una pluralidad de autoridades normativas capaces de expedir normas que formalmente tienen el mismo rango, aunque, algunas veces, no tengan el mismo ámbito de vigencia y aplicabilidad territorial.

El principio de competencia consiste en asignar a determinadas clases de normas la regulación únicamente de ciertas materias, de modo tal que la norma de que se trate es la única que puede regularlas en concreto y, además, sólo puede ocuparse de ella. De ahí, que, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa, la invalidación de una norma de menor jerarquía se produce cuando existe contradicción con una norma superior; de conformidad con el principio de competencia, la norma deviene en nula por el simple hecho de regular una materia que está vedada para ser regulada por ella.¹¹⁰

124. En ese sentido, para que una antinomia entre dos normas del mismo rango sea resuelta mediante el principio de competencia, es preciso que:
- a) Se trate de un conflicto entre dos fuentes cuya fuente de producción proviene de distintos órganos con competencia normativa;
 - b) Entre ambas, no exista una relación jerárquica; y,
 - c) Sus relaciones sean reguladas por una norma jerárquicamente superior.

¹¹⁰ De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987. pp. 90-91.



125. La resolución de contradicciones normativas mediante el principio de competencia, por cierto, no se superpone ni desplaza al principio de jerarquía normativa. Y es que la aplicación del principio de competencia no sólo presupone una antinomia entre dos fuentes del mismo rango, sino también que ambas se encuentren subordinadas jerárquicamente a una norma superior, como la Constitución, que es la que establece, directa o indirectamente, la repartición del ámbito competencial de cada una de ellas, así como su ámbito de vigencia espacial.

4.3.2.4. Principio de competencia e infracción indirecta de la Constitución

126. La ordenación del sistema de fuentes del Estado unitario y descentralizado de la Constitución de 1993 bajo el principio de competencia, incide también en el control de validez constitucional confiado a este Tribunal.

En efecto, si su aplicación presupone que la validez constitucional de una norma con rango de ley quede sujeta al respeto del marco competencial previsto, es claro que un juicio adverso no sólo será consecuencia de su enjuiciamiento directo con la Constitución, sino también de su confrontación con las normas legales que fijan y concretizan el referido marco constitucional de competencias.

127. A tal hecho se refiere el artículo 75° del Código Procesal Constitucional como un supuesto de "infracción indirecta" de la Constitución. Ésta se presenta cada vez que la disposición impugnada transgrede los límites (formales, materiales y competenciales) que otra fuente de su mismo rango estableció por reenvío de la Constitución. En estos casos, el juicio de validez/invalidéz no es consecuencia solamente de un juicio de compatibilidad entre la ley controlada y la Constitución, sino también de la confrontación con la norma legal que tuvo la competencia de imponer límites por reenvío de la Constitución.

4.3.2.5. Infracción indirecta de la Constitución y bloque de constitucionalidad

128. Por ello, en una hipótesis de infracción indirecta, el parámetro de control, esto es, la norma de referencia a partir de la cual el Tribunal evaluará la validez de la ley cuestionada, está integrado por la Constitución, pero también por todas las leyes a las que esta confirió la capacidad de limitar a otras normas de su mismo rango.

129. Como se precisó en la STC N.º 0041-2004-AI/TC, con cita de la STC N.º 0007-2002-AI/TC, efectivamente,

(...) en determinadas ocasiones, ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (...). En



tales casos, estas fuentes asumen la condición de “normas sobre la producción jurídica”, en un doble sentido; por un lado, como “normas sobre la forma de la producción jurídica”, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como “normas sobre el contenido de la normación”, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido¹¹¹.

130. Por esa razón se sostuvo que tales normas

(...) formarán parte del denominado ‘bloque de constitucionalidad’, a pesar de que, desde luego, no gozan del mismo rango de la *lex legum*. En estos casos, las normas delegadas actúan como normas interpuestas, de manera tal que su disconformidad con otras normas de su mismo rango, que sean impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad, desencadena la invalidez constitucional de éstas.¹¹²

131. Por todo ello, el juicio de validez constitucional que se realice sobre la Ley N.º 27971 presupone que este Tribunal identifique las disposiciones constitucionales y legales que regulan la competencia del gobierno nacional y/o gobierno regional en materia de nombramiento de profesores de colegio estatales.

4.3.3. Reparto constitucional en materia de nombramiento de profesores de colegios estatales

132. Se ha alegado que “la Ley” impugnada viola el artículo 191º de la Constitución por haber transgredido, a su vez, los artículos 46º y 47º, literal “a”, de la LOGR –Ley N.º 27867–, así como el artículo 26º de la LBD, Ley N.º 27783. A juicio del demandante, cuando se dictó la ley impugnada el gobierno nacional no tenía competencia para nombrar profesores de colegios estatales, ya que ésta habría sido transferida a los gobiernos regionales por la reordenación del reparto de competencias por la Ley de Reforma Constitucional N.º 27680, la LBD y la LOGR.

133. Antes de ingresar al análisis del reparto competencial entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales en materia de educación, es pertinente realizar, previamente, una puntualización referida a los tipos de competencia.

134. De acuerdo con las funciones generales conferidas a cada uno de los órganos constitucionales, las competencias de dichos órganos pueden ser: a) *Competencias exclusivas*, es decir, aquellas materias asignadas en exclusividad a favor de

¹¹¹ STC 0041-2004-AI/TC, fundamento N.º 5.

¹¹² STC 0020-2005-P1/TC, fundamento N.º 29.



organismos constitucionales, las cuales serán positivas si son susceptibles de ser delegadas, o negativas si son privativas del órgano respectivo, es decir, no sólo exclusivas sino también excluyentes; b) *Competencias compartidas o concurrentes*, aquellas materias divididas en determinadas áreas de atención, repartiéndose responsabilidades entre dos o más niveles de gobierno, actividad coherente con los principios de cooperación y de tutela y control de los organismos constitucionales autónomos; y c) *Competencias delegadas*, aquellas que un nivel de gobierno delega a otro de distinto nivel, de mutuo acuerdo y conforme al procedimiento establecido en la ley, quedando el primero obligado a abstenerse de tomar decisiones sobre la materia o función delegada.

4.3.3.1. Reparto competencial entre gobierno nacional y gobiernos regionales en materia de educación

135. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional debe precisar que cuando se expidió la Ley impugnada, la competencia para nombrar profesores de colegios estatales no era de exclusividad del gobierno nacional, sino una compartida con los gobiernos regionales, por la modificación constitucional efectuada al Capítulo XIV de la Constitución y su desarrollo mediante la LBD y la LOGR.

136. En efecto, el inciso 7) del artículo 192° de la Constitución, modificado por Ley de Reforma Constitucional N.º 27680, establece como competencia de los gobiernos regionales, la de:

Promover y regular actividades y/o servicios en materia de agricultura, pesquería, industria, agroindustria, comercio, turismo, energía, minería, viabilidad, comunicaciones, educación, salud y medio ambiente, conforme a ley (...). (Subrayado agregado).

137. A su vez, el inciso a) del artículo 36° de la LBD, estableció que la competencia "compartida" de los gobiernos regionales comprende:

Educación. Gestión de los servicios educativos de nivel inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, con criterios de interculturalidad orientados a potenciar la formación para el desarrollo.

138. La LOGR, en su ordinal "a" del artículo 10.2, dispuso que:

2. Son competencias compartidas, de acuerdo al artículo 36° de la Ley Orgánica de Bases de la Descentralización N.º 27783, las siguientes:



a. Educación. Gestión de los servicios educativos de nivel inicial, primaria, secundaria y superior no universitaria, con criterios de interculturalidad orientados a potenciar la formación para el desarrollo.

139. Con tal propósito, el artículo 26° de la Ley del Poder Ejecutivo, Decreto Legislativo N.º 560, estableció que en materia de Educación,

El Ministerio de Educación formula y evalúa las políticas de alcance nacional en materia de educación, cultura, recreación y deportes, y supervisa su cumplimiento. En coordinación con los Gobiernos Regionales, formula los planes y programas que le corresponde en las materias de su competencia.

140. Idéntica competencia normativa se ha previsto en el artículo 3° de la Ley Orgánica del Ministerio de Educación, en tanto que su artículo 4° establece que,

El Ministerio de Educación formula las políticas nacionales en materia de educación (...), en armonía con los planes de desarrollo y la política general del Estado. Supervisa y evalúa su cumplimiento y formula los planes y programas en materias de su competencia.

(...)

En lo que corresponda, el Ministerio de Educación mantendrá coordinación permanente con las autoridades regionales y municipales.

141. En lo que se refiere a la competencia del nombramiento de docentes, la Ley General de Educación, N.º 28044 (en adelante, LGE), establece que,

El profesor, en las instituciones del Estado, se desarrolla profesionalmente en el marco de una carrera pública docente y está comprendido en el respectivo escalafón. El ingreso a la carrera se realiza mediante concurso público. El ascenso y permanencia se da mediante un sistema de evaluación que se rige por los criterios de formación, idoneidad profesional, calidad de desempeño, reconocimiento de méritos y experiencia. La evaluación se realiza descentralizadamente y con participación de la comunidad educativa y la institución gremial. Una ley específica establece las características de la carrera pública docente.

142. La misma LGE, en el ámbito correspondiente a la "gestión del sector educativo", crea la denominada "Unidad de Gestión Educativa Local", la cual, de conformidad con el artículo 73° de la misma LGE,



(...) es una instancia de ejecución descentralizada del Gobierno Regional con autonomía en el ámbito de su competencia. Está a cargo de un Director que es designado previo concurso público, convocado por la Dirección Regional de Educación respectiva. (...) Su jurisdicción territorial es la provincia (...).

143. Dentro de las funciones asignadas a la Unidad de Gestión Educativa Local, las mismas que deberán realizarse conforme a los objetivos de la gestión educativa, se encuentran las siguientes:

(...)

g.- Conducir el proceso de evaluación y de ingreso del personal docente y administrativo y desarrollar acciones de personal, atendiendo los requerimientos de la Institución Educativa, en coordinación con la Dirección Regional de Educación(...) (art. 74°).

144. Según la LGE, dicha competencia debe ejercerse en armonía con las funciones otorgadas a la Dirección Regional de Educación, que es

(...) un órgano especializado del Gobierno Regional responsable del servicio educativo en el ámbito de su circunscripción territorial (...) (art. 76° LGE).

y que tiene, entre otras finalidades, la de

(...) Asegura(r) los servicios educativos y los programas de atención integral con calidad y equidad en su ámbito jurisdiccional, para lo cual coordina con las Unidades de Gestión Educativa Local y convoca la participación de los diferentes actores sociales (art. 76° LGE)

145. En ese sentido, se ha previsto, dentro del elenco de sus funciones, además de las previstas en el artículo 47° de la Ley Orgánica de los Gobiernos Regionales, y "en el marco de la política educativa nacional", que corresponde a la Dirección Regional de Educación

(...)

b) Formular, ejecutar y evaluar el presupuesto educativo de la región en coordinación con las Unidades de Gestión Educativas Locales (art. 77° LGE).

146. Dentro de ese marco, el artículo 80° de la LGE dispone que las funciones del Ministerio de Educación, se circunscriben a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- a) Definir, dirigir, regular y evaluar, en coordinación con las regiones, la política educativa y pedagógica nacional y establecer políticas específicas de equidad.
- b) Formular, aprobar, ejecutar y evaluar, de manera concertada, el Proyecto Educativo Nacional y conducir el proceso de planificación de la educación
(...)
- h) Definir las políticas sectoriales de personal, programas de mejoramiento del personal directivo, docente y administrativo del sector e implementar la carrera pública magisterial

147. En suma, una revisión del marco legal en materia de reparto competencial entre gobierno nacional y gobiernos regionales en materia de nombramiento de profesores de colegios estatales, demuestra que la gestión de los servicios educativos, entre los cuales se encuentra la provisión de profesores para la prestación del servicio público de educación, es una competencia compartida que debe realizarse en forma coordinada entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales.

148. En ese sentido, si al gobierno nacional, mediante el Ministerio de Educación, le corresponde fijar las políticas sectoriales en materia de personal (incluido el personal docente), así como implementar la carrera pública magisterial, a los gobiernos regionales les corresponde conducir, mediante su Unidad de Gestión Educativa Local y a través de su Dirección Regional de Educación, coordinadamente, el proceso de evaluación y de ingreso del personal docente, atendiendo los requerimientos de cada institución educativa.

149. De esta forma, entonces, el nombramiento de profesores en los colegios estatales está sujeto a un procedimiento, por llamarlo así, "a cascadas", en el que cada uno de sus gestores –desde el Ministerio de Educación, pasando por el Gobierno Regional y culminando en la Unidad de Gestión Educativa Local– tienen participación y tareas específicas, que deben ejecutar en forma coordinada.

4.3.3.2. La Ley N.º 27971 y el proceso de nombramiento de los profesores que ganaron el concurso público realizado al amparo de la Ley N.º 27491

150. En el marco de tal reparto competencial, el artículo 7º de la Ley N.º 27971 dispuso que el Ministerio de Educación dicte las normas complementarias que permitan el cumplimiento del objeto contemplado en su artículo 1º, esto es,

(...) la continuación del proceso de nombramiento de los profesores con título pedagógico, en las plazas vacantes presupuestadas y de acuerdo a un riguroso orden de méritos, entre los que obtuvieron



calificación aprobatoria en el concurso público autorizado por la Ley N.º 27491.

151. El Reglamento de la Ley N.º 27971 fue aprobado mediante Decreto Supremo N.º 020-2003-ED, estableciéndose los criterios para materializar el nombramiento a que se refiere el artículo 1º de la Ley N.º 27971, así como el proceso mismo, señalando su artículo 11º que éste se realizaría en tres etapas:

- a) Primera etapa: Se desarrollará en el mismo Órgano intermedio al que originalmente postuló el solicitante.
- b) Segunda Etapa: Se desarrollará en otra Unidad de Gestión Educativa o Unidad de Servicios Educativos dentro del ámbito de la Dirección Regional de Educación al que postuló.
- c) Tercera Etapa: Se desarrollará en la Sede Central del Ministerio de Educación para el ámbito nacional.

152. Dentro de la primera de las etapas, se contempló que el director del Órgano Intermedio y/o Desconcentrado debía adjudicar las plazas a todos aquellos que cumplieran con los requisitos previstos en la Ley N.º 27971 y los artículos 2º, 3º, 4º y otros del Decreto Supremo N.º 020-2003-ED; luego de lo cual procedería a emitir las resoluciones de nombramiento, así como enviar la relación de profesores nombrados a la Unidad de Personal de la Oficina de Administración de la sede central del Ministerio de Educación.

153. Similar procedimiento de nombramiento, a cargo del director del Órgano Intermedio y/o Desconcentrado, se realizaría en la segunda etapa con todos aquellos profesores que no fueron nombrados en la anterior (artículo 20º del Reglamento de la Ley N.º 27971), alterándose esa regla en la tercera etapa, donde, de conformidad con el artículo 26º del mismo Reglamento, las solicitudes de nombramiento deberían dirigirse a la Oficina de Trámite Documentario del Ministerio de Educación, la cual, al expedir las actas de adjudicación, sin embargo, remitiría a los referidos órganos intermedios para que sean estos los que procedan a emitir las resoluciones de nombramiento correspondiente (art. 26º del Reglamento).

154. En suma, si bien en la actualidad la Ley N.º 27971 ha agotado todos sus efectos, conforme lo señala el Cuarto Considerando del Decreto Supremo N.º 011-2004-ED¹¹³, el Tribunal Constitucional concluye en que la realización del proceso de nombramiento de docentes de colegios estatales previsto por el artículo 1º de la Ley

¹¹³ Considerando N.º 4 del Decreto Supremo N.º 011-2004-ED: "Que habiéndose cumplido con las etapas de nombramiento dispuestas en el Decreto Supremo N.º 010-2003-ED y con las correspondientes adjudicaciones de las plazas es necesario dar por concluido el proceso de nombramiento dispuesto por la Ley N.º 27971". El Decreto Supremo N.º 020-2003-ED, a su vez, reglamentó la Ley N.º 27971.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



N.º 27971 se efectuó conforme al marco competencial previsto por el artículo 192º, inciso 7) de la Constitución Política del Estado, así como de acuerdo con las normas legales que desarrollan el elenco de competencias compartidas sobre el mismo tema entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, motivo por el cual debe también desestimarse la pretensión en ese extremo.

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

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucional interpuesta contra la Ley N.º 27971.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LATIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)